

**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ARSA PAYI KARŐILİĐI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN
TEMERRÜDÜ**

HAZIRLAYAN

Gülşah HAMARAT

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

ANKARA - 2021

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 23 / 09 / 2021

Öğrencinin Adı, Soyadı : Gülşah Hamarat
Öğrencinin Numarası : 21810435
Anabilim Dalı : Özel Hukuk Anabilim Dalı
Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı
Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Tez Başlığı : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde
Yüklenicinin Temerrüdü

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 167 sayfalık kısmına ilişkin, 23 / 09 / 2021 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %18'dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

ONAY

Tarih: 23 / 09 / 2021

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Prof. Dr. İhsan Erdoğan

ÖZET

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri çift tipli karma nitelikteki sözleşmelerdendir. Sözleşme yüklenici ve arsa sahibi arasında akdedilmektedir. Sözleşme taraflarından yüklenici, sözleşmede belirlenen niteliklere sahip bina yapı inşa ederek bağımsız bölümleri belirlenen tarihte arsa sahibine teslim etmekle, arsa sahibi ise mülkiyetinde bulunan belirlenen arsa payını belirlenen tarihte yüklenicinin mülkiyetine geçirmekle yükümlüdür. Arsa sahibi, arsa payını yükleniciye farklı zaman aralıklarında devredebilir. Şöyle ki; işe henüz başlamamışken sözleşme imzalandığı tarihte veya daha sonra iş devam ederken parça parça yahut sözleşme sonunda bağımsız bölümlerin teslimi neticesinde devir gerçekleştirilebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bünyesinde eser sözleşmesi ve taşınmaz satım vaadi sözleşmesine ait unsurlar barındırmaktadır. Sözleşmenin geçerliliği için resmi şekil şartı gerekmektedir. Ayrıca sözleşme tapu kütüğüne şerh edilebilmektedir.

Tez çalışmamızda günümüzde oldukça önemli bir yere sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüde düşmesi hali ve netice olarak sözleşmenin son bulma halleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. İncelememizin daha anlaşılır olması için konuya ilişkin gerek doktrinadaki görüşler gerekse yerleşik içtihatlar açıklanarak, ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Arsa payı, Arsa sahibi, Yüklenici, Temerrüt.

ABSTRACT

Construction agreements in return for land share are double type mixed contracts. The agreement is concluded between the contractor and the land owner. The contractor is obliged to construct buildings with the qualifications specified in the agreement and to deliver the independent sections to the land owner on the specified date, and the land owner is the other contracting party is obliged to transfer the determined land share in his ownership to the contractor's property on the specified date. The land owner can transfer the land share to the contractor at different time intervals. Namely; the transfer may be carried out on the date of signing the agreement, when the work has not yet started, or later, while the work is in progress, or as a result of the delivery of the independent sections at the end of the agreement.

The construction agreement in return for land share includes the elements of the contract of work and the preliminary contract for real estate sale. The requirement of formal form is required for the validity of the agreement. In addition, the agreement can be annotated in the land registry.

In our thesis, the default of the contractor in the construction agreements in return for the land share, which occupies a very important place today, and the expiration of a contract as a result, are elaborated on. In order to make our review more understandable, both doctrinal views and established jurisprudence on the subject have been explained and discussed in detail.

Keywords: Construction agreement in return for land share, Land share, Land owner, Contractor, Default in contract.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMA CETVELİ	x

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLARI

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ	1
A. KONUNUN TAKDİMİ	1
B. KONUNUN ÖNEMİ	1
II. KONUNUN SINIRLARI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARİHÇESİ, TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, TANIMI, UNSURLARI, ÖZELLİKLERİ BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

I. TARİHÇE	5
II. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	6
A. GENEL OLARAK	6
B. ARSA PAYLARININ TAMAMININ VEYA BELİRLİ ORANDAKİ PAYLARIN EN BAŞTA DEVREDİLMESİ	6
C. BELİRLİ ARSA PAYLARININ YAPININ GELDİĞİ AŞAMAYA GÖRE KISIM KISIM DEVREDİLMESİ	7

D. TARAFLARIN KARŞILIKLI VAADLERDE BULUNMASI YOLUYLA YAPILMASI	7
III. TANIMI, UNSURLARI VE ÖZELLİKLERİ	7
A. TANIMI	7
B. UNSURLARI	10
1. ARSA SAHİBİNİN MEVCUT ARSA PAYLARINI YÜKLENİCİYE DEVİR BORCU	10
2. YÜKLENİCİNİN BÜTÜNLÜK ARZ EDEN BİNA YAPARAK BELİRLENEN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ TESLİM BORCU	12
3. TARAFLARIN ESASLI UNSURLAR ÜZERİNDE ANLAŞMASI	13
C. ÖZELLİKLERİ	16
1. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMEDİR	16
2. KARMA TİPLİ SÖZLEŞMEDİR	16
3. SÜREKLİ BENZERİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMEDİR	18
4. TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH EDİLEBİLEN SÖZLEŞMEDİR	20
IV. BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI	23
A. HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	23
B. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	23
C. ESER SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	24
D. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	24
E. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	25
V. ŞEKLİ	25
A. TABİ OLDUĞU ŞEKİL	25
B. ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI	29

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ, YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI, YÜKLENİCİNİN KISMI TEMERRÜDÜ

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ	34
A. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	34
1. BAĞIMSIZ BÖLÜM İNŞA ETME VE TESLİM ETME BORCU	34
a. Genel Olarak	34
b. Yapının İnşasının Tamamlanarak Bağımsız Bölüm İnşa Edilmesi ve Kararlaştırılan Bağımsız Bölümlerin İş Sahibine Teslim Edilmesi	36
2. SADAKAT VE ÖZEN BORCU	38
a. Sadakat Borcu	39
b. Özen Borcu	40
3. İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCU	44
4. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU	45
a. Genel Olarak	45
b. Eksik İfa Kavramı	46
aa. Eksik İfanın Ayıplı İfadan Farkı	47
c. Ayıba Karşı Tekeffül Şartları	48
aa. Yapının teslimi gerçekleşmiş olmalı	48
bb. Yapı ayıplı olmalı	50
aaa. Açık ayıp- Gizli ayıp	51
bbb. Önemli-Önemsiz ayıp	52
ccc. Fiili-Hukuki-Ekonomik ayıp	52
ddd. Asli ayıp-İkincil ayıp	52
cc. Arsa sahibi gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmiş olmalı ..	53

d. Arsa Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları	54
e. Ayıptan Doğan Haklarda Zamanaşımı	56
B. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI	57
1. ARSA PAYLARINI DEVİR BORCU	57
2. ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ YERİNE GETİRME BORCU	59
II. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI	60
A. İFA VE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ KAVRAMLARI	60
1. İFA KAVRAMI	60
2. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ KAVRAMI	62
B. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	63
1. İFA İMKÂNSIZLIĞI	63
2. KÖTÜ İFA	65
3. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ	66
C. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN GERÇEKLEŞME ŞARTLARI	66
1. TESLİM BORCUNUN MUACCEL OLMASI	66
a. Genel Olarak	66
aa. Muacceliyet anı sözleşmeyle kararlaştırılmışsa	67
bb. Muacceliyet anı sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa	70
b. Teslim Süresinin Sonradan Haklı Sebep Uzatılması	71
2. EDİMİN İFASININ OBJEKTİF OLARAK MÜMKÜN OLMASI	74
a. Genel Olarak İmkânsızlık Kavramı	75
b. İmkânsızlığın Sözleşmeye Etkisi	76
c. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde İmkânsızlığa İlişkin Düzenlemeler	77
aa. Yapının beklenmedik bir olay nedeniyle yok olması	78
bb. Arsa sahibine yüklenecek nedenlerle ifanın imkânsızlığı	80

cc. Yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi nedeniyle imkânsızlık	81
3. YÜKLENİCİNİN TESLİM BORCUNU YERİNE GETİRMEMİŞ OLMASI .	83
4. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDE DÜŞMESİNDE HAKLI NEDENİN BULUNMAMASI	86
5. ARSA SAHİBİ TARAFINDAN İHTAR ÇEKİLMİŞ OLMASI VEYA İHTARIN YERİNİ TUTAN BİR HAL BULUNMASI	89
1. İhtar	89
2. İhtara Gerek Olmayan Haller	90
3. Arsa Sahibinin İhtarda Bulunması	91
4. Yüklenicinin Kusurunun Temerrüde Etkisi	93
III. YÜKLENİCİNİN KISMİ TEMERRÜDÜ	96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

I. AYNEN İFA, GECİKME TAZMİNATI VE CEZAI ŞART TALEBİ	99
A. AYNEN İFA TALEBİ	99
B. GECİKME TAZMİNATI TALEBİ	101
C. CEZAI ŞART TALEBİ	103
II. İŞ SAHİBİNİN İFA YERİNE SEÇİMLİK HAKLARINI KULLANMASI	111
A. GENEL OLARAK	111
B. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASINDA MEHİL VERİLMESİ	112
C. İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFA YERİNE TAZMİNAT TALEBİ	114
1. MÜSPET ZARAR TAZMİNATI	114
a. Genel Olarak	114
b. Müspet Zarar Tazminatının Hesaplanması	116

2. ARSA SAHİBİNİN MENFİ ZARAR TAZMİNAT TALEBİ VE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI	117
a. Menfi Zarar Tazminatının Niteliği	118
b. Menfi Zarar Tazminatının Kapsamı	119
aa. Fiili zarar	119
bb. Yoksun kalınan kazanç	121
c. Menfi Zararın İspatı	124
D. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASI VE TASFİYE	125
1. Dönmenin Sözleşme İlişkisine Etkisi	127
a. Geçmişe etkili feshi kabul eden görüş	127
b. İleriye etkili feshi kabul eden görüş	130
c. Yargıtay'ın içtihadı	132
1. Yargıtay 15. HD'nin 25.01.1984 tarihli YİBBGK kararına kadar süregelen içtihadı	132
2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.1982 tarihli kararı .	135
3. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli içtihadı birleştirme kararı	136
4. Yargıtay'ın 25.01.1984 tarihli YİBBGK kararından sonraki içtihadı	138
d. Görüşlerin değerlendirilmesi ve kanaatimiz	140
2. Sözleşmenin Tasfiyesine Uygulanacak Hükümlere Ait Görüşler	144
a. Klasik dönme görüşü	144
b. Kanuni borç ilişkisi görüşü	145
c. Dönüşüm veya yeni dönme görüşü	146
d. Aynı etkili dönme görüşü	146
e. Yargıtay'ın uygulaması	147
E. ARSA PAYI BAKIMINDAN TASFİYENİN SONUÇLARI VE İADE	148

1.	Arsa Payının İş Sahibine Aynen İadesi	149
2.	Üçüncü Şahıslara Yapılan Devirlerin Karşılığının İş Sahibine Sınırlı Aktarımı	151
3.	Karşılığın Arsa Sahibine Zenginleşme Esasına Göre Aktarımı	152
4.	Arsa Payı Karşılığının İş Sahibine Tazminat Şeklinde Tam Aktarımı	153
5.	İyiniyetin Sınırlandırılması Esasına Göre Karşılığın Tam Aktarımı	154
6.	Üçüncü Şahıslara Karşı Arsanın Aynen İadesi Talebi	155
7.	Kısmi Sona Ermenin İadeye Etkisi	159
8.	Dönmenin Arsa Üzerinde Kazanılan Nispi Haklara Etkisi	160
F. İNŞAATIN TAMAMLANAN KISMI BAKIMINDAN TASFİYENİN SONUÇLARI		162
SONUÇ		164
KAYNAKÇA		168

KISALTMA CETVELİ

age	: Adı geçen eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviri
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İNÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve bunun gibi
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yargıtay Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLARI

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

A. KONUNUN TAKDİMİ

Çalışmamızın konusu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü ve sonuçlarıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, bina inşa etmek amacıyla yüklenici ile iş sahibi arasında akdedilen sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hızlı kentleşmenin dolaylı sonucu olarak hukuk sistemimize girmiştir. Günümüzde sanayileşmenin hızlanmasıyla birlikte köyden kente göç yoğunlaşarak, şehirlerin nüfusunda artışlar meydana gelmiştir. Neticede oluşan iktisadi güçlükler nedeniyle maliyeti düşük yerleşme sonucu gecekondulaşma yayılmıştır. İlk aşamalarda nüfusun barınma ihtiyacına yetecek olan az katlı konutlar, sonraları yetersiz hale gelmiştir. Çarpık yapılaşmanın yoğunlaştığı bölgeler, hızla gelişen şehir hayatının etkisiyle modernleştiğinden, kötü yapılaşmalar ve gece kondular yerini yüksek ve daha kullanışlı binalara bırakmıştır. Çok katlı ve daha sağlam bina yapımı için maddi açıdan güçsüz durumda olan arsa sahipleri ise, mülkiyetlerinde bulunan arazileri değerlendirme çabası içine girmiştir. Bunun için en iyi yol olarak, arsalarının belli kısımlarının devrine karşılık, yapılacak olan binadan bağımsız bölüm elde etmeyi tercih etmişlerdir.

Bu kapsamda yukarıda bahsedilen ihtiyaçların giderilmesinde, arsa sahipleri ile yükleniciler arasında “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” akdedilmesi önemli rol oynamaktadır. İmarın gelişimine büyük katkı sağlayan bu sözleşmeler, Türk hukukunda açıkça ele alınmadığı için, uygulamada çeşitli problemlerle karşılaşmaktadır.

B. KONUNUN ÖNEMİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ülkemizde inşaat sektöründe faaliyet gösteren şahıs/şirketler tarafından yaygın olarak kurulan sözleşme tipidir. Bunun temelinde birçok neden bulunmaktadır. Bu sebeplerden en önemlisi sosyolojik temeli olan göç olgusudur. Türkiye İstatistik Kurumu'nun resmi verileri doğrultusunda, Türkiye Cumhuriyeti'nde

yapılan 1927 tarihli ilk nüfus sayımında¹, halkın büyük kısmının kırsal kesimde yaşadığı görülmekteyken, göç olgusunun artmaya başlamasıyla birlikte, özellikle 1950 sonrasında köylerden gelen nüfusun şehirlere yerleşmesi artmıştır. Bu süreç günümüzde de halen devam etmektedir.

Göç olgusu Türk kültürünü yadsınamayacak ölçüde etkilemekte ve ülkemizin siyaset, sanat, sağlık, eğitim, spor, ulaşım ve alt yapı vb. alanlarına damga vurmaktadır. Dolayısıyla gündelik hayatla bu kadar yakın bir ilişki içerisinde olmasının sonucu olarak hukuk alanına da tesir etmiştir. Göç sonucu dönemin büyük şehirlerinde arsa fiyatlarının beklenmedik şekilde yükselmesiyle, tek katlı müstakil evler yerini çok katlı yüksek binalara bırakmıştır. Hızlı yapılaşma nedeniyle Türkiye’de çarpık kentleşmenin önlenmesi güçleşerek, bu konu ülke sorunu haline gelmeye başlamıştır. Sürekli değişen ve gelişen hukuk sisteminde, göç olgusuyla başlayan konut ihtiyacını karşılamaya yönelik önceki dönemlerde karşılaşılmamış yeni sözleşme tipleri ve bu sözleşmelerden dolayı önceleri görülmeyen uyuşmazlıklarla karşılaşmıştır. Çalışmamızda ele aldığımız arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kentleşme neticesinde nüfus artışına bağlı olarak konut ihtiyacını karşılamak üzere ortaya çıkmıştır. İktisadi açıdan yeterli kaynağı bulunmayan arsa sahibi ve yükleniciler, bu sözleşme aracılığıyla ekonomik yetersizlikleri aşarak, yapının inşasından elde edilen bağımsız bölümlerin satışı ile kâr elde etmişlerdir. Ancak her zaman aynı neticeye ulaşmak mümkün olmamıştır. Özellikle yüklenicilerin üstlendikleri edimleri süresinde veya gereği gibi ifa etmemeleri nedeniyle, arsa sahipleri ve ev maliki adayları üçünü kişiler mağdur olmuş, hem paralarını kaybedip hem de ev sahibi olamamışlardır.

Ayrıca teknolojinin gelişmesiyle birlikte en önemli atılımlar çoğunlukla inşaat sektöründe meydana gelmiştir. Günümüzde inşaatlar hızlı bir şekilde tamamlanmakta ve insanların her türlü ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik kaliteli eserler ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin teoride olduğu gibi, pratik hayatta da önemi artmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri günlük hayatta oldukça yaygın olmasına rağmen, herhangi bir özel veya genel kanun metni içerisinde yer almamaktadır. Bu nedenle tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin ve sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu belirlemeler doktrinde ortaya atılan teorik görüşlerden ibaret değildir.

¹[\(https://tr.wikipedia.org/wiki/1927_T%C3%BCrkiye_n%C3%BCfus_say%C4%B1m%C4%B1#:~:text=1927%20T%C3%BCrkiye%20n%C3%BCfus%20say%C4%B1m%C4%B1%2C%2028,6.584.404'%C3%BC%20erkektir\)](https://tr.wikipedia.org/wiki/1927_T%C3%BCrkiye_n%C3%BCfus_say%C4%B1m%C4%B1#:~:text=1927%20T%C3%BCrkiye%20n%C3%BCfus%20say%C4%B1m%C4%B1%2C%2028,6.584.404'%C3%BC%20erkektir) (E.T.24.04.2021).

Nitekim yapılan tespitlerin uygulamada önemli sonuçları bulunmaktadır. İlk aşamada sözleşmenin hukuki niteliğinin ani edimli sözleşme mi yoksa sürekli edimli sözleşme mi olduğu konusundaki belirleme ve sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi oldukça önemlidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sona ermesi konusunda aydınlatılması gereken noktalar olduğunu düşünmekteyiz. Bu noktalar doktrinde sayısız yerel ve yabancı kaynakta incelenmiş; Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıkların çözümü aşamasında bu konuyu tartışmıştır. Çalışmamızın amacı ve kapsamı hem öğreti hem uygulamada pozitif hukuk normlarını, ileri sürülen fikirleri harmanlamak ve uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlamaktır.

II. KONUNUN SINIRLARI

Çalışmamızın konusu her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sona ermesi olsa da incelememizde bazı konulara yer verilmemiştir. Bunun nedeni ise çalışmamızın yüksek lisans tezi oluşturmak gayesi ile hazırlanmış olmasıdır. İkinci olarak, konunun bütün yönlerini teorik ve pratik açıdan ele almak, ortaya çıkan problemlere çözüm aramak çalışmamızın amacını aşacağı gibi, hacim olarak da tezdin çok daha fazlasını gerektirmektedir. Nitekim amacımız bu kadar kapsamlı bir eser oluşturmak değil, spesifik olarak incelediğimiz konumuzu tüm yönleriyle ele alabilmektir. Bundan dolayı çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayba karşı tekeffül, genel sona erme sebepleri ve sonuçları, zamanaşımı incelenmemiştir. Ancak konunun daha iyi açıklanabilmesi gayesiyle, söz konusu müesseselere ilgili yerlerde gerektiği kadar değinilmiştir. Diğer yandan çalışmamız, 6098 sayılı TBK'nın ilgili hükümleri kapsamında hazırlanmıştır. Konunun akışına göre gerekli yerlerde mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerine de yer verilmiştir. Söz konusu değerlendirmeler, ilgili yerlerde gerekli olduğu kadar bulunmaktadır.

Çalışmamız bir giriş, dört bölüm ve sonuçtan meydana gelmektedir. Giriş bölümünde konunun takdimi ve önemi anlatılmış devamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarihçesi, benzer kurumlarla mukayesesi ve Türk hukukundaki düzenleniş biçimi ele alınmıştır.

Birinci bölümde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hakkında genel bilgiler yer almaktadır. Burada sırasıyla, adı geçen sözleşmenin tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve şekli

incelenmiştir. İkinci bölümün konusu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ve arsa sahibinin edim borçlarıdır. Bu bölümde sözleşme taraflarının yükümlülükleri ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdünün şartları ele alınmıştır. Dördüncü bölümde temerrüdün hüküm ve sonuçları açıklanmıştır. Bu kapsamda arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi ile seçimlik hakların kullanılması ile tazminat talebi incelenmiştir. Bunlar arasında özellikle sözleşmeden dönmenin hukuki niteliği, doktrin ve Yargıtay uygulamaları dikkate alınarak ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Çünkü uygulamadaki problemlerin çoğu dönme nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda konu kapsamına binaen daha geniş tutulmuş, bu husustaki tartışmalara yer verilerek görüşümüz açıklanmıştır.

Çalışmamızda ele aldığımız konular ve kanaatler toplu olarak sonuç kısmında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARİHÇESİ, TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, TANIMI, UNSURLARI, ÖZELLİKLERİ, BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

I. TARİHÇE

Türkiye Kurtuluş Savaşı'ndan sonra ekonomik ve sosyal açıdan büyük değişimler geçirdiği bir döneme girmiştir. Kurtuluş Savaşı sonrasında ülkedeki nüfus oldukça azaldığından, o dönemde konut veya işyeri inşasına dair sorun bulunmamaktaydı.

Özellikle 1950'li yılların ilk yarısında tarım sektöründe yaşanan makineleşme ile birlikte işsiz olan kırsal kesim büyük kentlere göçerek, büyük kentlerde nüfusun artışına sebep olmuştur. Kent nüfusunun artışıyla beraber konut ve işyeri sorunu baş göstermiştir.

Ülkemizde hızlı kentleşmeye bağlı olarak ortaya çıkan ve ilk zamanlarda işyeri ihtiyacından doğan sorunların çözümüne yönelik olarak “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” adı verilen sözleşme tipi ortaya çıkmıştır². 02.01.1966 tarihli 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile birlikte nüfusu artan büyük kentlerde arsa sahipleri ile yükleniciler arasında bahsi geçen sözleşme imzalanmaya başlamıştır. Böylece arsa sahipleri arsa paylarını kat karşılığında yüklenicilere vererek, inşaattan bağımsız bölüm alma hakkını kazandığı bu sözleşme tipi yaygınlaşmıştır.

Bu tür sözleşmelere çok rastlanmasının sebebi bunların sosyal ve ekonomik açıdan önemli konumda olmasından kaynaklanmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici bir taraftan arsa sahibinin arsasını değerlendirmekte diğer taraftan da üçüncü kişilerin ev ve işyeri ihtiyacını karşılamak suretiyle kâr elde etmektedir.

² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul,1989, s.130 vd.; **Karahasan**, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul, 1997, s.300 vd.; **Ayazlı**, Pervin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları-Hukuki Özellikleri-Şekil Sorunu), MÜHFHAD, Ocak-Nisan 1987, C.2, S.1, s.43.

II. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. GENEL OLARAK

Borçlar hukukuna hakim olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri farklı şekillerde düzenlenebilmektedir. Bunların uygulamada en sık karşılaşılanları; Arsa paylarının tamamının veya belirli payların sözleşme kurulurken devredilmesi, belirli arsa paylarının yapının meydana gelme aşamasına göre bölüm bölüm devredilmesi ve son olarak da tarafların karşılıklı vaatleriyle kurulmasıdır.

B. ARSA PAYLARININ TAMAMININ VEYA BELİRLİ ORANDAKİ PAYLARIN EN BAŞTA DEVREDİLMESİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenici henüz ifa faaliyetine başlamadan, arsa paylarının tamamının tapu sicilinde devri yapılması mümkündür. Bununla birlikte arsa sahibi ile yüklenici arasında inşaatın niteliklerini, bağımsız bölümlerin paylaşım şekillerini ve diğer koşulları da kapsayan ek bir sözleşme akdedilmektedir. Buna göre, kat irtifakının kurulmuş olması şartı bulunmamaktadır. Uygulamada yaygın olarak kat irtifakı kurulmayan hallerde bu sözleşme türü tercih edilmektedir³.

Arsa paylarının kısmi devrinin kararlaştırıldığı hallerde ise kat irtifakının kurulu olması aranmakta ve belirlenen payların sicilde devri yapılmaktadır. Bu durumda arsa sahibi edimini işin başlangıcındayken ifa etmiş olur. Arsa sahibinin, yapının teslimi henüz gerçekleşmemesi yüzünden mağdur olmaması için devredilen paylar üzerinde kendi lehine ipotek şerhi konulmaktadır. Tesis edilen ipotek hakkı yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmesiyle tamamen veya işin tamamlanma oranına bağlı olarak kısmen kaldırılmaktadır⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki bu tür düzenleme yüklenici açısından avantajlıdır. Öyle ki, ifa faaliyetine başlamadan önce yapılan devirle beraber yüklenici hem bedele hak kazanacak hem de devredilen payların satış hakkını kazanarak, muhtemel finansal problemlerin önüne geçecektir⁵.

³Yavuz/Acar/Özen, s. 581 vd.; Kartal, s. 30; Erman, Arsa Payı, s. 12 vd. ; Çelik, s. 9; Kaya, s. 24; Yıldırım, s.20 vd. ; Yünlü, s.23; Ayan, s. 39; Kırmızı, s. 633; Coşkun, s. 28; Yener, Temerrüt, s. 4; Altınkan, s. 28; Durak, s.214; Yıldırım, s. 20.

⁴ Kartal, s. 29; Altınkan, s. 28 vd. ; Erman, Arsa Payı, s. 11; Çelik, s. 10; Kaya, s. 24 vd. ; Yıldırım, s. 19 vd. ; Coşkun, s. 29; Sabuncu, s. 26.

⁵ Ayan, s. 39 vd. ; Kırmızı, s. 633; Erman, Arsa Payı, s. 12 vd. ; Coşkun, s. 30; Yener, Temerrüt, s. 4; Yünlü, s. 23 vd.

C. BELİRLİ ARSA PAYLARININ YAPININ GELDİĞİ AŞAMAYA GÖRE KISIM KISIM DEVREDİLMESİ

Sözleşmenin bu şekilde düzenlenmesi halinde yapının inşası kararlaştırılan oranda tamamlandıkça tapuda kısım kısım pay devri yapılmaktadır. Bu haliyle arsa sahibi, yükleniciye devredilen paylarının üçüncü kişilere satış yetkisini vermektedir. Arsa sahibi bu şekilde kararlaştırılan pay devri ile kendisini daha çok güvence altına almış olur.

D. TARAFLARIN KARŞILIKLI VAATLERDE BULUNMASI YOLUYLA YAPILMASI

Bu şekilde kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri daha sonra da bahsedeceğimiz gibi noterde düzenleme şeklinde kurulmaktadır. Böylece taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesi bir araya gelerek yeni tipte sözleşme kurulmuş olur. Söz konusu sözleşme kapsamında yüklenici inşa edeceği yapıdaki bağımsız bölümlerin teslimini üstlenirken, arsa sahibi belirli arsa paylarının devrini üstlenmektedir. Bu sözleşmede teknik şartlara ve diğer koşullara ait düzenlemelere yer verilmektedir.

Sözleşmenin bu şekilde kurulması ile yüklenici arsa paylarının mülkiyetini ancak yapıyı teslim borcunu ifa ettikten sonra elde etmektedir. Fakat yüklenici arsa payları kendisine devredilmemiş olmasına ve kendisine bu kapsamda yetki verilmemiş olmasına rağmen üçüncü kişilerle alacağın temlik ilişkisi kurabilmektedir.

III. TANIMI, UNSURLARI VE ÖZELLİKLERİ

A. TANIMI

Sözleşme, birden çok kişinin bir araya gelerek karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan ve hukuki sonuç doğurmaya yönelik işlemdir⁶. TBK kapsamında genel ve özel hükümler yer almaktadır. Genel hükümlerde sözleşme ve diğer borç sebepleri, kötü ifa halinde alacaklının hakları ve diğer borç ilişkileri düzenlenmişken özel hükümlerde ise; satış, kira, eser, bağışlama, hizmet gibi sözleşmeler düzenlenmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, TBK kapsamında düzenlenen satış, bağışlama, ödünç, pazarlamacılık vb. sözleşmelerden farklı olarak mevzuatta tanımlanmamıştır. Ayrıca

⁶ **Kocayusufpaşaoğlu** Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s.95; Aynı yönde tanım için bkz.: ; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020, s.22; **Kılıçoğlu**, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s.48.

Türk Medeni Kanunu⁷, TBK⁸ ve sair mevzuat kapsamında, sözleşmenin objektif esaslı unsurları, şekli ve hukuki niteliği de düzenlenmemiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi atipik⁹ bir sözleşmedir¹⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bünyesinde eser, satış ve mal değişim (trampa) sözleşmelerine ait unsurlar barındırdığından¹¹, bu sözleşmeyi tanımlamadan önce, her biri TBK’da ayrıntılı olarak ele alınan diğer sözleşme türlerini tanımlamak faydalı olacaktır. TBK m. 407’de: “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”, m. 207’de: “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*”, m. 282’de “*Mal değişim sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir.*” olarak tanımlanmıştır¹².

Kanundaki benzer sözleşme tanımları doğrultusunda, arsa payı inşaat sözleşmesi, yüklenici ile arsa sahibi arasında akdedilen, arsa sahibinin sözleşmede belirlenen arsa payını, belirlenen tarihte yüklenicinin mülkiyetine geçirme borcu altına girdiği, yüklenicinin ise söz konusu arsa üzerine sözleşmedeki nitelikte bir yapı inşa ederek, oluşturulan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir¹³. Arsa payı

⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, **RG.**: 8.12.2001, S:24607.

⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu **RG.**: 4.12.2011, S:27836.

⁹ *Atipik sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.*, **Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 123-126; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 17 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Güncellenip Genişletilmiş 18. B., İstanbul 2020, s. 47, 48; **Eren**, Fikret, Genel Hükümler, s.207-210.

¹⁰ **Erman**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. B. İstanbul 2010, s.1; **Deniz** Mehmet: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, 1. Baskı İstanbul 2011, s.11; **Yıldırım** Sümeyye Hilal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2011 s.3; **Karaman** Şeyma: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2009 s.1; **İşbora** Tuba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2009, s.2; **Gür** Mustafa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, 1. Baskı Ankara 2017 s.21.

¹¹ **Çelik**, Yiğit: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yapının Ayıplı Olması Sebebiyle Sona Ermesi, 1.Baskı, Ankara 2020, s.21.

¹² <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (E.T.:13.02.2021).

¹³ **Kürşat**, Zekeriya: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s.7; **Kartal**, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1993, s.15; **Helvacı**, Serap: Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması, Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1995, s.289 vd.; **Erman**, Hasan: Arsa Payı, s. 1; **Gür**, Mustafa: s.19; **Coşkun**, Gürkan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010, s. 25; **Şahin**, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 102; **Yener**, Mehmet Deniz: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, 2011, (Temerrüt), s.3; **Usta**, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017, s.5; **Kocağa**, Köksal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, 2009, s. 86; **Arıkan**,

inşaat sözleşmeleri, aynı anlamı ifade etse de doktrinde farklı isimlerle anılmaktadır. Bunlar; arsa üzerine inşaat yapım sözleşmesi¹⁴, arsa payı karşılığı bina inşası¹⁵, arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesi¹⁶, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi¹⁷, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi¹⁸ olarak sıralanabilir. Yargıtay kararlarında da sözleşme farklı isimlerle anılmıştır. Bunlara örnek vermek gerekirse;

Yargıtay 15. HD. 16.02.2021 tarih ve 2020/1487 E. 2021/263 K. sayılı kararında:

“...dava, Betonarme Karkas İnşaat Yapım Sözleşmesi'ne aykırılık sebebiyle arsa sahibi tarafından, inşaatın devamı için ödenen elektrik bedelinin tahsili istemine ilişkin...”¹⁹,

Yargıtay 15. HD. 24.11.2020 tarihli 2020/2765 E. 2020/3071 K. sayılı kararında:

“...dava arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince yükleniciye isabet eden bağımsız bölümü satın alan 3. kişinin temlikten tapu iptal ve tescil talebine ilişkindir...”²⁰,

Yargıtay 15. HD. 22.02.2021 tarih ve 2020/1580 E., 2021/394 K. sayılı kararında;

“...dava kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılması gerekenden daha fazla sayıda yapılan bağımsız bölümlerin sözleşmedeki paylaşım oranına göre arsa sahiplerine ait olduğunun tespiti istemine ilişkindir...”²¹.

Mustafa/Erdoğan Kemal, Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyi Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 34, 2015, s. 147; Demir, Mustafa Duhan; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sona Ermesi, Ankara, 2017, s.21; Yargıtay 15.HD 28.11.2019 T., 2019/ 337 E., 2019/4918 K. : “...Taşındığı unsurlara da bakarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini; yüklenicinin, arsa üzerine bina inşa etmek ve inşa ettiği binanın belirli bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etmek karşılığında, arsa sahibinin de, arsanın belirli paylarını yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği, karşılıklı edimleri içeren, karma nitelikli bir akit olarak tanımlamak mümkündür (...; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, (Der Yayınları, ..., 2007, s..1)..” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-7746#> (E.T.:13.02.2021).

¹⁴ Kırmızı, Mustafa: Açıklamalı- İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi. 1. Baskı. Ankara 2014 s.1.

¹⁵ Öz, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat. 3. B., İstanbul, 2016, s.112.

¹⁶ Kartal, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi. 1. B.. Ankara 1993, s.1.

¹⁷ Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen, Burak: Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 16. B., İstanbul 2019 s.1.

¹⁸ Sütçü, Nezi: Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi. 6. Baskı. İstanbul 2018, s.1.

¹⁹ Yargıtay 15. HD. 16.02.2021 tarih ve 2020/1487 E. 2021/263 K. Sayılı kararı için bkz.: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2020-1487.htm&kw=in%C5%9Faat+yap%C4%B1m+s%C3%B6zle%C5%9Fmesi&cr=yargitay#fm> (E.T.:14.02.2021).

²⁰ Yargıtay 15. HD. 24.11.2020 tarihli 2020/2765 E. 2020/3071 K. Sayılı kararı için bkz.: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-7746#> (E.T.:14.02.2021).

²¹ Yargıtay 15. HD. 22.02.2021 tarih ve 2020/1580 E., 2021/394 K. sayılı kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-8460#> (E.T.:14.02.2021).

Yukarıda Yargıtay ilamlarında yer alan tanımlardan da görüleceği üzere doktrin ve Yargıtay içtihatlarında sözleşme teriminin kullanımında yeknesaklık oluşmadığı açıktır. Kanunun lafzına uygun olarak “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” kavramını kullanarak çalışmamızı sürdüreceğiz.

B. UNSURLARI

Tarafların karşılıklı edimlerinden oluşan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımından da görüleceği üzere, sözleşmede üç ana unsur mevcut olmalıdır. Bunlar: Arsa sahibinin mevcut arsa paylarını yükleniciye devir borcu, yüklenicinin bütünlük arz eden bina yaparak belirlenen bağımsız bölümleri teslim borcu ve tarafların esaslı unsurlar üzerinde anlaşmasıdır²².

1. ARSA SAHİBİNİN MEVCUT ARSA PAYLARINI YÜKLENİCİYE DEVİR BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuken sonuç doğurabilmesi için, öncelikle mevzuata uygun olarak yapı inşa etmeye ve inşa edilen yapıya ruhsat belgesi almaya elverişli bir arsa bulunmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından arsa sahibinin asli edim borcu, belirlenen arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmektir²³. Sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının devri bedel unsurunu karşıladığından, arsa payına ek olarak arsa sahibinin para borçlusunu da olması sözleşmenin varlığını etkilemeyecektir²⁴.

Arsa sahibinin sözleşme uyarınca arsa payını yükleniciye devri ile yüklenicinin yapımını taahhüt ettiği inşaata başlayabilmesi için arsanın teslim edilmesi hususları

²² **Erman**, Arsa Payı, s.2; **Atamulu**, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, 1. B., Ankara 2014, s.28; **Kırmızı**, s.626; **Avcı**, Ali: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, 1. B. Ankara 2015, s.6; **Karaman**, s.2; **Gür**, s.24.

²³ **Erman**, Arsa Payı, s.2; **Yıldırım**, s.8; **Karaman**, s.2; **Gür**, s.26; **Akdaş**, Hüseyin: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşme Taraflarının Vergi Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.12.

²⁴ **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s.473; **Aydemir**, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016, s.8 vd.; **Atabekoğlu**, Arda Sinan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2014, s.16; **Durak**, Yasemin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İNÜHFD, Özel Sayı, C.1, 2015, s.209; **Kahraman**, Zafer: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015 s.2; **Usta**, Oğuz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017, s.5; **İşbora**, Tuba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2009, s.2, **Doğan**, Burak: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.5.

karıştırılmamalıdır. Arsanın teslimi, yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği edimini yerine getirebilmesi için işe başlamadan önce yapılması gerekli iken; arsa payı devri işin henüz başındayken veya daha sonra kademeli olarak ya da işin bitiminde gerçekleştirilmesi kararlaştırılabilir²⁵. Sözleşme serbestisi gereğince, sözleşme kapsamının tarafların ortak iradeleri ile çeşitli şekillerde belirlenmesi mümkündür.

Arsa payı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin yerine getirmekle mükellef olduğu edimini ifa yollarından en sık rastlanılanı arsa paylarının satışını vaat etmesidir²⁶. İş sahibi ve yüklenici sözleşmeyi tanzim ederken, “inşaatın başlama ve bitim süreleri, arsa sahibine verilecek bağımsız bölümün özellikleri ve yapı kullanım izninin alınması” ile ilgili ek taahhütlere de yer vermekte serbesttirler.

Bunun dışında arsanın mülkiyetini en başta yükleniciye geçirerek, devredilen paylar üzerinde ipotek konulmak üzere haklarını güvence altına alan arsa sahibi inşaat ilerledikçe ipotekleri parça parça kaldırabilir²⁷. Bahsi geçen devir işlemi sözleşme gereği edim borcu kapsamında olduğundan, satış işlemi olarak değerlendirilmemesi gerekir.

Arsa payının devrine ilişkin son metod ise sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa payının, inşaatın geldiği aşamaya göre parça parça yükleniciye devredilmesidir²⁸. Bu yöntem ile arsa payının bir kısmının yükleniciye devredilmesi ve bu payın yüklenici adına tescili ile kat irtifakı hakkı kurulmaktadır. Yargıtay’ın yerleşik kararları incelendiğinde inşaat tamamlanmadan yükleniciye yapılan arsa payı devirlerinin “avans” niteliğinde kabul edildiği görülmektedir²⁹. Ayrıca iş sahibi, arsa paylarını doğrudan

²⁵ **Atabekoğlu**, s.18.

²⁶ **Erman**, Arsa Payı, s.15; **Yavuz/Acar/Özen**, s.587; **Karadaş**, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları, 3. Baskı, Ankara 2013, s.40; **Çelik**, s.28.

²⁷ **Erman**, Arsa Payı, s.11-13; **Yavuz/Acar/Özen**, s.586; **Karadaş**, s.40, **Helvacı**, s.291; **Çelik**, s.28.

²⁸ **Erman**, Arsa Payı, s.14; **Yavuz/Acar/Özen**, s.586-587; **Karadaş**, s.40, **Helvacı**, s.291; **Çelik**, s.29.

²⁹ Bu yöndeki kararlar için bkz.: “İnşaatın hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir.” (Yargıtay 15. HD 21.09.2020 tarih ve 2019/3962 E.-2020/2494 K. Sayılı kararı); “Dairemiz ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun istikrar kazanan karar ve uygulamalarında arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye, onun tarafından da üçüncü kişilere pay devri yapılmış olsa dahi bu devirlerin gerçek bir satış olmayıp avans niteliğinde olduğu ve sözleşmenin geriye etkili feshi halinde tapu paylarının talep halinde 818 sayılı BK’nın 108/I. 6098 sayılı TBK’nın 125/son maddeleri gereğince arsa sahibine döneceği, 3. kişilerin iyi niyet savunmalarının dinlenmeyeceği kabul edilmektedir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 10.03.2003 gün 2003/492 Esas, 2003/1152 Karar, 05.03.2009 gün 2008/929 Esas, 2009/1216 Karar, 16.03.2009 gün 2008/2084 Esas, 2009/1530 Karar, 05.05.2011 gün 2010/2052 Esas, 2011/2753 Karar, 28.09.2010 gün 2010/3593 Esas, 2010/4847 Karar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 09.03.2016 gün 2014/15-605 Esas, 2016/293 Karar, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 21.06.2018 gün 2018/1025 Esas, 2018/2629 Karar sayılı ilamları)” (Yargıtay 15. HD 13.07.2020 tarih ve 2019/3306 E.-2020/2240 K. Sayılı kararı); Yargıtay 15. HD 30.06.2020 tarih ve 2020/1551 E.-2020/1982 K. Sayılı kararı; Yargıtay 15. HD 06.05.2020 tarih ve 2019/2526 E.-2020/1064 K. Sayılı kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-7746#> (E.T.:16.02.2020).

yükleniciye devretmeden sözleşmede kararlaştırılan paylarını doğrudan üçüncü kişilere satabilmesi için yükleniciye vekâlet de verebilir³⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye devredilecek taşınmazın tapu kaydının gerekip gerekmediği konusunda, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 2, 20 ve 27. maddelerinin amaçsal/gai³¹ yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde yapı inşası mümkün olmayacağından, sözleşmenin geciktirici şarta bağlı olarak akdedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. Ancak doktrinde, sözleşme konusu arsada sözleşme amacını gerçekleştirmek üzere hukuken ve fiilen yeterlilik aranmakta, tapuya kayıtlı olamayan taşınmazların devrinde, zilyetliğin devrinin yeterli olacağı yönünde görüşler ileri sürülmektedir³².

2. YÜKLENİCİNİN BÜTÜNLÜK ARZ EDEN BİNA YAPARAK BELİRLENEN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ TESLİM BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki asli edim borcunun bir parçasını bütünlük arz eden yapı inşa etme borcu oluşturur³³. Yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edim yalnızca bununla sınırlı olmayıp, aynı zamanda inşa edilen yapıdan belirli bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim borcu da bulunmaktadır³⁴. Yüklenicinin inşa ettiği yapının tamamının kat mülkiyeti kurulmasına elverişli olması da önem arz etmektedir³⁵.

Yüklenicinin inşaatı oluşturma borcu, belli bir sonuca yönelik nitelikli bir borç olmakla, belirlenen bağımsız bölümlerin teslimi de yüklenicinin edim yükümlülüğünün bir parçasını oluşturmaktadır. Edim sonucu olan “teslim” in sağlanamaması durumunda

³⁰ **Erman**, Arsa Payı, s.14; **Yavuz/Acar/Özen**, s.587.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Akıpek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku 1.C., Ankara 2007, s.124.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Erman**; “*Tapusuz taşınmazlarda mülkiyetin devri, zilyetliğin geçirilmesi ile gerçekleştiğinden, belirlenen arsa paylarının zilyetliğin devri ile arsa sahibi edimini yerine getirmiş olacaktır.*” s.2.; **Yavuz/Acar/Özen**, s.581-582; **Atamulu**, s.29.

³³ **Seliçi**, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.12; **Ayan**, Serkan; İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2008, s.25; **Çelik**, s.30; **Kaplan**, İbrahim: Eser Sözleşmesinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatı BATİDER, Haziran 1985, C.13, S.1, s.6; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. B., Ankara, 2001, s.51.

³⁴ **Yavuz/Acar/Özen**, s.484; **Erman**, Arsa Payı, s.2; **Karataş**, s.35; **Kartal**, s.18-19.

³⁵ 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m.1’de “*Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir. Yapılmakta veya ileride yapılacak olan bir yapının, birinci fıkrafta yazılı nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre irtifak hakları kurulabilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. (RG.: 02.07.1965, S:12038).

yüklenicinin giriştiği faaliyet kural olarak bir önem taşımaz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bu özelliği ile iş görme borcu taşıyan sözleşmelerden ayrılmaktadır³⁶.

Diğer taraftan, yüklenicinin inşa ettiği yapıda kendisine ait bağımsız bölümlerde kat mülkiyeti kurulmasını engellemeyen eksikliklerin bulunması, yüklenicinin teslim borcunun devam etmesine neden olmayacaktır³⁷.

3. TARAFLARIN ESASLI UNSURLAR ÜZERİNDE ANLAŞMASI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri rızai ve tam iki tarafa borç yükleyen akitlerden olup, sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi için tarafların sözleşmenin konusu ve koşulları üzerinde karşılıklı anlaşmaları gerekmektedir. Tarafların ortak iradelerine ilişkin olarak TBK'nın 1. maddesinde “*sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*” düzenlemesi yer almaktadır³⁸.

TBK'da yer alan, sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin emredici kurallar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için de geçerlidir. Bu nedenle taraflar, genel olarak sözleşmeler için kanunda belirlenen sınırlara (TMK m.11 vd., TBK m.27 vd., TBK m.30 vd.) riayet etmelidir.

Eser sözleşmeleri için mevzuat kapsamında belirli bir şekil şartı öngörülmemiştir. Öyle ki TBK m.12 göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmenin sözlü olarak da kurulması mümkündür³⁹. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu içerdiğinden, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Nitekim taşınmaz devrini içeren sözleşmeler TMK m.706, Tapu Kanunu m.19 ve m.26, TBK m.237 gereğince resmi şekle uygun olarak kurulmalıdır⁴⁰.

Taraflar, sözleşmenin geçerli olarak kurulması bakımından sözleşmeye konu eseri tanımlamak zorunda ise de, ödenecek ücret bedelinin kesin olarak kararlaştırılması ve müteahhidin eseri teslim borcunun tanımlanması hususlarında serbesttirler⁴¹. Taraflar

³⁶ **Ayan**, s.7.

³⁷ **Erman** (Arsa Payı), s.3; **Gür**, s.25 vd.; **Aslan** s.8 vd.; **Kartal**, s.21; **Yavuz/Acar/Özen**, s.577 vd.; **Yıldırım**, s.9; **Doğan**, s.5.

³⁸ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T.:17.02.2021).

³⁹ Bu yönde bkz.: Yargıtay 21. HD 23.06.2020 tarih ve 2020/826 E., 2020/2735 K. Sayılı kararı: “.. Zira hukukumuzda sözleşmeler sözlü veya yazılı kurulabilmektedir. Eser sözleşmesinin kurulmasıyla ilgili olarak Borçlar Kanunu'nda yazılı bir şekil şartı öngörülmemiştir... ”.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-7746#> (E.T.:17.02.2021).

⁴⁰ **Doğan**, s.7.

⁴¹ **Yakuppur**, Sendi: Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, 1. B., İstanbul 2009, s.14.

sözleşmede belirlenen ücreti “arsa payı” olarak da kararlaştırabilirler⁴². Önemli olan tarafların sözleşmenin belirli veya belirlenebilir esaslı noktaları üzerinde ortak bir irade beyanı ortaya koymalarıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların anlaşmaları gereken hususlar: Yüklenicinin borcu ileride kat mülkiyetine çevrilecek binayı tamamlayıp, bağımsız bölümleri teslim etmek iken, arsa sahibinin borcu ise maliki bulunduğu arsanın kararlaştırılan belli paylarını yükleniciye devir borcudur⁴³. Sözleşmenin amacı, esaslı unsurların karşılıklı değişimini ifade eden mübadeledir⁴⁴. Sözleşmeye ait ikincil noktalarda uyuşmazlık çıkması halinde TBK m. 2’de yer alan; “*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*” düzenlemesi esas alınacaktır⁴⁵. Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi genelde güçlü taraf olan yüklenici tarafından hazırlanmakta ve iş sahibine de bu sözleşme hükümleri dayatılmaktadır. Sözleşmedeki hükümler genelde TBK m. 20 vd. kapsamında kurulduğundan, genel işlem koşulları yaptırımları uygulanacaktır. Ayrıca TBK m.19’daki “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında,*

⁴² “...Sözleşme metninde de taşınmazın tapudaki paylarının devriyle karşılığında inşaatın yapılması kabul edilmiştir. ...İşin esasına girilip sözleşme koşullarına göre bir karar verilmesi gerekirken ücretin arsa payı olarak verilmesi gerekirken ücretin arsa payı olarak verilmesi nedeniyle doğrudan “Gayrimenkul Satış Vaadi şeklinde” kaleme alınmayan ve metninde “satış vaadi” sözlerinin kullanılmamasından yanılıya düşülerek sözleşmenin geçersizliğinden bahisle ret kararı verilmesi doğru olmadığı gibi, yükleniciye izafeten 3. Kişi adına arsada pay devri yapılmış, yüklenici de eseri bitirip teslim etmiş olmakla karşılıklı edimler yerine getirildiğinden şekil noksanlığının artık sonucu etkili olmayacağı (MK.2.md.) düşünülmesi de yerinde değildir. (HGK.6.6.1979 gün ve 190-799, tarih 22..3.1985 399-232...s.) (Y.15.HD., 4.6.1992 T.E.5875, K.3037). Karar için bkz.: **Uygur**, Turgut: Açıklamalı- İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s.43.

⁴³ **Eren**, Genel Hükümler, s.243; **Yavuz**, Özel Hükümler, s.1037; **Atamulu**, s.30; **Erman**, Arsa Payı, s.3-4; “Sözleşmenin tarafları gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de arsa payına malik olabilir. Tarafların ortak iradeleri ile geçerli bir sözleşme kurulabilmesi için sözleşme konusu arsa payına malik olan herkesin iradelerinin aynı doğrultuda olması şarttır. Böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ancak oybirliği sağlandığı takdirde kurulacaktır. Arsa payı maliklerinin birden fazla olması durumunda paylı mülkiyete ilişkin mevzuat hükümleri ile değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim TMK m.692’de “*Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.*” ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere arsa üzerinde inşaat faaliyetinin başlayabilmesi için tüm paydaşların rızası olmalıdır. Paydaşlardan yalnız birinin kendi payı üzerinde gerçekleştirmiş olduğu sözleşme de geçerli olmaz.” Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir: “...TMK’nun 692. madde hükmü uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine yönelik davalar olağanüstü tasarruf niteliğinde olduğundan, tüm paydaşlar tarafından açılmalı ya da davaya onayları alınmalı, onayları alınamayan paydaşlar varsa bunlar hakkında dava açılması için davacıya süre verilmeli, dava açılması halinde bu dosya ile birleştirilmesi sağlanmalıdır...” Yargıtay 15. 23. HD 02.04.2013 tarih ve 2013/329 E.- 2013/2078 K. <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222013%2F329%22+E.-+%222013%2F2078%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T.14.04.2021); Oybirliği aranan durumun istisnaları da bulunmaktadır. Şöyle ki, sözleşme konusu arsa 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un 6. Maddesi kapsamına giriyorsa en az 2/3 çoğunluk kararı, Kat Mülkiyeti Kanunu Ek 4.maddesi uyarınca 4/5 çoğunluk oranının varlığı olacaktır.

⁴⁴ **Ayazlı**, Pervin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları-Hukuki Özellikleri-Şekil Sorunu), MÜHFHAD, Ocak-Nisan 1987, S.4, s.43-51; **Atamulu**, s.31.

⁴⁵ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T.:20.02.2021).

tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. ” ifadelerinden de görüleceği üzere irade prensibi benimsenmiştir.

Diğer taraftan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları gerçek kişi yahut tüzel kişi olabilir, hatta tarafların birden çok kişi de olması mümkündür⁴⁶. Arsa sahibinin birden fazla kişi olması halinde elbirliği veya paylı mülkiyet uygulaması gündeme gelecektir. Bu durumda sözleşmenin kurulabilmesi için paydaşlar arasında oybirliği sağlanması şarttır. İlgili çoğunluğun sağlanması halinde, sözleşmenin kurulabilmesi için dava yoluna gidilerek olumsuz oy kullanan paydaşların paylarının satılması talep edilebilir⁴⁷. Oybirliği olmaksızın sözleşme yapılırsa, yokluk yaptırımını uygulanır⁴⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile taraflar karşılıklı borç altına girmektedir. Bu kapsamda sözleşmenin nispiyeti ilkesi uyarınca sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilere karşı edimin ifası istenemez. Bu noktada üçüncü kişilerin sözleşmeyi ihlal etmesi de söz konusu olamaz. Üçüncü kişiler, sözleşmenin taraflarına kasten zarar vermek amacıyla bir fiil gerçekleştirmiş ise haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazminat ödemekle yükümlü olup, sözleşmeyi ifa etmesi beklenilemez.

Sonuç olarak, arsa sahibinin birden fazla kişi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapması mümkündür. Bu durumda, nispi hakka dayalı talep söz konusu olacağından, kідeme itibar ilkesi uygulanamaz⁴⁹. Yargıtay ise kідeme itibar ilkesinin uygulanacağı görüşündedir⁵⁰. Ancak Yargıtay’ın bahsi geçen görüşüne katılmak mümkün değildir. Öyle ki, söz konusu karara göre taşınmaz satış vaağine aynı statü tanımak gerekeceğinden ve aynı haklarda hakim olan sınırlı sayı ilkesi gereğince Yargıtay’ın bu yöndeki görüşünün isabetsiz olduğu kanaatindeyiz⁵¹.

⁴⁶ **Enli**, İsa: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü, Ankara, 2017, s. 13, **Ateşoğlu**, s.7; **Gür**, s. 23.

⁴⁷ **Özmen/Karaman**, s.64 vd.

⁴⁸ **Oy**, Osman/ **Haşal**, Tahsin Emre: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2014, s.39; **Ateşoğlu**, s.7 vd.

⁴⁹ **Özmen**, Etem Saba/**Akçura**, **Karaman**, Tuğba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, Yıl 2013, s.59.

⁵⁰ Yargıtay 14. HD. 13.10.1988 tarih ve 1987/4244 E., 1988/6494K.: “..Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya müfeseh hale gelmedikçe, ilk defa yapılan sözleşmeye değeri verilir. Satış vaaği sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medeni Kanun’un 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyeran olunabilir...”
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-1987-4244.htm&kw=`E.1987/4244,`+`K.1988/6494`&cr=yargitay#fm> (E.T.21.04.2021).

⁵¹ Aynı yöndeki görüş için bkz.: **Özmen**, Etem Saba, **Akçura**, **Karaman**, Tuğba Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, Yıl 2013, s.59.

C. ÖZELLİKLERİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hukuki niteliği açısından tam iki tarafa borç yükleyen, karma tipli, sürekli benzeri borç ilişkisi doğuran ve tapu kütüğüne şerh edilebilen sözleşmedir.

1. TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMEDİR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile taraflar, arsası üzerinde belli payların mülkiyetini yükleniciye devretmeyi, yüklenici ise kendisine teslim edilen arsa payı üzerinde yapı inşa ederek sözleşmede belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi karşılıklı rızai olarak borçlanmaktadır⁵². İnşa edilen yapıyı ivazsız olarak meydana getirilmesi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden söz edilemez. Dolayısıyla her iki taraf da alacaklı ve borçlu olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen (karşılıklı taahhütleri havi-synallagmatique) ivazlı sözleşmelerdendir⁵³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların ifa etmekle yükümlü oldukları edimler arasındaki karşılıklılık ilişkisi, hem doğuş hem de işlevsel açıdandır. Şöyle ki, taraflardan birinin ediminin doğuşu, diğerinin ediminin geçerli olarak doğmasına bağlıdır. Edimlerin ifası ve devamı açısından da aralarında sıkı bir bağ bulunmaktadır⁵⁴.

2. KARMA TIPLİ SÖZLEŞMEDİR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine mevzuat kapsamında açık olarak yer verilmemiştir. Hukukumuzda bu tip sözleşmeler isimsiz sözleşme⁵⁵ olarak anılmakla, TBK m.26'da yer alan "sözleşme özgürlüğü prensibine" uygun olarak kurulmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin asli edimlerinin bileşiminden meydana geldiğinden, karma tipli sözleşme

⁵² **Erman**, Arsa Payı, s.4; **Kocağa**, Mustafa: İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s.51; **Eren**, Özel, s.585; **Yavuz/Acar/Özen**, s.581; **Sütçü**, C.I, s.36, **Çelik**, s.31.

⁵³ **Erman**, Arsa Payı, s.4; Yargıtay 23. HD 03.03.2016 tarih 2016/423 E.-2016/1317 K.: "6098 sayılı TBK'nın 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi", iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir."

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=4209#> (E.T.:20.02.2021).

⁵⁴ **Çelik**, s.32, **Eren**, Özel, s.28-29; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. B. İstanbul 2014, s.16; **Vehbi**, Umut: "Tüketicinin Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması", Adalet Akademisi Dergisi, 2017, S.30, s.295.

⁵⁵ **Yavuz/Acar/Özen**, s.13 vd.; **Gümüş**, s.3 vd.

olarak nitelendirilmektedir⁵⁶. Yargıtay kararlarında ise “çift tipli karma sözleşme” ifadesine yer verilmiştir.

Karma sözleşmeler, birden fazla sözleşmede yer verilen unsurların, mevzuat kapsamında öngörülmeyle bir araya gelmesiyle oluşmaktadır. Bu özelliği itibariyle karma sözleşmeler, diğer isimli sözleşmelerden (birleşik sözleşmeler ve sui generis sözleşmeler) ayrılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser ve satım sözleşmelerinin tek bir bünyede bir araya gelerek, bu sözleşmelerin iç içe geçmesi ve bağımsız varlıklarını yitirmesiyle yeni bir sözleşme türü olarak doğmaktadır. Bu nedenle de uyuşmazlıklarda bu sözleşmeyi meydana getiren sözleşmelere ait hükümlerin doğrudan uygulanması mümkün değildir.

Karma sözleşmelere uygulanacak kanuni hükümler konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁵⁷. Ancak bugün itibariyle doktrinde kabul edilerek benimsenen görüş “kıyas (yaratma)” teorisidir. Kıyas yaratma teorisine göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine doğrudan satış ve eser sözleşmesi hükümleri uygulanamayacak, tarafların karşılıklı menfaatleri ve sözleşmenin amacı da göz önünde bulundurularak ancak kıyas yolu ile uygulama yapılacaktır. Buradan sonuca varılamaması halinde ise TBK'nin genel hükümleri uygulanacak, buradan da sonuca varılamaz ise örf ve adet hukuku uygulanacak,

⁵⁶ “6098 sayılı TBK'nın 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir.” Yargıtay 23. HD 21.05.2018 tarih ve 2015/5183 E., 2018/3243 K. [https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-7746#\(E.T.:20.02.92021\)](https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-7746#(E.T.:20.02.92021)).

⁵⁷ **Erman**, Arsa Payı, 3.B., s.7; “a) Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisine göre, karma sözleşmeyi meydana getiren sözleşmelere ilişkin özel hükümler kıyas yoluyla dahi uygulanamaz; uyuşmazlıklar borçlar hukukunun genel hükümlerine göre çözümlenir. b) Soğurma teorisi uyarınca, hangi tipe ait unsur daha önemli ise, o sözleşme tipine ait hükümler bütün sözleşmeye uygulanmalıdır. c) Birleştirme teorisinde, karma sözleşmedeki her edime, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler doğrudan uygulanacaktır. d) Yaratma kıyas teorisine göre, karma sözleşmeye herhangi bir kanun hükmü ancak kıyas yoluyla uygulanabilir, hakim sözleşmenin amacını ve tarafların karşılıklı menfaatlerini göz önüne alarak sözleşmeyi meydana getiren sözleşme tiplerine ait hükümleri kıyasen karma sözleşmeye uygulamalı, gerekirse bunları bir tarafa bırakarak genel hükümleri uygulama yoluna gitmeli, böylece sonuca varamıyorsa örf ve adet hukukuna başvurmalı, bundan da sonuç alamıyorsa MK uyarınca hukuk kuralı yaratmalıdır. Bu görüşlerden “çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisi”, yargıcın karar özgürlüğünü aşırı derecede sınırladığı; “soğurma teorisi” tarafların akdin içeriğini belirleme özgürlüğüne aykırı olduğu için reddedilmiştir. “Birleştirme teorisi” de karma sözleşmeyi oluşturan tiplerin ayrı ayrı bağımsız bir varlık taşımadıkları, karma sözleşmenin bunların basit bir toplamından değil bir sentezinden oluştuğu belirterek tenkit edilmiştir. Bugün doktrinde “yaratma (kıyas) teorisi” genellikle kabul edilmektedir.” (**Erman**, Arsa Payı, 3.B., s.7) ” Kıyasen uygulama metodunu” benimseyen bir başka görüş için bkz.: **Kuntalp**, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s.127 vd.

hiçbir çözüme ulaşılamaması halinde TMK m.1 gereğince hâkimin hukuk yaratma yoluna başvurulacaktır⁵⁸.

Doktrinde kıyas teorisi benimsenmiş ise de, Yargıtay birleştirme teorisinin uygulanması gerektiği kanaatindedir⁵⁹. Ancak Yargıtay birleştirme teorisinden yana görüşünü belirtmiş olsa da hüküm kurarken hakkaniyete göre hareket edilmesini arayarak, daha çok kıyas teorisine yaklaşan bir görüş benimsemiştir⁶⁰.

3. SÜREKLİ BENZERİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMEDİR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani borç ilişkisi mi sürekli borç ilişkisi mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki görüşleri aktarmadan önce öncelikle ani edim ve sürekli edim kavramlarını açıklamakta fayda görmekteyiz. Ani edim, alacaklının edimin ifasındaki menfaatinin zaman birimi ile ölçülmeden bir an içinde gerçekleşmesi halinde söz konusudur⁶¹. Tarafların asli borçlarından en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa sürekli borç ilişkisi söz konusudur⁶². Süreklilikten kasıt, edimin zaman yönünden kesintiye uğramaması değil, edimin yerine getirilmesinde borçlunun süreklilik arz eden ve tekrarlayan davranışlarının olması ve alacaklının da bu süreç boyunca menfaatinin devam etmesidir. Öyle ki, ifa fiili ya da ifa hazırlığı borçlu açısından uzun bir süreç gerektirse de alacaklı yönünden bir defada gerçekleştiği takdirde sürekli edimden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ani edimli borç ilişkisi olarak kabul eden yazarlara göre yüklenicinin işi, borçlanılan edimin tamamı dışında herhangi bir hazırlık

⁵⁸ **Usta**, s.17 vd.; **Atamulu**, s.32 vd.; **Coşkun**, s.26 vd.; **Demir**, s.34 vd.; **Ayan**, s.41; **Gür**, s.28; **Duman**, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, İstanbul, 2016. s.47 vd.; **Kaya**, s.16 **Erman**, Arsa Payı, 3.B., s.7; **Gönen**, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul, 2016, s.17 vd.; **Karadaş**, s.36; **Öz**, Dönme, s.2; **İşbora**, s.17; **Aslan**, Neslihan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s.11 vd.; **Atabekoğlu** s.31 vd.; **Altınkan**, Onur: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s.16 vd.; **Panayır**, Mehmet Gökberk: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik ve Ayıplı İşlerden Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, s.10; **Erdas**, Bayram: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s.11 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s.579.

⁵⁹ "...Birleşik sözleşmede, iki bağımsız sözleşme kendilerine özgü nitelikleri koruyarak ortak bir amaçla bir araya gelmektedir. Bu sözleşmelerden ortaya çıkan uyumsuzlukların, kural olarak, her sözleşmenin bağlı olduğu hükümlerin uygulanarak çözülmesi gerekir..." Yargıtay 10. HD. 22.01.1976 tarih ve 1976/4935 E., 1976/1294 K.; Yargıtay 15. HD. 25.12.1975 tarih ve 1975/4714E., 1975/5159 K. (Uygur, s.605 vd.).

⁶⁰ **Demir**, s.37; **Erdas**, s.20; **Sabuncu**, s.15; **Altınkan**, s.19 vd.; **Doğan**, s.11.

⁶¹ **Oğuzman / Öz**, 8.Baskı, s. 9; **Seliçi**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Ankara, 1977, s. 8; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.16, Ankara 2012, s. 6; **Antalya**, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s.37; **Ayan**, s. 24.

⁶² **Oğuzman / Öz**, s.12; **Antalya**, s.38.

faaliyetinden ibaret olarak görülmez⁶³. Yüklenicinin edime yönelik hareketi uzun sürse bile (binanın inşası ve bağımsız bölümlerin teslimi) bütün bir emek amaçlandığından, edim sonucunun gerçekleşmesi de eserin teslimi ile aynı zamanda olmaktadır. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşe göre yüklenicinin asli edim borcu yapının teslimi olduğundan, yapının teslim edilememesi halinde iş sahibinin sözleşme ile amaçladığı menfaat elde edilemeyecek ve yüklenici borcunu ifa etmemiş olarak kabul edilecektir. Ayrıca bu görüşün kabulü halinde yüklenici temerrüde düşerse “geriye etkili olma prensibi” uygulanacaktır. Şöyle ki; yüklenici kendisine devri gerçekleştirilen arsa paylarını iade edecek, arsa sahibi de karşılık olarak o zamana kadar yüklenici tarafından yapılan işin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda ifa edecektir⁶⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli borç ilişkisi olduğunu savunan görüşe⁶⁵ göre sözleşme konusu yapının tesliminden önce yapılmış olan faaliyetlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu görüşe göre yapının teslimine kadar geçen süredeki faaliyetlerin, edimin dışında ve hazırlık faaliyeti olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁶⁶. Bütünlük arz eden yapının meydana gelmesinden önce edimler belirli zamanda ve bölümler halinde peyder pey olarak yerine getirilmektedir. TBK’da eser sözleşmeleri, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kurallar göz önünde bulundurulur

⁶³ **Kurşat**, s.56; **Öz**, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s.20 vd.; **Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017, s.360; **Tandoğan**, Haluk: Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Yapamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER, C.XI, S.1, Haziran 1981, s.28 vd., **Seliçi**, (Sürekli Borç İlişkileri), s.26, **Kartal**, s.24; **Ayan**, Yüklenicinin Temerrüdü, s.43; **Karahasan**, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul, 1997, s.254; **Uygur**, C.2, s.602; **Erman**, Arsa Payı, s.8; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s.26; **Eren**, Fikret: İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATİDER, Ankara, 1996, s.52; **Altaş**, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s. 49; **Akkayan**, Yıldırım: Ayça, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, s.62; **Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 175; **Yavuz/Acar/Özen**, s.580; **Yavuz**, Nihat: Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara, 2011, s.619; **Yener**, Temerrüt, s.6; **Şahin**, s.105; **Avcı**, s.14; **Duman**, s.49; **Durak**, s.212; **Tekelioğlu**, Numan: İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat, YBHD, Yıl:2017, S.2, s.162; **Yaşar**, Halis: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, 2012, s. 291.

⁶⁴ **Altınkan**, s.21 vd. ; **Ayan**, s.42; **Erman**, Arsa Payı, s. 9; **Yaşar**, s. 313; **Doğan**, s.13.

⁶⁵ **Kartal**, s.25; **Erman**, Arsa Payı, s.8 vd. ; **Büyükay**, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 40; **Öz**, s. 12; **İşbora** s.20; **Acar**, Faruk: Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, www.e-akademi.org, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.134, Aralık 2013, s.2.

⁶⁶ **Erdaş**, s.18; **Serozan**, s. 166; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s.26; **Öz**, Dönme, s.17; **Erman**, Arsa Payı, s.9; **Özyörük**, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1998 s. 51; **Ayan**, s. 42-43; **Kartal**, s. 25; **Atabekoğlu**, s.28; **Coşkun**, s.27 vd.; **İşbora** s.20; **Kurt**, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre), Ankara, 2012, s.49 vd.; **Yıldırım**, s.12; **Yünlü**, Semih: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.12; **Kurşat**, s.53; **Doğan**, s.13.

düzenlenmiştir. Nitekim sözleşme kurulurken arsa sahibi arsa payını inşaat ilerledikçe veya başlangıçta yükleniciye devretmekte, bu devir işlemleri yapılırken eğer ipotek kurulmuşsa inşaatın belli bir seviyeye ulaşmasıyla ipotek bölüm bölüm kaldırılmaktadır⁶⁷.

Nitekim YİBBGK'nın 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E. ve 1984/1 K. sayılı kararında da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin “geçici- sürekli karmaşığı” nitelikte olduğu kabul edilmiştir⁶⁸. Karara göre sözleşmenin hukuki niteliğini tespit ederken yüklenicinin edim borcuna göre değerlendirme yapılır. Sözleşme yüklenicinin yapıyı inşa ederek belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslim borcu açısından ani edimli iken, yapıyı meydana getirirken işi yürütmesi yükümlülüğü açısından ise sürekli edimli nitelik göstermektedir⁶⁹.

Bu nitelermelerin hukuki sonucu inceleme konumuz olan ve ileride ayrıntıları ile açıklanacak olan, yüklenicinin teslimde temerrüde düşmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi (fesih-dönme) ve bu halde sözleşmenin geçmişe mi yoksa ileriye mi etkili olarak sona ereceği hususudur. Sözleşmenin ani edimli olarak nitelendirilmesi durumunda sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu halde yüklenici o zamana kadar yapmış olduğu işin ve kullanılan malzemenin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca alabilecektir. Sözleşmenin sürekli edimli olarak kabul edilmesi halinde ise sözleşmenin sona erdirilmesi ileriye etkili olarak sonuç doğuracak ve ifa edilen kısım varlığını koruyacaktır⁷⁰.

4. TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH EDİLEBİLEN SÖZLEŞMEDİR

Türk Medeni Kanunu'nda Tapu Sicili'nin düzenlendiği ikinci bölümün “Kişisel Haklarda” başlıklı 1009/I maddesinde “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhdilebileceği kanunlarda*

⁶⁷ **Erman**, Arsa Payı, s.9.

⁶⁸ YİBBGK 25/01/1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.: “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa 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.” RG. 27.02.1984- S.18325,s.17 vd. (E.T.: 22.02.2021).

⁶⁹ **Erdaş** s.19 vd.; **Eren**, İnşaat, s.52; **Erman**, Arsa Payı, s.9; **Yünlü**, s.12; **Sabuncu**, Burak: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Arsa Sahibi ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s.18 vd.; **Kaplan**, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013, s.54; **Altınkan** s.26; **Atabekoğlu**, s.29; **Serozan**, Dönme, s. 184; **Büyükcay**, s. 41; **Aslan**, s.16; **Kurşat**, s.54; **Kurt**, s.51 vd.; **Doğan**, s.15.

⁷⁰ **Erman**, Arsa Payı, s.9.

açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.” hükmü yer almaktadır⁷¹. Açık kanun hükmünden de görüleceği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tapuya şerh edilebilir haklar arasında yer almaktadır. Yüklenici sözleşmeye konu arsa payı üzerinde edindiği kişisel hakkını tapuya şerh verebilir. Bu durumda arsa sahibi arsa payını üçüncü kişiye devretse de, yüklenici sözleşmeden doğan kişisel hakkını üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilecektir. Şöyle ki, yüklenici edimini ifa ettikten sonra kendisine düşecek paya isabet eden bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının devrini üçüncü kişi yeni malikten talep edebilecektir⁷².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklı nispi hak şerhi yürürlükten kalkan 743 sayılı Kanun hükümlerinde yer almamasına rağmen daha sonradan yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK madde 1009 ile düzenlenmiştir. Bu şerhe ilişkin olarak 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesinde⁷³ “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.*” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca şerh işlemi için **22/7/2013 tarih ve 2013/5150 numaralı Tapu Sicili Tüzüğü'nün 46/c maddesinde** “*...Arsa payı karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenen sözleşme*” den bahsedilmekle hem kanunlarda hem de tüzük ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklan inşaat hakkı olarak adlandırılan kişisel hakkın şerhi konusu düzenlenmiş bulunmaktadır⁷⁴.

Tapuya şerhin işlevi, arsa sahibinin sözleşme kurulduktan sonra yükleniciye devrettiği arsa paylarını üçüncü kişilere devri ile ortaya çıkmaktadır. Yüklenici sözleşmeden doğan hakkını tapuya şerh ettirdiğinde şahsi hakla ilgili olan borç ilişkisi eşyaya bağlı borç ilişkisine evrilmektedir. Yüklenicinin şahsi hakkı, sözleşme ile devredilen arsa payı maliklerinin tamamına karşı ileri sürülebilmektedir. Bu çerçevede yüklenici borcunu yerine getirmesi halinde, arsa sahibi ile aralarında akdedilen sözleşme kapsamında payına düşecek bağımsız bölümlerin tescilini talep etme hakkını tapu şerhine dayanarak üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir⁷⁵.

⁷¹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (E.T.:22.02.2021).

⁷² **Erman**, Arsa Payı, s.10; **Altınkan**, s.63.

⁷³ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2644.pdf> (E.T.:22.02.2021).

⁷⁴ Bu düzenlemenin evvelinde 07.06.1994 tarihli RG.'de yayımlanan Tapu Sicil Tüzüğü'nün 55. maddesinin “e” bendinde, noterde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilebileceği yer almaktaydı.

⁷⁵ **Ayan**, Serkan, s.301; **Doğan**, s.19; **Kurt**, s.424.

Buna karşılık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapuya şerh edilmişse, arsa sahibi taşınmazını üçüncü kişilere devrettiği takdirde üçüncü kişiler de yapının inşasına engel olabilir. Bu halde yüklenici açısından edimin ifası sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranış ile imkânsızlaştığından, yüklenici dava yoluyla inşaat için yaptığı tüm harcamaların bedelini ve gerekse yoksun kalınan alacak kaybının tanzimini talep edebilir⁷⁶.

Tapuya şerh ile birlikte munzam etki söz konudur. Dolayısı ile yüklenici, şerh işleminden sonra taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak edinen kişilere ve taşınmaz üzerinde haciz koyan alacaklılara karşı da bu hakkını öne sürebilmektedir. Örnek vermek gerekirse: Taşınmaz üzerine konulan şerhten sonra üçüncü kişiler lehine ipotek hakkı tesis edilmişse, yüklenici bunun terkinini talep edebilir. Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapuya şerh edilmişse, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi halinde, arsa sahibi tapuya konulan şerhin kaldırılmasını yükleniciden veya mahkemeden de talep edebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesinin bir başka etkisi de, arsa sahibi arsa paylarının bir kısmını başlangıçta yükleniciye devretmesine rağmen, yüklenicinin yapının inşasında temerrüde düşmesi üzerine şartların mevcudiyeti halinde sözleşme geçmişe etkili olarak feshindeki durumdur. Bu halde yüklenici adına tapudaki mevcut şerh kaydının baştan itibaren yolsuz tescil arz ettiği kabul edilecek olursa, yükleniciden arsa payını alan üçüncü kişiler TMK'nın 1027. maddesine göre iyiniyet iddiasında bulunamayacakları gibi, tapudaki şerh arsa sahibine koruma sağlayacağından arsa sahibi de bu kişilere karşı tapu iptal tescil davası açabilecektir⁷⁷.

Diğer taraftan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapuda şerh edilmemişken arsa sahibi tarafından taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesi halinde, yeni malikin tapuya şerh edilmemiş olan sözleşmeye uyma yükümlülüğü bulunmadığından, yüklenici artık yeni malike sözleşmeden doğan hakkını ileri süremeyecektir. Bu halde, arsa sahibinin kusurlu davranışı sonucunda yüklenicinin kendi edimini ifa etmesi imkânsız hale geleceğinden, yapının inşası için yapılan tüm harcamalar ve uğranılan menfi zarar bedelleri arsa sahibinden talep edilebilir⁷⁸.

⁷⁶ Erman, Arsa Payı, s.10.

⁷⁷ Altınkan, s.64; Erman, Arsa Payı, s.10-11.

⁷⁸ Altınkan, s.63-64; Erman, Arsa Payı, s.10.

IV. BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin asli edim borcu iş görmeye dayalı olan yapı inşa ederek bağımsız bölümlerin teslimidir. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin iş görme borcunu içeren diğer sözleşme türleriyle ortak yanları olmasına karşın, temel hususlarda bu sözleşmelerden farklılık göstermektedir.

A. HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Hizmet sözleşmesinin tanımı TBK m.393/I'de yapılmıştır. Kanun maddesinde “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre hizmet sözleşmesi bünyesinde bağımlılık unsuru barındırdığından bu özelliği ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden ayrılmaktadır. Diğer yandan hizmet sözleşmesinin amacı belirli bir sonuca ulaşmak değil, yalnızca iş görmeyi gerçekleştirmektir⁷⁹.

Diğer taraftan hizmet sözleşmeleri hukuki niteliği itibariyle sürekli edimli iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani-sürekli edim karmaşığı⁸⁰ yapıda sözleşmedir. İki sözleşme arasında sözleşmenin bedeli açısından da farklılık bulunmaktadır. Hizmet sözleşmesinde bedelin mutlaka para olması gerekirken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bedel arsa payının devrinden oluşmaktadır⁸¹.

Son olarak da iki sözleşme birbirinden tabi oldukları şekil bakımından da farklıdır; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri resmi şekle uygun yapılmadığı takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaktadır, hizmet sözleşmesi için kural olarak herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır⁸².

B. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Vekâlet sözleşmesinin düzenlendiği TBK m.502 hükmüne göre, “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu Kanunda*

⁷⁹ **Sabuncu**, Burak: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Arsa Sahibi ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s.22 vd.; **Kaya**, Özgür Kâtip: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul, 1993, s.30; **Yıldırım** Sümeyye Hilal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2011, s.47 vd.

⁸⁰ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.16 vd.

⁸¹ **Kaya**, s.30; **Ateş**, Zehra Gizem: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.16; **Yıldırım**, s.47 vd.

⁸² **Kaya**, s.30.

düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.” Vekâlet görme sözleşmeleri iş görme edimini bünyelerinde taşıması açısından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleriyle benzerdir. Ancak, bahsi geçen iki sözleşmede iş görme dışında karşı edim yükümlülükleri bakımından farklılıklar vardır. Şöyle ki; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bedel belirli arsa paylarının devri iken, vekâlet sözleşmesinde kural olarak bedel bulunmamaktadır. Vekâlet sözleşmelerinde, hizmet sözleşmelerine benzer şekilde iş görme edimi neticesinde belli bir sonucun meydana gelmesi aranmaz⁸³. Her iki sözleşme de şekil açısından birbirinden farklıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için resmi şekil şartı aranmaktayken, vekâlet sözleşmesinde kural olarak şekil şartının varlığı aranmaz⁸⁴.

C. ESER SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış sözleşmesi ve eser sözleşmesinin özelliklerini barındıran çift tipli karma tip sözleşmedir. Bu iki sözleşmenin benzer yanları bulunsa da bazı hususlarda birbirinden farklıdırlar. İş sahibinin yükümlülükleri açısından ele alındığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında arsa sahibi belirli arsa paylarını yükleniciye devretmekle yükümlüyken, eser sözleşmesinde iş sahibi ücret ödemekle yükümlüdür⁸⁵.

Diğer ayırt edici özellik ise, şekil konusundadır. Şöyle ki, eser sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı bulunmamasına rağmen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taşınmaz pay devrini içerdiğinden resmi şekle tabidir⁸⁶.

D. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

İnşaat sözleşmeleri tamamen eser sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir. Şöyle ki, inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin karşısında yer alan iş sahibinin edim borcu para ödemekten ibarettir. Karma tipli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin asli

⁸³ Sabuncu, s.22 vd.; Kaya, s.30; Yıldırım, s.50; Ateş, s.16; Büyükkay, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Ankara, 2014, s.48.

⁸⁴ Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak: Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 16. B. İstanbul 2019 (Özel Hükümler), s.639.

⁸⁵ Baygın, s. 142; Büyükkay, s. 32; Erman, Arsa Payı, s. 15; Gökyayla, s. 11 vd.; Altınok Ormancı, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2011, s. 39; Şahin, Turan: Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜ Hukuk Fakültesi, C. I, S. 2, 2011, (Ayıp), s. 135; Kurşat, Zekeriya: Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü, İÜHF, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 145; Yücel, Özge: Borçlar Kanunu 358/I Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Ve İş Sürdürme Borcu, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, (Zamanında Başlama), s. 781; Öktem, Seda: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıtan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, 2006, s.1947; Yünlü, s. 26 vd.; Yıldırım, s. 23.

⁸⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 536; Yünlü, s.27; Erman, Arsa Payı; s. 17; Yıldırım, s. 23; Kurt, s. 43.

edim borcu belirli pay devridir. Bundan dolayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi içerisinde taşınmaz satış sözleşmesini de taşımaktadır. Bu açıdan bakıldığında inşaat sözleşmeleri içerisinde başka bir sözleşme türü barındırmadıklarından saf bir eser sözleşmesi olarak kabul edilebilir⁸⁷. Şekil açısından ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için resmi şekil şartı var iken, inşaat sözleşmelerinin hüküm doğurabilmesi için kanunda aranan herhangi bir şekil şartı yoktur. Ancak, bazı durumlarda inşaat sözleşmeleri içinde de şekil şartı aranmaktadır. DİK⁸⁸ ve KİK⁸⁹ inşaat sözleşmesindeki şekil serbestisinin istisnasını oluşturmaktadır.

E. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile benzerlik taşıyan bir diğer sözleşme türüdür. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, yüklenicinin bağımsız bölümler meydana getirip satmayı, arsa sahibinin de satış konusunda temsil yetkisi vermeyi ve bundan kazanılan miktarı paylaşmayı üstlendiği sözleşme türüdür. Zira inşa edilen bağımsız bölümlerin satışının bizzat yüklenici tarafından yapılması da mümkündür⁹⁰. Bu sözleşme türünde, arsa sahibinin arsa payı üzerinde inşa edilecek olan yapıdaki bağımsız bölümlerin satışı yapılmakta ve neticede elde edilen gelir yüklenici ve arsa sahibi arasında pay edilmektedir. Bu doğrultuda gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin edimi satışı yapılan bağımsız bölümler aracılığıyla gerçekleştirmektedirken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise yükleniciye devredilen paylar ile gerçekleşmektedir⁹¹. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği burada da karma nitelik taşımaktadır. Nitekim yapı inşa etme borcundan dolayı eser sözleşmesinin, gelir paylaşımı sebebiyle de ortaklık sözleşmesi mevcuttur⁹².

V. ŞEKLİ

A. TABİ OLDUĞU ŞEKİL

Sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural TBK'de şekil serbestisi ilkesi olarak kabul edilmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, isimsiz sözleşmelerden olup, sözleşmenin

⁸⁷ Sabuncu, s. 42 vd. ; Ateş. S.21 vd. ; Yünlü, s. 29 vd.

⁸⁸ RG.10.09.1983, S.18161.

⁸⁹ RG.22.01.2002, S.24648.

⁹⁰ İnal, Emrehan: Sonuca Katılnmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2011, s. 149.

⁹¹ Sabuncu, s. 25; Yavuz/Özen/Acar, s. 596; Yeniocak, Umur: Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2013, s. 25; İnal, s.141; Yünlü, s. 30 vd.

⁹² Sabuncu, s. 25; Yünlü, s. 32; İnal, s. 141.

tabi olduğu şekle ilişkin de herhangi bir açık kanuni düzenleme bulunmamaktadır⁹³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bünyesinde eser sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesine ait özellikleri barındırmaktadır. Kanun koyucu eser sözleşmeleri için herhangi bir şekil şartı öngörmemişken, taşınmaz satım sözleşmelerini belli resmi şekle⁹⁴ bağlı tutmuştur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin yapı inşa etme borcu eser sözleşmesine benzemekte olup, bu nedenle şekil şartı aranmazken, iş sahibinin belirli arsa paylarının devretme borcu altına girmesi satış sözleşmesi ile benzerlik gösterdiğinden resmi şekil şartı aranmaktadır⁹⁵. Belirtilen resmi şekil şartı sözleşmenin geçerlilik şartıdır.

Taşınmaz satışlarında şekil şartının yer aldığı Tapu Kanunu'nun 26. maddesinden de görüleceği üzere taşınmaz mal satışı tapu memuru huzurunda yapılarak, resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilmektedir⁹⁶. Ayrıca Noterlik Kanununda göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi içerecek şekilde yapılması halinde noter tarafından düzenleme şeklinde yapılabileceği belirtilmiştir. TMK m.706 uyarınca taşınmaz mal mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliği için resmi şekil şartı gerekir. Sözleşmede taraflarından birinin

⁹³ **Kartal**, s.25; **Erman**, Arsa Payı, s.4; **Eren**, İnşaat, s. 57; **Usta**, s.24; **Ayan**, s.39; **Uçar**, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1997, (İstisna), s. 32; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 584; **Yaşar**, Halis: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları, TBB Dergisi, S. 102, Eylül-Ekim 2012, s.290.

⁹⁴ Taşınmaz satışının resmi şekil şartının yer aldığı kanuni düzenlemeler: TMK m.706, TBK m.237, Noterlik Kanunu m.60, Tapu Kanunu m.26.

⁹⁵ **Enli**, İsa: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü, Ankara, 2017, s.8; **Kurşat**, s.20 vd.; **Eren**, Borçlar Özel, s.596 vd.; **Zevkiler/Gökyayla**, s.474; **Kartal**, s. 26; **Helvacı**, İlhan, Hukukî Mütalaalar, 2000-2010, İstanbul, 2010, s.291; **Kostakoğlu**, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2017, s. 926; **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; **Uygur**, s. 603; **Karahasan**, , C.1, s.633; **Erman**, Arsa Payı, s.15; **Karadaş**, s.36, 45; **Ayan** s.32 vd. ; **Erdaş**, s.24; **Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, (Şekle Aykırılık), s. 79 vd.; **Ertay**, Şeref: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir, 2001, s. 80; **Atamulu**, s.41; **Yıldırım**, s.28; **Yakuppur**, s. 15; **Altınkan**, s.33; **Atabekoğlu**, s.23; **Özmen**, E. Saba, **Akçura Karaman**, Tuğba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, Yıl 2013, s.53; **Doğan**, s.18.; Yargıtay 15. HD.12.07.2018 tarih ve 2018/1220 E.2018/3056 K.: *"..Bağımsız bölüm tapuda kayıtlı olup genel kurul kararının alındığı tarihte yürürlükte 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 213, Türk Medeni Kanunu'nun 706, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca tapulu taşınmazların devri ya da devrinin taahhüdünün resmi şekilde yapılması zorunlu olup, resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olduğu gibi alınan bu kararın kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesindeki paylaşımın değiştirilmesi işlemi olduğu kabul edilse dahi, yüklenici kooperatif bu işlemle kendisi ve üyelerinin durumunu ağırlaştıracak bir işlem yapmış olacağından, tadil sözleşmesinin de 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi gereğince resmi şekilde yapılması zorunlu olduğu ve resmi şekilde yapılmadığından geçersizdir..."*

[https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2018-](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2018-1220.htm&kw=+`2018/1220`+E.2018/3056+K.:+&cr=yargitay#fm)

[1220.htm&kw=+`2018/1220`+E.2018/3056+K.:+&cr=yargitay#fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2018-1220.htm&kw=+`2018/1220`+E.2018/3056+K.:+&cr=yargitay#fm) (E.T. 03.03.2021).

⁹⁶ Tapu Kanunu m.26 ; <https://www.mevzuat.gov.tr/> (E.T. 23.02.2021).

edimi için resmi şekil şartı arandığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekle uygun olarak kurulması gerekir aksi halde sözleşme geçersiz sayılır⁹⁷. Sözleşmenin geçersizliği durumunda ise, taraflar yerine getirmiş oldukları edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilecektir⁹⁸. Ancak bu durumda denkleştirici adalet prensibinin gereği göz önünde bulundurularak, yüklenici tarafından yapılan yapının bir kısmı arsa sahibi açısından kullanılabilir nitelikte ise, bu inşaatın yapıldığı tarihteki işçilik ödemeleri ve maliyet bedeli yükleniciye bırakılması hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir⁹⁹. Bu durumda yüklenici geçersiz sözleşmeye rağmen arsa sahibi ile aralarındaki güven ilişkisine dayanarak imalat yapmışsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında talep edeceği bedel imalat tarihi değil, ifa beklentisinin imkânsızlaştığını öğrendiği tarih esas olarak belirlenmelidir¹⁰⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenicinin, kendisine henüz devri yapılmamış olan arsa paylarının devrini üçüncü kişilere yapması mümkün değildir. Böyle bir durumda yüklenici arsa paylarının devrini talep etme hakkını, alacağın devri yoluyla üçüncü kişilere aktarabilir. TBK m.184/I'de alacağın devrinin adi yazılı şekilde yapılacağı ifade edilmiştir. Kanun maddesinin 2. fıkrasına göre “alacağın devri sözü verme” için şekil şartı aranmamaktadır¹⁰¹.

⁹⁷ Yargıtay HGK 19.02.2019 tarih ve 2017/14-2036 E.- 2019/161 K.; Yargıtay 8. HD 17.09.2019 tarih 2016/3272 E.- 2019/7638 K; Yargıtay 23. HD 05.12.2019 tarih 2016/4932 E.- 2019/5121 K; Yargıtay 23. HD 10.09.2019 tarih 2016/5994 E.- 2019/3498 K; Yargıtay 23. HD 24.05.2019 tarih 2016/4766 E.- 2019/2317 K.; Yargıtay 23. HD 05.12.2018 tarih 2016/3494 E.- 2018/5666 K.; <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222016%2F3494%22+E.-+%222018%2F5666%22+K%3B+&sort=tarih+desc> (E.T. 23.02.2021).

⁹⁸ “...Davacının 100.000 TL ye dair talebinin... 2005 tarihli adi sözleşmede yer aldığı, bu sözleşmenin tapu devrini içerdiği ve resmi şekilde yapılmadığı, resmi şekilde yapılmadığı içinde geçersiz olduğu, geçersiz sözleşmeye dayalı olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre taraflar verdiklerini geri isteyebilir...”. Yargıtay 23. HD. 12.06.2018 tarih ve 2016/2473 E.- 2018/3820 K. <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222016%2F2473%22+E.-+%222018%2F3820%22+K&sort=tarih+desc> (E.T. 23.02.2021).

⁹⁹ Erman, s.18.

¹⁰⁰ Erman, s.18.

¹⁰¹ Doğan, s.19; Dayınlarlı, Kemal: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 2008, (Temlik), s.74; Yıldırım, s.31 vd. ; Kaya, s. 37; Kırmızı; s. 638; Erman, Arsa Payı, s.21; Altınkan, s.34; Kartal, s.51; Durak, s.217; Halis, Gizem: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılık, Terazi Hukuk Dergisi 9 (100), 2014, s.214; Ertaş, s.79; Ateşoğlu, Yalçın: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin İş Teslim Borcunda Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018. s.12; Yener, Mehmet Deniz: Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarının Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, S. 2, 2007, s. 371; Reisoğlu, Safa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, BATİDER, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, C. XXIV, S. 2, Ankara, s.5; Yaşar, s. 300; Yavuz/Acar/Özen, s.585; “...Davacı ile davalılardan yüklenici şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihli hukuki işlem, alacağın temliki hükmündedir (BK. m. 161, TBK m. 183.). Zira yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca kazanacağı şahsi hakkını davacıya temlik etmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir temlikin geçerli olabilmesi için ise BK'nın 163. (TBK. m. 184.) uyarınca yazılı şekil şartı yeterli bulunmaktadır. Bu itibarla, davalılar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Davacının öncelikli talebi tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Hal böyleyken, mahkemece, sözleşmenin tapu devri yükümünü de içerdiğinin kabulü ile resmi şekil

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noter tarafından da yapıldığını belirtmiştik. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, Noterlik Kanunu m.60 ve m.89'a göre gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin noter tarafından re'sen düzenlenmesi şart olup, tarafların aralarında hazırladığı ve notere tasdik ettirdikleri "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" şekil yönünden geçerli kabul edilmeyecektir. Ancak tarafların kendi aralarında hazırladıkları sözleşmenin her sayfasının noter tarafından damgalanması, noter huzurunda taraflarca okunması, taraf iradelerine uygun bulunduğu şerhine yer verilmesi, tarafların ve tanıkların kimlikleri noter resmi kâğıdına yazılması, huzurda imzalarının alınması halinde sözleşme geçerli olacaktır¹⁰². Noter huzurunda yapılan sözleşmenin şartlarında değişiklik yapılmak istenilmesi halinde bunun TBK m.12 doğrultusunda resmi şekle uygun olarak yapılması gerekir¹⁰³. Yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedilmeden önce tarafların ön sözleşme yapmaları halinde de resmi şekil şartı aranmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılmaması halinde, yüklenicinin arsa paylarını kendisine devrini talep hakkı söz konusu olamaz. Bu halde yüklenici sözleşme kapsamında borçlandığı edimin tamamını veya bir kısmını ifa etmiş olsa dahi, arsa payının devri gerçekleşmeyecektir¹⁰⁴. Ancak sözleşmenin ayakta tutulması başka yolla mümkün değil ise, tarafların gerçek iradelerinin araştırılmak suretiyle akdedilen sözleşmenin tahvil yolu ile yükleniciye ait olacağı belirtilen dairelerin satış bedeli karşı edim

şartına uyulmadığı gerekçesiyle tescil isteminin reddi ile sonuca gidilmesi yerinde olmamıştır..." Yargıtay HGK 13.11.2013 tarih ve 2013/5212E. , 2013/7076 K., www.kazanci.com, (E.T.:23.02.2021).

¹⁰² **Erman**, Arsa Payı, s.19.

¹⁰³ Yargıtay HGK 19.03.2003 tarih ve 2003/15-124 E., 2003/175 K.: *".. Uyuşmazlık, noterde resen düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine sonradan ek olarak düzenlenen cezai şart ödenmesine ilişkin adi yazılı sözleşmenin geçerli olup olmadığı noktasındadır. Geçerliliği resmi şekilde düzenlenmesine bağlı bulunan bir sözleşmenin değiştirilmesi de resmi şekle tabidir. Diğer bir anlatımla, bir sözleşme hangi şekilde yapılmışsa ancak o şekilde değiştirilebilir. Cezai şarta ilişkin sözleşme yapılması, asıl sözleşmenin değiştirilmesi niteliğindedir. Bu nedenle cezai şarta ilişkin sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekir. Geçersiz bu sözleşmeye dayanarak cezai şart istenemez..."* <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222003%2F15-124%22+%22E.+&sort=tarih+desc> E.T. 03.03.2021); Yargıtay HGK 09.07.2020 tarih ve 2017/23-853 E.- 2020/553 K. Sayılı karar ile; Resmî şekilde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ek olarak taraflar arasında adi yazılı şekilde imzalanan ek sözleşmede yer alan ve özellikle gecikme faizine ilişkin hükümlerin asıl sözleşmede yer almadığı, bu hükümlerin asıl sözleşmeyi değiştirici ve ağırlaştırıcı nitelikte olduğu, bu nedenle yerel mahkemece ek sözleşmenin geçersiz olduğu yönünde verilen direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, Kurul tarafından neticede bozma kararı verilmiştir. <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222017%2F23-853%22+E.-+%222020%2F553%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T. 03.03.2021).

¹⁰⁴ Yargıtay 15. HD. 30.10.1990 tarih ve 1990/3418 E., 1990/4382 K.; " Taraflar arasında yapılmış olan ön protokoller içerdiğinden, ileride tarafların kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapacakları anlaşılmaktadır. BK. 22 hükmü gereğince bir sözleşmenin ileride yapılması için sözleşme yapılması olanağı bulunmaktadır. Ancak, kanun iki tarafın yararı için bu sözleşmenin geçerliliğini şekle bağlamış ise, bu şekle ön sözleşmenin yapılmasında da uyulması gerekmektedir. Taraflar arasında yapılan ön protokoller adiyen ve haricen düzenlenmiş olup, biçim yönünden hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcı nitelikte değildir." (**Karataş**, age., s.35-36; **Erman**, age., s.20.)

olarak kabul edilebilir. Burada önemli olan yüklenicinin temel amacının satış bedelinin kazanılması olduğundan, arsa payı veya dairenin alınması temel amaç olarak gözetilmemelidir. Dolayısıyla sözleşmeyi şekli olarak geçersiz saymak yerine, eserin bedelinin arsa payı yerine para olarak belirlenerek yükleniciye geçişi önem taşımaktadır. Bu görüş kabul edildiğinde, taraflar arasında, inşa edilecek yapıda belirlenen payların değeri karşılığında “tahvil” yoluyla istisna sözleşmesi yapıldığı ve bu değer “takribi ücretle” yapılmış bir istisna sözleşmesi olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁰⁵. Böyle bir durumda yüklenici şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanarak açacağı davada pay mülkiyetinin devrini talep edebileceği gibi, bu talebin içinde pay bedelinin tahsilini de talep etmesi mümkündür¹⁰⁶.

Şekil konusunda ele alınması gereken bir başka konu ise, yüklenicinin “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ne dayanarak arsa sahibinden devrini talep ettiği arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesidir. Bu durumda yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak, mülkiyetini talep hakkına sahip olduğu daireleri sözleşme dışı üçüncü kişilere olarak devredebilir. Bu devir işlemi teknik olarak bir bakıma “alacağın temliki” işlevi görmektedir. TBK m.184/I uyarınca alacağının devri için adi yazılı şekil şartı öngörüldüğünden, bu sözleşmenin geçerli olarak kurulması için resmi şekil şartı gerekli olmayıp, kanunda öngörülen yazılılık şartına dikkat edilmelidir¹⁰⁷. Ayrıca, TBK m.184/II’de ise alacağın devri sözü vermenin şekle bağlı olmadığı belirtilmiştir.

B. ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Yukarıda da açıkladığımız üzere kanunda belirli şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerin, emredici hükümler doğrultusunda şekil şartına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Kanuni düzenlemenin aksine, sözleşmenin şekil şartına aykırı olarak tanzim

¹⁰⁵ **Erman**, Arsa Payı, s.20-21; **Erman**, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Halleri (BK.365/2), İstanbul 1979, s.24; **Erman**, Hasan: Karar İncelemesi- Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (IÜHF.M.1984, S.1-4), s.513-514.; Yargıtay HGK 24.06.2015 tarih ve 2013/15-2459 E.-2015/1739 K.: “*Eser sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun (BK) 355.maddesinde, İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermediği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 366. maddesi uyarınca da; evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir.*” <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222013%2F15-2459%22+%22E.&sort=tarih+desc> (E.T. 03.03.2021).

¹⁰⁶ Yargıtay 15. HD. 01.10.1974 tarih ve 1990/1030 E.- 1990/906 K. Sayılı kararı ile bu görüş benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Karahasan**, Mustafa Reşit: Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1975, s.1140-1141 veya 1153-1154).

¹⁰⁷ Yargıtay 15 HD. 21.12.2020 tarih ve 2020/1382 E., 2020/3287 K., Yargıtay 15 HD. 07.12.2020 tarih ve 2020/129 E., 2020/3124 K., Yargıtay 14 HD. 24.09.2020 tarih ve 2020/1808 E., 2020/5393 K., Yargıtay 3. HD. 30.06.2020 tarih ve 2020/1 E., 2020/3730 K. Sayılı kararlar için bkz.: <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 03.03.2021).

edilmemesi halinde hükümsüzlük gündeme gelecektir. Bu durumda geçersiz sözleşmede kararlaştırılan cezai şart vb. yükümlülükler de geçersiz sayılacaktır.

Arsa payı inşaat sözleşmeleri için öngörülen şekil şartının niteliği ispat değil geçerlilik şartıdır. Şekle uyulmamasının müeyyidesine ilişkin hukukumuzda ve Yargıtay'ın¹⁰⁸ yerleşik içtihatlarında baskın görüş, kesin hükümsüzlük yaptırımıdır¹⁰⁹. TBK m.12/II'de; “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” ifadeleriyle şekle aykırılığın müeyyidesi açıkça belirtilmiştir. Kesin hükümsüzlük görüşünü savunanlara göre sözleşme tarafların karşılıklı irade beyanları ile kurulmuşsa da, geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmamaktadır¹¹⁰. Ayrıca sözleşme tarafların onayı dahi olsa geçerli hale gelmeyecektir. Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından da re'sen dikkate alınır¹¹¹. Kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının zamanlaşımına uğraması da söz konusu değildir¹¹².

Kanunda belirtilen resmi şekle uygun olarak yapılmayan sözleşmenin geçersiz olacağını belirttik. Ancak bu konuyla ilgili olarak Yargıtay birçok kararında, bazı şartların varlığı halinde resmi şekle aykırı yapılan sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri süren tarafın iddiasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmektedir. Örneğin; sözleşme kurulurken şekil eksikliğini kabul ederek riskleri üzerine alan taraf, sonradan şekil eksikliğini ileri

¹⁰⁸ YİBBGK 30.09.1988 tarih ve 1987/2 E. 1988/2 K: “*Medeni Kanununun 634. maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213. maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re'sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen butlan görüşüne karşı son yıllarda kendine özgün geçersizlik görüşü de savunulmakta ve şekil kurallarının amaç sal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hâkim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hâkim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlâka aykırılık teşkil etmez, ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz.*” Karar için bkz.: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7558#> (E.T. 04.03.2021).

¹⁰⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul, 1989, s.144-145; **Kostakoğlu**, Cengiz: Eser Sözleşmesinin Bir Türü Olan Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmelerinde Şekil, YHD., 1984, C.7,S.7, s.926; Kartal, s.560; **Ayazlı**, s.49; **Kaya**, s.39.

¹¹⁰ **Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998 (Şekil), s.105; **Erdoğan** İhsan; “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, GÜHFD, C.I, S.I,1997 (Şekil), s.118; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri 7.B., İstanbul 1993 (Borçlar), s.102; **Eren**, Genel,s.305; **Kılıçoğlu**, Genel, s.199; **Çelik**, s.52.

¹¹¹ **Çelik**, s.52.

¹¹² **Altaş**, Şekil, s.104; **Kılıçoğlu**, Genel, s.199; **Erdoğan**, Şekil, s.116; **Çelikleş** Demet: “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, DEÜHFD, C.3,S.1-4,Prof.Dr. Kudret Ayiter'e Armağan,1987, s.589-599; **Nomer**, s.599; **Oğuzman/Öz**, s.154; **Eren**, Genel, s.305.

sürerse hakkını kötüye kullanmış olacaktır. Bu nedenle sonradan şekil eksikliğine dayanarak sözleşmenin geçersizliğinin kabulü mümkün değildir¹¹³. Bu yönde YİBBGK'nın 30.09.1988 tarih ve 1987/2 E.-1988/2 K. sayılı kararı ile; *“Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak mevzuatta yer alan biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilemeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanunu'na tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin Medeni Kanun'un 2'nci maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine”* karar verilmiştir¹¹⁴. Ayrıca YHGK'nın 16.1.2013 tarih ve 2012/13-592 E., 2013/65 K. sayılı ilamı ile, şekil koşuluna uygun olmadığı için geçersiz sayılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların edimlerini büyük oranda yerine getirdiğinin anlaşılması üzerine sözleşmelere geçerlilik tanınmıştır.

Şekle aykırılığın sonucu olarak “yokluk görüşünü” benimseyenlere göre, geçerlilik şekline uyulmadan sözleşme yapılması halinde sözleşme yok hükmünde yani hiç meydana gelmemiş sayılacaktır¹¹⁵. Bu görüşü savunanlar şekli sözleşmenin kurucu unsuru olarak kabul ederek, şekle uyulmadan sözleşme tanzim edilmesi halinde sözleşmenin yok hükmünde olacağını ileri sürmektedirler. Kanımızca “yokluk” görüşüne katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; TBK m.1 kapsamında sözleşme tarafların karşılıklı ortak iradeleri ile ve bu koşul sağlandıktan sonra sözleşme kurulmaktadır. TBK m.12/T'de sözleşmeler için belirlenen şekil koşulu geçerlilik şeklidir. TBK m.12'de, geçerlilik şekline aykırı olarak kurulan sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağı noktasında sözleşmelerin yok hükmünde olacağı değil, hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir.

Şekle aykırılık sebebiyle geçersiz sayılan sözleşmenin “eksik borç” olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşünü savunanlara göre¹¹⁶, sözleşme hüküm ve sonuçlarını

¹¹³ Bkz.: **Yavuz**, C.II. S.146; **Kartal**, s.561, **Kaya**, s.40.

¹¹⁴ **RG.**: No:20026, s, 25-46. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20026.pdf> (E.T.04.03.2021); Aynı yönde verilen YHGK 06.06.1979 tarih ve 1978/14-190 E. 1979/799 K. Sayılı kararı için bkz.: **BATİDER**, C.10, 1980, S.3, s.809-812.

¹¹⁵ **Altaş**, Şekil, s.93; **Erdoğan**, Şekil, s.117; **Nomer**, s.604; **Akdemir Havutçu**, Ayşe: “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, DEÜHFD, C.3, S.1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, 1987, s.647; **Eren**, Genel, s.309.

¹¹⁶ Eksik Borç Görüşü Schmidlin (Berner Kommentar, Bd. VI, Allgemeine Bestimmungen, Art.11-17 or, Bern 1986) tarafından ileri sürülmüştür. (**Altaş**, Şekil, s.120; **Nomer**, s.611; **Eren**, Genel, s.309-310).

doğuramamışsa da kesin hükümsüzlük teşkil etmez. Şekle aykırı sözleşmeden geçerli bir borç doğmayacağından, borçlu taraf ifade bulursa da sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamaz. Çünkü eksik borç ifası söz konusudur¹¹⁷.

Kanımızca “eksik borç” görüşüne katılmak mümkün değildir. Eksik borç kavramı, mevzuat kapsamında tanımlanmadığı gibi öğretide de ortak bir tanıma ulaşılamamıştır. Nitekim kanun koyucu tarafından eksik borç olarak sayılan haller dışında yeni bir eksik borç türü yaratılamamaktadır¹¹⁸. Ayrıca bu görüş tam iki tarafa borç yükleyen şekle aykırı olarak tanzim edilen sözleşmelerde, edimini ifa eden tarafı korumamaktadır. Sözleşme taraflarından biri yüklenmiş olduğu edimini eksiksiz bir şekilde ifa etse dahi, karşı taraftan edimin ifasına yönelik talepte bulunamayacaktır.

Şekle aykırı sözleşmelerin hukuki sonuçlarından “fiili sözleşme” görüşünü savunanlara göre ise, sözleşme hüküm doğurmaz ancak taraflar sözleşmede yüklenmiş oldukları edimleri yerine getirmişlerse sözleşme benzeri fiili sözleşme ilişkisi doğar¹¹⁹. Buna göre sözleşmede belirlenen edimler yerine getirilene kadar sözleşme hükümsüzken, taraflar edimlerini ifa ettikleri takdirde aralarında fiili bir sözleşme ilişkisi doğar. Taraflar edimlerini ifa ederek aralarında sözleşme yapmaya yönelik iradelerini yeniden açığa çıkarmaktadırlar. Dolayısıyla tarafların sözleşme kapsamındaki edimlerinin ifası sağlanmışsa, sözleşmenin hükümsüz olduğunu ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olacaktır. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Fiili sözleşme görüşünün tam olarak sınırları belirlenmemiştir ve öğretide şekle aykırılık neticesinde uygulanacak yaptırımın belirlenmesi açısından eksiktir¹²⁰.

Şekle aykırılık neticesinde öğretide ortaya çıkan başka bir görüş ise “kendine özgü geçersizlik” görüşüdür. Bu görüş son yıllarda ortaya çıkarak yadsınamayacak miktarda taraftar toplamıştır. Kendine özgü geçersizlik görüşü, kesin hükümsüzlük görüşünün yumuşatılması gerektiği düşüncesinden yola çıkılarak ortaya atılmış ve doktrinde hala geliştirilmektedir.

Kendine özgü geçersizlik görüşünü savunanlara göre, sözleşme tarihinden itibaren şekle aykırı olan sözleşme, geçersizliği ileri sürülene dek geçerli olarak kabul edilir ve

¹¹⁷ Altaş, Şekil, s.120.

¹¹⁸ Altaş, Şekil, s.125-126.

¹¹⁹ Altaş, Şekil, s.126-127; Nomer, s.613; Eren, Genel, s.310; Çelik, s.54.

¹²⁰ Aynı yöndeki görüş için bkz.: Altaş, Şekil, s.129; Nomer, s.614-615; Çelik, s.54.

hüküm ve sonuçlarını doğurur¹²¹. Şekle aykırı sözleşmenin akıbetine ilişkin savunulan bu görüş, kesin hükümsüzlük görüşü ile aynı neticeye varmakta ise de, bu görüşte şekle aykırılığın hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulması veya sözleşme dışı üçüncü kişilerin aykırılık iddiasında bulunmaları söz konusu değildir¹²².

Şekle aykırılık neticesinde sözleşmenin kendine özgü geçersizliğini savunanların yanı sıra, Yargıtay da bazı içtihadı birleştirme kararlarında somut olay üzerinde değerlendirme yaparak bazı taşınmaz devirlerinin hükümsüzlüğünü yumuşatmaya çalışmıştır. Örnek vermek gerekirse; haricen gayrimenkul satışında, alıcı satış bedeli kendisine iade edilene kadar bir taraf vecibesini ifa etmedikçe diğer tarafı ifayı vecibeye davet edemeyeceğinden, taşınmazı işgal edebilir ve bu yüzden kendisinden intifa ettirmelerinin tazmini, ecri misil veya semerelerin tazmini ile sorumlu tutulamaz¹²³. Aynı şekilde, haricen gayrimenkul satışından kaynaklı alıcının ödemiş olduğu satış bedelinin iadesi için açılan davada alacak tutarı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre 2 yıl değil, 10 yıllık sözleşme zamanaşımına tabi olduğu yönünde karar verilmiştir¹²⁴. Yargıtay'ın şekle aykırı sözleşmede yer alan bir hadiseye ilişkin olarak verdiği bir kararında ise haricen taşınmaz satın alan ve bu taşınmaz üzerinde bina inşa eden iyi niyetli yükleniciye, arsa sahibinin zımnen rıza gösterdiği kabul edilmiştir. Yüklenicinin inşa ettiği binanın kıymeti arsadan fazla olduğu bariz ise, yüklenici, uygun bir tazminat karşılığı binanın veya arsa mülkiyetinin kendi üzerine geçirilmesini isteyebilir¹²⁵.

¹²¹ Altaş, Şekil, s.136; Eren, Genel,s.307 vd.; Çelik, s.55; Erdoğan, Şekil, s.118; Kılıçoğlu, Şekil, s.211; Çelikaş, s.598; Kılıçoğlu, Genel, s.200.

¹²² Altaş, Şekil, s.135 vd.; Eren, Genel, s.307 vd.; Çelik, s.55; Erdoğan, Şekil, s.118; Kılıçoğlu, Genel, s.200.

¹²³ Kılıçoğlu, Şekil, s.212-213; YİBBGK 10.07.1940 tarih ve 1939/2 E. 1940/77 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7558#> (E.T.:04.03.2021).

¹²⁴ Kılıçoğlu, Şekil, s.212-213; Yargıtay 13. HD. 20.11.2003 tarih ve 2003/8822 E., 2003/13985 K. sayılı kararı Ayrıntılı karar bilgisi için bkz.: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2003-8822.htm&kw=`2003/8822`+E.&cr=yargitay#fm> (E.T.:04.03.2021).

¹²⁵ Kılıçoğlu, Şekil, s.214; Erkan, Haksız, s.132-133; YİBBGK 05.07.1944 tarih ve 1944/12 E. 1944/26 K. Sayılı kararı. Ayrıntılı karar bilgisi için bkz.: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7558#> (E.T.:04.03.2021).

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ, YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI, YÜKLENİCİNİN KISMİ TEMERRÜDÜ

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

A. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan arsa sahibi ile yüklenicinin karşılıklı hakları olduğu gibi yerine getirmekle yükümlü oldukları borçları da bulunmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin asli edim borcu, bağımsız bölüm inşa etme ve bu eseri iş sahibine teslim etme olarak iki grupta toplanmaktadır¹²⁶. Belirttiğimiz asli edim yükümlülükleri bazı yan edim yükümlülüklerinin doğmasına da neden olmaktadır. Bahsi geçen yan edim yükümlülükleri; sadakat ve özen borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu ve ayıba karşı tekeffül borcu olarak sayılabilir¹²⁷.

1. BAĞIMSIZ BÖLÜM İNŞA ETME VE TESLİM ETME BORCU

a. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu asli edim, yapının inşasının tamamlanarak bağımsız bölüm inşa edilmesi ve kararlaştırılan bağımsız bölümlerin iş sahibine teslim edilmesidir¹²⁸. Yüklenici bahsi geçen asli edim yükümlülüklerinin her ikisini de yerine getirmelidir. Öyle ki asli edim yükümlülüklerinden yalnızca bağımsız bölüm inşa etme borcunu yerine getirmiş, teslim

¹²⁶ Zevkliler/Gökyayla, s.467 vd.; Karataş, s.97; Gümüş, s.340; Tekelioğlu, s.163; Ayan, s.27; Demir, s.40; Usta, s.52; Kocağa, İnşaat, s.29; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s.53; Yargıtay HGK 09.07.2020 tarih ve 2017/23-853 E. 2020/553 K., Yargıtay 14. HD. 17.04.2018 tarih ve 2017/5744 E. 2018/3112 K., Yargıtay HGK 22.11.2017 tarih ve 2017/14-2265 E. 2017/1435 K., Yargıtay HGK 25.11.2015 tarih ve 2017/14-342 E. 2015/2685 K. Sayılı kararlar için bkz:<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2014-14-342.htm&kw=arsa+pay%C4%B1+kar%C5%9F%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1+in%C5%9Faat+s%C3%B6zle%C5%9Fmesi+y%C3%BCklenicinin+asli+edimi+ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1z+b%C3%B6l%C3%BCm+in%C5%9Fa+etme+teslim+etme&cr=yargitay#fm> (E.T. 04.03.2021).

¹²⁷ Kurt, s. 56; Atabekoğlu, s.38 vd.; Şahin, s. 106.

¹²⁸ Zevkliler/Gökyayla, s.467 vd.; Karataş, s.97; Gümüş, s.340; Tekelioğlu, s.163; Ayan, s.27; Demir, s.40; Usta, s.52; Kocağa, İnşaat, s.29; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s.53.

borcunu yerine getirmemişse sözleşme konusu edimin yerine getirildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

TBK'nın m.473/I, 474/I, 475/I, 477, 478 ve 479. maddelerinde¹²⁹ eser sözleşmeleri için bahsedilen teslim borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin teslim borcunun varlığına işaret etmektedir. Yüklenicinin borcunu yerine getirmesi için bağımsız bölümlerin teslimi tek başına yeterli değildir. Yapının sözleşme kapsamına uygun inşa edilmiş olması ve teslimin de belirlenen zaman içerisinde gerçekleşmesi gereklidir¹³⁰. Sözleşme kapsamında ayıptan doğan hakları kullanabilmek için teslim alma koşulunun gerçekleşmiş olması önem taşımaktadır. Öyle ki, gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için de eserin teslim edilmesi gerekir.

Belirtmemiz gereken bir konu da teslim kavramı ile tesellüm kavramının birbiri ile karıştırılmaması gerektiğidir. Teslim, yüklenicinin, sözleşmede ifa konusu olarak kararlaştırılmış olan inşası tamamlanan yapıyı, borcunu ifa amacıyla arsa sahibine ya da arsa sahibince yönlendirilen bir başka kişiye teslim etmesidir¹³¹. Tesellüm ise teslim alma manasına gelmektedir. Bu nedenle ikisi aynı anda gerçekleşir. Eser sözleşmelerinde iş sahibi, sözleşme kapsamında belirlenen karşı edimin ifasını almaktan kaçınması durumunda,

¹²⁹ TBK m.473/I'de "...iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.."; TBK m.474/1'de "İş sahibi, eserin tesliminden sonra.."; TBK m.475/I'de "Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir.."; TBK m.477'de "Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur.."; TBK m.478'de "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."; TBK m.479'da " İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur..." denilmiştir.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
(E.T. 05.03.2021).

¹³⁰ **Kırmızı**, Mustafa: Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s.471; **Gümüş**, s.340; **Kaya**, s.54; **Gür**, s.33 vd.; **Yıldırım**, s.75; **Turanboy**, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, 1991, s.151; **Erman**, Arsa Payı, s.33; **Gökyayla**, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009, s. 5; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 660; **Uçar**, İstisna, s.32; **Yünlü**, s.36 vd.; **Gümüşsoy Karakurt**, Güler: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017, s.29; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s.54; **Kurt**, s.67; **Şahin**, s.44; **Kartal**, İnşaat, s.67; **Ateşoğlu**, s.29; **Aydıncık**, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul, 2013, s.21; **Ergezen**. Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007, s.38; **Doğan**, s. 29.

¹³¹ **Büyükkay**, s.81; **Uçar**, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C. V. S. 1-4 2001. (Teslim), s.515; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.35; **Eren**, İnşaat, s.72; **Gökyayla**, s.24; **Dirican**, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulamaları, İstanbul, 2007, s.10; **Öz**, Dönme, s.166; **Doğan**, s.29; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şartı (Gecikme Cezası) Kayıtları" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1-2, 1999, s.63; **Yakuppur**, s.64.

teslim alma yükümlülüğü yerine getirilemediğinden alacaklı temerrüdüne düşecektir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde durum böyle değildir. Yüklenici eğer sözleşmeye ve fenne uygun şekilde yapının inşasını tamamlamış ise teslim için bildirim yapılmasında dahi iş sahibi teslim almış sayılacak ve temerrüt söz konusu olmayacaktır¹³².

b. Yapının İnşasının Tamamlanarak Bağımsız Bölüm İnşa Edilmesi ve Kararlaştırılan Bağımsız Bölümlerin İş Sahibine Teslim Edilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapının inşasının tamamlanmış olması yani bütün inşaat işlerinin bitirilmiş olması, teslimin gerçekleşmesi için ön aşamadır. Meydana getirilen yapı objektif ölçütlere göre kullanılabilir halde ise inşaat tamamlanmış olarak kabul edilir. İkinci aşamada inşası tamamlanan yapıdaki bağımsız bölümlerin teslim borcu ifa edilmelidir. Teslim borcu kural olarak inşanın sözleşmeye veya fenne uygun olarak tamamlandığının bildirilmesi veya tamamlanan bağımsız bölümün yetkili kişiye verilmesiyle yerine getirilir¹³³. İnşaat tamamlandığında teslim için yapılacak bildirim şekli belirtilmemiş olduğundan, açık (sarih) veya örtülü (zımni) olarak yapılabilir.

İnşaat teslimine uygun şekilde tamamlanmadığı halde arsa sahibi kullanıma başlamış olabilir. Bu durum, yüklenicinin teslim edimini yerine getirdiği anlamına gelmese de teslim ediminin yerine getirildiğine karine teşkil eder. Eğer teslim söz konusu değil ise, arsa sahibi yapının sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmediğini ispat ederek karineyi çürütmelidir¹³⁴.

Sözleşme konusu yapının tamamlanmış olması¹³⁵ teslim olgusu için yeterli olup, ayıplı olması teslimi engel teşkil etmez. Yapının tamamlanmamış olması ile ayıplı olması farklı sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki; yapının tamamlanmaması halinde ilgili eksiklik mevcut yapıya ekleme gerektirmekte iken, yapının ayıplı olması halinde yapıdaki mevcut olan bir şey onarım veya değişimi gerekir¹³⁶.

¹³² **Ayan**, s.50; **Aslan**, s. 25; **Atabekoğlu**, s.64 vd. ; **Eren**, İnşaat, s. 72; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.35; **Öz**, Dönme, s. 80; **Şahin**, C. Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014, s. 3; **Ozanoğlu**, s. 10; **Kartal**, s.74; **Yener**, Temerrüt, s. 10; **Şahin**, s.49 vd.; **Kurt**, s.69; **Büyükkay**, s.69, **Öz**, İnşaat, s.129 vd.; **Şenocak**, s. 83; **Yakuppur**, s.64. 116.

¹³³ **Tandoğan**, s.125; Erman, **Arsa Payı**, s.34.

¹³⁴ **Erman**, Arsa Payı, s.34; **Atamulu**, s.67.

¹³⁵ **Seliçi**'nin de isabetle belirttiği gibi; İnşaat işinin bitirilmesinde dürüstlük kuralı göz önünde tutulmalıdır. İnşaatın tamamının karşısında az ve önemsenmeyecek nitelikte işler kaldığında, arsa sahibinin inşanın tamamlanmamış olduğu gerekçesi ile tesellümden kaçınması TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.

¹³⁶ **Kurşat**, s.171; **Şahin**, s. 63; **Kurt**, s. 72; **Yener**, Temerrüt, s. 27; **Kanber**, Kemal: İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluk, ABD, S.3, 1997, s. 38. **Erman**, Arsa Payı, s. 30; **Ayan**, s. 81; **Atabekoğlu**, s.68 vd., **Gür**, s.36 vd.; **Baygın**, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul,

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirli arsa paylarının yapının inşası tamamlandıktan sonra devredileceği kararlaştırılmışsa, inşaat tamamlandıktan sonra teslim borcunun yerine getirilmesi için arsa sahibine bildirim gerek yoktur. Bu halde yüklenicinin çekilmesi yeterli olacaktır. Arsa sahibi tarafından yapının tamamlandığı anlaşılmazsa, bu hususta bildirim yapılarak teslim gerçekleştirilmiş olur. Ayrıca arsa sahibi, bildirim yapılmasını beklemezsizin yapının kullanımına başlayarak üzerindeki tasarruf hakkını kullanabilir. Örneğin, arsa sahibi, tamamlanmış bağımsız bölüme kendisi taşınabilir veya kiraya verebilir. Bu halde örtülü (zımnî) bildirim söz konusu olacaktır. Ancak burada ufak bir ayrımı belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin kendisine ait bağımsız bölüme taşınmış olması mutlaka teslim yapıldığı anlamına gelmez¹³⁷.

Buna karşılık olarak arsa sahibinin, tamamlanan yapıda kendisine düşen bağımsız bölümler üzerindeki tasarruf hakkını engelleyen veya kısıtlayan durumlar bulunuyorsa, eserin tamamlandığı bildirilmiş olsa da teslim gerçekleştirilmemiş sayılır. Örnekle açıklamak gerekirse, örneğin bağımsız bölümlerin anahtarları iş sahibine teslim edilmemişse, bildirim işin tamamlandığını gösterir ancak teslim borcunun ifasına bir etkisi olmaz.

Öte yandan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslimin ne şekilde yapılacağı belirtilmiş olabilir. Uygulamada en çok imar mevzuatına uygun olarak yapı kullanma izin belgesi alınması teslim şartı olarak kararlaştırılmaktadır¹³⁸.

1999, s.27; Şahin, s. 63; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 131; Ergezen, s. 67; Yakuppur, s.67; Selimoğlu, Yaşar: Engin, İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, 2017, s. 118.

¹³⁷ Bu yöndeki görüş için bkz.: Tandoğan, s.126; Erman, Arsa Payı, s.34.

¹³⁸Yargıtay 15. HD. 25.02.2020 tarih ve 2020/457 E. 2020/757 K.: “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin bedel olarak kararlaştırılan arsa payı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi, yapı ruhsatı ve imar mevzuatına uygun olarak ve kararlaştırılmış ise yapı kullanma izin belgesini alarak, arsa sahibine bırakılacak bağımsız bölümleri teslim etmesi zorunludur.”; Yargıtay 15. HD. 09.09.2019 tarih ve 2019/2186 E., 2019/3397 K. : “Gecikme tazminatının istenebilmesi için, teslimde ihtirazi kayıt olmasına gerek olmayıp, fiilen teslim yapılmış olsa dahi arsa sahibi teslimi iskân koşuluna bağlanmış olan bağımsız bölümleri iskân alınmaksızın kullanmaya zorlanamayacağından arsa sahibinin teslim alarak kullandığı veya kiraya vermek suretiyle gelir temin ettiği de yasal deliller ile yüklenici tarafından kanıtlanmadıkça arsa sahibi teslim edilen bağımsız bölümler için gecikme tazminatı isteyebilir...”
<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222019%2F2186%22+E.+%222019%2F3397%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T. 05.03.2021); Yargıtay HGK 21.12.2016 tarih ve 2016/2582 E. 2016/3769 K.: “..Özel Dairece karar önce davacıya isabet eden bağımsız bölümlerin, sözleşmede belirtilen süreden önce teslim edildiği ve tazminat sorumluluğunun doğmadığı gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiş; davacı vekilinin karar düzeltme itirazı üzerine bu kez sözleşmenin 3. maddesi çerçevesinde yapı kullanma izin belgesi alma yükümlülüğünün davalıya bırakıldığı ve süreyle sınırlandırıldığı, ancak yüklenicinin bu edimini yerine getirmeyerek anılan madde çerçevesinde kira bedelinden sorumlu olduğu belirtilerek davacının 30.03.2009 tarihli ihtarnamesi ile ihtarnamenin keşide edildiği tarihe kadar hesapladığı kiranın ödenmesini istediği, dava dilekçesinde de belirtilen ihtarnameye dayanarak ve fazla haklarını saklı tutarak 10.000 TL'nin tahsilini talep ettiği ancak davalı yüklenicinin sözleşmeyle belirlenen 08.01.2008 tarihi itibarıyla yapı kullanma iznini almadığı gözetildiğinde 08.01.2008 tarihi ile taleple bağlı kalınarak davacının davalıya gönderdiği ihtarname tarihi olan 30.03.2009 tarihine kadar dönem için kira hesabı yapılması gerektiğinden söz edilerek hükmün

İmar Kanunu m.30'da “Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik (...) (1) bürolarından; 27'nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.” denilmiştir¹³⁹. Kanuni düzenlemenin devamında (m.31) bu belgenin alınmaması durumunda “izin alınuncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmayacağı” düzenlemesi yer almaktadır¹⁴⁰. Ayrıca taraflar yapı kullanma izin belgesi alınması için belli bir süre öngörülmüşse, bu sürede alınamayan izin belgesi için cezai şart kararlaştırılmışsa, bağımsız bölümün teslim edilmiş olması cezai şart talebini ortadan kaldırmaz¹⁴¹.

Bunun yanı sıra taraflar, yapının teslim tarihini de serbestçe kararlaştırabilirler. Bu süre belirli bir gün veya maksimum bir süre olarak en geç bu süre sonunda teslim gerçekleşmesi gerektiği şartıyla kararlaştırılabilir¹⁴².

Yüklenici asli edim borcu olan teslim borcunu ifa etmesi ile birtakım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bunlar; arsa sahibinin ediminin muaccel hale gelmesi, hasar ve yararın geçişi, ayıp nedeniyle açılacak davalarda zamanaşımı süresinin başlaması¹⁴³, bildirim sürelerinin başlaması ve gözden geçirme yükümlülüğünün doğmasıdır.

2. SADAKAT VE ÖZEN BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerde yüklenicinin borçlarından biri olan sadakat ve özen borcunun kaynağı dürüstlük kuralıdır (TMK m.2). Bu yükümlülük TBK m.471/I'de ele alınmıştır. Sadakat ve özen borcu sıkı bir bağ içerisinde olup, aynı amaca hizmet etmektedirler¹⁴⁴.

değişik gerekçe ile ve davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir..”
https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222016%2F2582%22+E.+%222016%2F3769%22+K&s_ort=tarih+desc (E.T. 06.03.2021).

¹³⁹RG.: 09.05.1985, 18749 S. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3194.pdf>) (E.T.06.03.2021).

¹⁴⁰(<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3194.pdf>) (E.T.06.03.2021).

¹⁴¹Erman, Arsa Payı, s.35.

¹⁴²Şahin, s. 75; Kartal, s. 75; Atabekoğlu, s.75; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 78; Yener, Temerrüt, s. 10.

¹⁴³TBK m.478'de zamanaşımına ilişkin olarak; “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” düzenlemesi yer almaktadır. <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T.06.03.2021)

¹⁴⁴Erman, Arsa Payı, s.32; Eren, Borçlar Özel, s.624; Aslan, s.29; Atamulu, s.58; Karahasanoğlu, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.194; Demir, s.42; Karadaş, s.115 vd.; Büyükkay, s. 133; Kaya, s.47; Ergezen, s.43; Uygur,

a. Sadakat Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine taraf yüklenici, edimlerini sadakat borcuna uygun olarak yerine getirmek ile yükümlüdür. Sadakat borcu genel bir ifade ile yüklenicinin arsa sahibinin yararına olacak şekilde davranması ve arsa sahibine zarar verecek her türlü eylem ve işlemden kaçınması olarak açıklanabilir. Bu durum iş görme sözleşmelerinde aranan güven esasının temelini oluşturmaktadır.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun, eser sözleşmesinin düzenlendiği emredici hükümleri arasında yüklenicinin sadakat borcuna açıkça yer verilmemiştir. Ancak 6098 sayılı TBK'da yüklenicinin sadakat borcu açıkça düzenlenmiştir. TBK m.471/I'de; "*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*" ifadesine yer verilmiştir. Maddenin devamında da yüklenicinin sadakat borcuna ilişkin olarak; meydana getirilecek eserin bizzat yüklenicinin yapması gerektiği veya kendi yönetimi altında yaptırılması ve eserin oluşturulmasında yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyor ise işi başkasına devredebileceği ele alınmıştır¹⁴⁵.

Sadakat borcunun diğer yansıması ise TBK m.472/III'te yer alan; "*..Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmese bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur..*" şeklindeki düzenlemedir. Açık kanuni düzenlemede yüklenicinin bildirim yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir¹⁴⁶.

Yüklenici sözleşme kapsamına uygun olarak yapıyı inşa etmiş olsa da sadakat borcuna aykırı davranışlarda bulunmuşsa oluşan zarardan sorumlu olacaktır. Yapının inşa edilmiş olması sadakat borcunun yerine getirildiği anlamına gelmemektedir. Örneğin;

Eser Sözleşmesi, s.346 vd. ; **İpek Eyüp**: Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Özen Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2, 2007, s.541; **Aral/Ayrancı**, s.380; **Uçar**, Teslim, s.549.

¹⁴⁵<https://9www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (E.T. 06.03.2021).

¹⁴⁶ **Avcı**, Ali: Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.28, S.119, 2015, (Sadakat), s.370 vd.; **Dayımlırlı**, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2003. s.32-35; **Becker**, H.: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul, 1983, s. 324; **Büyükkay**, s. 144 vd.; **Erman**, Arsa Payı, s. 37; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 55; **Kaya**, s.47; **Gümüş**, s. 18 vd.; **Usta**, s.55; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 94; **Öz**, İnşaat, s. 121; **Şahin**, s. 108; **Yakuppur**, s. 37 vd.; **Eren**, İnşaat, s. 77; **Kartal**, s. 67; **Yıldırım** s.58; **Ergezen**, s. 42 vd. ; **Kaya**, s.47 vd.; **İnal**, Emrehan: Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımılı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2011, s.189; **Yünlü**, s.37 vd.

yüklenicinin inşa faaliyetleri devam ederken öğrenmiş olduğu yenilikleri kendisinin veya başkasının menfaatine kullanarak arsa sahibinin zararına neden olması, sadakat yükümlülüğünün ihlaline sebebiyet verecektir.

Yüklenicinin sadakat borcunu ihlal etmesi halinde arsa sahibi birtakım hukuki yollara başvurabilir. Öncelikle gerekli şartlar mevcutsa, arsa sahibi, yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranması nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir¹⁴⁷. Burada eserin sözleşmeye uygun olarak inşa edilmesi tazminat istemine engel değildir. Bunun dışında yüklenici eğer sadakat borcuna aykırı davranışı neticesinde kâr elde etmişse, arsa sahibi vekâletsiz iş görme hükümlerinin kıyasen uygulayarak (TBK m.530) kârın kendisine devrini talep edebilir¹⁴⁸. Yüklenici inşaatın devamı esnasında, sadakat borcunu ağır şekilde ihlal etmişse arsa sahibi TBK m.473/II, 484 ve 125 uyarınca sözleşmeden dönebilir. Bu halde arsa sahibi, yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranmasından doğan tazminat alacağını, sözleşmenin inşaat tamamlanmadan feshedilmesi nedeniyle yüklenicinin isteyebileceği alacakla takas etme hakkına sahiptir¹⁴⁹.

b. Özen Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici yapıyı özenle inşa etme borcu altındadır. TBK m.471’de özen borcu düzenlenmiştir. Daha önce sadakat borcunu açıklarken de belirttiğimiz gibi m.471’nin I. fıkrasında özen ve sadakat borcunun varlığından bahsedilmektedir. Madde kapsamında ikisinin birlikte düzenlenmesi, aralarındaki sıkı bağı da göstermektedir. Özen borcu, TBK m.471/I hükmün gereği ve sadakat borcunun sonucudur¹⁵⁰. Özen borcu, “asıl borcun ifası için zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı” olarak tanımlanmaktadır¹⁵¹.

İnşaat tamamlanmış ancak henüz teslim gerçekleşmemişse de yüklenicinin özen gösterme yükümlülüğü sözleşme akdedilmeden önceki hazırlık safhasından başlar ve inşa süresince devam ederek bağımsız bölümlerin teslimi ile sona erer. Yüklenici, inşa faaliyeti

¹⁴⁷ Tandoğan, II, s.51; Yavuz, s.546; Ayan, s.35.

¹⁴⁸ Tandoğan, II, s.51; Yavuz, s.546.

¹⁴⁹ Tandoğan, II, s.51; Yakuppur, s. 39; Deniz, s.17.

¹⁵⁰ Tandoğan, II, s.49; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s.32; Kaya, s.47; Ergezen, s.43; Uygur, s.346; Konu ile ilgili olarak bkz.: Yargıtay 15. HD. 25.01.1999 tarih ve 1999/ 4289 E.-1999/ 115 K. sayılı kararı: “Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu, sadakat borcunun bir sonucudur.”

<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=1999%2F+4289+E.%2C+%221999%2F115%22+K.&sort=tarih+desc> (E.T. 07.03.2021).

¹⁵¹ Başpınar, Veysel: Vekilin Özen Borcundan doğan sorumluluğu 2. B., Ankara, 2004, s.124.

sırasında ve en son teslim aşamasında gerekli olan bütün özeni göstermeli ve arsa sahibinin menfaatlerini dürüst bir şekilde korumalıdır¹⁵². Yüklenici üstlenmiş olduğu işi tıpkı kendi işiymiş gibi özveri ile tamamlamalıdır.

Yükleniciden göstermesi beklenen özenin derecesi, ortalama bir yükleniciden beklenebilecek en yüksek seviyede özen ile eşdeğerdir¹⁵³. Yüklenici kendisine ait edimleri ifa ederken genellikle hizmet sözleşmelerinde işçiden beklenen özeni göstermekle yükümlüdür. Yargıtay içtihatları ile de sabit olduğu üzere yüklenici, arsa sahibinden talimat alma konusunda daha bağımsız olduğundan işçiden daha fazla özen göstermek zorundadır¹⁵⁴. Bu durumda sorumluluğu da işçiden daha ağır olacaktır.

Yüklenicinin işi üstlenirken eserin yapımı için gerekli ön koşulların oluşup oluşmadığını araştırması, plan ve projelerdeki hatalardan sorumlu olması, günün şartları itibarıyla bilinen ve kabul gören yapı teknik kurallarını uygulaması, inşaatta güvenlik önlemlerinin alınması özen borcu gereğidir. Bu itibarla tehlike teşkil edecek teknik uygulama seçiminden uzak durulması basiretli davranış gereğidir. Burada TTK m.18/II'de¹⁵⁵ yer verilen "basiretli iş adamı" ölçüsündeki gibi, uzman ve tecrübe sahibi yüklenicinin davranış biçimi ölçü olarak alınabilir. Çünkü yüklenici genellikle arsa sahibinden daha fazla teknik bilgiye sahiptir. Özen borcu kapsamındaki inşaatın teknik standartları bilimsel çevrenin görüşleri, ilgili meslek odalarının öngördüğü mevzuat ve o çevredeki genel kabul gören teamül kapsamında belirlenecektir.

¹⁵² **Atamulu**, s.58; Benzer yöndeki görüş için bkz.: **Dayınarlı**; s.38; **Baygın**, s.25; **Olgaç**, Senai: İstisna Aksı, Ankara, 1977, s.13 vd.; **Gümüş**, Borçlar Özel, s.43; **Gümüş**, Mustafa Alper; Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s.138 vd.; **Kartal**, s.67; **Gökyayla**, K.Emre: "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu" GÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Armağanı 2002, C.1, S.1, s.785-805.

¹⁵³ **Gümüş**, Borçlar Özel, s.91; Yargıtay 15. HD 15.09.2020 tarih ve 2019/2292 E.- 2020/2425 K. sayılı kararı ile; "Yüklenicilerin, iş sahibine karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesi hükmünden kaynaklanan sadakat borcu ve aynı Kanun'un 471. maddesi hükmüne dayalı özen borcu söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesi hükmüne göre, yüklenicinin sorumluluğu, aynı Kanun'un 396. maddesinde belirtilen işçinin hizmet akdindeki sorumluluğu gibidir. Ancak, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da göz önünde bulundurularak sorumluluğu hizmet akdine göre çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir. İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması, yüklenicinin -özen borcu- kapsamındadır. Açıklanan bu hukukî sebeplerle; kural olarak eser sözleşmesi ile yüklenilen edimlerin ifası sırasında veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerçekleşen zararlı olayların oluşumunda etkili olan yüklenicinin kusurunun, daima iş sahibinin kusurundan daha ağır derecede olması gerekir." değerlendirilmesi yapılmıştır. Kararın ayrıntısı için bkz.: https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222019%2F2292%22+E,+%222020%2F2425%22+K&s_ort=tarih+desc (E.T. 07.03.2021).

¹⁵⁵ RG. 14.02.2011 T., S.27846.

TBK m.471/II’de sorumluluk ölçütü olarak “...Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır...” ifadesine yer verilmiştir. Bu borcun kapsamı somut olaydaki objektif ölçütler ve değişken parametrelere (inşaatın büyüklüğü, değeri, vs.) göre de farklılık göstermektedir. Örneğin; 5 katlı 2. sınıf bir binanın yapımını üstlenen yüklenici ile 3 bloklu çeşitli komplekslere haiz site yapımını üstlenen yüklenicinin göstermek zorunda olduğu özen ölçüsü doğal olarak birbirinden farklı olacaktır.

Eser sözleşmesine ilişkin TBK m.471 hükmünün dışında m.472’de de özen borcu ele alınmıştır. Açık kanuni düzenlemeye göre, yüklenicinin binanın inşası esnasında kullanacağı malzeme arsa sahibi tarafından verilmiş ise yüklenici bu malzemeyi en iyi şekilde kullanmak, bununla ilgili arsa sahibine hesap vermek ve malzemenin artanını iade etmekle yükümlüdür (TBK m. 472/II)¹⁵⁶. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin uygulamada arsa sahibi ekonomik olarak daha güçsüz konumda olduğundan malzeme sağlaması genelde mümkün değildir. Bu nedenle TBK m.472/II hükmünün uygulaması pek yaygın değildir. Yüklenicinin gerekli malzemeyi tedarik ettiği durumda ise, yüklenici malzemedeki ayıptan dolayı iş sahibine karşı satıcı gibi mükellef olacaktır (TBK m.472/I). Sözleşme kapsamında kullanılacak malzemenin kalitesi belirtilmemiş ise yüklenici orta kalitede malzeme seçimi yapmalıdır¹⁵⁷. Yüklenici inşaatın büyüklüğüne göre kendi ekonomik durumunu ayarlaması ve standartların yeterli olup olmadığını saptaması gerekir. Zira yüklenici sözleşmede kararlaştırılan inşaatı teknik veya ekonomik nedenlerle işi bitiremeyeceğini öngörmesine rağmen ifayı üstlenmesi özen yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilecektir¹⁵⁸.

TBK m.472/III’e göre yüklenici eserin inşası esnasında, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılacağı arsanın kusurlu olduğunu anlar veya inşaat faaliyetinin sözleşmede belirtilen şekilde veya zamanda yapılmasını önleyecek bir durum ortaya çıktığını fark ederse bunları iş sahibine gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde neticeden bireysel olarak sorumlu olur¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Tandoğan C.II, s.49; Erman, Arsa Payı, s.37; Yavuz, Özel Hükümler, s.971; Tezcan, s.46-47.

¹⁵⁷ Tandoğan C.II, s.106 vd.; Erman, Arsa Payı, s.41.

¹⁵⁸ Selici, Ö, s.94.

¹⁵⁹ Bu yönde görüş için bkz.: Tandoğan C.II, s.49; Yargıtay 15. HD. 12.07.2004 tarih ve 2003/6666 E. 2004/3894 K. Sayılı kararı : “..Borçlar Yasası'nın 357/son maddesi gereğince, eser imal edilirken iş sahibinin verdiği malzemelerin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır veya işin noktası noktasına düzenli olarak meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen

Yüklenicinin özen borcu kapsamında inşaatı kendi yönetimi altında yürütme ve tamamlama borcu da bulunmaktadır. Kendi yönetimi altında¹⁶⁰ inşaat faaliyetini sürdürme yükü malzeme temini, işçilerin organizasyonu, denetim yapılması, talimat verilmesi, alt-yüklenicilerin (taşeron) seçilmesi vb. konuları kapsamaktadır. İnşaatın büyüklüğü göz önünde tutulduğunda inşaatın meydana getirilmesinin tek bir kişinin emeğiyle mümkün olmayacağı şüphesizdir. Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatı bizzat yapmak zorunda değildir. Yüklenici inşaatın yapımı için isterse kendi yönetimi altında yardımcı elemanlar ve alt- yüklenici yardımı alabilir.

Öte yandan yüklenici, inşa faaliyetleri devam ederken muhtemel zararların önüne geçmek için gerekli tedbirleri almalıdır. Yüklenicinin özen borcuna ilişkin TBK kapsamında özel hükümlere yer verilmiştir. Ancak bu hükümlerin dışındaki konularda da yüklenicinin özen borcu bulunmaktadır.

Yüklenici, sözleşme kapsamındaki özen borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmez ise TBK m.112 vd. uyarınca sorumlu tutulacaktır. Öncelikle arsa sahibi uğramış olduğu zararları tazminini talep edebilir. İşin devamı esnasında, yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı eser meydana getirileceği açık ise, iş sahibi önlem olarak yükleniciye süre vererek ayıp veya ayırlılığın giderilmesini isteyebilir yahut onarım veya işin devamının üçüncü kişiye verileceği ihtarında bulunabilir (TBK m.473/II). Ayrıca, arsa sahibi TBK m.125'te sayılan seçimlik haklarını da kullanabilir.

iş sahibine bildirmek, eğer bildirmez ise, bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Yüklenici, sadakat borcundan kaynaklanan ihbar yükümlülüğünü yerine getirmişse sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca, yüklenicinin belirtilen ihbar yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği, işin ayıplı olup olmadığı ve ayıplı ise derecesi yanlar arasındaki sözleşme hükümleri de değerlendirilerek saptanmalıdır..."

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=5159#> (E.T. 07.03.2021);

Yargıtay 15. HD. 16.12.2015 tarih ve 2015/4504 E. 2015/6433 K.: "...Müteahhidin ihbar yükümlülüğü, sadakat borcundan doğan bir başka yükümlülüktür. Yüklenici akdi gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye düşürecek durumlar karşısında iş sahibini uyarmak zorundadır. Yükleniciye hiçbir sorumluluğun yüklenememesi için müteahhidin iş sahibini uyarma ve ihbar mükellefiyetini yerine getirmesi zorunludur. Şöyle ki; BK'nın 357. maddesinin son fıkrası uyarınca, eser imâl edilirken iş sahibinin verdiği malzemelerin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır veya işin noktası noktasına düzenli olarak meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek, eğer bildirmez ise, bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Yüklenici, sadakat borcundan kaynaklanan ihbar yükümlülüğünü yerine getirmişse sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca, belirtilen ihbar yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği, işin ayıplı olup olmadığı ve ayıplı ise derecesi yanlar arasındaki sözleşme hükümleri de değerlendirilerek saptanmalıdır..."

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2015-4504.htm&kw=ARSANIN+KUSURLU+OLMASI+Y%C3%9CKLEN%C4%B0C%C4%B0N%C4%B0N+SORUMLULU%C4%9EU&cr=yargitay#fm> (E.T. 07.03.2021).

¹⁶⁰ TBK kapsamında ifaya ilişkin genel kural m.83'te ele alınmıştır. Madde hükmünde "Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir." düzenlemesi yer almaktadır. Açık kanun hükmünden görüleceği üzere borçlu edimini yerine getirirken şahsen ifa ile zorunlu değildir.

3. İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile inşası kararlaştırılan yapının zamanında ve sözleşme hükümlerine uygun nitelikleri haiz ve eksiksiz bir şekilde teslim edilebilmesi için yüklenici inşa sürecini gecikmeksizin tamamlamalıdır¹⁶¹. Yüklenici inşa faaliyetine zamanında başlamazsa veya haklı sebep olmaksızın işi geciktirirse, arsa sahibi TBK m.473/I hükmü uyarınca teslim için belirlenen günü beklemezsizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Kanuni düzenleme ile belirlenen şartların varlığı halinde arsa sahibine hak kaybına uğramaması amacıyla erken dönme hakkı tanınmıştır. Ayrıca bu hüküm ile birlikte yüklenici yalnızca eserin teslimini değil, inşasını da borçlanmaktadır¹⁶².

Yüklenicinin bu borcuna, sözleşme kapsamında inşanın başlama süresinin kararlaştırılıp olup olmamasına göre bağlanan sonuçlar farklıdır. Sözleşme kapsamında belirli bir teslim tarihi kararlaştırılmışsa belirlenen tarihe kadar yapıyı teslim hazırlan hale getirecek şekilde başlanılarak işin yürütülmüş olması gerekir. Aksi halde arsa sahibinin sözleşmeyi sone erdirmeye hakkı doğar. Arsa sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için TBK m.473/I'de yer aldığı gibi yüklenicinin inşanın yapımını geciktirmesi ve neticede arsa sahibinin de yükleniciye belirli bir mehil süresi vermesi gerekir. Verilen mehil süresi içerisinde inşaat faaliyetine başlanmaz veya gerekli hızlanma gerçekleştirilmezse yüklenici temerrüde düşer¹⁶³.

Sözleşmede işin başlangıç tarihi kararlaştırılmamış ise yüklenici TBK m.90 doğrultusunda taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe sözleşmenin kurulması anından itibaren derhal işe başlamakla yükümlüdür. İşe derhal başlanılmasından kasıt sözleşmenin kurulduğu tarihtir¹⁶⁴. Ayrıca işe başlama tarihinin belli olmadığı durumda, arsa sahibi çekeceği ihtar ile yükleniciye mehil vererek yükleniciyi temerrüde düşürebilir¹⁶⁵.

Yüklenicinin sözleşme ile belirlenen başlama süresine riayet etmesi ve bu sürede işe başlaması gerekir. Yüklenicinin bu borcunu yerine getirmiş olması teslim tarihi belli olmayan sözleşmede faaliyetlerini askıya almasını gerektirmez. Öyle ki, yüklenici, objektif

¹⁶¹Aynı yöndeki görüş için bkz.: **Atamulu**, s.55; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.79; **Baygın**, s.26; **Ergezen**, s.44-45,61 vd.

¹⁶²**Tandoğan**, C.II, s.113; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.79; **Karataş**, s.130, **Atamulu**, s.55.

¹⁶³ **Tandoğan**, C. II, s. 118; **Kurşat**, s.210; **Yıldırım**, s. 73; s.114; **Karadaş**, s. 134; **Dayınlarlı**, s. 44; **Kaya**, s.54; **Olgaç**, s.24; **Baygın**, s.26; **Öz**, Dönme, s. 56; **Acar**, s.13; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 80.

¹⁶⁴ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı, s.292,293; **Erman**, Arsa Payı, s.56; **Aydemir**, s.172, Binan inşasına başlama zamanının arsa payının yükleniciye devredildiği zaman olduğu ileri sürülmüştür.

¹⁶⁵ **Yıldırım**, s.73; **Kaya**, s. 54; **Erman**, Arsa Payı, s. 75; **Dayınlarlı**, s.45 vd.; **Karadaş**, s. 132; **Doğan**, s.41.

bir şekilde inşa faaliyetine devam etmek ve yapıyı teslim hazır hale getirmekle yükümlüdür. Aksi halde TBK m.473/I gereğince arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirebilir.

4. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

a. Genel Olarak

Yüklenici, sözleşme kapsamına uygun olarak, ayıpsız bir yapı inşa ederek arsa sahibine teslim etmekle yükümlüdür¹⁶⁶. Teslim edilen eserde ayıplar mevcutsa, yüklenici arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır¹⁶⁷. Yükleniciye ait bu borç, ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁸. Ayıba karşı tekeffül borcu, yapıyı teslim borcunun bir parçasıdır¹⁶⁹. Yüklenicinin yalnızca binayı tamamlayıp teslim etmiş olması artık sorumluluğunun bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Yapının sözleşme kapsamında belirlenen niteliklere haiz olması gerekmektedir birlikte, kararlaştırılan tahsise yönelik şartları da taşıyor olması da gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanacak olan; eser sözleşmesinin yüklenicinin ayıbına karşı tekeffül hükümleri (TBK m.474-478), satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri (TBK m.219-231) ile benzer şekilde düzenlenmiştir¹⁷⁰. Yüklenicinin, yapının ayıplı olmasından kaynaklanan tekeffül borcu için TBK m.474 hükmü gereğince belli şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartları sıralamak gerekirse; yapının arsa sahibine teslim edilmiş olması, teslim edilen binanın ayıplı olması, arsa sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmiş olması gerekir¹⁷¹.

¹⁶⁶ Büyükyay, s.90; Erman, s.69.

¹⁶⁷ Yargıtay 15. HD. 24.11.2004 tarih ve 2004/1320 E. 2004/5987 K. Sayılı kararı : “...Arsa sahibinin inşaatın -sözleşmenin aksine- kaçak yapılmasını istediğine dair dosyada bir belge bulunmamaktadır. İnşaatın mevcut haliyle teslim alınmış olması ileride oluşan ve gizli ayıptan kaynaklanan zararların istenmesine engel teşkil etmez. Bu tür zararlar zamanaşımı haddi içerisinde her zaman istenebilir. Esasen arsa sahibinin kabul edilemeyecek derecede kusurlu eseri reddetmeye, hatalı imalat sonradan ortaya çıkmış ise bu ayıpların yüklenici tarafından giderilmesini istemeye, inşaat ruhsatsız ve kaçak ise inşaatı yasal hale getirebilmek için (gerektiğinde yıkılıp yeniden yapılması) gerekli masrafların ödenmesini talebe hakkı vardır...” Kararın tamamı için bkz.: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2004-1320.htm&kw=eser+s%C3%B6zle%C5%9Fmesinde+m%C3%BCteahhidin+ayba+kar%C5%9F%C4%B1+tekeff%C3%BCl+sorumlulu%C4%9Fu++&cr=yargitay#fm> (E.T.08.03.2021).

¹⁶⁸ Zevkliler/Gökyayla, yüklenicinin bu borcunu “ Ayıba Üstlenme Borcu” olarak tanımlamaktadır, Zevkliler/Gökyayla, s.400; Ergezen, s.67 vd.; Atamulu, s.70.

¹⁶⁹ Tandoğan, C.II, s.160; Kanber, s.357; Baygın, s.28.

¹⁷⁰ Tandoğan, C.II, s.160; Atamulu, s.70; Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.128; Uçar, s.44 vd.

¹⁷¹ Günel, Mustafa Cahit: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatı Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Hakları, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s.413; Uçar, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, İstanbul, 2003, s.35; Burcuoğlu, Haluk: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilirliği İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 287; Eren, Borçlar Özel, s.619; Yakuppur, s.52; Bilge, s.259; Baygın, s.28; Dayımlı, Temerrüt, s. 54; Usta, s.66; 89; Şenocak, s. 30; Acar, s.5; Yıldırım, s.114.

b. Eksik İfa Kavramı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edim binanın inşası ve bağımsız bölümlerin teslimi olup, edim borçlarının tam olarak ifa edilmemesi, yüklenicinin sözleşme kurulurken yahut sonradan icazet ettiği iş değişikliği ve ilave işleri yapmaması eksik ifa olarak değerlendirilmektedir¹⁷².

Gerek doktrinde gerekse günlük kullanımda eksik iş ile eksik ifa aynı anlamı karşılamaktadır¹⁷³. Sözleşme kapsamında üstlenilen edim borcu belirtilen niteliklere uygun eksiksiz, ayıpsız ve zamanında yerine getirilmelidir. Aksi halde eksik ifa edilen iş borca aykırılık oluşturmaktadır.

Eksik işin doktrinde yapılmış birçok tanımı mevcuttur. Şöyle ki;

Ayan'a göre eksik iş; *“Yapının eksik (tamamlanmamış) olması, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği veya hukuken bağlayıcı iş değişikliği ve ilave işlerin bir kısmını hiç yapmamış olmasıdır. Meselâ sözleşme gereğince yapılması gerektiği hâlde mutfak dolaplarının takılmaması; asansörün, çatının, seramiklerin, bazı kapı ve pencerelerin yapılmaması, parkelerin döşenmemesi, bazı muslukları monte edilmemesi veya sözleşmeyle üstlenmişse yapı kullanma izninin alınmaması inşaatın tamamlanmamış (işin bitmemiş) olduğunu gösterir¹⁷⁴”*.

Erman ise; *“teknik şartnamede belirtilmiş olsa dahi orta seviyedeki bir inşaatta bulunması gereken imalatın yapılmamış”* olması şeklinde tanımlamıştır¹⁷⁵.

Şahiniz'e göre ; *“ yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılmış olan ya da dürüstlük kuralı gereği yapması gereken işlerin bir kısmını hiç yapmamış olması şeklinde tanımlanabilir... Eksik teslim edilmek istenilen eserin iş sahibi tarafından teslim alınmış olması, yani eksik ifanın iş sahibi tarafından kabul edilmiş olması gerekir. Zira iş sahibi, kural olarak, eksik teslim edilen eseri teslim almama, yani eksik ifayı kabul etmeme hakkına sahiptir¹⁷⁶”*.

¹⁷² Gauch (Werkvertrag), s. 29, no: 101 vd. (Naklen, Ayan, s. 61).

¹⁷³ Şahiniz, s.37. ; Şenocak, s.87 vd

¹⁷⁴ Ayan, s.40.

¹⁷⁵ Erman, s.201

¹⁷⁶ Şahiniz, s.39.

Eksik işte ayıplı işten farklı olarak bildirim yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Eksik işe maruz kalan taraf 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde işin tamamlanmasının talep hakkına sahiptir. Zamanaşımı süresinin başlangıcı kısmi teslim tarihinden itibaren başlar.

aa. Eksik İfanın Ayıplı İfadan Farkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin üstlenmiş olduğu teslim borcunu eksik ifa etmesi ile yerine getirmiş olduğu ifanın ayıplı olması birbiri ile karıştırılmamalıdır¹⁷⁷.

Yüklenicinin inşa ettiği binada mevcut ortak yerlerin ve arsa sahibinin arsa payına denk düşen bağımsız bölümlerin, sözleşme veya dürüstlük kuralı yahut kanunda belirtilen niteliklerinin bulunmaması halinde “ayıp” gündeme gelmektedir. Diğer taraftan yüklenicinin sözleşme kapsamında belirlenen veya dürüstlük kuralı gereği yapması beklenen işlerin bir bölümünü yapmaması halinde ise “eksik ifa” söz konusudur¹⁷⁸. Ayıplı ifa halinde borçlanılan edimin nitelikte eksikliği, ayıplı ifa halinde ise yerine getirilmeyen edim borcu mevcuttur¹⁷⁹. Eksik ifa, yapımı kararlaştırılan binanın tamamlanmasıyla bağlantılıdır.

Eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları uygulamada birbirine sıkça karıştırılmakta olup, ikisinin de hukuki sonuçları farklı olduğundan ayırım yapılması gerekmektedir. Eksik ifa ve ayıplı ifanın saptanmasında yetkili organlarca tanzim edilen yapı teknik şartnamesi ve mevzuat kapsamı birlikte dikkate alınmalıdır¹⁸⁰. Öyle ki, yüklenicinin borçlanmış olduğu edim teknik bilgi gerektiren bir iş olduğundan, edimin ifasında da yapı teknik kurallarına uymalıdır aksi takdirde yapı teknik kurallarını bilmeyen yüklenici sorumluluktan kurtulamayacaktır¹⁸¹.

Yargıtay kararlarında¹⁸² ve mevzuat kapsamında eksik ifa borçlanılan işlerin tamamlanmaması hali olarak, ayıp ise tamamlanana işte dürüstlük kuralı gereği bulunması

¹⁷⁷ Uçar, Ayıp, s. 132; Kırmızı, s. 728: "Ayıplı iş, sözleşme ve yasa hükümlerine göre eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken unsurların bulunmasıdır. Eksik iş ise, hiç yapılmayan iştir." (Yargıtay 15. HD., 22.03.2010 tarih ve, 2009/1859 E., 2010/1605 K.); Günel, s. 412

¹⁷⁸ Şahiniz, s. 40; Duman, İnşaat, s. 1060;

¹⁷⁹ Yalçınduran, s. 109; Büyükay, s. 108; Erzurumluoğlu, s. 176, dn. 70.

¹⁸⁰ Yalçınduran, s. 113

¹⁸¹ Seliçi, İnşaat, s. 21

¹⁸² Yargıtay 23. HD. 25.09.2014 tarih ve 2014/1106 E. 2014/5941 K. : "Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılışı kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı eser sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Ancak, kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer, meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirmeyle varolan bozukluğu

gereken niteliklerin bulunmaması halidir¹⁸³. Diğer taraftan arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde ayıp olması, inşaatın tamamlanmadığı yahut eksik ifa bulunduğu anlamlarına gelmemektedir¹⁸⁴.

c. Ayıba Karşı Tekeffül Şartları

aa. Yapının teslimi gerçekleşmiş olmalı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ayıp nedeniyle yüklenicinin tekeffül sorumluluğundan bahsedebilmesi için öncelikle inşaatın tamamlanarak, bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslim edilmiş olması gerekir¹⁸⁵. Zira arsa sahibi teslimden sonra eseri gözden geçirebilecektir.

Tamamlanmayan ve teslimi gerçekleştirilemeyen yapıda eksiklikler mevcut olacağından, ayıp söz konusu değildir. Bir başka ifade ile yapının ayıplı olması ile eksik olması birbirinden farklıdır¹⁸⁶. Eksik inşaat söz konusu olduğunda yapı henüz

görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (818 Sayılı B.K.nın 359); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir (818 Sayılı B.K.nın 362/III). Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır. Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresinde (818 Sayılı B.K.nın 126/son) talep edilebilir. Eğer eser iş sahibinin beklediği amacı karşılamıyorsa kural olarak ayıplı yapıldığı kabul edilir. Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanıyla dahi kanıtlanabilir. (YHGK'nın 2.2.1979 gün 1977/11-393 E. 1979/80 K. sayılı ve Dairemizin 16.1.2013 tarih ve 2012/5835 E., 2013/129 K. sayılı ilamında bu ilke ve esaslar ayrıntılarıyla açıklanmıştır.)” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=23hd-2014-1106.htm&kw=`2014/1106`+E.,+`2014/5941`+K.&cr=yargitay#fm> (E.T.13.09.2021).

¹⁸³ Kaplan, s. 113

¹⁸⁴ Yavuz, C., s. 1021

¹⁸⁵ Atamulu, s.70; Eren, Müteahhidin Borçları, s.79; Gümüş, Borçlar Özel, s.48.

¹⁸⁶ Yargıtay 23. HD. 05.07.2018 tarih ve 2015/8370 E., 2018/4016 K. : “...Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı iş ise eser sözleşmesinde kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Ancak, kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer, meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile varolan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede; gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır..” <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222015%2F8370%22+E.%2C+%222018%2F4016%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T. 08.03.2021); Yargıtay 23. HD. 24.06.2013 tarih ve 2013/2589 E. 2013/4359 K.: “ ..Davacı arsa sahipleri sözleşmede yer almasına rağmen kendilerine beş adet otopark yeri tahsis edilmediğini ve buna ilaveten binada su giderlerinin tekniğine uygun yapılmaması sebebiyle yapının hasar gördüğünden bahisle her iki talep için toplam 10.000,00 TL'nin tahsilini istemişlerdir. Mahkemece, süresinde ayıp ihbarı yapılmadığı için davanın reddine karar verilmiş ise de öncelikle sözleşmede açıkça yazılı olan daire başına birer otoparklık yerin tahsisi taahhüdünün yerine getirilmemesi ayıp değil, mahiyetince eksik iş niteliğindedir. İstek kalemlerinden diğeri olan su giderlerinin hatalı yapılmasından dolayı uğranılan zararın tazmini istemi ise gizli ayıptan dolayı uğranılan zararın tahsiline ilişkindir...”

tamamlanamamıştır. İfa etmeme halinden dolayı bu durumda temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁷. Ancak ayıplı inşaat halinde ise, teslim edilen yapının sözleşmede belirtilen niteliklere haiz olmaması söz konusudur. Yapının ayıplı olması inşaat tamamlanmış ise teslimine engel teşkil etmez¹⁸⁸.

Eksik ifa ve ayıplı ifa kavramlarının birbirinden farklı olduğunu belirtmiştik. İnşa edilen binadaki bağımsız bölümlerin metrekare eksikliklerini ayıp veya eksik ifa olarak net olarak tespit edilememektedir. Yargıtay içtihatlarında metrekare eksiklikleri eksik ifa kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸⁹. Doktrinde ise birtakım yazarlar tarafından metrekare eksikliği ayıp olarak değerlendirilmiştir¹⁹⁰.

Diğer tartışmalı konulardan birisi de, inşaat tamamlanmış olduğu halde yapı kullanım izin belgesinin alınmamış olması halinde eksik ifanın mı ayıplı ifanın mı söz konusu olacağıdır¹⁹¹. Yargıtay, yapı kullanım belgesi alınmamasının eksik ifa teşkil edeceğini kabul etmektedir¹⁹². Kanaatimizce, yapı kullanım izninin alınmamış olması ayıplı ifa olarak değerlendirilmelidir. Söz konusu durumda yüklenici ediminin ifasını gerçekleştirmiştir ancak teslim edilen yapının kullanımını hukuki engelden dolayı mümkün olamaz.

<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222013%2F2589%22+E.+%222013%2F4359%22+K.&sort=tarih+desc> (E.T. 08.03.2021).

¹⁸⁷ **Ayan**, s.24; **Gümüş**, s.65; **Deniz**, Sema: Eser Sözleşmesine Eksik İfa, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.6, 2015, s.222; Yargıtay 15 HD.17.05.1995 tarih ve 1995/596 E.- 1995/2874 K. “*Yapılmayan bir iş için ayıplı varlığı söz konusu olamayacağına, iş sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmesinin de beklenemeyeceğine göre, eksik bırakılan işlerden dolayı zamanaşımı süresi içinde iş sahibinin tazminat isteyebileceği kabul edilmelidir.*”(**Kostakoğlu**, s.376).

¹⁸⁸ **Kanber**, s.358; **Atamulu**, s.71.

¹⁸⁹ Yargıtay 15. HD. 31.10.2018 tarih ve 2018/1404 E.- 2018/4190 K.: “*...Mahkemece harca esas dava değeri ile sınırlı olmak üzere, eksik m2 bedeli olarak hesaplanan 160.000,00 TL üzerinden dava kabul edilmiş ise de, davacının öncelikli istemi sözleşmenin aynen ifası olduğundan bu talebin değerlendirilmesi zorunludur. Davacı iş sahibi dairenin diğer bağımsız bölümden genişletilmesi suretiyle eksik imâl edildiğini iddia ettiğine, bilirkişi heyeti tarafından da bu eksikliğin tadilat projesi ile giderilmesinin mümkün olduğunun açıklandığına göre mahkemece yapılması gereken iş; sözleşmenin 24. maddesi gereğince kararlaştırılan 45.000,00 TL'nin davacı tarafından depo edilmesi kaydıyla söz konusu bağımsız bölümün sözleşmeye uygun hale getirilmesi buna dair tadilat projesinin yapıp tadilat ruhsatının alınması ve diğer işlemlerin tamamlanması ve bağımsız bölümün 105 m² olarak imâl edilmesi yönünde aynen ifa talebinin kabulü yönünde karar verilip, karar kesinleştiğinde 45.000,00 TL iş bedelinin yüklenici davalıya ödenmesi yönünde hüküm kurulmasından ibarettir.*” www.kazanci.com (E.T.: 09.12.2018).

¹⁹⁰ **Gümüş**, s.340 vd.; **Kurt**, s, 72; **Şenocak**, s. 94; **Öz**, İnşaat, s. 131; **Akkanat**: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 75; **Ayan**, s. 62.

¹⁹¹ **Kurt**, s.73; **Şahiniz** s.43; **Özkan**, Sema Deniz: Eser Sözleşmesinde Eksik İfa, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 6, 2015, s.228.

¹⁹² Yargıtay 15. HD. 28.6.2001 tarih ve 2001/1424 E. 2001/3548 K. : “*Taraflar arasındaki 25.7.1994 günlü sözleşmenin 5. maddesinde; teslim yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, yapı kullanma izni alınmadıkça, daha önce yapılmış olan eylemli teslim, yasal bir teslim sayılamaz.*” <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222001%2F1424%22+E.+%222001%2F3548%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T.: 08.03.2021).

İnşası tamamlanan yapıya ait bağımsız bölümlerin tesliminden sonra arsa sahibi, binayı kontrol ederek sözleşme kapsamına aykırılık olup olmadığını tespit edebilir. Neticede eserin ayıplı olduğu tespit edilirse arsa sahibi, TBK m.475 kapsamı doğrultusunda yüklenicinin sorumluluğuna gidebilir.

bb. Yapı ayıplı olmalı

Yüklenicinin inşaattaki ayıp nedeniyle sorumluluğuna başvurulabilmesi için gerekli şartlardan biri de yapının ayıplı olmasıdır. Yargıtay ayıp kavramını “*Ayıp, mal ya da eserde yasa ya da sözleşme gereğince bulunması gereken unsurların bulunmaması; bulunmaması gereken bozuklukların ise mevcut olmasıdır. Kısaca ayıp, eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır..*” olarak tanımlamıştır¹⁹³. Binanın ayıplı olarak kabul edilebilmesi için gereken ölçütler; dürüstlük kuralı gereği ifaya elverişli özelliklerin yapıda mevcut olmaması veya ifayla yükümlü tarafın vaat ettiği nitelik ve vasıfları taşımamasıdır¹⁹⁴.

Yapının taşınması gereken ortalama niteliğe ilişkin olarak TBK m.86’da yer alan “*Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz.*” ifadesi kıstas alınabilir. Bu doğrultuda ayıp için binanın ortalama niteliğe sahip olmaması yeterli olacaktır.

Yapının ayıplı olması nedeniyle yüklenicinin temerrüde ilişkin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ayıplı ifa halinde yüklenici, edimini ya gereği gibi ifa etmemiştir ya da kötü ifa etmiştir¹⁹⁵. Ayıplı teslim edilen binanın teslimdeki hali sözleşmede belirlenenden daha kullanışlı ve nitelikli hale gelmiş olsa bile eser yine de ayıplı sayılacaktır¹⁹⁶. Bu durumda yüklenicinin tekeffül nedeniyle sorumlu olmasının temelinde, arsa sahibinin sözleşme ile kararlaştırılan nitelikteki binaya sahip olma isteği bulunmaktadır. Sözleşmede

¹⁹³ Yargıtay 15. HD. 17.03.2015 tarih ve 2014/2730 E.- 2015/1285 K. <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222014%2F2730%22+E.+%222015%2F1285%22+K.&sort=tarih+desc> (E.T. 08.03.2021).

¹⁹⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s.634; **Atamulu**, s. 72; **Yakuppur**, s.53; **Tandoğan**, C.II, s.160; **Kanber**, s.39; **Turanboy**, s.159; **Aral**, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s.112; **Öz**, İnşaat, s. 165; **Şahiniz**, s.102; **Kocaağa**, İnşaat, s. 140; **Eren**, İnşaat, s. 79; **Günel**, s. 412; **Kartal**, s. 76 vd.; **Erman**, Arsa Payı, s.121; **Kaya**, s.56; **Şahin**, Ayıp, s.136; **Uçar**, Ayıp, s.126; **Yıldırım**, s.115.

¹⁹⁵ **Erman**, Arsa Payı, s.121.

¹⁹⁶ **Tandoğan**, C.II, s.163; **Erman**, Arsa Payı, s.122; **Tezcan**, s.53; **Atamulu**, s.72-73.

kararlaştırılan nitelik ve vasıf arsa sahibinin kriteri olduğundan, daha nitelikli yapı oluşturulması arsa sahibinin menfaatine olsa da ayıp kapsamında değerlendirilecektir¹⁹⁷.

Taraflar tanzim ettikleri sözleşmeyle binanın niteliklerine ilişkin belli bir standart belirlememişlerse; yüklenici, kullanım amacına elverişli, ortalama kalite standart taşıyan bir yapı inşa etmelidir. Yüklenici uyguladığı tekniği en iyi ve verimli şekilde kullanarak binayı meydana getirmelidir. Bu kapsamda sözleşme konusu yapının, aynı çeşitteki binaların sahip olduğu niteliklere sahip olmaması veya onlardan farklı niteliklere haiz olması halinde ayıplı olduğu varsayılacaktır¹⁹⁸. Ayrıca binanın ayıplı olmasının tespitinde yöresel yöntemler ve teknik kurallar da belirleyici olacaktır¹⁹⁹.

Ayıbın niteliğine göre kanunda farklı sınıflandırmalar mevcuttur. TBK m.477'deki açık-gizli ayıp, TBK m.475'te yer alan önemli-önemsiz ayıp, TKHK²⁰⁰ m.8'de ise maddi-hukuki-ekonomik ayıp ve son olarak da asli ayıp- ikincil ayıp ayrımlarına yer verilmiştir.

aaa. Açık ayıp- Gizli ayıp

Açık ayıp, TBK m.474/I'de yer alan eserin tesliminden sonra yapının iş sahibi tarafından gözden geçirildikten sonra tespit ettiği ve uygun süre içerisinde bildirimde bulunduğu ayıp türüdür. Açık ayıbın belirlenmesinde arsa sahibinin uzmanlık gerektiren bir gözden geçirme işlemi yapmasına gerek yoktur. Açık ayıplar, arsa sahibinin basit bir gözlemlerle doğrudan görebileceği ayıp türüdür²⁰¹. Arsa sahibinin teslimden sonra açık ayıpları gözden geçirerek yükleniciye bildirmemesi (ihbar) yüklenicinin sorumluluğuna gitmesine engel olacaktır²⁰².

Gizli ayıp ise TBK m.477/I'de "*kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar..*" şeklinde ifade edilmiştir. Gizli ayıp, eserin

¹⁹⁷ **Atamulu**, s.73; Bu yönde başka bir görüş için bkz.: **Turanboy**'a göre sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin üzerinde bir eser meydana getirilmişse ayıp söz konusu olmaz. Buna örnek olarak döşemenin sözleşmede kararlaştırılandan daha kaliteli malzemeyle inşası halinde ayıbın oluşmayacağı belirtilmiştir. **Turanboy**, s.159.

¹⁹⁸ **Uçar**, s.125; **Turanboy**, s.159.

¹⁹⁹ **Atamulu**, s.73; Aynı yöndeki görüş için bkz.: **Erman**, Arsa Payı, s.124.

²⁰⁰ **RG.**: 28/11/2013 T., 28835 S.

²⁰¹ **Tezcan**, s.58.

²⁰² Yargıtay HGK 26.02.2020 tarih ve 2017/15-252 E. - 2020/224 K. : "*...Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (BK m.359); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir (BK m. 362/III). Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır...*"
<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222017%2F15-252%22+E.+%222020%2F224%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T.08.03.2021).

olağan gözden geçirilmesi neticesinde tespit edilemeyecek olan ayıp türü olup, ancak özel teknik incelemeyle veya kullanım neticesinde ortaya çıkacaktır²⁰³.

bbb. Önemli-Önemsiz ayıp

Önemli ayıp, TBK m.475/I-1’de ele alınmış olup, “*Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı..*” ifadesiyle belirtilmiştir.

Önemsiz ayıbın mevcut olduğu durumda da yüklenicinin ayıptan sorumluluğu doğacaktır. Bu halde iş sahibinin TBK m.475/I’de yer verildiği üzere seçimlik haklardan sadece dönme hakkını kullanması hakkaniyete aykırı olacaktır²⁰⁴.

ccc. Fiili-Hukuki-Ekonomik ayıp

Fiili ayıp, arsa sahibinin amacı kapsamında sözleşmede kararlaştırılmış dürüstlük kuralı gereği olarak yapıdaki maddi aksaklıklar yani yapıda olması gereken fiziksel niteliklerin bulunmaması halidir²⁰⁵.

Hukuki ayıp, fiili ayıbın aksine kamu hukuku kapsamında olan arsa sahibinin kullanım ve yararlanmasına engel olan ya da kullanımını sınırlandıran ayıptır²⁰⁶.

Ekonomik ayıp ise TKHK’de ele alınmıştır. Ekonomik ayıp, yapıda ekonomik açıdan nitelik eksikliğinin bulunmasıdır. Örneğin; yapı tamamlandıktan sonra yapının değerinin belli bir oranda artacağı ya da çevresel sebepler vs. ile yüksek kira getirisi olacağı yönündeki vaatlerin karşılıksız kalması halinde ekonomik ayıp söz konusudur ve burada yüklenicinin sorumluluğuna gidilir. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temelinde garanti sözleşmesi yer aldığından, ayıptan doğan seçimlik haklar yerine garantinin gerçekleşmemesi nedeniyle tazminat alacağı doğar²⁰⁷.

ddd. Asli Ayıp- İkincil Ayıp

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından önemli yere sahip olan ayıp türlerinden asli ayıp, teslim anında mevcut olan ayıptır. İkincil ayıp ise asli ayıpla bağlantılı olan ve teslimden sonra oluşacak ayıptır. Yapının zaman içerisinde özensiz kullanımdan

²⁰³ Kartal, s. 81; Kocağa, İnşaat, s.141; Şahin, s. 140; Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.143.

²⁰⁴ Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.144; Şenocak, s.105; Aslan, s.61 vd.; Yalçınduran, s.113; Yıldırım, s.119; Uçar, Ayıp, s.131; Erman, Arsa Payı, s.126; Şahiniz, s.108; Kartal, s.82; Kocağa, İnşaat, s.142.

²⁰⁵ Kartal, s.76; Dayınlarlı, s.52; Yıldırım, s.120; Uçar, Ayıp, s.133; Doğan, s.45.

²⁰⁶ Kartal, s.76; Yıldırım, s.120 vd.; Dayınlarlı, s.52; Uçar, Ayıp, s.133.

²⁰⁷ Yıldırım, s.121 vd.; Uçar, Ayıp, s. 135; Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 139.

kaynaklı yıpranma ve bozulmalar gibi problemleri ikincil ayıp olarak nitelendirilmemelidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde ikincil ayıp bir yönden de gizli ayıp niteliği taşır. Zira bu ayıplar olağan gözden geçirmeyle ortaya çıkmayıp, zaman içerisinde ortaya çıkmaktadır²⁰⁸. Ayıbın asli veya ikincil olması farkı gözetilmeksizin her ikisinde de yüklenicinin sorumluluğu bulunmaktadır.

cc. Arsa sahibi gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmiş olmalı

Arsa sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetine TBK m.474/I'de yer verilmektedir. Madde hükmüne göre arsa sahibi eserin teslimi itibarıyla en kısa sürede eseri gözden geçirmeli ve ayıp tespit etmesi halinde uygun bir süre içerisinde yükleniciye bildirmelidir²⁰⁹. Arsa sahibi bildirim yükümlülüğünü yerine getirmezse binayı ayıplı bir şekilde kabul etmiş sayılır ve yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkar.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için yapının tesliminden sonra gözden geçirme sonucunda saptanan ayıbın kendisine bildirilmiş olması gerekir²¹⁰. Gözden geçirme neticesinde bildirilmesi gerekli olan ayıplar açık ayıplardır. Zira gizli ayıplar kasti olarak saklanmış olabilir veya özel teknik inceleme sonucu ya da zamanla kullanım nedeniyle ortaya çıkabilir. Kanun koyucu gizli ayıp açısından bildirim külfetine “*gecilmeksizin*” yükleniciye bildirim şeklinde yer vermiştir. Arsa sahibi eserdeki gizli ayıbı gideri kendisine ait olmak suretiyle bilirkişi marifetiyle de tespit ettirebilir. Alınacak bilirkişi

²⁰⁸ Şahiniz, s.108; Yıldırım, s.134; Uçar, Ayıp, s.134; Aslan, s.62; Tandoğan, C.II, s.166 vd.; Şenocak, s.107 Büyükyay, s.100.

²⁰⁹ Yargıtay 23. HD. 05.07.2018 tarih ve 2015/8370 E. - 2018/4016 K. : “..Dosya kapsamından, mahkemece alınan bilirkişi raporunda tespit edilen ayıpların açık ayıp oldukları, bu ayıplar bakımından, makul sürede yapılacak muayene ile, davalı yükleniciye ihbarda bulunulması gerektiği, ancak teslimden sonra geçen uzun süreye rağmen davacı tarafından usulüne uygun bir ihbar yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, açık ayıp kalemleri yönünden yapılması gerekli ayıp ihbarının, TBK'nın 474. maddesinde öngörülen sürede yapılmadığı gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır..” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-8460#> (E.T.09.03.2021); Yargıtay 15. HD.04.03.2008 tarih ve 2007/2157 E. 2008/1382 K. Sayılı kararı ile; “..Bilirkişi Kurulu raporları incelendiğinde de; ayıplı olarak nitelendirilen imalatın yanlar arası sözleşmede belirtilen tabela ölçü değerlerine uymadığının ve üst yüzeyde soyma kusurunun bulunduğu ayıp olarak tespit edildiği anlaşılmaktadır. Belirtilen bu kusurların niteliğince, mahkemenin de kabulünde olduğu gibi açık ayıp olduğu sonucuna varılmaktadır. Ayıpların gizli olduğu kabul edilse dahi, 06.09.2002 tarihinde yükleniciye bildirilen ayıbın yasal süre içinde olduğu kabul edilemez. O halde, davacı yüklenici, tutarında uyumsuzluk bulunmayan dava konusu iş bedelinin tümünü davalıdan isteyebilir...” şeklinde hüküm kurulmuştur. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-8460#> (E.T.09.03.2021).

²¹⁰ Tandoğan, C.II, s.167; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.145; Zevkliler/Gökyayla, s.404; Öz, Sözleşmeden Dönme, s.112; Büyükyay, s.107; Olgaç, s.49; Erman, Arsa Payı, s.127; Gümüş, Borçlar Özel, s.53; Atamulu, s.76.

tespit raporu, yapının ayıplı olup olmadığına ve ayıbın arsa sahibinden kaynaklanmadığına delil oluşturur²¹¹.

d. Arsa Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu halinde iş sahibinin kullanabileceği haklar TBK m.475'te seçimlik haklar olarak belirtilmiştir. Hükümde seçimlik haklar dönme, bedel indirimi ve ücretsiz onarım şeklinde sayılmıştır. Ayrıca iş sahibinin genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etme hakkı da mevcuttur²¹². Arsa sahibinin seçimlik haklarla beraber ya da tamamen bağımsız olarak tazminat isteme hakkı söz konusu olduğunda yüklenicinin kusurlu bulunması şartken, yalnızca seçimlik hakları kullanırken kusur aranmamaktadır²¹³. TBK kapsamındaki ayıp neticesinde kullanılacak seçimlik haklara ilişkin düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, bedel indirimi hakkının kullanılması için hiçbir koşul aranmazken, diğer seçimlik hakların kullanılmasında belli şartların varlığı aranmaktadır.

Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı arsa sahibi, yüklenicinin ayıbı nedeniyle sözleşmeden dönme seçeneğini istisnai olarak bazı hallerde seçecektir. Buna göre yüklenicinin ifası, arsa sahibinin kullanımına elverişsiz ve hakkaniyet gereği de kabul edilemeyecek nitelikteyse dönme hakkı gündeme gelir. Dönme hakkının kullanılmayacağı durumun belirtildiği TBK m.475/III'te "*Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*" ifadesine yer verilmiştir. Madde hükmüne göre diğer şartlar mevcut olsa bile dönme hakkının kullanılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. İş sahibi, ayıplı ifa neticesinde eseri teslim almadan önce veya yapıyı teslim aldıktan sonra sözleşmeden dönebilir²¹⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yapımı kararlaştırılan eserin ayıplı olması halinde, eserin kabulden kaçınılacak derecede önemi yoksa, yapının yıkılması ve kaldırılması ağır masraf gerektirecekse, iş sahibi ücretin değer eksikliği oranında

²¹¹ Aktürk Yücer, s.94 vd.; Aslan, s.85 vd.; Şenocak, s. 123; Uygur, İnşaat, s. 530; Kocağa, İnşaat, s.158; Erman, Arsa Payı, s.134; Tandoğan, C, II, s. 170; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 148 vd.; Öz, İnşaat, s. 200 vd.; Şahiniz, s.114.

²¹² Altınkan, s.59; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 156; Uçar, Ayıp, s. 166 vd.; Yıldırım, s.130; Şenocak, s. 32; Öz, İnşaat, s. 204; Büyükay, s. 121; Günel, s. 414 vd.; Selimoğlu, s. 123; Aslan, s.92; Şahiniz, s. 137; Canbolat, s. 97; Yener, Mehmet Deniz, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, EÜHFD., C.IV, S.1, 2009, (Tekeffül), s. 162; Aydemir, s. 277; Dayınlı, s. 53; Kanber, s.41 vd.

²¹³ Erman, Arsa Payı, s.141.

²¹⁴ Aslan, s.94 vd.; Erman, Arsa Payı, s. 142; Becker, Eser, s.541 vd.; Yener, Tekeffül, s. 164; Altınkan, s.59 vd.; Uçar, Ayıp, s. 172 vd.; Öz, İnşaat, s. 210; Kaya, s. 59; Şenocak, s.48; Selimoğlu, s. 12.

indirilmesini talep edebilir²¹⁵. Ayrıca eserdeki ayıp, kabulden kaçınmayı haklı kılacak oranda ise iş sahibi seçimlik haklarından dönme yoluna gitmeksizin, ayıp oranında ücret indirimi isteyebilir. Sözleşme kapsamında arsa sahibinin ifayla yükümlü olduğu bedel arsa paylarının yükleniciye devri olduğundan bedel indirimi söz konusu olduğunda devredilecek arsa paylarının azalması söz konusu olacaktır. Arsa sahibinin ücret indirimi talep edebilmesi için, yüklenicinin ayıptan sorumlu olacağı şartlar gerçekleşmiş olmalı ve yapının değerinde eksiklik mevcut olmalıdır²¹⁶. Ücret indirimi ile hedeflenen, ayıplı eser ile ücret arasındaki değer farkını denkleştirmektir. Zira ayıp eseri tamamen değersiz hale getiriyorsa, ücret indirimi yapılmasında fayda yoktur²¹⁷. Ücret indirimi hakkı, yenilik doğuran, tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile kurulan bir haktır²¹⁸. Bu hakkın kullanımının sonuç doğurabilmesi için arsa sahibinin ücret indirimine ilişkin irade beyanı şekil koşulu aranmaksızın (açık veya örtülü) yükleniciye varması gerekir. Bu hakkın kullanılmasıyla arsa sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanma seçeneği ortadan kalkar.

Arsa sahibinin seçimlik haklarından biri de bütün masraflar yükleniciye ait olmak suretiyle yapının onarılmasını talep hakkıdır. Bu hakkın kullanımı için de ayıptan sorumluluk için temel şartların varlığı aranmaktadır. Bunun yanında özel şartlar da aranmaktadır. Bunlar ise; ayıbın objektif olarak giderilmesiyle mümkün olmalı²¹⁹ ve talep

²¹⁵ **Erman**, Arsa Payı, s.147; Yargıtay 15. HD. 2016/1142 E. - 2017/241 K.; “*Dairemizin içtihat ve uygulamalarında ayıp ve kusurun eserin kabule zorlanamayacak ölçüde kusurlu veya sözleşmeye aykırı olmaması halinde eserin değerindeki eksiklik oranında bedelde indirim istenebileceği kabul edilmektedir. Bedelde indirimin seçimlik hakkının kullanılması durumunda indirim bedelinin hesaplanmasında nisbi metod uygulanmalıdır. Bu metoda göre kararlaştırılan ücret ve yapılan işin teslim tarihindeki ayıplı değerinin çarpımı sonucu bulunacak miktarın teslim tarihindeki ayıpsız değere bölünmesi ile indirim gereken bedel hesaplanır.*” kararın tamamı için bkz.: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-8460#> (E.T. 09.03.2021).

²¹⁶ **Doğan**, s.49.

²¹⁷ **Erman**, Arsa Payı, s.148.

²¹⁸ **Erman**; s.148; **Burcuoğlu**, s.293; **Tandoğan**, s.186; **Seliçi**, s.168.

²¹⁹ **Erman**, Arsa Payı, s.152; Yargıtay 15. HD. 07.11.2019 tarih ve 2019/1361 E. 2019/4449 K: “*..Bozma kararına uyularak yapılan keşif sonunda alınan 12.04.2017 tarihli bilirkişi raporunda "eksik ve arızalı olduğu tespit edilen hemşire çağrı sistemindeki ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olduğu, onarımın aşırı masraf gerektirmediği, yüklenici tarafından onarım yükümlülüğü yerine getirilmeyecekse arıza ve eksiklerin maliyetlerinin tespiti ile bedelinin yüklenici tarafından karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır...*” <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222019%2F1361+E.+&sort=tarih+desc>

(E.T.09.03.2021); Yargıtay 15. HD. 25.01.2018 tarih ve 2016/5195 E. 2018/228 K. : “*.. Davalı-karşı davalı iş sahibi tarafından ayıp nedeni ile 818 Sayılı BK'nın 360/II. fıkrası 2. cümlesi, 6098 Sayılı TBK'nın 475/3. maddesi gereğince onarım seçim hakkının kullanıldığı ve her iki kanundaki düzenlemede de onarım ve ıslahın aşırı bir masrafı gerektirmemesi hükmü bulunduğu anlaşılmaktadır. Dosya kapsamında; davacı-karşı davalının mahkemece alınan ilk rapordaki onarım bedeline itiraz etmesi üzerine alınan 2. heyet raporunda; onarım masrafları ile ilgili değerlendirme yapılmadığı, sadece davalı-karşı davacının onarımı fatura ile teyit ettiği belirtilmiştir. Bu halde, ilk raporu yeterli görmeyen hakimın tekrar ilk rapora dönerek ve davacı-karşı davalının aşırı masraf itirazı giderilmeden davayı sonuçlandırması hatalı olmuştur...*”

<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222016%2F5195%22+E.+%222018%2F228%22+K.+&ort=tarih+desc> (E.T.09.03.2021).

edilen onarımın aşırı masraf gerektirmemesi²²⁰ önemlidir. Buradaki aşırı masraf ölçütü, eserdeki onarım için harcanan bedel ile elde edilecek yarar arasındaki fark yahut yüklenicinin fazla bedel altına girmesi olarak değerlendirilebilir²²¹. Yüklenicinin onarımı kabul etmemesi veya onarımı uygun sürede yapmaması halinde arsa sahibi diğer seçimlik haklarını yine de kullanabilir. Ancak onarım işlemine başlanmışsa diğer seçimlik hakların kullanılması mümkün değildir²²².

Ayıp karşısında arsa sahibinin seçimlik haklarından biri de tazminat talebidir. Bu hakkın kullanımı için yüklenicinin kusurlu olması ve ayıbın varlığı koşulu aranmaktadır. Diğer seçimlik haklarla birlikte ileri sürülmesine engel yoktur. Ayrıca arsa sahibi tazminat hakkını tek başına kullanmakta serbesttir. Ayıp halinde kullanılacak diğer seçimlik haklardan farklı olarak tazminata hükmedilebilmesi için yüklenicinin kusuru aranmaktadır²²³. Tazminat hakkı, arsa sahibinin, eserin ayıplı olması nedeniyle uğradığı zararının diğer seçimlik hakların kullanılması neticesinde giderilememesi halinde kullanılır. Tazminat istemi kusura dayalı olduğu için, tazminat tespit edilirken yüklenicinin kusuruna ve bunun yanında kusur oranına dikkat edilmelidir²²⁴.

e. Ayıptan Doğan Haklarda Zamanaşımı

Zamanaşımına ilişkin düzenleme TBK m.478’de ele alınmış olup “*Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*” olarak düzenlenmiştir.

²²⁰ **Erman**, Arsa Payı, s.153; Yargıtay 15. HD. 26.06.2018 tarih ve 2018/34 E. - 2018/2699 K: “...Ayıp halinde iş sahibinin seçimlik hakları da, eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkıdır..”

https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222018%2F34%22+E.+%222018%2F2699%22+K&sort=_tarih+desc (E.T.09.03.2021); **Erman** bu konuda, sözleşmedeki ayıbın giderileceği kesin olarak kararlaştırılmış olması veya yüklenicinin eserin belli nitelikleri haiz olacağını açıkça garanti etmesi halinde masrafın aşırı olması halinde de yüklenicinin onarım hakkını kullanabileceği ileri sürülmüştür. **Erman**, Arsa Payı, s.154.

²²¹ **Büyükay**, s. 127; **Erman**, Arsa Payı, s. 141; **Yıldırım**, s.138; **Öz**, İnşaat, s. 17; **Turanboy**, s. 173; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 173; **Karadaş**, s. 210; **Şahin**, s. 189; **Aslan**, s.122; **Şahin**, s. 145.

²²² **Erman**, Arsa Payı, s.141; **Yıldırım**, s.139; **Öz**, İnşaat, s. 180.

²²³ **Uçar**, Ayıp, s. 209 vd.; **Erman**, Arsa Payı, s. 146.; **Yıldırım**, s.141; **Karataş**, s. 169.; **Güleç**, s. 39 vd.; **Şenocak**, s. 64; **Aslan**, s.130; **Kaya**, s. 61; **Öz**, İnşaat, s. 218.

²²⁴ **Doğan**, s.50; **Uçar**, Ayıp, s.223; **Yıldırım**, s.143.

Açık madde hükmünden de görüleceği üzere zamanaşımı süresi “teslimden” itibaren işlemeye başlamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki ifa konusu taşınmaz olduğundan beş yıllık zamanaşımı süresi, yüklenici ağır kusurlu ise yirmi yıllık zamanaşımı süresi olacağı belirtilmiştir²²⁵.

Tazminat alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı süresine TBK m.478 yerine TBK m.147/ VI hükmü uygulanmalıdır. Buna göre “..Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar..” için beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacağı belirtilmiştir²²⁶.

B. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin en temel borcu sözleşmede kararlaştırılan arsa payının yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişiye devredilmesidir. Bunun dışında arsa sahibinin inşaatın tamamlanması için üzerine düşen diğer yükümlülükleri de bulunmaktadır.

1. ARSA PAYLARINI DEVİR BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin arsa payını, yüklenici veya onun bildirdiği üçüncü kişiye devretmesi karakteristik edim niteliği taşır. Bu borç arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini yine iş görme edimi içeren eser sözleşmelerinden ayırmaktadır²²⁷.

Arsa paylarının devri yüklenicinin üstlendiği edimin ifasına başlamadan yapılması şart olmayıp, inşaat tamamlandıkça parça parça ya da teslimden sonra da devredilmesi mümkündür. Bu konuya ilişkin olarak TBK m. 479/II’de “*Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur .*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre taraflar sözleşme ile arsa payı devrini inşaat tamamlanmadan da gerçekleştirebilir. Uygulamada arsa payının devri inşaat tamamlandıkça aşamalı şekilde ilerlemektedir²²⁸. Bu halde yüklenicinin korunması

²²⁵ Sütçü, s.1886; Erman, Arsa Payı, s. 161; Öz, İnşaat, s. 189; Aslan, S.137; Zevkliler/Gökyayla, s.534.

²²⁶ Öz, s. 219; Şahin, s. 221; Tazminat talebine TBK m.478’in uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz.: Gümüş, s. 370; Doğan, s.50.

²²⁷ Erman, Arsa Payı, s.52; Aslan, s.21; Büyükkay, s.151; Yıldırım, s.150; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 272; Usta, s.74; Karahasan, C. I, s. 307; Yünlü, s.44; Kartal, s.109; Panayır, s.36; Kaya, s. 63; Öz, İnşaat, s.83.

²²⁸ Karataş, s.296; Erman, Arsa Payı,s.52; Sütçü, s.193.; YHGK 09.07.2020 tarih ve 2017/23-853 E.-2020/553 K.: “..Arsa maliki, arsa payı devri edimini değişik şekillerde ifa edebilir. Bu edimi ya kararlaştırılan arsa paylarının devrinin inşaat bitirilince yükleniciye devredilmesi ya da sözleşmede inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli tapu devri şeklinde yerine getirebilir... Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi,

amacıyla arsa payının devrini içeren satış vaadi sözleşmesi yapılmaktadır. Bu yöntem uygulamada ise “Ankara metodu” olarak bilinmektedir²²⁹. Yüklenici bu yöntem sayesinde inşaat tamamlanmadan devredilen payları, üçüncü kişilere devrederek kendisine nakdi kaynak sağlar.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde belirlenen paylar götürü ücret niteliği taşıdığından, devredilecek paylar kesin ve açık olarak belirlenir. TBK m.480 hükmünde de yer verildiği üzere eser sözleşmede kararlaştırıldığından ve eserin yapımı öngörüldüğünden daha fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa da, sözleşme ile belirlenen bedel artırılmaz veya azaltılamaz.

Götürü bedel karşısında yüklenicinin sahip olduğu haklar TBK m.480/II’de ele alınmış olup, madde hükmüne göre “ *Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilen 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...*”. Buna göre edimin yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesi veya aşırı güçleşmesi durumlarında yükleniciye hakimden bedelin uyarlanmasını talep etme, bu mümkün değil ise sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır²³⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile tarafların bedel ödemesi kararlaştırılmamış ise TBK m. 481 uygulama alanı bulacaktır. Şöyle ki, eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmiş olduğu durumda, bedel, eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine ve yüklenicinin yapacağı gidere göre belirlenecektir (TBK m.481).

Yüklenici eseri sözleşmede kararlaştırılan seviyeye getirir, arsa sahibi buna rağmen arsa payının devrinden kaçınırsa bu halde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler devreye

tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren karma bir sözleşmedir...” <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222017%2F23-853%22+E.-+%222020%2F553%22+K.&sort=tarih+desc> (E.T. 10.03.2021).

²²⁹ **Atamulu**, s.82-83.

²³⁰ **Baysal**, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, (Uyarlanma), İstanbul, 2017, s. 352; **Ergüne**, s. 312; **Tandoğan**, C. II, s. 239; **Aslan**, s.22; **Erman**, Beklenilmeyen, s. 74 vd.; **Baygın**, s. 108.

girer (TBK m.123-126)²³¹. Yüklenici muaccel olan payların devri için tescile zorlama davası açabilecektir²³².

2. ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ YERİNE GETİRME BORCU

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında bir bina inşa ederek kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine devretmesi için öncelikle üzerinde inşa faaliyetinin sürdürüleceği arsanın inşaata müsait şekilde yükleniciye teslim olması şarttır²³³. Aksi halde arsa sahibinin temerrüde düşmesi söz konusu olacaktır.

Sözleşme konusu arsanın inşaata elverişsiz olması, yapının meydana getirilmesi açısından imkânsızlık oluşturur. Sözleşme kurulduğu esnada objektif imkânsızlık söz konusu olduğunda, TBK m.27 gereği kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacaktır. Eğer inşaatın yapımı sonradan imkânsız hale gelirse bu halde kusurun varlığına göre yaptırım uygulanır. Eğer kusur yoksa sonraki imkânsızlık halinde taraflar borcu sona erdirebilir ve ifası gerçekleşen edimler açısından sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda iade edilir. Arsa sahibinin kusuru bulunması halinde borç konusu zararın tazmini gerçekleştirilir, borç sona ermez²³⁴.

Arazi üzerinde inşaata başlanabilmesi için hukuki veya fiili engellerin bulunmaması gerekmektedir. Eğer arsa sahibi edimini sonradan ortaya çıkan imkânsızlık sebebiyle ifa edememişse, TBK m.136 ve TBK m.112 gereğince yüklenici arazinin teslimini talep edemeyecektir²³⁵.

Sözleşme kapsamında yüklenicinin inşaat faaliyetine başlayabilmesi için arsa sahibinin yerine getirmekle yükümlü olduğu işlerden biri de yapı ruhsatı almaktır. Ancak

²³¹ **Atamulu**, s.84.

²³² **Erman**, Arsa Payı, s.53; **Yünlü**, s.46; **Tokat**, s.202 vd.

²³³ **Atamulu**, s.84; **Karataş**, s.283; **Sütçü**, s.173; **Erman**, Arsa Payı, s.55; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı, s.257 vd.

²³⁴ **Altınkan**, s.38 vd.; **Erman**, Arsa Payı, s.55.

²³⁵ **Atamulu**, s.85; Sözleşme kurulduktan sonra imar planında meydana gelen değişiklikler uygulamada sık karşımıza çıkmaktadır. Buna ilişkin olarak Yargıtay 15. HD. 07.01.2019 tarih ve 2018/2049 E. - 2019/44 K. sayılı kararı ile : “...Sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra ortaya çıkan bir nedenle taraflar için üstlendikleri edimlerin yerine getirilmesi mümkün olmaz ise ifa imkânsızlaşır. Sözleşmeye konu taşınmazda kaynak suyu çıkması neticesinde Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde trampa edildiğinden ifa imkânsız hale geldiğinden davalının kusurundan bahsedilemez. Objektif imkânsızlık sebebi ile yüklenici ancak menfi zararlarını talep edebilir..” şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222018%2F2049%22+E.+%222019%2F44%22+K.&sort= tarih+desc> (E.T. 10.03.2021).

arsa sahibi yapı ruhsatı alınmasını yükleniciye devretmişse veya durum gereği olarak yüklenicinin yapması gerekliyse arsa sahibinin vekâlet verme borcu doğacaktır²³⁶.

II. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

A. İFA VE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ KAVRAMLARI

1. İFA KAVRAMI

İfa teriminin kanunda yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Öte yandan ifa, borçlanılan edimin tam ve eksiksiz olarak yerine getirilmesi ve bu doğrultuda borcun sona ermesi şeklinde tanımlanabilir²³⁷. Oğuzman, ifayı borçlanılan edimin yerine getirilmesi olarak tanımlamıştır²³⁸.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temel amaç, borçlanılan edimlerin eksiksiz ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesidir. Bu doğrultuda, sözleşmede belirtildiği gibi ve eksiksiz yapılan ifa ile borç sona ermektedir²³⁹. Borcun sözleşme gereğince ifası, borçlanılan edimin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde, tüm unsurları, miktarı ve niteliği bakımından bir bütün olarak eksiksiz yerine getirilmesidir²⁴⁰. Sözleşme kapsamında belirlenen şartlara ve niteliklere sahip olmayan edimler ifa olarak nitelendirilemeyeceğinden, borcun ifası da gerçekleşmiş olamaz.

TBK m.84'te kısmi ifa düzenlenmiş olup madde hükmüne göre; "*Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir. Alacaklı kısmen ifayı kabul ederse borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınamaz*". Buna göre borcun tamamı belli veya muaccel olması halinde borçlunun kısmen ifa talebini alacaklı reddedebilir. Ancak alacaklı kısmen ifayı kabul ettiği durumda, ifa edilecek kısım borçlu tarafından ikrar edildiğinden artık bu kısmın ifasından borçlu kaçınamaz, aksi halede borçlunun temerrüdü söz konusu olur.

²³⁶ **Erman**, Arsa Payı, s. 51; **Altınkan**, s.40; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 42; **Yıldırım**, s.160 vd.; **Panayır**, s.33.

²³⁷ **Akkayan Yıldırım**, Ayça, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, s.52; **Atabekoğlu**, s.89; **Demir**, s.51; **Sulhi Tekinay**, Selahattin /**Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1993, s. 1009; **Şahin**, s. 135; **Tekinay/Akman**, s.758; Eren, Genel Hükümler, s.868; **Reisoğlu**, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler 25.B. İstanbul, 2014, s.225; **Feyzioğlu**, Feyzi: Borçlar Hukuku Genel Hükümler II,2.B., İstanbul,1976, s.3.

²³⁸ **Oğuzman/Öz**, C.I, s.250.

²³⁹ **Tekinay/Akman**, s.759; **Feyzioğlu**, s.5; Demir, s.51.;**Serozan**, İfa Engelleri, s.14.

²⁴⁰ **Serozan**, İfa Engelleri, s.8; **Demir**, s.51.

Doktrinde ifanın niteliğiyle ilgili farklı görüşler yer almaktadır. Bunlar; genel sözleşme görüşü, sınırlı sözleşme görüşü ve hukuki maddi fiil görüşüdür. Genel sözleşme görüşünü savunanlara göre, ifa daima sözleşme niteliğindeki hukuki işlemle gerçekleşir. Bu nedenle tarafların geçerli sözleşme kurabilmeleri için fiil ehliyetini haiz olmaları da gerekmektedir. Taraflardan biri sınırlı ehliyetli ise veya fiil ehliyeti bulunmuyorsa yasal temsilcilerinin izin veya icazet vermesi gerekir. Bu bağlamda ifanın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, maddi ve fiili işlem aynı anda gerçekleşmelidir. Bu görüş bir dönem Alman hukukunda taraftar toplamış, ancak günümüzde etkisini büyük ölçüde yitirmiştir²⁴¹. Sınırlı sözleşme görüşü doktrinde hakim olan görüş olmakla savunucularına göre, her türlü edim borcunun ifası için genel bir kural kabul edilemeyecektir. Zira bazı edimlerin ifası sözleşme yapılmasını zorunlu kılarken, bazı edimler sadece maddi bir sonuca ulaşılması ile ifa edilir. Sınırlı sözleşme görüşü ile ifanın yapma- yapmama borçları gibi maddi bir fiilin icrasına ilişkin borçlar ve tasarruf işlemi ile ifa edilecek olan borçlar açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılmaktadır²⁴².

Borçlanılan edim yerine getirilerek veya edim sonucu ortaya çıkarılarak ifa gerçekleştirilebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde hedeflenen asıl ifa konusu, yüklenicinin bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimidir. Bu çerçevede, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, edim sonucunun ortaya çıkarılması ile ifa gerçekleşir²⁴³.

İfanın kime yapılması gerektiği konusu da önem arz etmektedir. İfa karşı taraftaki alacaklıya veya onun yetkili temsilcisine yapıldığında borç sona ermiş olur. Alacaklı veya yetkili temsilci dışında birine ifa yapılması halinde borçlunun borcu devam edecektir. Ancak yapmama edimlerinde alacaklının ifaya katılmaması gerekmektedir.

Sözleşme kapsamında belirli ifa yeri belirlenmişse veya kanunda açıkça belirtilmişse edimin belirlenen yerde ifası gerekir. Bazı sözleşmelerde ifa yeri borcun niteliğinden dolayı belli bir yerde yapılması gerekirken, bunun dışında taraflar açık veya zımni olarak ifa yerini serbestçe kararlaştırabilir²⁴⁴.

²⁴¹ **İnceoğlu**, M. Murat: “İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu”, AÜHFD C.II, S.4, 2005, s.150; **Demir**, s.51.

²⁴² **İnceoğlu**, s.154.

²⁴³ **Atabekoğlu**, s.90; **Şahin**, s.136 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/ **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İstanbul, 2016, s.12.

İfa zamanı üstlenilen edimin ifasını talep etme hakkının başladığı ve borçlunun edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu zamandır²⁴⁵. İfa zamanı TBK m.90'da “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun maddesine göre ifa zamanı sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça borcun doğum anında muaccel olur. Fakat sözleşmenin hukuki niteliği ve şartları da belirleyicidir.

2. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ KAVRAMI

Temerrüt kelimesi Arapça kökenli olup, “dik kafalılık kafa tutma, direnme” anlamına gelmektedir²⁴⁶. Temerrüt kelimesinin 818 sayılı Borçlar Kanunu'na paralel olarak 6098 sayılı TBK'da da yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Mülga ve yürürlükteki kanun kapsamında temerrüdün hüküm ve sonuçları ele alınmıştır. Doktrinde borçlunun temerrüdü, borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu muaccel bir borcu, zamanında ifa etmediği için alacaklının ihtarı ile gerçekleşen sorumluluk nedeni olarak tanımlanmıştır²⁴⁷.

Temerrüdün temellerine Roma Hukuku'nda rastlamak mümkündür. Roma hukukunda alacaklı ve borçlunun temerrüdü olarak ayırım yapılmamış ikisi de temerrüt adı altında değerlendirilmiştir. Roma hukukunda “mora” sözcüğü ile ifade edilen temerrüt için borcun muaccel olması yeterliydi²⁴⁸. Iustinianus döneminde temerrüt için borcun muacceliyetinin yanında bir de ihtar çekilmesi şartı aranmaktaydı. Çekilen ihtara rağmen borcunu ifa etmeyen borçlu, haksız kabul edilirdi²⁴⁹. Günümüz hukuk uygulamasında borçlunun temerrüdü, borçlunun borcunu ifasında gecikmiş olması olarak tanımlanabilir²⁵⁰.

Taraflar borç ilişkisinde üstlenilen edimlerin ifasını eksiksiz bir şekilde yerine getirmek üzere iradelerini bir araya getirmiş olsalar da bazen çeşitli nedenlerden dolayı borç yerine getirilmemiş/getirilememiş olabilir. Hukukumuzda temerrüt alacaklı ve borçluya ait olmak üzere iki ayrı şekilde ele alınmıştır. Üstlenilen borç eğer alacaklıdan kaynaklanan bir

²⁴⁵ **Tekinay/Akman**, s.808 vd.; **Keskin**, Dilşad: “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme; Temerrüt ve İmkansızlık”, GÜHFD, C.11, S.1-2, 2007, s.209-231.

²⁴⁶ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 11.03.2021).

²⁴⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1219; **Arıcı** Kadir: “İki tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü Halinde Alacaklının İhtar ve Munzam Mehil Mükellefiyeti” AD, S.5, 1973, s.907-925.

²⁴⁸ **Önen**, Turgut: Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:95, Ankara, 1975, s.12.

²⁴⁹ **Önen**, s.12.

²⁵⁰ **İnan**, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ders Kitabı, 3.B., Ankara, 1984, s.483; **Tandoğan**, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul,2010 (Tandoğan, Mes'uliyet), s.469; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**; Borçlar, s.1219; **Oğuzman/Öz**,s.376; **Elgin**, Haydar: “Borçlunun Temerrüdü ve Şartları” AD, S.3,1986, s.7-18 özellikle, s.7.

nedenden ötürü ifa edilmemiş ise alacaklının temerrüdü, borçludan kaynaklanıyorsa borçlunun temerrüdü olarak nitelendirilecektir.

Temerrüt ile borcun ifasında gecikme yaşanılmışsa da bu gecikmeye rağmen borç devam etmektedir²⁵¹. Borçlu temerrüde düştükten sonra borcunu ifa etmiş olsa da sözleşmenin ihlal edildiği gerçeği değişmeyecektir. Dolayısıyla borçlu bu ihlalin sonuçlarına da katlanmak durumundadır. Borcun ifası temerrüt ile birlikte imkânsız hale gelmişse, artık temerrütten bahsedilemez²⁵².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa payının tesliminde temerrüdün söz konusu olması için, teslim tarihi gelmesine rağmen müteahhidin eseri tamamlamamış olması veya tamamlamış olmasına karşın tesliminin gerçekleştirilmemiş olması gerekmektedir²⁵³. Bu durumda temerrüt oluşması için yüklenicinin kusurlu olması şart olmayıp, gecikmenin objektif olarak teslim yükümlülüğünün gerçekleşmemiş olması aranır²⁵⁴. Ayrıca ortada haklı bir sebep mevcutsa, sözleşmeye uygun olarak eserin meydana getirilmesinde hukuki veya fiili bir engel bulunmuyorsa teslim süresi tarafların iradesi ile gecikme süresince uzatılabilir²⁵⁵.

B. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Temerrüt benzeri hukuki müesseselerde sözleşmeden, kanundan ya da sözleşmenin taraflarından (alacaklı-borçlu) yahut başka nedenlerden kaynaklanan nedenlerle ifa edilme/edilmeme veya geç ifa söz konusudur. Temerrüt konusunun daha net anlaşılması için diğer ifa engelleri ile ayırım yapmak gerekmektedir. Belirttiğimiz ifa engellerini ifa imkânsızlığı, kötü ifa ve alacaklının temerrüdü olarak sıralamak mümkündür.

1. İFA İMKÂNSIZLIĞI

Hukuken geçerli olarak kurulan sözleşmeye konu borç ilişkisinde ulaşılmak istenilen saik, borcun sözleşme kapsamında belirlenen zaman, yer ve konuya uygun olarak ifa edilmesidir. Hal böyle iken bazı durumlarda sözleşme ile üstlenilen edimin ifa edilememesi

²⁵¹ **Barlas**, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992; **Atamulu**, s.87.

²⁵² **Eren**, Genel Hükümler, s.1090; **Oğuzman/Öz**, s.376, 384; **Atamulu**, s.88.

²⁵³ **Tandoğan**, C.II, s.130, **Aral**, s.359; **Yener**, s.8.

²⁵⁴ **Aral**, s.359.

²⁵⁵ **Aral**, s.359; **Yener**, s.8.

veya ifa edilemeyecek hale gelmesi söz konusu olabilir ki buna imkânsızlık denilmektedir²⁵⁶. İmkânsızlık halinde, borçlu veya üçüncü kişiler üstlendikleri edimin sonucunu sürekli ve objektif olarak yerine getiremeyecektir²⁵⁷. İmkânsızlık halinde, edimin ifasını yüklenen tarafın kusurlu olması şart değildir²⁵⁸.

İmkânsızlık iki şekilde ortaya çıkmakta olup, bunlar; fiili imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık halidir²⁵⁹. Tarafların ifa etmekle yükümlü oldukları edimler, kendi davranışları ile sonradan ifa edilemeyecek hale gelirse, bu noktada temerrüt değil ifa imkânsızlığı söz konusu olacaktır. Temerrüt ile imkânsızlık arasındaki ayrım ifa engelinin süreklilik arz edip etmemesi, engelin aşılmaması ve kalıcı olup olmaması açısından farklılık arz eder²⁶⁰. Temerrüt halinde geç de olsa üstlenilen edimin ifası mümkün iken; ifa imkânsızlığı halinde edimin ifasının gerçekleşmesi artık mümkün değildir.

Borçlunun ifa imkânsızlığından sorumluluğuna gidilebilmesi için sözleşme kurulmadan önce veya kurulması sırasında, sözleşmeyi hükümsüz kılacak objektif imkânsızlık hali aranmaktadır. Başlangıçtaki imkânsızlık eğer herkes için ortak bir imkânsızlıkta, sözleşmenin hükümsüzlüğü gündeme gelir²⁶¹. Bu bağlamda sözleşmenin kurulmasında önce veya sözleşme sırasında mevcut subjektif imkânsızlık durumunda borçlu sorumlu olacaktır²⁶². Hal böyle iken sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan objektif veya subjektif imkânsızlık halinde borçlu sorumlu olacaktır²⁶³. Sözleşme kurulduktan sonra borçlunun kusuru ile imkânsızlık ortaya çıkmışsa kusurlu imkânsızlık, borçlunun kusuru yoksa kusursuz imkânsızlık söz konusudur. Kusurlu ifa imkânsızlığı mevzu bahis olduğunda borç ilişkisi geçerli olacağından, borçlunun ifa yükümlülüğü de devam edecektir. Ancak edimin aynen ifası mümkün olamayacağından, alacaklının zararı TBK m.112 vd. hükümlerine göre tazmin edilmelidir²⁶⁴. TBK m.112'de "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*" düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre borçlu, yüklenmiş olduğu borcun ifasının imkânsız hale gelmesinde kendisinin kusuru

²⁵⁶ **Keskin**, s.220; Doktrinde yapılan bir başka tanıma göre; İmkânsızlık, sözleşme ile üstlenilen borcun cebri icra yolu ile ifasının sağlanamaması halidir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, s.444.

²⁵⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s.1059-1061.

²⁵⁸ Zira borçlunun kusuru neticesinde imkânsızlık oluşmuşsa, borç sona erecek ve borçlu ifa mesuliyetinden kurtulacaktır. Bkz.: **Önen**, s. 36.

²⁵⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s.1059.

²⁶⁰ **Serozan**, Rona; İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2009, s. 132.

²⁶¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.907;**Serozan**, İfa Engelleri, s.164.

²⁶² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.907;**Serozan**, İfa Engelleri, s.164.

²⁶³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.907.

²⁶⁴ **Kiriz**, Mahmut: Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara, 2012, s.33.

olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecekken; ispat edemezse aldıklarını iade ve tazminat sorumluluğu olacaktır. İfa imkânsızlığı sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmışsa, objektif veya sübjektif olmasına bakılmaksızın ortada kusur var ise sorumluluk; kusursuz ise borçtan kurtulma nedeni sayılacaktır²⁶⁵.

2. KÖTÜ İFA

İfa borçlusunu, üstlenmiş olduğu edimini ifa etmiş ancak sözleşmeyle kararlaştırılan yer, zaman, miktar veya niteliğe uygun olmayan şekilde yahut kanunda belirlenen şartlar sağlanmaksızın ifa edilmiş ise kötü ifa söz konusudur²⁶⁶. Kötü ifa halinde borçlu edimini ifa etmiş ancak gereği gibi yerine getirmemiştir. Öyle ki, borçlu edim sorumluluğunu yapmama suretiyle olumsuz yönde hareketle ihlal etmemekte, tam tersine olumlu bir hareket tarzı ile ifasını yerine getirmektedir²⁶⁷. Bu açıdan bakıldığında kötü ifadan farklı olarak temerrüt halinde borçlu, ifa için herhangi bir harekette bulunmamaktadır²⁶⁸. Kötü ifa, imkânsızlık ve temerrüt sayılmayan tüm imkânsızlıkları kapsar. Bu doğrultuda ayıplı ifa, yan edim yükümlülüklerine aykırılık ve davranış yükümüne aykırılık hali olarak kabul edilir²⁶⁹.

Kötü ifade, satım, kira ve eser sözleşmelerinde sıkça karşılaşılan ayıplı ifa hallerinde borçlu borçlanılan edimini kanun ve sözleşme şartlarına aykırı olarak yerine getirmekte, neticede ayıplı bir şey teslim ederek alacaklının zarar görmesine sebep olmaktadır. Örneğin; daha önce açılan bozulmuş makyaj malzemesi satarak alıcının cildinin alerji olmasına neden olmak, bozulmuş gıda satarak zehirlenmesine neden olmak, arızalı araç satarak kazaya neden olmak vs.

Sözleşme kapsamında üstlenilen edime bağlı yan edim yükümlülüklerinin dürüstlük kuralına aykırı olarak yerine getirilmemesi sözleşmenin müspet ihlaline sebep olur. Örneğin, avukatın dosyasını eksik takip etmesi, doktorun yanlış tedavi yöntemi uygulaması, kiralanan taşınmazın sözleşmedeki amacına aykırı kullanılması, kargolanan malın zedelenmesi vs²⁷⁰.

Kötü ifa halinde borçlu temerrüde düşmeden sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde edimini ifa etmektedir. Ancak yerine getirilen ifa sözleşme şartlarına yahut kanuni

²⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 909.

²⁶⁶ Eren, s.1068.

²⁶⁷ Eren, s.1066.

²⁶⁸ Eren, s.1066.

²⁶⁹ Serozan, İfa Engelleri, s. 246,249.

²⁷⁰ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 401; Serozan, İfa Engelleri, s. 248.

düzenlemeye uygun olarak yapılamamaktadır. Bu nedenle borçlu edimini kararlaştırılan zaman içerisinde yerine getirdiğinden temerrüde düşmemektedir.

3. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

Borçlunun temerrüdü ve alacaklının temerrüdü kavramları birbirinden farklı hüküm ve sonuç doğurmakla, TBK kapsamında da ayrı ayrı düzenlenmiştir. Alacaklı ve borçlunun temerrüdünün ortak yanı her ikisinde de borcun ifası gecikmektedir. Borçlunun temerrüdü söz konusu olduğunda borcun ifası borçlu tarafça geciktirilirken, alacaklının temerrüdünde ise alacaklı borcun ifasını geciktirir²⁷¹. Her ikisinde de kusur aranmaz. Borçlunun temerrüdü söz konusu olduğunda bazı sonuçların ortaya çıkabilmesi için kusurun varlığı aranır²⁷².

C. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN GERÇEKLEŞME ŞARTLARI

1. TESLİM BORCUNUN MUACCEL OLMASI

a. Genel Olarak

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu asli edim borcu, sözleşme kapsamına uygun bir bina inşa ederek kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmektir. Arsa sahibi, teslim borcunun ifasını talep etme hakkına sahip olduğunda borç muaccel hale gelecektir²⁷³. Alacaklı, borç muaccel hale geldiğinde ifayı talep ve bu doğrultuda dava edebilir.

Borcun muaccel olması ile ifa edilebilir olması kavramları birbirinden farklıdır. Borcun ifa edilebilir olması TBK'nın "Erken İfa" başlıklı 96. maddesinde "*Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz.*" şeklinde ele alınmıştır. Borçlu sözleşmede kararlaştırılan süreden önce edimini ifa edebilir ancak bu durum borcun muaccel hale geldiğini göstermez. Arsa sahibinin, borçlunun edimini erken ifa etmesi sebebiyle dava veya talep hakkı yok iken muaccel borç için ifayı talep veya dava edebilir²⁷⁴.

²⁷¹ Kızır, s.35.

²⁷² Kızır, s.37.

²⁷³ Atamulu, s.96. Bu yönde görüş için bkz.: Öz, Sözleşmeden Dönme, s.154; Ayan, s.94, Yener, s.9.

²⁷⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 800; Kurt, s.90.

Borcun muacceliyet anının belirlenebilmesi için teslim için belirli bir zaman kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı hususu önem arz etmektedir. Öyle ki, teslim zamanının tespiti muacceliyet açısından farklı sonuçlar doğuracaktır.

aa. Muacceliyet anı sözleşmeyle kararlaştırılmışsa

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşa edilen binalar yüksek maliyet gerektirdiğinden, taraflar sözleşmeyi akdederken genellikle binadaki bağımsız bölümlerin teslim edileceği tarihi kararlaştırırlar. Sözleşmede belirlenen tarih borcun muaccel olacağı anı gösterir. Arsa sahibi kararlaştırılan tarihte, yüklenicinin ediminin ifasını talep edebilir²⁷⁵.

Uygulamada genellikle sözleşme kurulurken eserin teslim zamanı da kararlaştırılmaktadır. Kararlaştırılan süre belli bir tarih olarak belirlenebileceği gibi sözleşme akdedildikten sonraki (sözleşme tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde) belli bir tarih olarak da belirlenebilir²⁷⁶. Ayrıca muacceliyet tarihi yüklenicinin gerçekleştireceği herhangi bir fiilden sonra olarak da belirlenmiş olabilir. Örneğin, yüklenicinin inşaat ruhsatı alındıktan belli bir süre sonra borcun muaccel hale geleceğine ilişkin kayıt konulabilir²⁷⁷. Bu doğrultuda yüklenicinin belli bir süre içerisinde ruhsatı temin etmesi ile yüklenici ön görülen sürede inşaatı teslim hazırlanmış şekilde tamamlayamazsa mütemerrit sayılacaktır. Ruhsat temini için belli bir süre öngörülememişse, somut duruma bakılarak makul süre dürüstlük kuralları çerçevesinde belirlenmelidir²⁷⁸. Ortalama süre belirlendiğinde, binanın inşa edileceği tarihe

²⁷⁵ **Atamulu**, s.97; Aynı yönde görüş için bkz.: **Öz**, Sözleşmeden Dönme, s.154; **Yener**, s.9; **Ayan'a** göre sözleşme ile kararlaştırılan tarihte binanın tamamlanma borcu muaccel olacaktır. Teslim borcu ise bina tamamlandıktan sonra TBK m.90' göre derhal ifa edilmelidir. Aksi halde yüklenici teslim borcunu yerine getirmemesi nedeniyle mütemerrit hale gelir. **Ayan**, s.96-97; **Ayan**'ın görüşünün aksine, binanın tamamlanması borcunun muaccel olacağı tarihte teslim borcunun da muacceliyeti söz konusudur. Bu nedenle sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, binanın tamamlanma borcunun dışında ayrıca bir teslim borcunun varlığından bahsedilemez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim borcunu, iş görme borcunda ayrı görmeyen bu görüş için bkz. **Öz**, Sözleşmeden Dönme, s.165.

²⁷⁶ **Tandoğan**, C.II, s.128; **Öz**, Sözleşmeden Dönme, s.154; **Karataş**, s.155; **Ayan**, s.95; **Kurt**, s.91; **Yakuppur**, s.75-76.

²⁷⁷ Yargıtay HGK 24.02.2016 tarih ve 2014/23-724 E. - 2016/168 K. Sayılı kararı: *“..Bu tür sözleşmelerin genellikle yıllara yayılması nedeniyle, sözleşmedeki amaca ulaşılması, ifa süresindeki tek bu ücret ediminin yerine getirilmesi ile mümkün bulunmaz. Bu sebeple iş sahibi tarafından bazı yan borçların da yerine getirilmesi gerekir. Bunlar; Üzerinde hukuki ve fiili bir engel bulunmadan arsanın inşaatı elverişli ve ayıpsız olarak teslimi, arsanın imar durumunun ve inşaat ruhsatının alınması, plan ve projelerin yetkili merci olan belediyeye onaylatılması, yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölüm tapularının finans temini için satışı, kat irtifakı kurulması, iskân ruhsatı alımı gibi iş ve işlemler için gerektiğinde yükleniciye vekâletname verilmesi, sözleşmede belirlenen arsa payının devri gibi yükümlülüklerdir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinde kural olarak, taraflardan birinin önceden ifada bulunma yükümlülüğü mevcut değilse, kendi edimini ifa etmeyen borçlu, karşı taraftan edimini ifa etmesini talep edemeyecektir.”* <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222014%2F23-724%22+E.+%222016%2F168%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T. 14.03.2021).

²⁷⁸ **Atamulu**, s.98; Yargıtay 15. HD. 03.07.2012 tarih ve 2012/700 E.- 2012/5042 K. sayılı kararı ile; *“..Bu konuda mahkemece hükme esas raporu veren teknik bilirkişiden alınacak ek raporla davalı tarafından idareden kaynaklanan sebeplerin varlığı ileri sürülüp ispatlanmadığından, sözleşme tarihinden itibaren ne*

dahil edilerek borcun muaccel olacağı tarih hesaplanır. Yargıtay 15. HD.'nin 31.10.2003 tarih ve 2003/1739 E., 2003/5138 K. sayılı kararı ile; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken binanın ruhsattan itibaren 24 ayda teslim edileceği, binanın iskan ruhsatı alınmadan bitmiş sayılamayacağı belirtilmiş olup, yüklenici davalı iskan ruhsatı alamadığı ve hukuken geçerli bir teslimin varlığı olmadığından gecikmeden dolayı zararların tazmini için açılan davanın reddi kararı bozulmuştur. Bozma kararında iskân ruhsatı alınması için öngörülen makul süre iki buçuk ay olarak hükme esas alınmıştır.²⁷⁹ İnşaatın tamamlanma süresi ruhsat alındıktan itibaren başlayacağı sözleşme ile kararlaştırılmış olabilir. Bu gibi durumlarda ruhsat alınması için kararlaştırılan azami sürede yüklenici, ruhsatı temin etmelidir. Yüklenici belirlenen süreden daha önce ruhsatı alırsa binanın inşası için süre, bu tarihten itibaren başlayacaktır. Öyle ki, azami süreden önce ruhsat alınmışsa, kalan sürenin beklenilmesi yersiz olacaktır²⁸⁰. Örnek vermek gerekirse, ruhsat temininden 25 ay sonra binanın tamamlanıp bağımsız bölümlerin teslim edileceği kararlaştırıldığı durumda, ruhsat alımı için 7 aylık süre kararlaştırılmış ise ve yüklenici en geç 32 ay sonra teslim borcunu ifa etmelidir. Bu tarihten önce borcun muaccel hale gelmesi söz konusu değildir. Ancak yüklenici sözleşme kurulduktan sonra birinci ayın sonunda ruhsatı temin etmişse borç 26 ay sonra muaccel hale gelecektir. Ancak inşaat süresinin ruhsat temini akabinde başlayacağını kararlaştırıldığı durumlarda, ruhsat alma süresi belirtilmemiş de olabilir. Yüklenicinin ruhsat alma işlemini geciktirmesi durumunda arsa sahibi TBK m.473/I kapsamında sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir²⁸¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken taraflar, binanın teslim tarihini kararlaştırmış iken işe başlama tarihini belirtmemişlerse, yüklenici teslim süresi için belirlenen sürenin sonuna kadar binayı tamamlamak ve bunun için gerekli çalışmayı yapma sorumluluğu altındadır. Bu halde yüklenici işe başlama tarihini kendisi belirler. Eğer ki teslim tarihine göre inşaatın bitmeyeceği objektif olarak ortada ise yüklenicinin TBK

kadarlık makul süre içerisinde yapı ruhsatının (inşaat ruhsatının) alınabileceği tespit ettirilip bu sürenin sözleşme tarihine eklenerek bulunacak inşaat başlama tarihinden itibaren ek süre dahil toplam 58 aylık inşaat yapım süresi ilave edilmek suretiyle teslimi gereken tarih hesaplatılarak bu tarihten davacının kabul ettiği yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarihten daha önceki 4.6.2010 teslim alım tarihine kadar geçen süre için ve davacının talebiyle bağlı kalınarak teslim edilmeyen bir dairenin 3/4 payı karşılığı isteyebileceği gecikme tazminatı alacağını hesaplatılarak davalı Adnan'dan tahsiline karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile her iki davalı hakkındaki davanın reddi doğru olmaması bozulması uygun bulunmuştur..” şeklinde hüküm kurulmuştur. Karar için bkz.: <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%222012%2F700%22+E.+%222012%2F5042%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T. 14.03.2021).

²⁷⁹ **Atamulu**, s.98-99.

²⁸⁰ **Atamulu**, s.100; Benzer yöndeki görüş için bkz.: **Ayan**, s.165.

²⁸¹ **Atamulu**, s.100.

m.473/I hükmü kapsamında sorumluluğu doğacaktır²⁸². Bu durumda alacaklı, ifa zamanından evvel ifa davası açabilecektir.

İşe başlama süresi, yüklenicinin gerçekleştireceği başka bir faaliyete de bağlanmış olabilir. Yüklenicinin işe başlama tarihi ruhsat temin tarihi olarak belirlenmiş ise yüklenicinin işe başlamasının gecikmesi yüksek ihtimal dâhilindedir²⁸³. Böyle bir durumda arsa sahibi hak kaybına uğramamak için yükleniciye ruhsat alması için ihtar da çektikten sonra, bir değişiklik olmaması halinde şartlar elverdiği ölçüde TBK m.473/I hükmünde yer alan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Ancak Yargıtay içtihatları ile inşaat başlama süresinin ruhsat temini başlayacağına ilişkin yapılan düzenleme neticesinde ruhsatın ne kadar sürede temin edileceği belirlenmemişse, sözleşme tarihine objektif kapsamında makul bir ruhsat temini için süre ekleyerek inşaatın süresini elde edilen tarihten başlayacağı yönünde görüş bildirilmiştir²⁸⁴.

Sözleşmede inşaat süresinin ruhsatın alındığı tarihten sonra başlayacağı kararlaştırılmışsa, ancak ruhsat sözleşme tarihinden önce alınmışsa, sözleşme olamadan yüklenicinin inşaata başlaması beklenemeyeceğinden inşaatın başlangıcı sözleşme tarihi olarak kabul edilmelidir.

Sözleşme ile kararlaştırılan muacceliyet tarihi sözleşmenin objektif esaslı unsurunu oluşturmadığından sözleşme kurulduktan sonra da taraflarca belirlenebilme imkânı vardır. Bunun sözleşmenin kurulmasına herhangi bir etkisi bulunmamakla birlikte, taraflar

²⁸² **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 85; **Öz**, Dönme, s.57; **Atamulu**, s.100; **Dayınlarlı**, s.48.

²⁸³ Ortaya çıkacak sorunlar için bkz.: **Ayan**, s.98 vd.

²⁸⁴ Yargıtay 15. HD. 07.03.1989 tarih ve 1988/2231 E., 1989/1061 K. Sayılı karar için bkz.: **Atamulu** s.101; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı, s.306-307; Yargıtay 15. HD. 31.10.2003 tarih ve 2003/1739 E., 2003/5138 K. : *“..davacıların daireleri teslimi iskân koşuluna bağlanmıştır. Yüklenici iskân almadığı sürece inşaat tamamlanmış sayılmayacağından, yüklenici borçlu temerrüdünden kurtulamaz. Arsa sahiplerinin bir süre binada oturmuş olmaları da teslim anlamına gelmez. Sözleşmenin bu hükümleri delil sözleşmesi niteliğinde olup mahkemece resen gözetilmelidir (HUMK.287.md.). Binanın halen dahi iskân ruhsatı alınmış değildir. Sözleşme uyarınca yükleniciye son daire tapusunun devri onu ibra anlamı taşımaz. Zira yine sözleşme uyarınca, anlaşma metnindeki tüm hususların yapıldığına dair mutabık kaldıklarını belgeledikten sonra devrin yapılması kabul edilmiş, ancak değinilen şekilde mutabakat belgesi düzenlenmemiştir. O halde, yukarıdan beri teslimin varlığından söz edilemeyeceğinden inşaatın teslimi gereken (ruhsat tarihi 28.7.1997+24 ay+6 ay=) 28.1.2000 tarihinde borçlu temerrüdüne düştüğünün kabulü ile davacıların gecikmeden doğan tüm zararlarının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir. Mahkemece ihtirazi kayıtsız teslimden bahisle davaların reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir..”* <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2003-1739.htm&kw=`2003/1739`+E.+`2003/5138`+K.&cr=yargitay#fm> (E.T. 14.03.2021).

muacceliyet tarihini sözleşmenin sübjektif esaslı unsuru olarak belirlendiği durumlarda muacceliyet tarihinin belirlenmemesi sözleşmenin kuruluşunu engelleyecektir²⁸⁵.

bb. Muacceliyet anı sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken taraflar binanın teslimi için belirli bir tarih kararlaştırmamış olabilirler. Borcun muacceliyetinin düzenlendiği TBK m.90'da *"İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur."* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre tarafların borcun muacceliyet tarihini kararlaştırmadığı durumlarda işin niteliğine uygun olmak koşuluyla derhal muacceliyet kuralı geçerli olacaktır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kanun hükmünün uygulaması mümkün değildir. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu edimin yerine getirilmesi için belli makul bir süreye ihtiyaç vardır²⁸⁶. Makul sürenin belirlenmesinde yüklenicinin işe başlama tarihi ve işin niteliğine göre tamamlanması için makul bir süre hesaba katılmalıdır²⁸⁷. Bu konuda tedbirli, deneyimli ve sorumluluk sahibi basiretli bir yüklenicinin objektif olarak sözleşmeye konu binanın teslim edileceği makul süre baz alınmalıdır²⁸⁸. Sözleşmede işe başlama veya teslim tarihi belirlenmemiş olması yükleniciye dilediği zamanda işe başlama veya inşayı devam ettirme imkânı vermez. Bahsi geçen makul süre sonunda iş sahibi, borcu muaccel hale getirmek için arsa sahibine ihtar çekmelidir. Bu ihtar ile borcun muaccel hale geleceğini bildirebilir²⁸⁹.

²⁸⁵ **Doğan**, s.58; **Kaplan**, İbrahim, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, (Süre Uzatımı), s.177; **Ayan**, s.95; **Barlas**, s.31; **Yener**, Temerrüt, s.9; **Kurşat**, s.131; **Öz**, Dönme, s.154; **Atamulu**, s.97; **Aydıncık**, s.46.

²⁸⁶ **Kurşat**, s.132; **Ayan**, s.100 vd.; **Kurt**, s.93 vd.; **Büyükay**, s. 202; **Dirican**, s. 42; **Öz**, Dönme, s. 154-155; **Öz**, İnşaat, s.143; **Altınkan**, s.134; **Erman**, Arsa Payı, s.56; **Şahin**, s. 165; **Yakuppur**, s. 71 vd.; **Yener**, Temerrüt, s. 11 vd.; Yargıtay 20. HD. 01.06.2020 tarih ve 2020/352 E., 2020/1435 K. : *"Dosyadaki Belediye Başkanlığı yazısından; davaya konu binanın %90 seviyesinde olduğu anlaşılmalı, kat irtifakı maliklerine inşaatın tamamlanması için makul bir süre verilmesi ve bu süre sonunda inşaatın tamamlanmaması ya da tamamlanmasının mümkün olmaması halinde kat irtifakının kaldırılmasına, kat irtifakı kaydının tapu kütüğünden silinerek arsa paylarının müşterek mülkiyet payına dönüştürülmesine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır."* [https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=20hd-2020-352.htm&kw=\(makul+s%C3%BCre\)+in%C5%9Faat%C4%B1n+tamamlanarak&cr=yargitay#fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=20hd-2020-352.htm&kw=(makul+s%C3%BCre)+in%C5%9Faat%C4%B1n+tamamlanarak&cr=yargitay#fm) (E.T.15.03.2021).

²⁸⁷ **Dirican**, s.11; **Ayan**, s.100; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.66; **Atamulu**, s.105.

²⁸⁸ **Atamulu**, s.105; Aynı yönde görüş için bkz.: **Tandoğan**, C.II, s.129; **Erman**, Arsa Payı, s.62; **Karataş**, s.155; **Öz**, Sözleşmeden Dönme, s.155.

²⁸⁹ **Atamulu**, s.105; Ancak Ayan'a göre, yüklenicinin ediminin faşı için bir süre kararlaştırılmamışsa borcun muaccel olacağı tarih TBK m.90'a göre işin niteliğine göre belirlenecek olup, iş sahibine ayrıca ihbar külfeti yüklemek hukuken dayanaksızdır. **Ayan**, s.102-103.

Yüklenici, sözleşme kurulurken somut olayın tüm koşullarını gerek bilgisi gerekse deneyimi neticesinde kabul eder. Bu nedenle sözleşmeye konu binanın inşasının gecikmesine yol açan her neden borcun muaccel olmasına engel unsur olarak kabul edilemez. Örneğin, yüklenici bina inşa edeceği arsayı kendi rızası ile teslim almış ise, sonradan ortaya çıkan aksaklıkların teslim süresini uzattığını ve borcun henüz muaccel olmadığını iddia edemez²⁹⁰. Bu durumda bina inşa edilecek arazinin üzerinde bulunan hukuki ve fiili engellerin sözleşme kurulurken yüklenici tarafından bilindiği varsayılır²⁹¹.

TBK m.479/I'e göre yüklenici, borçlandığı edimini ifa etmeden, arsa sahibinden pay devrini isteyemez. Sözleşmede inşaatın tamamlandığı seviyeye göre kısmi olarak pay devri yapılacağı öngörülmüşse, yüklenici devre hak kazanmış olmasına rağmen arsa sahibi binanın tamamlanmadığı gerekçesiyle pay devrinden kaçınamaz²⁹². Kısmi teslim tarihleri vade olarak kabul edilemeyeceğinden temerrüt olarak yorumlanması isabetsiz olacaktır.

b. Teslim Süresinin Sonradan Haklı Sebep Uzatılması

Taraflar aksini kararlaştırmadıkları takdirde, sözleşmede belirtilen teslim süresine kadar inşanın teslimi hazır bir şekilde tamamlanması gerekmektedir. Ancak taraflar sözleşmede belirledikleri vade tarihini, sözleşme özgürlüğü kapsamında ifa faaliyeti devam ederken karşılıklı ortak irade beyanı ile değiştirme imkânına sahiptirler²⁹³. Teslim tarihi bahsettiğimiz gibi sözleşme çerçevesinde değiştirilebileceği gibi kanuna dayalı olarak da değişebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar sözleşme özgürlüğü prensibi kapsamında süreyi değiştirmesi halinde, gecikmenin nedeni bir tarafa ait olmasına rağmen diğer tarafın buna katlanması gerektiğine ilişkin hükme de yer verilebilir. Bu düzenlemenin yasal sınırını oluşturan TBK m.27'de "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür...*" düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre sözleşmede değiştirilen maddeler işbu genel düzenlemeye aykırı olmamalıdır. Aksi halde sözleşme değişikliği kesin hükümsüz kabul edilecektir. Diğer taraftan ilgili hükümlerin geçersiz olması TBK m.27/II uyarınca tüm sözleşmenin geçersizliğini etkilemeyecektir. Ancak kanuni düzenlemenin

²⁹⁰ Karataş, s.157; Atamulu, s.105.

²⁹¹ Atamulu, s.105.

²⁹² Atamulu, s.106; Erman, Arsa Payı, s.63.

²⁹³ Enli, s.54; Kurt, s. 96; Ayan, s.103; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.60; Dirican, s.70; Altınkan, s.135; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 78 vd.; Aydemir, s. 173; Büyükay, s. 205; Atabekoğlu, s.112; Doğan, s.61.

devamında ilgili maddelerin olmaması halinde, sözleşmenin tamamının geçersiz sayılacağı da açıkça belirtilmiştir²⁹⁴.

Sözleşme ile süre değişikliği taraflardan birine tanınacak hak ile mümkün olabilir. Bunun dışında tarafların sözleşme kapsamında sahip olacağı süreyi etkileyen talep hakları da süre değişikliğine neden olabilir. Bahsi geçen süre değişimi uzatım veya öne alma şeklinde ortaya çıkabilir²⁹⁵.

Yüklenici işini ifa ederken veya ifaya başlamadan sözleşmede belirtilen süreye eklenmek üzere ek süre talep edebilir²⁹⁶. İdari makam ve merci işlemlerinin gecikmesi sebebiyle teslim süresinin uzaması durumunda²⁹⁷, sözleşmede belirtilen dışında ek işlerin

²⁹⁴ TBK m.27/II: “...Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” düzenlemesi yer almaktadır. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T. 16.03.2021); Yargıtay 23. HD. 16.09.2013 tarih ve 2013/2939 E., 2013/5423 K.: “..davadan sonra dahi bu bölgeyle ilgili yeni imar planının hazırlandığı ve yapılaşmaya ilişkin yeni koşullar getirildiği, dosya kapsamındaki belgelerden anlaşılmaktadır. Görüleceği üzere, taraflarca sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle söz konusu parseller üzerine inşaat yapılması sözleşmenin imzalandığı tarihte dahi mümkün bulunmamaktadır. Bu husus yanlar arasında düzenlenen akdin başlangıç itibarıyla imkânsız olduğunu gösterdiğinden 6098 sayılı TBK'nın 27. (818 sayılı BK'nın m. 20.) maddesi uyarınca geçersiz olduğunun kabulünü gerektirir. O halde, sözleşmenin geçersizliğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, bu husus nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, usul ve yasaya aykırı hükmün bozulması gerekmiştir...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=640#> (E.T. 16.03.2021).

²⁹⁵ Kurt, s.98.

²⁹⁶ Atamulu, s.107; Benzer yönde görüş için bkz., Kurt, s.103-104.; Ancak ek süre talep edildiğinde somut durumda mevcut şartlar objektif şekilde değerlendirilmeli ve gecikme nedeninin haklı olup olmadığı belirlenmelidir Bu yönde verilen Yargıtay 19.11.1987 tarihli kararı ile, pis su kanalı ruhsatı temini için bir yıllık gecikmenin haklı görülmesinin emsal olaylara, yaşam tecrübelerine ters ve yüklenicinin işi sarkıtarak yükümlülüğünü objektif olarak yerine getirmediği eleştirisi yapılmıştır. Kararın özeti ve eleştirisi için bkz.: Kılıçoğlu, Ahmet; Müteahhidin İnşaatı Teslimdeki Gecikmeden Sorumluluğu (Yargıtay 15. HD.'nin 19.11.1987 tarihli bir kararı dolayısıyla), TBBD, Aralık 1989, S.6, s.892-899.

²⁹⁷ Yargıtay 15. HD. 17.05.2005 tarih ve 2005/2830 E. 2005/3054 K. “...Sözleşmelerine göre ruhsat alımından itibaren 12 ay içinde inşaatın teslimi gerekmektedir. Temel üstü ruhsat 15.9.2000'de alınmış ve mahkemece bu tarihten itibaren 12 ay içinde eserin teslim edildiği görüşüyle gecikme alacağı istemi reddedilmiştir. Oysa ruhsatın sözleşmeden yaklaşık 1,5 yıl sonra alındığı görülmektedir. Ruhsat alımı için yüklenici tarafından zamanında müracaat edilmesine rağmen idari mercilerden kaynaklanan sebeplerle ruhsat alımı gecikmiş ise bu takdirde yüklenicinin gecikmeden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir..” kararın tamamı için bkz.: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2005-2830.htm&kw=arsa+pay%C4%B1+idari+merci+ek+s%C3%BCre+gecikme&cr=yargitay#fm> (E.T. 16.03.2021).

mevcut olması halinde²⁹⁸, mücbir sebep nedeniyle²⁹⁹, tarafların ortak irade beyanları ile kabul ettikleri projenin mevzuat aykırılıklarının giderilmesi gerektiği durumlarda³⁰⁰, sözleşme konusu taşınmaz üzerinde inşa faaliyetine engel teşkil edecek şekilde ihtiyati tedbir kararı alınması halinde³⁰¹, yükleniciye ek süre tanınmalıdır³⁰². Yüklenicinin binanın inşasında gecikmesi, arsa sahibinin kusurundan kaynaklanıyorsa ek süre verilmelidir³⁰³. Ek süreyi taraflar ortak irade beyanı ile kararlaştırıp sözleşme süresine ekleyebilecekleri gibi, taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık çıkması durumunda mahkemece de tespit edilebilir³⁰⁴. Yükleniciye verilen ek süre içerisinde binanın inşası tamamlanamayıp edimin

²⁹⁸ Yargıtay 15. HD. 22/11/2007 tarih ve 2007/ 239 E. - 2007/ 7413 K.: “..Dava konusu olayda davacı arsa sahibinin Belediyeye arsının bir bölümünü hibe ettiği bilahare hibe eden rücu için dava açıldığı davanın uzunca bir süre devam ettiği anlaşılmaktadır. Davanın açılması için 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. O halde mahkemece bu konu ile ilgili tarafların delilleri sorulup bilirkişiden ek rapor alınarak varsa teslim süresine eklenecek müddet belirlenip gecikme alacağı değerlendirilmelidir..” kararın tamamı için bkz.: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=640#> (E.T. 16.03.2021).

²⁹⁹ Yargıtay HGK 18.04.2018 tarih ve 2017/15-500 E. - 2018/927 K. : “..Mahkemece inşaat yapılan bölgede 17.08.1999 tarihinde meydana gelen deprem sebebiyle inşaatlardaki durmanın, mevzuat ve plan değişikliklerinin tarafların iradelerini aşan zorunlu fiili ve hukuki mücbir sebep olduğu, mücbir sebep sebebiyle sözleşmedeki cezai şart niteliğindeki kira taleplerinin ve daire bedeli taleplerinin yerinde olmadığı, davalının inşaatı mücbir sebep sebebiyle ikinci iş programında uygun sürede ve ruhsatına uygun vasıfta tamamlanmış olmakla ortada ek ve geç teslimden söz edilemeyeceği gerekçesi ile her iki davanın da reddine karar verilmiştir...” kararın tamamı için bkz.: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-15-500.htm&kw=arsa+pay%C4%B1+ek+s%C3%BCre+m%C3%BCcbir+sebepl&cr=yargitay#fm> (E.T. 16.03.2021).

³⁰⁰ Yargıtay 15. HD. 04.03.2019 tarih ve 2018/2949 E. - 2019/898 K. ; “..Mahkemece dava reddedilmiş ise de; dava konusu binanın yasal hale getirilip getirilemeyeceği açıklığa kavuşturulmamıştır. Binanın tadilat projesiyle yüklenici tarafından yasal hale getirilip getirilemeyeceği hususu bilirkişi raporu örneği, yapı kayıt belgesi de eklenerek ilgili Belediyeden sorulmalı, yasal hale getirilebilecek ise bu konuda öncelikle davalı yana süre ve yetki verilmeli, davalı tarafından verilen sürede bina yasal hale getirilirse şimdiki gibi davanın reddine, binanın yasal hale getirilmesi mümkün değil veya verilen süreye rağmen bina yasal hale getirilmemiş olursa yapılan açıklamalar doğrultusunda sonucuna uygun bir karar verilmelidir...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2018-2949.htm&kw=arsa+pay%C4%B1+ek+s%C3%BCre+proje+mevzuata+ayk%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1k&cr=yargitay#fm> (E.T. 16.03.2021).

³⁰¹ Yargıtay 23. HD. 01.11.2013 tarih ve 2013/3425 E. - 2013/6689 K. : “..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 ila 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...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=640#> (E.T.16.03.2021).

³⁰² **Atamulu**, s.107-110.

³⁰³ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı, s.297; **Atamulu**, s.111.

³⁰⁴ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı, s.298; **Atamulu**, s.111.

ifası gerçekleştirilmemişse, temerrüt sonucuna bağlanan hükümler uygulama alanı bulacak olup, yüklenici de mütemerrit kabul edilecektir.

Bunun yanında sözleşmede binanın teslim edilmesi için belirlenen inşaat süresinin başlama tarihi bazı olaylara da bağlanmış olabilir. Örneğin; arsa payının yükleniciye teslimine, arsa üzerinde bulunan binanın yıkılmasına, komşu taşınmazla arasında sınır uyuşmazlığı varsa çözümlenmesine, iş sahibinin bildirimine, arsayı kiralayan kiracının tahliye edilmesine bağlı olabilir. Bu durumda süreye bağlanan olayın gerçekleşmesinin ardından inşaat süresi başlayacaktır ve belirlenen süre sonunda borç muaccel hale gelecektir³⁰⁵. Ancak taraflardan biri bu olaylar için gerekli zamana rıza göstermemişse, inşaat süresi sözleşme kurulduğu an itibariyle başlayacak ve sözleşmede belirtilen süre sonunda teslim borcu muaccel hale gelecektir.

2. EDİMİN İFASININ OBJEKTİF OLARAK MÜMKÜN OLMASI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde borçlu hakkında temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için üstlenilen borcun ifa edilebilir olması gerekmektedir. İmkânsızlık söz konusu olduğunda şartlar mevcut olsa da temerrütten bahsetmek mümkün olmayacaktır³⁰⁶. Oğuzman/Öz'ün de savunduğu bir görüşe göre mevcut olan borcun ifası, alacaklı tarafından

³⁰⁵ Ayan, s.78.

³⁰⁶ Öz, Dönme, s.155; Kurşat, s.372; Altaş, s.184; Demir, s.66; Atamulu, s. 89; Oğuzman/Öz, s.468; Kurt, s.120; Doğan, s.395; Havutçu, Ayşe; Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, s.24; Dayınlarlı, s.62; Akkanat, Halil, İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 2000, (İfada Gecikme), s.16; Ayan, s.91; Şahin, s.141; Karahasan, s.485; Yakuppur, s.82; Dirican, s.45; Coşkun, s.111; Bilge, s.34; Erman, Arsa Payı, s.64 vd.; Altınkan, s.137; Büyükkay, s.204; Atabekoğlu, s.93 vd.; Yener, Temerrüt, s.13; Aydıncık, s.198; Selimoğlu, Yaşar Engin; İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, 2017, s.223; Ergezen, s.100; Çetin, Sümeyra; Borçlu Temerrüdünün Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s.17; Yıldırım, Dönme, s.28; Antalya, C. III, s.411.

cebren icra yoluyla dahi sağlanamadığı takdirde imkânsızlık söz konusudur³⁰⁷. İmkânsızlık, ifa faaliyetinin devamı sırasında mevcut ve sürekli olmalıdır³⁰⁸.

a. Genel Olarak İmkânsızlık Kavramı

Bir borcun ifasının cebri icra ile yoluyla dahi elde edilemeyecek olması, yani üstlenilen edimin ifa edilememesi veya ifa edilemez hale gelmesi imkânsızlık olarak tanımlanmaktadır.³⁰⁹

Bahsi geçen sözleşme kurulduktan sonraki imkânsızlık hali olup, maddi veya hukuki imkânsızlık olarak ortaya çıkabilmektedir³¹⁰. İmkânsızlık sözleşme akdedilirken veya sonrasında mevcut olabilir. Hukuk imkânsızlık halinin TBK m.112 ve m.136 kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında inşası kararlaştırılan dublex dairelerden oluşan yapıyı etkileyecek şekilde sonraki süreçte belediye tarafından iki katlı yapılara sınırlama getirilmişse³¹¹ veya sözleşme imzalandıktan sonra taşınmazın kıyı kenar çizgisi içerisinde kalması nedeniyle ruhsatının iptal edilmişse³¹², açık hukuki imkânsızlık söz konusu olur ve yüklenicinin edimini ifa etmesi imkânsızlaşır. Maddi imkânsızlık söz konusu ise edimin ifası mantık kuralları gereği mümkün değildir.³¹³

³⁰⁷ **Oğuzman/Öz**, C.I, s.441.; Yargıtay 8. HD. 14.10.2014 tarih ve 2014/6935 E., 2014/18281 K.: “..İmkânsızlık, ifa engeli sebeplerinden birini oluşturur. Gerçekten de, imkânsızlık, sürekli, kalıcı, temelli bir ifa engelidir. Bu niteliği ile imkânsızlık, temerrüdün karşıtıdır. İmkânsızlığın pratik önemi borçluya karşı aynen ifanın zorla sağlanamamasında ortaya çıkar (Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 3.Cilt, 4.Bası, İstanbul 2006, s. 163.).Diğer bir ifadeyle imkansızlık, borçlanılan edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer hE.gi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fülî veya hukuki engellere verilen isim olarak tarif edilebilir (Eren, Fikret: age., s. 270.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 483.; İnan, A. Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 503; Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Konya 2002, s. 325; Akıntürk, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 33; Velidedeoğlu, Veldet/Özdemir, Refet, Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 52; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 77)...”
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8hd-2014-6935.htm&kw=TBK+m.136++arsa+pay%C4%B1&cr=yargitay#fm> (E.T. 17.03.2021).

³⁰⁸ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s.398.

³⁰⁹ **Buz** Vedat, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, AÜSBFD, İlhan Öztürk’e Armağan, Y.1994, C.49, S.1-2, (İmkânsızlık), s.23; **Demir**, s.66; **Altaş**, s.184; **Akkanat**, İfada Gecikme, s.33; **Büyükcay**, s.188; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.163; **Şahin**, s.141; **Aydıncık**, s.29.

³¹⁰ **Erman**, Arsa Payı, s.58; **Eren**, C.II, s.1081; **Yener**, s.13.

³¹¹ Yargıtay 15. HD. 27.12.2011 tarih ve 2011/616 E. - 2011/7961 K. Sayılı kararı için bkz.:
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2011-616.htm&kw=2011/616+E.+2011/7961+K.&cr=yargitay#fm> (E.T. 17.03.2021).

³¹² Yargıtay 23. HD. 29.05.2014 tarih ve 2014/1304 E. - 2014/4163 K. Sayılı karar için bkz.:
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=640#> (E.T. 17.03.2021).

³¹³ **Akkanat**, İfada Gecikme, s.34; **Keskin**, s.220; **Şahin**, s.141; **Tunç**, Ramazan, İfa İmkânsızlığı, YD. Y.2002, C.28, S.1-2, s.106; **Atabekoğlu**, s.94; **Doğan**, s.68.

Hukuki imkânsızlık halinde ise ifa konusu edimin yerine getirilmesi emredici hukuk kuralından ötürü yüklenici tarafından yerine getirilememektedir³¹⁴.

Edimin ifasını yerine getirilmekle yükümlü özneye göre imkânsızlık objektif ve sübjektif imkânsızlık olarak ele alınmaktadır. Edimin ifasının borçlu tarafından yerine getirilmesi mümkün değil de başka kişiler tarafından ifası mümkünse sübjektif imkânsızlık söz konusudur. Borcun ifası borçlu dışında diğer kişiler tarafından da mümkün değilse objektif imkânsızlık söz konusudur³¹⁵. Sözleşme kurulduğu anda yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin ifası objektif ve kesin olarak imkânsızsa TBK m.27’de yer verilen kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanır. İmkânsızlık söz konusu olduğunda teslim borcu hiç doğmayacağından temerrüt yaptırımları uygulanamayacaktır. Sözleşme kurulduktan sonra imkânsızlık hali mevcut ise yine temerrüt söz konusu olmayacaktır.

İmkânsızlık halinde borçlunun sorumlu olup olmayacağı noktasında kusur tespiti önem arz etmektedir. Nitekim imkânsızlık hali için yüklenicinin kusurlu olması durumunda borç devam edeceğinden arsa sahibinin zararı tazmin edilmeliyken, yüklenicinin kusuru yoksa borç kendiliğinden sona erer ve arsa sahibinin zararını tazmin yükümlülüğü de bulunmaz³¹⁶.

İmkânsızlığın kısmi olması durumda sözleşmeye konu edim bölünemez nitelikteyse, sözleşmenin tamamı için imkânsızlık hükümleri uygulanır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ifa etmekle yükümlü olduğu bağımsız bölümlerin inşası ve teslim borcu bölünemeyecek borç olduğundan, objektif ve sürekli kısmi imkânsız halinde de tamamen imkânsızlık varmış gibi kabul edilir³¹⁷.

b. İmkânsızlığın Sözleşmeye Etkisi

Temerrüt hükümleri tarafların kusuru olsa da olmasa da imkânsızlık hali mevcut ise uygulanmayacaktır. Sözleşme kurulduktan sonra taraflardan birinin kusurlu olması

³¹⁴ **Akkanat**, İfade Gecikme, s.35; **Tunç**, Ramazan, İfa İmkânsızlığı, YD, YIL: 2002, C. 28, S.1-2, s.107; **Kurt**, s.132; **Altunkaya**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005, s.95; **Şahin**, s.142; **Atabeoğlu**, s.94; **Keskin**, s.221; **Yener**, Temerrüt, s.16.

³¹⁵ **Oğuzman/Öz**, C.I, s.444.

³¹⁶ **Ürem**, Müge; Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul, 2017, s.60; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.153; **Kurt**, s.124; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1217; **Bilge**, s.161; **Buz**, İmkânsızlık, s.25; **Atabeoğlu**, s.95; **Büyükay**, s.190; **Kurşat**, İmkânsızlık s. 767; **Selimoğlu**, s.226 vd.; **Erman**, Arsa Payı, s.59; **Karahasan**, s.485; **Yener**, Temerrüt, s.13; **Dirican**, s.46; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.45; **Karadaş**, s.161 vd.; **Atamulu**, s. 89; **Özçelik**, Barış; Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, 2014 (İmkânsızlık), s.571 vd.; **Şahin**, s.143.

³¹⁷ **Kurt**, s. 122; **Öz**, Dönme, s.157; **Bilge**, s.34.

imkânsızlık açısından önem arz etmektedir. Sözleşme ile yüklenilen edimin ifasında yüklenicinin kusurunun bulunmaması halinde borca ilişkin olarak TBK m.136/I'de "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer.*" düzenlemesi yer almaktadır. Neticede borç sona erdiğinde tarafların yükümlülükleri de ortadan kalkacaktır. Diğer taraftan borcun sona ermesinde yüklenici kusurlu ise borç sona ermeyeceği gibi TBK m.112 uyarınca zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Sözleşme kurulduğu anda objektif imkânsızlık söz konusu ise sözleşme TBK m.27 gereği kesin hükümsüz olur³¹⁸. Sözleşme kurulduğunda subjektif imkânsızlık söz konusu olduğu halde ise yüklenicinin kusuru aranır.

Yüklenicinin kusuru, sözleşme kurulduğu sırada üstlenmiş olduğu edimin yerine getirilmesinin imkânsız olup olmadığını bilmesi noktasında toplanmaktadır. Yüklenici bu bağlamda kusurlu ise zararın giderilmesinden sorumlu olur. Ancak yüklenici, sözleşme kurulduğunda imkânsızlığı bilmiyorsa ya da bilmesini de gerektirir bir zorunluluk yoksa imkânsızlık nedeniyle sorumluluğu doğmaz³¹⁹. Sözleşme kurulduğunda başta ortaya çıkan subjektif imkânsızlık halinde yüklenicinin kusurlu olması halinde TBK m.112, kusurlu olmaması halinde TBK m.136 uygulanır³²⁰.

c. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde İmkânsızlığa İlişkin Düzenlemeler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki imkânsızlık hali için TBK'nın genel hükümleri uygulanır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karma tipli sözleşme olduğundan imkânsızlığın düzenlendiği özel hükümler de mevcuttur. Bahsettiğimiz özel hükümler TBK m. 483'teki eserin yok olması, TBK m.485'te ise arsa sahibine yüklenecek

³¹⁸ **Topuz**, Seçkin/ **Canbolat**, Ferhat; Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, AÜHF. Y.2008, C.57, S.3, s.683; **Karadaş**, s.164; **Keskin**, s.221; **Tunç**, s.106; **Uygur**, İnşaat, s.281; **Atabekoğlu**, s.95 vd.; **Yener**, Temerrüt, s.14; **Dayınlarlı**, s.109; **Büyükcay**, s.190; **Kurşat**, İmkânsızlık, s.759; **Delipınar**, s.176; Yargıtay 23. HD., 16.09.2013 T., 2013/2939-2013/5423 K. "... taraflarca sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle söz konusu parseller üzerine inşaat yapılması sözleşmenin imzalandığı tarihte dahi mümkün bulunmamaktadır. Bu husus yanlar arasında düzenlenen akdın başlangıç itibariyle imkânsız olduğunu gösterdiğinden 6098 sayılı TBK'nın 27. Maddesi uyarınca geçersiz olduğunun kabulünü gerektirir." (**Kostakoğlu**, s.664 vd.); **Doğan**, s.71.

³¹⁹ **Öz**, Dönme, s.157; **Dirican**, s.46; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu , s.44 vd.; **Şahin**, s.142; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1215 vd.; **Şahin**, s.143; **Topuz/Canbolat**, s.684; **Altınkan**, s.138; **Büyükcay**, s.204; **Kurt**, s.124; **Ayan**, s.155 vd.; **Buz**, Dönme, s.101; **Yener**, s.14; **Yakuppur**, s.82; **Atabekoğlu**, s.96; **Selimoğlu**, s.225.

³²⁰ **Öz**, Dönme, s. 157; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 44 vd.; **Şahin**, s. 143; **Atabekoğlu**, s.96; **Yener**, Temerrüt, s. 14; **Aydınçık**, s. 34; **Selimoğlu**, s. 225.

nedenlerle ifanın imkânsızlığı ve son olarak TBK m.486'da ise yüklenicinin ölümü ya da yeteneğini kaybetmesi olarak yer almaktadır³²¹.

Yüklenici borçlandığı edimini yerine getirirken ortaya ayıp çıkması neticesinde edimin ifası imkânsız hale gelirse imkânsızlık hükümleri değil, TBK m.474 vd. da yer verilen eserin ayıplı olmasından doğan sorumluluk hükümleri uygulanır³²².

Yapı mücbir sebeplerle veya beklenmedik bir olay³²³ nedeniyle teslim edilemez hale gelmişse TBK m.136 ve m.483'te yer alan hükümler uygulanır.

aa. Yapının beklenmedik bir olay nedeniyle yok olması

Eser sözleşmesine konu yapının tamamen ortadan kalkması, yapının inşası mümkün oldukça yüklenici üstlenmiş olduğu edimin ifasını imkânsız hale getirmez. İnşaat faaliyetleri devam eden bir binanın yıkılması imkânsızlık teşkil etmez, ancak sözleşmede belirlenen vade geçeceğinden yüklenicinin temerrüdüne sebep olur. Diğer yandan tamamlanan yapı teslim edilmeden önce yok olursa bu durumda temerrüt değil imkânsızlık söz konusu olur.

Eserin beklenmedik olay sonucu teslimden önce yok olması halinde edim ve karşı edim hasarının kime ait olacağına ilişkin olarak TBK m.483'te; “*Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur. Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Emredici hüküm yapının, teslimden önce yüklenici veya iş sahibinden kaynaklanmayan nedenlerle kısmen veya tamamen yok olması halinde uygulanmaktadır. Ancak bunun için arsa sahibinin teslimde temerrüde düşmemiş olması gerekir. Öyle ki, arsa sahibi yapının tesliminde temerrüde düşmüş ise beklenmeyen olay nedeniyle oluşan hasardan sorumluluğu

³²¹ **Buz**, İmkânsızlık, s.24 vd.; **Şahin**, s.149.

³²² **Altaş**, s.189; **Uygur**, İnşaat, s.1089; **Buz**, İmkânsızlık, s.25; **Şahin**, s.149.

³²³ Bahsi geçen beklenmedik olay, “sözleşme kurulduğu sırada öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşme konusu edimin ortadan kalkmasına ya da ifasının gecikmesine neden olan olay” olarak tanımlanabilir. (**Doğan**, s.75).

doğar³²⁴. Malzeme açısından değerlendirmek gerekirse de malzeme kime aitse oluşan hasara da onun katlanması gerekir.

Bedel hasarı açısından ise, arsa sahibinin teslimde temerrüde düşmesi ya da arsa sahibinin sağladığı malzeme, arsanın ayıbı veya talimatları nedeniyle yapının kısmen ya da tamamen yok olması halinde sorumluluk arsa sahibine ait olacaktır. Ancak arsa sahibinin temerrüdü söz konusu değilse ve inşaat tamamlandıktan sonra beklenmeyen olay nedeniyle teslimden önce eserin kısmen veya tamamen yok olması halinde eserdeki hasar yükleniciye ait olacaktır. Yüklenici yapının inşasında harcadığı ücret ve karşıladığı giderlerin ödenmesini talep edemez ve malzemedeki hasar da kendisine ait olur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle inşaatla kullanılan malzeme yüklenici tarafından temin edildiğinden, yapı yok olduğunda kullanılan malzemenin hasarı yükleniciye ait olacaktır. Yüklenici, ifa ettiği edim için arsa sahibinden bedel talep edemeyeceği gibi arsa payı devri yapılmışsa bu payları iade edecektir.

Tamamlanmış yapının tesliminden önce beklenilmeyen hal sonucu kısmen yok olması halinde diğer kısım için borç hala devam edeceğinden yüklenicinin temerrüde düşmesi hala mümkündür. Yok olan kısımlar için bahsi geçen hüküm uygulanmalıdır. Ancak yapının hasara uğramayan kısmı sözleşmeye uygun olarak kullanılabilir nitelikteyse, bu kısım arsanın mütemmim cüz'ünü oluşturacağından buna ilişkin tazminat talebinde bulunabilecektir³²⁵. Yapının inşası tamamlandıktan sonra ancak teslimden önce yapının beklenilmeyen olay nedeniyle hasara uğrayan kısmı tüm inşaatla oranla cüz'i nitelik taşıması halinde yüklenici diğer kısımlar oranında arsa payının devrini talep edebilir³²⁶. İnşaatın beklenilmeyen olay nedeniyle kısmen veya tamamen yok olması halinde yüklenici inşaatın kalan kısmının veya tamamının bitirilmesini teklif etmişse ancak arsa sahibi bu teklifi kabul etmemişse dürüstlük kurallarına aykırılık söz konusu olacaktır³²⁷.

İnşaat tamamlanmadan önce yapıda meydana gelen kayıpların yeniden yapılması mümkün olduğu sürece imkânsızlıktan söz edilemez. Örneğin, yapım aşamasında olan bir binada küçük bir bölümün deprem nedeniyle çökmesi halinde yeniden yapılması mümkün ise imkânsızlık söz konusu olmayacaktır. Arazi yapının inşasına elverişli olduğu sürece binadaki yıkılmalar yükleniciyi borcundan kurtarmayacağından sözleşme devam eder ve

³²⁴ Şahin, s.150 vd.; Erman, Arsa Payı, s.60; Atabekoğlu, s.103; Yener, Temerrüt, s.18 vd.; Güleç, s.82 vd.; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s.234 vd.; Eren, İnşaat, s.97; Selimoğlu, s.444.

³²⁵ Erman, Arsa Payı, s.60; Yener, s.19.

³²⁶ Yener, s.19.

³²⁷ Erman, Arsa Payı, s.60; Yener, s.19.

yüklenici yıkılan kısmın onarımında yüksek masraf yapsa bile bu kısmı yeniden tamamlamak mecburiyetindedir³²⁸. Burada dikkat edilmesi gereken nokta yüklenicinin ekonomik durumunun kötü olması nedeniyle imkânsızlığın varlığından bahsedilemeyeceğidir³²⁹. Yüklenici yıkılan kısmın inşası için ek ücret de talep edemez. Ancak yeniden inşa faaliyeti için gerekli olan götürü bedel TBK m.480/II kapsamında icraatta aşırı güçlük yaratıyorsa yüklenici tazminat sorumluluğu bulunmaksızın inşaatın devamından kaçınabilir.

bb. Arsa sahibine yüklenecek nedenlerle ifanın imkânsızlığı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ifanın arsa sahibinin kusurundan kaynaklı olarak imkânsızlaşması kusursuz imkânsızlık durumunun özel bir şeklidir. Bu husus TBK m.485 kapsamında ele alınmış olup, madde hükmünde; *“Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.”* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre maddenin uygulanması için arsa sahibinin kendisinin beklenmedik bir olaya sebebiyet vermesi veya işletme sahasından kaynaklanmış olması gerekir. Beklenmedik olayların arsa sahibinin kendine ait işletmesinden veya ifa yardımcılarında kaynaklanması halinde ilgili madde hükmü uygulanır³³⁰.

İnşa faaliyetinin arsa sahibinden kaynaklanan veya arsa sahibinin tehlike alanında yer alan nedenle beklenmedik olay sonucu imkânsızlaşmasında arsa sahibinin kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır. İmkânsızlık halinden dolayı arsa sahibi kusurlu ise yüklenici yapmış olduğu işin değerini ve bu değer kapsamında yer almayan diğer giderleri ayrıca zararının tazminini isteyebilir. Burada bahsi geçen zarar yüklenicinin olumlu zararı olup, tazminat tutarının içerisinde yüklenicinin ifa etmesine gerek kalmayan edime ait masrafları, yüklenici o işin yerine yaptığı ikame işlerden elde ettiği kazanç ve yüklenicinin kötü niyetli olarak elde etmeyi ihmal ettiği yararlar hesaba katılmamalıdır³³¹. TBK m. 485’in

³²⁸ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.64.

³²⁹ **Erman**, Arsa Payı, s.61.

³³⁰ **Buz**, İmkânsızlık, s.27; **Şahin**, s.155; **Altaş**, s.192; **Yener**, Temerrüt, s.23; **Atabekoğlu**, s.105; **Bilge**, s.169; **Büyükkay**, s.229; **Ergezen**, s.301; **Güleç**, s.91; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s.250; **Kurt**, s.134

³³¹ **Buz**, İmkânsızlık, s.32; **Karadaş**, s.432; **Şahin**, s.155; **Altaş**, s.195 vd.; **Uygur**, İnşaat, s.1069.

uygulanması ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmaz ve akit tarafları inşanın tamamlanmamış kısmına yönelik hak talep edemezler³³².

Beklenmeyen bir olay nedeniyle edimin imkânsızlaşması arsa sahibinin kusurundan kaynaklanmıyorsa yüklenicinin tazminat istemi söz konusu olamaz. Bu durumda yüklenici ancak imkânsızlık haline kadar yapmış olduğu işin bedelini ve masrafları isteyebilir. Talep konusu olan işin bedeli inşaatın tamamlanan kısmı göz önüne alınarak orantılanacaktır. Yüklenici sözleşme kapsamında yapımı kararlaştırılan yapının inşasına başlamadan imkânsızlık halinin söz konusu olması durumunda arsa sahibinden yalnızca ifaya hazırlık aşamasında yapmış olduğu masrafları talep edebilecekken sözleşmenin kurulması aşamasında yaptığı masrafları talep edemeyecektir³³³.

TBK m.485 kapsamında ele alınan “iş sahibinin kusuru yüzünden ifanın imkânsızlaşması” halinde belirtilen yaptırımın uygulanabilmesi için ifanın objektif imkânsız hale gelmiş olması gerekir³³⁴. Madde hükmünde yer alan eserin tamamlanmasında iş sahibinin kusuru halinde imkânsızlık haline ilişkin düzenlemeden hareketle, doktrinde, tamamlanan ancak teslimden önce imkânsızlaşan edimin bu madde kapsamına gireceği öngörülmektedir³³⁵.

cc. Yüklenicinin Ölümü veya Yeteneğini Kaybetmesi Nedeniyle İmkânsızlık

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yüklenicinin şahsi özellikleri dikkate alınarak kurulmuşsa, yüklenicinin ölümü veya kişisel yeteneğini kaybetmesi neticesinde iş görmezlik durumu doğduğunda, TBK m.486’da yer aldığı üzere imkânsızlık nedeniyle sözleşme re’sen sona erecektir³³⁶. Bu durumda da imkânsızlık söz konusu olduğundan temerrüt söz konusu olmayacaktır.

Yükleniciden kaynaklı beklenmedik olay neticesinde ortaya çıkan imkânsızlık hali TBK m. 486’da düzenlenmiştir. Kanun hükmünde “*Yüklenicinin kişisel özellikleri göz*

³³² **Buz**, İmkansızlık s.30; **Karahasan**, s.436; **Bilge**, s.172; **Şahin**, s.159; **Altaş**, s.196 vd.; **Uygur**, İnşaat, s.1068; **Yener**, Temerrüt, s.23; **Kurt**, s.134; **Ergezen**, s.152; **Aydemir**, s.361 vd.; **Atabekoğlu**, s.106; **Selimoğlu**, s.444; **Büyükay**, s.229; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s.224.

³³³ **Buz**, İmkansızlık, s.30; **Karahasan**, s.436; **Bilge**, s.172; **Şahin**, s.159; **Altaş**, s.196vd.; **Uygur**, İnşaat, s.1068; **Yener**, Temerrüt, s.23; **Kurt**, s.134; **Ergezen**, s.152; **Aydemir**, s.361 vd.; **Atabekoğlu**, s.106; **Selimoğlu**, s.444; **Büyükay**, s.229; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s.224.

³³⁴ **Buz**, İmkânsızlık, s.26; **Bilge**, s.169; **Şahin**, s.154; **Atabekoğlu**, s.105; **Yener**, Temerrüt, s.21; **Kurt**, s.134; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s.250.

³³⁵ **Altaş**, s.190; **Şahin**, s.155; **Buz**, İmkânsızlık, s.27.

³³⁶ **Altaş**, s.205; **Buz**, İmkânsızlık, s.34; **Şahin**, s.159; **Kurt**, s.137; **Atabekoğlu**, s.106; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s.259; **Ergezen**, s.156; **Kurşat**, s.772; **Öz**, Dönme, s.162; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.48.

önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.” ifadesine yer verilmiştir. Eser sözleşmeleri için geçerli olan emredici kural arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için de geçerli olacaktır.

Yüklenicinin şahsi özellikleri göz önünde bulundurularak yapılan sözleşmeden kasıt, yapının inşasında yüklenicinin uzmanlık bilgisi veya özel yeteneği olmasıdır. Buna göre yapılan işin özel uzmanlık veya şahsi yetenek gerektirmemesi durumunda yüklenicinin ölümü neticesinde, yerine getirilmesi gereken edim borcu külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçer. Mirasçılar sözleşmede belirlenen teslim tarihinde geciktiğinde ise temerrüt söz konusu olur. Ancak yapının inşası yüklenicinin uzmanlık bilgisini veya kişisel yeteneğini gerektiriyorsa sözleşme kendiliğinden sona erer. Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde bulundurularak sözleşme kurulması, yüklenicinin edimin ifasını bizzat gerçekleştirmesi anlamına gelmez. Yahut yüklenici yerine getirmekle yükümlü olduğu edimini kendi yönetimi altındaki çalışanlarla birlikte de ifa edebilir. Gelişen inşaat sektörü içerisinde yükleniciler genellikle işlerinin belli bir kısmını alt yüklenici firmalara devretmektedir. Bu nedenle her sözleşmede yer alan somut duruma bakılarak yüklenicinin şahsi özelliklerinin belirlenmesi önem taşır.

Sözleşme kurulurken edimin ifasında yüklenicinin şahsi özelliklerinin dikkate alınacağı yönünde hüküm yoksa yüklenicinin şahsi özelliklerinin önem arz edip etmediği somut olay bağlamında değerlendirilir³³⁷. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin şahsi özellikleri açısından farklı görüşler mevcuttur. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlarda yüklenicinin şahsının dikkate alındığı görülmektedir³³⁸.

³³⁷ **Ergezen**, s.155; **Yener**, Temerrüt, s.21; **Erman**, Arsa Payı, s.63 vd.; **Atabekoğlu**, s.107; **Kurşat**, İmkânsızlık, s.773; **Kurt**, s.137; **Büyükkay**, s.231; **Güleç**, s.93.

³³⁸ Bu yöndeki karar için bkz. Yargıtay 15. HD. 07.07.1975 tarih ve 1975/3149 E. 1975/3436 K. : “Sosyal ve Ekonomik hayatın normal akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek isteyen bir şey olmakla esere sözleşmesinde esas tutulacak kişisel nitelikler arasında yüklenicinin özel mesleki bilgisi kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık olması tecrübesi, denenmiş olması ve ünü gibi kişisel ve mal varlığına ilişkin özellikler sayılabilir. Bu özellikler göz önünde tutularak eser sözleşmesinin yapılmış olması doğal olmakla yasanın 371. maddesi emrettiği buyurucu- nitelikte bir hükümdür. Kaldı ki, yüklenicinin sağlığında mirasçılarının kişisel ve ekonomik hukukunu etkileyecek ve aşan biçimde eser sözleşmesinin 13. maddesinde (ölüm halinde varisler mukaveleye bağlı olarak inşaatı devam ettireceklerdir.) şeklindeki irade beyanını açıklaması da geçerli de değildir. İş yüklenicinin kişisel yetenekleri göz önünde tutularak yüklenilmiştir. Yüklenici miras bırakan İ. Buşmin ile yapılan 17/12/1969 tarihli sözleşme BK. 371/1 gereği ölüm ile sona ermiştir. (fesh edilmiştir.) Bundan sonra ölen yüklenicinin mirasçısı oğlu Ö. Bumin ile arsa sahipleri arasında 12/10/1971 tarihli sözleşmenin yapılmış olması da miras bırakan ile yapılan sözleşmenin hukuken son bulunduğu görüşünü teyit etmektedir.” (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-1975-3149.htm&kw=`1975/3149`&cr=yargitay#fm>) (E.T.22.03.2021).

Yüklenicinin vefatı veya kişisel yeteneğini kaybetmesi neticesinde sözleşmenin varlığına ilişkin düzenleme (TBK m.486) tüzel kişiler açısından da uygulanabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici tüzel kişi de olabilir. Bu durumda tüzel kişilik, bünyesinde yapıyı bizzat yönetimi altında yaptırma yükümlülüğü altında ise borçlanılan edim yetkili organlarca yerine getirilir. Ancak tüzel kişilik içerisinde gerek yönetimde gerekse paydaşlarda değişiklik olursa, sözleşmenin geleceği somut duruma göre değişkenlik gösterecektir³³⁹.

TBK m.486 uygulamasına göre yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği durumda ölmesi veya inşa faaliyetini devam ettirme yeteneğinin kaybetmiş olması halinde imkânsızlık söz konusu olacaktır. Ancak önemli bir nokta var ki yüklenicinin kusurunun bulunmaması gerekir. Yükleniciden kaynaklanan imkânsızlık nedeni iş gücü kaybı, ekonomik durumlardan kaynaklı iş görme potansiyelinin kaybı vs. olabilir³⁴⁰. Ayrıca bahsi geçen yetersizlik sözleşme kurulduğu sırada objektif olmalı ve süreklilik göstermelidir.

3. YÜKLENİCİNİN TESLİM BORCUNU YERİNE GETİRMEMİŞ OLMASI

Yüklenicinin asli edim borcu olan teslim, sözleşme konusu inşaatın tamamlanmasını ve ayrıca arsa sahibinin bağımsız bölümler üzerindeki fiili hâkimiyetinin kurulmasını ifade etmektedir. Yüklenicinin iş görme edimi yapının inşa edilmesini kapsamaktadır. İnşaatın tamamlanmış olmasından kasıt arsa sahibine teslimi kararlaştırılan bağımsız bölümlerle birlikte bağımsız bölümlere ait ortak kullanım alanlarının da tamamlanmış olmasıdır.

Arsa sahibi sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde tamamlanmamış eseri teslim almaya zorlanamayacağı gibi, üstlenilen edim borcu ifa edilinceye kadar arsa sahibinin talebi devam eder. Sözleşme kapsamında yapılması kararlaştırılan işler bitirildiğinde eser tamamlanmış olur. Bu doğrultuda inşaat projeye uygun olarak gerçekleştirilmeli ve kullanım amacına hizmet edecek şekilde eksiklikler giderilmelidir³⁴¹.

Arsa sahibinin yükleniciye devrettiği arsa payı üzerinde gerçekleştirilen inşaat faaliyetinde bağımsız bölümlerin tesliminin yerini, yüklenici tarafından yapının tamamlandığına ilişkin açık veya örtülü bildirim alır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşme konusu, arsa sahibinin arsasında yapılan inşa faaliyeti olup,

³³⁹ Kurt, s.138; Atabekoğlu, s.107 vd.; Güleç, s.92; Doğan, s.79.

³⁴⁰ Bilge, s.174; Güleç, s.92; Buz, İmkânsızlık, s.35 vd.; Öz, Dönme, s.162; Arıkan, s.281; Altaş, s. 205 vd.; Şahin, s.158; Kurt, s.139; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s.260; Güleç, s.93.

³⁴¹ Uygur, Turgut; Açıklamalı- İcraatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2003, s.636; Tandoğan, II, s.125; Yener, s.23.

edimin ifası, bağımsız bölümlerin teslim hazırlanması ve arsa sahibinin kullanımına terk edilmesiyle tamamlanır³⁴². Zira doktrinde yer alan bir görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapı arsa sahibinin arsa payının üzerine yapıldığından yüklenicinin yapının inşasını tamamlayıp arsa sahibinin kullanımına terk etmesi halinde ifa borcunu yerine getirmiş sayılır³⁴³. Ancak arsa sahibi yapının inşasının bittiğini bilecek durumda değilse, yüklenicinin bildirimde bulunması gerekmektedir³⁴⁴. Yüklenici bildirimde bulunmamışsa sözleşme ile üstlendiği edim borcu yerine getirilmemiş sayılacaktır. Yüklenici, yapının inşasının bittiğini anlayacak durumda ise, tamamlanan yapı arsa sahibinin tasarrufundaysa, bu durumda ayrıca bildirim yapılmasına gerek yoktur³⁴⁵.

Arsa sahibine teslimin yapılmış olması için yüklenicinin üzerine aldığı bütün işleri kararlaştırıldığı şekilde eksiksiz tamamlaması gerekir. Arsa sahibinin henüz tamamlanmamış yapı üzerinde tasarruf yetkisini kullanması, yükleniciyi teslim borcundan kurtarmaz. Arsa sahibi meydana getirilen eserdeki eksikliklerin yerine getirilmesini ihtirazi kayıt gereksiz zaman aşımı süresi içerisinde her zaman isteyebilir³⁴⁶. Aksi hale eksik ifa söz konusu olacağından, teslim borcu yerine getirilmemiş kabul edilir. Zira arsa sahibi eksik ifayı kabul ederse yüklenici borcundan kurtulur³⁴⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşası kararlaştırılan yapıda teslim aşamasında mevcut olan eksikliğin önemsiz, az veya katlanılabilecek oranda olması halinde arsa sahibinin teslim almaya yanaşmaması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz³⁴⁸. Bu durum, yüklenicinin edim borcunu yerine getirmediği anlamını taşımaz ve arsa sahibine de tesellümden kaçınma hakkını doğurmaz.

³⁴² **Erman**, Arsa Payı, s.24; **Dayınlarlı**, s.51; **Tandoğan**, II, s.125; **Öz**, Eser, s.168; **Yener**, s.24.

³⁴³ **Erman**, Arsa Payı, s.65; **Bilge**, s.35 vd.; **Şahin**, s.166; **Yener**, Temerrüt; s.24; **Öz**, Dönme, s.168, **Doğan**, s.82.

³⁴⁴ **Seliçi**, s.35 vd; **Tandoğan**, II, s.125; **Dayınlarlı**, s.51.

³⁴⁵ **Tandoğan**, II, s.125; **Erman**, Arsa Payı, s.65; **Yener**, s.24; **Seliçi**, s.37.

³⁴⁶ Yargıtay 15. HD. 17.07.2005 tarih ve 2004/5809 E. - 2005/4306 K. : “..Mahkemece eserdeki noksanlıklar olarak nitelendirilmiş ve davacı arsa sahibinin süresinde muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu suretle eseri zımnen kabul ettiği, eserin kabulü ile davalı yüklenicinin her türlü sorumluluktan kurtulduğu gerekçesi ile dava ret edilmiştir. Davada talep edilen alacak kalemi nitelik ve niceliği itibarıyla olmayıp tir. Eserdeki noksanlıkların bedeli, teslimde ihtirazi kayda gerek olmaksızın zaman aşımı süresi içinde her zaman istenebilir. Mahkemenin bu yöne ilişkin ret gerekçesi de isabetli bulunmamıştır...”
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=4148#>
(E.T. 23.03.2021).

³⁴⁷ **Ayan**, s.154; **Demir**, s.69; **Öz**, İnşaat, s.145 vd.; **Şahin**, s.166 vd.; **Altınkan**, s.139; **Erman**, Arsa Payı, s.73 vd.; **Kurt**, s.141; **Ergezen**, s.100 vd.; **Yener**, Temerrüt, s.24 vd.; **Atabekoğlu**, s.117; **Karadaş**, s.165.

³⁴⁸ **Tandoğan**, II, s.126.

Yüklenicinin temerrüdünden bahsedebilmek için gerekli şartlardan diğeri de teslim borcunun muaccel hale gelmesine rağmen ifanın gerçekleştirilmemiş olmasıdır³⁴⁹. Hukuken niteliği maddi fiil olan teslimin gerçekleştiğinin ispatı yüklenici tarafından yerine getirilmelidir³⁵⁰. Yapının tamamlanmış olmasına rağmen teslim edilememesi ve tamamlanamaması yüklenicinin temerrüdüne neden olmasına rağmen, neticede farklı sonuçlar doğmaktadır. Yüklenicinin yapının inşasını tamamlayamaması halinde temerrüt hali söz konusu olup, arsa sahibi bu kapsamda seçimlik haklarını kullanabilir. Buna karşılık yüklenicinin tamamlamış olduğu yapıyı teslim etmemesi halinde temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibinin aynen ifa yerine seçimlik hakları kullanması dürüstlük ve iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacaktır³⁵¹.

Yüklenici borcundan kurtulmak için, yapının inşasına dair tüm işlerini bitirmiş olsa dahi teslim borcuna ek olarak kararlaştırılan borçları da yerine getirmiş olmalıdır. Uygulamada genellikle İmar Kanunu kapsamına uygun yapı kullanım izni alınması yükleniciye bırakılmıştır. Bu halde edimin ifasının gerçekleşmesi, yüklenicinin yapı kullanım izni alınması şartına bağlanmıştır³⁵². Bahsi geçen sözleşmede kararlaştırılan yüklenicinin ek birtakım borçlar yerine getirilmedikçe, teslim gerçekleşmediğinden yüklenicinin temerrüde düşürülmesi söz konusu olur³⁵³. Bunun dışında yüklenici bu ek borçları yerine getirmiş olmasına rağmen teslim edilen yapıda kullanıma ve yararlanmaya önemli ölçüde engel teşkil edecek araç, gereç ve sair eşyayı yapıda bırakmışsa ifa yerine getirilmemiş kabul edilir³⁵⁴.

³⁴⁹ **Ayan**, s.154; **Demir**, s.69; **Buz**, Dönme, s.100; **Altınkan**, s.139; **Büyükkay**, s.200; **Kurt**, s.141; **Şahin**, s.166; **Öz**, İnşaat, s.144; **Erman**, s.73.

³⁵⁰ **Şahin**, s.76; **Gümüş**, s.28; **Zevkliler/Gökyayla**, s.477; Y.15. HD. 30.05.2013 T., 2012/5906 E., 2013/3519 K., (Kırmızı, s.478); **Doğan**, s.81.

³⁵¹ **Öz**, Dönme, s.168; **Ayan**, s.155; **Yakuppur**, s.83; **Şahin**, s.166 vd.; **Yener**, Temerrüt, s.23 vd.; **Erman**, Arsa Payı, s.72; **Altınkan**, s.139 vd.; **Bilge**, s.36; **Eren**, İnşaat, s.72 **Kurt**, s.141.

³⁵² **Seliçi**, s.42; **Dayınlırlı**, s.51; **Erman**, Arsa Payı, s.66.

³⁵³ **Erman**, Arsa Payı, s.67; **Bilge**, s.36; **Yener**, Temerrüt, s.27; **Kurt**, s.82; **Baygın**, s.191; **Şahin**, s.167; **Öz**, Dönme, s.169; **Öz**, İnşaat, s.130; **Doğan**, s.82; **Atabekoğlu**, s.118; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.27; **Kırmızı**, s.473; Yargıtay 15. HD. 17.05.2012 tarih ve 2011/2334 E. - 2012/3573 K. “..Eser sözleşmesine dayanan ilişkilerde eserin teslim edildiğini kanıtlama yükümlülüğü yüklenicidedir. Davalı yüklenici *Haşim A. Tarafından davacılar a ait işyerinin teslim edildiğine ilişkin bir belge dosyaya konulmamıştır. İskân ruhsatının da alınmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece teslim tarihi olarak kabul edilen 24.08.2005 tarihi kat irtifakının kurulduğu tarihtir. Kat irtifakının kurulması davacıya ait işyerinin teslimi olarak kabul edilemez.*” (**Kırmızı**, s.473 vd.).

³⁵⁴ **Erman**, Arsa Payı, s.67; **Bilge**, s.36; **Yener**, Temerrüt, s.27; **Kurt**, s.82; **Baygın**, s.191; **Şahin**, s.167; **Öz**, Dönme, s.169; **Öz**, İnşaat, s.130; **Atabekoğlu**, s.118; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.27.

4. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDE DÜŞMESİNDE HAKLI NEDENİN BULUNMAMASI

Yüklenicinin ifasını geciktirmesinde kusuru şart olmasa da, ifada gecikmenin yüklenicinin objektif teslim yükümlülüğüne aykırı olmasıyla neticesinde ortaya çıkan temerrüt hali borca aykırı davranış olarak kabul edilir³⁵⁵. Yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin ifa edilmemesi haklı bir sebebe dayanmıyorsa temerrüt hükümleri uygulanmayacağı gibi diğer taraftan haklı bir nedenin mevcut olması halinde temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Yüklenicinin temerrüde düşmesinde kusurlu olması şart değildir. Yüklenicinin edimini ifa etmemesi objektif borca aykırı davranış olarak belirlenmesi halinde teslim yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır³⁵⁶.

Yüklenicinin edimin ifasında temerrüdü TBK m.473/I hükmünde düzenlenmiştir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "*Akit Dairesinde İşe Başlama ve İcra*" başlıklı 358/I maddesinde yer alan "*iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teehhür*" ifadesi, 6098 sayılı TBK'nın m. 473/I ile "*İş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden*" şeklinde değiştirilmiştir. Doktrindeki görüşe göre Mülga 818 sayılı BK m.358/I hükmünden anlaşılması lazım gelen, arsa sahibine isnat edilebilecek nedenlerdir³⁵⁷. Yüklenicinin temerrüdüne neden olan gecikme yükleniciye isnat edilebilecek nedenlerle doğmuşsa, yüklenicinin kusuru gündem dışı kalacak ve TBK m.473/I hükmünden yararlanılamayacaktır³⁵⁸.

TBK m. 473 amir hükmü gereğince, sözleşme kapsamında arsa sahibinin kendisine ait bir yükümlülüğü yerine getirmemesi ve bu nedenle borcunu ifa edemez duruma gelmesi halinde yüklenicinin teslimden kaçınma hakkı şekle uygun ise diğer tüm şartlar mevcut olsa bile yüklenicinin temerrüdü söz konusu olmaz. Yüklenici eseri teslim borcunu arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle yerine getiremediği durumda temerrütten kurutulur ancak bunu ispatlamakla yükümlü olur. Yüklenicinin temerrüdünü engelleyen durumlara örnek vermek gerekirse; iş sahibinin zorunlu birtakım faaliyetlere katılmaktan kaçınması, sözleşmeye konu bağımsız bölümlerin teslimünden kaçınması, temin edilmesi gereken malzemenin sağlanamaması, arsanın geç teslim edilmesi, inşaa faaliyetinin yürütülmesinde

³⁵⁵ Aral, s.355,359; Tandoğan, II, s.131; Duman, Hasan; Açıklamalı- İçtihatlı İnşaat Hukuku, İstanbul 2006, s.322; Gauch, N, s.676; Dayınlı, s.113; Yener, s.29.

³⁵⁶ Altınkan, s. 143-144; Gökayla, s. 198; Kurt, s. 141-142; Yener, Temerrüt, s. 29; Ayan, s. 168; Şahin, s. 178.

³⁵⁷ Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.81; Dayınlı, s.115; Tandoğan, II, s.136.

³⁵⁸ Tandoğan, II, s.130; Erman, Arsa Payı, s.72; Dayınlı, s.59.

gerekli olan projelerin teslim edilmemesi vs. olarak sayılabilir. Yapının inşasına ait projede emredici kanuni düzenlemelere aykırılıkların bulunması durumunda taraflar anlaşmışsa³⁵⁹ veya sözleşme konusu arsa payı üzerinde inşa faaliyetinin durmasına neden olacak ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması³⁶⁰ halinde ek süre verilmesi gerekli olup, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde ilişkin sorumlu tutulması mümkün değildir³⁶¹. Ayrıca arsa sahibi bağımsız bölümlerin tesliminde temerrüde düşmüş ise, yüklenicinin teslim yükümlülüğüne aykırı bir durum gündeme gelmez³⁶².

Yükleniciye ait teslim borcunun yerine getirilmesinde gecikmeye yol açacak haklı bir sebebin bulunması halinde, sözleşmede aksi bir hüküm belirtilmemişse ve eserin meydana getirilmesi mümkün ise, teslim süresi tarafların iradeleri doğrultusunda haklı gecikme süresi kadar uzatılabilir³⁶³. Arsa sahibinden kaynaklanmayan beklenmeyen bir hal veya olağanüstü durum sebebiyle gecikme meydana gelmesi neticesinde iş aşırı güçleştiği takdirde, yüklenici süre uzatımı talep edebilme hakkına sahiptir³⁶⁴. Ayrıca yüklenici ödemezlik def'i ve zamanaşımı itirazını ileri sürerek edimin ifasından kaçınmışsa,

³⁵⁹ Yargıtay HGK'nın 07.06.1995 tarih ve 1995/2-349 E. - 1995/600 E. sayılı kararı: “İleride daire adetlerinde çoğalma olduğu takdirde bunlardan yüklenicinin yararlanacağına... ilişkin hükümden maksadın ancak inşaattaki imar mevzuatına uygun fazlalıklar olabileceği düşünülerek, şayet inşaatta tadilat projesi düzenlenmesi yoluyla giderilemeyecek imara aykırılıklar varsa bunların nasıl projeye uygun hale getirilebileceği ve süresi bilirkişilerce belirlenip, bu işler tamamlanmak üzere yükleniciye makul bir süre tanımalı, diğer yandan arsa sahiplerince aynı hak talebiyle açılan ve kesinleşmeyen davanın eldeki davayı etkileyeceği de gözetilerek binanın protokolün 11. maddesi uyarınca iskân ruhsatı alınabilir hale gelmesinden sonra yüklenici talebi hakkında oluşacak sonuca uygun, bir karar verilmelidir.” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-1995-2-349.htm&kw=`1995/2-349`+`1995/600`&cr=yargitay#fm> (E.T. 26.03.2021).

³⁶⁰ Yargıtay 23. HD 01.11.2013 tarih ve 2013/3425 E. - 2013/6689 K. : “..Yukarıda izah edilen vakıalar çerçevesinde, işin süresinin 16.07.2006 tarihinde başladığı ancak 23.07.2007 ila 12.12.2007 tarihleri arasındaki dönem için, sözü edilen ve arsa sahiplerinden kaynaklanan sebeple taşınmazın konulan ihtiyati tedbir kararı ve böylece taşınmazın hukuki ayıplı hale gelmesi nedeniyle, işin süresinin bu dönem boyunca uzatılması gereklidir...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=23hd-2013-3425.htm&kw=`2013/3425.`+K.+`2013/6689`&cr=yargitay#fm> (E.T. 26.03.2021); Yargıtay 23. HD. 20.09.2017 tarih ve 2015/3768 E. - 2017/2244 K.: “..Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine taşınmazın davalıya tesliminden sonra işin devamı sırasında alınan bir ihtiyati tedbir kararıyla taşınmazın üçüncü kişilere devri yasaklanmış daha sonra aynı mahkemece kat irtifakı kurulmasına izin verilmiş, bu süre zarfı içerisinde taşınmazın hukuki olarak ayıplı hale gelmesi sebebiyle işin süresinin bu dönem boyunca uzatılması gerektiği gerekçesiyle, Dairemizce bozulmuştur...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=23hd-2015-3768.htm&kw=ARSA+PAYI++%C4%B0HT%C4%B0YAT%C4%B0+TEDB%C4%B0R+UZATILMASI&cr=yargitay#fm> (E.T. 26.03.2021).

³⁶¹ **Atamulu**, s. 107 vd.; **Kurt**, s. 103 ve s. 117; **Büyükay**, s. 193 vd.

³⁶² **Tandoğan**, II, s.131; **Aral**, s.359.

³⁶³ **Tandoğan**, II, s.131; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.67; **Aral**, s.359; **Gauch**, N. s.682; **Dayınlarlı**, s.50, 115; **Öz**, Eser, s.172.

³⁶⁴ **Tandoğan**, II, s.130; **Tunçomağ**, Kenan; Borçlar Hukuku- Öze Borç İlişkiler, C.II, İstanbul, 1977, s.1009; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.69.

neticesinde temerrüde düşmeyebilir. TBK m. 479'a göre arsa sahibinin bedel ödeme borcu eserin teslim anında muaccel hale gelmekte olup, bu kural kesin nitelikte emredici değildir.

Arsa sahibinin edimini yerine getirmediği yönünde def'i ileri sürebilmesi için yüklenicinin sözleşmede belirtilen işin tamamlanıp yapıyı teslim hazır halde bulundurması gerekir. Şöyle ki; sözleşme kapsamına göre arsa sahibinin borcunu eserin tesliminden önce ödemesi kararlaştırılmışsa, yüklenici arsa paylarının kendisine devredilmediği durumda ediminin ifasından kaçınabilir (TBK m97). Diğer taraftan yüklenici işi sözleşmede kararlaştırılan şekilde ve sürede tamamladığında arsa sahibinin borcunu ödemekten imtina etmesi halinde yüklenici teslimden kaçınabilir³⁶⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapının inşasının tamamlanmasında yaşanan gecikmeler bazen yükleniciye isnat edilemediği gibi arsa sahibine karşı da isnat edilemeyebilir. Yüklenicinin sahip olduğu imkân dışında kendisi tarafından önlenemeyecek sorunların varlığı, gecikmede haklı sebep teşkil edecek doğal afet vb. olaylar, inşaatın buna benzer olaylar sonucu yok olması edim borcuna aykırılığı ve temerrüdü önlemektedir³⁶⁶. Bu tür durumlarda yüklenicinin ek süre talep hakkı olduğu gibi tarafların açık irade beyanları aranmaksızın iyiniyet kurallarına göre mevcut iradesinden çıkarım yapılabilir³⁶⁷.

Sözleşmenin ifası, geçici olarak objektif imkânsız hale geldiğinde bu durum, vadenin uzatılması nedenidir. Öyle ki, geçici objektif imkânsızlık hali sözleşme kurulduktan sonra inşaatın durdurulması ile başlar ancak örneğin idarenin kararının mahkeme kanalıyla kaldırılması ile son bularak eserin ifası mümkün hale gelebilir. Bu durumda idare mahkemesi kararı kesinleşinceye kadar yüklenicinin temerrüdü söz konusu olmaz. Geçici imkânsızlık halinde tarafların arada geçen süreyi beklemeksizin sözleşmeden dönmesi dürüstlük kuralları ve ahde vefa ilkesine ters düşer³⁶⁸.

³⁶⁵ Şahin, s.198.

³⁶⁶ Duman, s.322.

³⁶⁷ Erman, s.72; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.81; Gautschi, s.366, N.4; Yargıtay 15. HD. 04.03.2003 tarih ve 2003/4736 E. - 2003/1044 K. : “Mahkemece; mevcut imalatlara göre eserin bütünüün getirildiği seviye saptanmalı, yetkili idari merciden 17.08.1999 günlü deprem nedeniyle ne gibi işlem yapıldığı, bu işlemlerin genel inşaat işlerindeki süreyi ne kadar ve nasıl etkilediği sorulmalı, bilirkişilere tüm bu araştırma sonucu eserin teslim tarihinin ne olacağı, kalan süreyi göre eserin artık zamanında bitirilip bitirilemeyeceği BK, nun 358. maddesi çerçevesinde incelettiler bir hükme varılmalıdır.” (Karataş, s.109); Yargıtay 15. HD. 27.01.1992 tarih ve 1992/3263 E. - 1992/215: “..Yüklenicinin bir kusuru olmadan, başvurusuna makul bir sürede idari işlemler nedeniyle ruhsat verilmemiş ise ve 13 nolu dairede yapılan lüks ve sözleşme dışı işler süre uzatımını gerektiriyor ise, bu gecikmelerden yüklenici sorumlu tutulamaz..” (Karataş, s.112).

³⁶⁸ Dayınlarlı, s.110.

5. ARSA SAHİBİ TARAFINDAN İHTAR ÇEKİLMİŞ OLMASI VEYA İHTARIN YERİNİ TUTAN BİR HAL BULUNMASI

a. İhtar

TBK m.117’de yer alan düzenlemeye göre muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşecektir. İhtarın hukuki niteliği, borçluya ait edimin ifasını sağlamak üzere yöneltilen tek taraflı irade beyanıdır³⁶⁹. Bu doğrultuda alacaklı ifayı talep iradesi ile çekeceği ihtarda borcu açıkça belirtmeli, ifayı kabule hazır olduğu bildirmeli aksi durumda akde aykırılık gündeme geleceği bildirilmelidir³⁷⁰.

Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlarda da görüleceği üzere “6098 Sayılı Yasa’nın 117. maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu ancak alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur..”³⁷¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ihtar; arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin yükleniciden talebine yönelik beyanıdır. Sözleşmede, ihtarın belli bir şekil şartı ile yapılması kararlaştırılabileceği gibi taraflar sözleşmede belli bir şekil şartı kararlaştırmamışlarsa ihtar zımnen veya sözlü olarak çekilebilir³⁷². İspatın kolaylığı açısından bu tip sözleşmelerde ihtar noter kanalı ile yazılı olarak yapılmalıdır.³⁷³ İhtar ile hedeflenen alacaklının ifayı talep etme iradesinin borçlu tarafa ulaşmasıdır. İhtarda yüklenicinin temerrüde düşeceği, ceza koşulunun işleyeceği, bundan dolayı sorumlu olacağı veya dava yoluna gidileceği yönünde bir beyan bulunması zorunlu değildir.

İhtar hukuki işlem olmayıp, hukuki işlem benzeri irade beyanıdır³⁷⁴. Bu nedenle ihtar için zorunlu ispat şekli bulunmamaktadır. İspat kolaylığı sağlaması bakımından uygulamada noter aracılığıyla yapılmaktayken telgraf, fax, mail, taahhütlü hatta sözlü olarak da yapılması mümkündür. Taraflar sözleşme içerisinde ihtar şeklini serbestçe kararlaştırabilirler. Diğer

³⁶⁹ Oğuzman/Öz, C.I, s.457.

³⁷⁰ Eren, s.1116; Uygur, s.282.

³⁷¹ Yargıtay 3. HD. 28.01.2021 tarih ve 2020/4423 E, 2021/604 K. : “...6098 Sayılı Yasa’nın 117. maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu ancak alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Muaccel hale gelmiş bir borçtan dolayı alacaklının herhangi bir ihtarı yok ise anılan Yasa maddesi uyarınca faize ancak dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Dava konusu olayda davacı, davalıya yazdığı 16.05.2011 tarihli yazı ile dava konusu bedelin 10 gün içinde ödenmesini istemiş, söz konusu yazıya davalı 27.05.2011 tarihinde cevap vermiştir. Bu durumda söz konusu yazıdan davalının cevap verdiği tarihten itibaren 10 gün olan sürenin bitiminde temerrüdün gerçekleştiğinin kabulü gerekir...”
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2020-4423.htm&kw=`alacaklı%C4%B1++usul%C3%BCne+uygun+ihtar+temerr%C3%BCt&cr=yargitay#fm> (E.T. 27.03.2021).

³⁷² Demir, s.216.

³⁷³ Kurt, s.175.

³⁷⁴ Öz, İnşaat, s.151; Antalya, s.418; Dirican, s.43.

taaftan TTK m.18/3³⁷⁵ gereği tacirler arasındaki ihtarın noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması emredici kuraldır.

İhtar ile borçluya borcun ifası için süre tanınmamış ise ihtar borçluya ulaşma anında veya borçlunun ihtarını öğrenme imkânı doğduğu anda hüküm ve sonuç doğurur. Diğer taraftan borçluya ihtar ile süre tanınmış ancak bu sürenin sonunda borca aykırılık hali hala mevcut ise o zaman temerrüt söz konusu olacaktır.³⁷⁶

İhtar hukuki işlem benzeri işlem olduğundan hukuki işlemlere ait kurallar ihtar için de kıyasen uygulanabilmektedir. Örneğın hukuki işlemlerin geçerliliği için aranan koşullardan ehliyet ihtar için de geçerlidir. Dolayısıyla hukuki işlem ehliyetine sahip olamayan, temyiz kudreti haiz bulunmayan kişilerin çektiği ihtarların hukuki sonuç doğurması da beklenemez. Çekilen ihtarın hukuksal alanda sonuç doğurabilmesi için keşidecisinin temyiz kudretine haiz olması yeterli olup, kişinin ergin olması aranmaz. Ayrıca ihtar alacaklı tarafından bizzat yapılabileceği gibi, temsilcisi tarafından da borçluya veya onun temsilcisine yapılabilir.

b. İhtara Gerek Olmayan Haller

TBK m. 117'de³⁷⁷ borçlunun temerrüt koşulları açıkça belirtilmiş olup, madde hükmünden de görüleceği üzere borca aykırılık durumunda borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar çekilmesine gerek yoktur. Şöyle ki;

Taraflar sözleşme kapsamında teslim tarihini kararlaştırmışsa ihtara gerek yoktur. Ancak sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi belirli bir günü işaret etmiyorsa yahut vade hesaplanamıyorsa ihtar çekilmesi gerekmektedir. Teslim vadesi başlangıç tarihi belli olmayan belirli bir olaya bağlanmışsa bu halde başlangıç tarihi açık olmadığından yüklenici ancak ihtar çekilerek temerrüde düşürülebilir. Tarafların kararlaştırdıkları kesin vade haklı bir sebeple uzaması halinde yeni bir vade için anlaşılmamışsa yine ihtar çekilmesi şarttır.

³⁷⁵ TTK m. 18/3 : "...Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır..."

³⁷⁶ Kurt, s.175.

³⁷⁷ TBK m.117 : "Muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır."

Bazı hallerde ise ihtarın çekilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğinden bu durumlarda da ihtar zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin yüklenici teslim borcunu yerine getiremeyeceğini açık bir şekilde arsa sahibine bildirmiş olmasına rağmen yine ihtar çekilmesine gerek yoktur. İhtarın amacı ifa talebini karşı tarafa ulaştırmak olduğundan ifa edilemeyeceği bildirilen borç için tekrar ihtar çekilmesi gereksiz olacaktır.

TBK m.175/I'de “*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır...*” hükmü yer almakta olup, buna göre borçlunun temerrüde düşmesi için gerekli olan ihtar koşulunun gerçekleşmesine kasten engel olursa, ihtar çekilmiş sayılacaktır³⁷⁸.

Bazı uzmanlık gerektiren işlerde iş sahibinin işin bitiş süresini bilmesi beklenemeyeceğinden ihtar koşulu aranmamaktadır³⁷⁹. Diğer taraftan TBK m.117'de yer verilen ihtar koşulu emredici hüküm olmayıp, aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkündür³⁸⁰. İfa edilmemiş muaccel borç için ihtarla gerek olmaksızın yüklenicinin temerrüde düşeceği sözleşmede kararlaştırılabilir.

c. Arsa Sahibinin İhtarda Bulunması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde TBK m.117/I hükmü uyarınca yüklenicinin temerrüde düşebilmesi için arsa sahibinin temerrüt ihtarını gerekliiyken, yüklenici zamanı açıkça belirlenmiş olan teslim borcunu yerine getirmediği takdirde ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşer. Arsa sahibi çekeceği ihtar ile yükleniciye edimin ifasında geciktiği ve ifanın yerine getirilmesi için belli bir süre tanındığı bildirilir³⁸¹. Ayrıca sözleşme ile saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun olarak bildirimde bulunması neticesinde teslimin gerçekleşeceği kararlaştırılmışsa yine ihtar çekilmeksizin kararlaştırılan günde yüklenici temerrüde düşecektir³⁸². Arsa sahibi, kararlaştırılan ifa tarihinden önce

³⁷⁸ Yılmaz, s.43.

³⁷⁹ Oğuzman/Öz, s.465.

³⁸⁰ Antalya, s.426; Kılıçoğlu, s.865.

³⁸¹ Altınkan, s. 141; Ayan, s. 160; Eren, Genel, s. 1093; Kılıçoğlu, Genel, s. 660; Kurt, s. 173; Oğuzman/Öz, s. 474 vd.; Öz, İnşaat, s. 150; Reisoğlu, s. 370; Yakuppur, s. 77; Yener, Temerrüt, s. 32; Öz, Dönme, s. 173; Buz, Dönme, s. 101-102; Şahin, s. 169.

³⁸² Antalya, s.473; Yavuz, s.103; Aral, s.347; Yargıtay 3. HD. 09.12.2020 tarih ve 2020/4306 E. - 2020/7532 K. : “..Hakediş raporları, ihale dokümanında öngörülen ilerleme yüzdeleri üzerinden, bu Sözleşmenin eki olan yapım İşleri Genel Şartnamesinde düzenlenen esaslar çerçevesinde, kanuni kesintiler de yapılarak 30 günde bir düzenlenir ve idarece onaylandıktan sonra 30 gün içinde tahakkuka bağlanarak on beş gün içinde ödenir.-şeklinde olup, o halde borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş olduğundan borçlunun mütemerrit olması için alacaklının ihtarına lüzum yoktur..”
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2020-4306.htm&kw=`alacakl%C4%B1++usul%C3%BCne+uygun+ihtar+temerr%C3%BCt&cr=yargitay#fm> (E.T. 27.03.2021); Yargıtay HGK 01.05.1989 tarih ve 2012/1493 E., 2013/731 K. Sayılı kararı ile: “Taraflar

iharda bulunmuşsa bu ihtar kural olarak geçersiz sayılır. Ancak ihtarın ilerisi için geçerli olacağı bildirilmiş ise zamanı geldiğinde borç ifa edilmediği takdirde borçluyu temerrüde düşürmek için tekrar ihtar çekilmesine gerek yoktur³⁸³.

Diğer taraftan arsa sahibi, yükleniciye süre tanıyarak teslim zamanı gelmiş olan borcun yerine getirilmesini süre tanıyarak isteyebilir. Yükleniciye verilecek süre dürüstlük kuralı ve somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak belirlenir³⁸⁴. Yüklenici kendisine tanınan sürenin uygun olmadığı düşüncesinde ise bunu arsa sahibine derhal bildirmeli, sürenin yetersiz olduğu anlaşıldığında uzatılmasını talep etmelidir³⁸⁵. Yükleniciye verilen süre içerisinde borcun ifası sağlanamazsa, arsa sahibi TBK m.125’de³⁸⁶ belirtilen seçimlik haklarını kullanabilir.

Yüklenicinin temerrüdü üzerine talep edilebilecek aynen ifa ve gecikme faizi dışındaki seçimlik hakların kullanılabilmesi için TBK m.123’te yer alan düzenleme uyarınca yükleniciye yeterli bir ek süre verilmelidir. Süre verilmediği takdirde arsa sahibi seçimlik haklarından yalnızca aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilecektir³⁸⁷. Aynen ifa için yükleniciye ek süre verilmesi temerrüt ihtarını ile yapılabileceği gibi hakime de tayin ettirilebilir. Verilen ek süre, normal şartlarda ifanın gerçekleşmesi için yeterli ve gerekli makul süredir. İş sahibinin verdiği sürenin işin tamamlanması için uygun olmaması halinde yüklenici sürenin uygun olmadığını derhal arsa sahibine bildirmelidir³⁸⁸.

arasındaki sözleşmenin -teslim süresi- başlıklı bölümünde, teslim süresi, sözleşme tarihinden (13.05.2008) itibaren kırk beş (45) gün olarak kararlaştırılmıştır. Buna göre, 26.06.2008 tarihi teslim tarihi olup; vade kesin olduğundan, BK'nun 106/I.maddesi gereğince, alacaklı tarafından yükleniciye kural olarak, bir süre verilmesine gerek yoktur.” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T.03.04.2021).

³⁸³ **Öz**, Eser, s.174; **Dayınlı**, s.62; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s.364; **Oğuzman/Öz**, s.298; **Tandoğan, Haluk**; Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ankara, 1961, s.471.

³⁸⁴ **Altınkan**, s. 142-143; **Dayınlı**, 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.

³⁸⁵ **Dayınlı**, 89; **Öz**, İnşaat, s. 176; **Yener**, Temerrüt, s. 35.

³⁸⁶ TBK m.125 : “*Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.*”

³⁸⁷ **Dayınlı**, s.62; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s.377; **Tandoğan**; Türk Mes’uliyet, s.495; **Önen**, s.207,

³⁸⁸ **Dayınlı**, s.89; **Oğuzman/Öz**, s.302; **Öz**, Eser, S.176; **Tandoğan**; Türk Mes’uliyet, s.496.

Bazı durumlarda ise arsa sahibi yükleniciye süre vermeksizin temerrütten doğan haklarını kullanabilir. Süre verilmesini gerektirmeyen durumlar TBK m.124'te ele alınmıştır. Madde hükmüne göre;

“1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa,

2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa,

3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa” arsa sahibinin süre vermesine gerek olmadan temerrütten doğan haklarını kullanabilmesi mümkündür.

Arsa sahibinin yapacağı ihtar yükleniciden teslim borcunun yerine getirilmesini içermelidir. Bunun dışında ihtarın içeriğinde arsa payı karşılığı sözleşmeye uygun olmayan bir edim bulunması halinde yüklenici bunu kabul ettiği miktarla sorumlu olur. Rıza göstermediği miktardan temerrüde düşmez³⁸⁹.

Arsa sahibinin ihtar ile amaçlanan, edimin muaccel hale geldiğinin ve artık ifa edilmesini talep hakkı doğduğunun ve sonuç olarak yükleniciye temerrüde düştüğünün bildirilmesidir. Yapılan bildirim arsa sahibinin artık temerrütten doğan haklarını kullanılacağı ve edimin ifasını için son bir uyarı niteliği taşıması açısından önemlidir³⁹⁰.

d. Yüklenicinin Kusurunun Temerrüde Etkisi

TBK m.119'da belirtildiği üzere borçlu, temerrüde düşmesi halinde “beklenmeyen hal nedeniyle doğacak zarardan” sorumludur. Borçlu temerrüde düştüğü andan itibaren kusuru olmaksızın ortaya çıkan ifayı imkânsız hale getiren sebeplerden, sözleşme konusu olan şeyin kaybolmasından, telef olmasından, bozulmasından veya değer kaybına uğramasından sorumludur³⁹¹. Bu halde borçlu beklenilmeyen halden dolayı temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispatlarsa sorumluluğu ortadan kalkar. Ayrıca, borçlunun temerrüde düşmede kusuru bulunsa da ifa zamanında yerine getirilseydi beklenilmeyen halin alacaklının zararına neden olacağı ispat edilirse borçlunun sorumluluğu sona erecektir³⁹².

Tunçomağ, I, s.539; Duman, s.324.

³⁸⁹ **Oğuzman/Öz, s.461.**

³⁹⁰ **Dayınlarlı, s.63.**

³⁹¹ **Yener, s.37.**

³⁹² **Dayınlarlı, s.76; Oğuzman/Öz, s.376; Tunçomağ, I, s.527.**

Borçlunun kusurunun bulunmadığını ispat etmesi akdi feshedebilmesine engel olmayıp, bu durumda tazminat ödemekle sorumlu olur. Ödenecek olan tazminat türleri ise, ifa ile birlikte ödenen gecikme tazminatı, ifa yerine geçecek müspet zarar tazminatı veya sözleşme sona ermesi halinde menfi zarar tazminatıdır³⁹³. Borçlunun kusuru TBK m.112³⁹⁴ göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Borçlunun zamanında alması gereken tedbirleri ihmal etmesi kusur oluşturmaktadır³⁹⁵. Borçlu beklenilmeyen herhangi bir engelin doğabileceğini hesaba katmalı ve edimin yerine getirilmesinde gerekli ifa hazırlıklarını da son ana bırakmamalıdır. Borçlu ifa için sahip olduğu imkânları değerlendirmemesi veya ifa için gereken zamanı yanlış takdir etmesi veya yerine getirilmesi şüpheli ifanın kesin yerine getirileceğinin taahhüt etmesi borçlunun kusurlu olduğunu gösterir. Örneğin, kış aylarında yapımına başlanacak inşaata ilişkin sözleşmenin yaz ayında imzalandığı sırada kötü hava koşulları olabileceği hesaba katılarak teslim tarihinin belirlenmesinde fayda vardır³⁹⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, teslimin gecikmesinde kusursuz olduğunu ispatlayarak tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir³⁹⁷. Yüklenicinin ifanın öngörülen zamanında yerine getirilmesini engel olacak derecede kasten veya ihmali olarak gerekli tedbirleri almamasından dolayı hem kendi kusurundan hem de yardımcılarının kusurundan sorumludur³⁹⁸. Yüklenicinin ihmali hafif derecede olsa dahi sözleşmeden dönen arsa sahibi tazminat talep edebilecektir. Yüklenicinin hiçbir kusuru yoksa tazminat borcundan kurtulur. Mevcut kusurun ağırlığı ise sadece hükmedilecek miktarını etkiler. TBK m.114 kapsamında borçlu aleyhine hükmedilecek tazminat türü hesaplanırken işin niteliğine göre ve kusur derecesi dikkate alınmalıdır³⁹⁹. Borçlunun kusuru hafif de olsa olayın özelliğine göre zarardan daha az miktarda tazminata hükmedilebilir.

Borçlar Kanunu m.471’de yüklenicinin özen borcundan doğacak sorumluluğun belirlenmesinde “benzer alanlardaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı” esas alınacağı açıkça ele alınmıştır. Bahsi geçen maddede yüklenicinin örnek davranış ilkesine uygun olarak üstlendiği işte gerekli olacak donanım göz önünde bulundurularak kusur belirlenmesi yapılmaktadır.

³⁹³ **Oğuzman/Öz**, s.303; **Tandoğan**; Türk Mes’uliyet, s.480.

³⁹⁴ TBK m.112: “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”.

³⁹⁵ **Tunçomağ**, I, s.535.

³⁹⁶ **Tunçomağ**, I, s.535; **Yener**, s.38.

³⁹⁷ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 72; **Dayınlarlı**, s.73,94.

³⁹⁸ **Dayınlarlı**, s.78.

³⁹⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** s.591 vd.; **Nomer, H.N**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s.63 vd.; **Yener**, s.39.

Arsa payı karşılığı inşaat- sözleşmesi ile yüklenici kapsamlı bir işi üstlenirken bilgisi, uzmanlık alanı veya ekonomik durumunun bu işi eksiksiz şekilde karşılamaya yeter olup olmadığını değerlendirmelidir. Özel teknik bilgi gereken konularda da eserin yapılmasına ilişkin teknik bilgiyi yüklenicinin bildiği varsayılır. Yüklenicinin bilgi eksikliği nedeniyle hatalı iş ortaya koymuş olması veya işin yapılacağı yerdeki koşulların incelenmemesi nedeniyle aksaklıkların ortaya çıkmasını engelleyecek önlemleri almaması nedeniyle kusurlu olduğu kabul edilir. Yüklenici işi almadan önce projenin uygunluğunu, malzemelerin yeterliliğini, işin yapılacağı mahallin durumunu özen ve dikkat ile incelemelidir. Devamında da işin yapımı sırasında yüklenici özen borcuna sürekli olarak riayet etmeli ve sorunları hızlı bir şekilde çözüme kavuşturmalı, altında çalışan kişileri seçerken ve talimat verirken bilgi ve dikkatle ilerlemelidir.

Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcunu ifa ederken yardımcı kişilerin vermiş oldukları zararlardan dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu olur. Madde hükmünde;

“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” ifadelerine yer verilmiştir. Buna göre borçlunun, ifa yardımcılarının fiillerinden doğan zararları tazmin borcu bulunmadığını öne sürerek kurtulması mümkün değildir. Bazı durumlarda ağır kusursuz sorumluluk hali mevcut iken ifanın bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilseydi ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaksa, yardımcı kişi kullanılmış olması nedeniyle de sorumlu tutulması mümkün değildir. İfa yardımcısı dış etkenlerle ve objektif açıdan sorumlu bulunmuyorsa iş sahibinin de sorumlu olması mümkün değildir.

Eserin inşasında ifayı yerine getiren yardımcı kişiler yükleniciye hizmet sözleşmesi ile bağlı onun altında çalışan işçiler olabileceği gibi, üstlendikleri işi bağımsız şekilde yürüten alt yükleniciler de olabilir. Yüklenicinin sorumluluğu için ifa yardımcılarını ile

yüklenici arasında hukuki bağ olması şart değildir. İfa yardımcılarının kullandığı yardımcı kişilerin vermiş oldukları zararlardan yüklenici TBK m.116 emredici hükmü kapsamında sorumlu olur⁴⁰⁰.

III. YÜKLENİCİNİN KISMİ TEMERRÜDÜ

Sözleşme ile kararlaştırılan edimlerin ifası kural olarak bir bütün halinde yerine getirilmelidir. Borçlu üstlendiği ve tamamı muaccel hale gelen edimin yalnızca bir kısmını ifa ederse, alacaklı TBK m.84 uyarınca kısmi ifayı reddedip borçluyu borcun tamamı için mütemerrit hale getirebilir veya TBK m.125’de yer alan seçimlik haklarından birini kullanabilir⁴⁰¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine taraf arsa sahibinin tamamı muaccel hale gelmiş borcun kısmi ifasını kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Arsa sahibi, yüklenicinin kısmi ifasını reddederek borcun tamamı için yükleniciyi temerrüde düşürerek temerrütten doğacak seçimlik haklarını kullanabilir⁴⁰². Ancak edimin tamamının ifa edilmesinin alacaklı açısından önemli ölçüde faydası olmayacak ise borçlu için zorluk söz konusu olabilir yahut kısmi ifanın reddedilmesi objektif iyiniyet kurallarına aykırı olabilir⁴⁰³. Alacaklıya teklif edilen kısmi ifa, borcun büyük kısmını oluşturuyorsa ve geri kalan kısmının elde edilmesi zor değilse, alacaklının ifayı reddetmesi objektif iyiniyet kuralları ile ters düşeceğinden alacaklıya ifayı ret imkânı tanınmaz⁴⁰⁴.

Kısmi temerrütten bahsedebilmek için, borçlunun üstlenmiş olduğu edimin bölünebilir nitelikte olması veya sözleşmede kararlaştırılan birden fazla edimden bazılarının ifa edilmiş olması gerekir⁴⁰⁵. İfa edilen kısımların muhafaza edilmesi arsa sahibinin işine yaramayabilir. Bu nedenle arsa sahibi kullanamayacağı veya yarar elde edemeyeceği kısmi ifanın kabulü için zorlanamaz. Hal böyleyken arsa sahibinin kendi çıkarlarını korumak için kısmi ifayı kabul etmesinde hukuki bir engel de bulunmamaktadır. Kısmen ifa, arsa sahibi

⁴⁰⁰ Tandoğan, Mes’uliyet, s.437; Selçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.125, Yener, s.41.

⁴⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.764; Tandoğan, Mes’uliyet, s.39; Eren, II, s.914; Buz, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.313; Reisoğlu, Borçlar Genel, s.293; Yener, s.42.

⁴⁰² Altınkan, s. 203; Ayan, s. 282; Buz, Dönme, s. 313; Oğuzman/Öz, s. 545; Öz, Dönme, s. 42; Yener, Temerrüt, s. 41.

⁴⁰³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.764; Eren, II, s.916.

⁴⁰⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.765; Eren, II, s.916; Reisoğlu, Borçlar Genel, s.295; Feyzioğlu, II, s.34; Oğuzman/Öz, s.222.

⁴⁰⁵ 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, s. 385; Yener, Temerrüt, s. 44; Tekdemir, Faruk; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Şubat, 2018, s.66.

tarafından kabul edildiği veya dürüstlük kuralları gereği kabul edilmek zorunda olduğu durumlarda, ifa edilen kısım dışında kalan edimler açısından temerrüt ve temerrüde bağlı hukuki sonuçlar söz konusu olacaktır. Arsa sahibi ise kabul ettiği kısmi ifaya karşılık gelen arsa paylarının devrini yerine getirmekle yükümlüdür.

Kısmi temerrüde konu edimin bölünebilir olması gerektiği noktasında hukuki ilişkinin bütünü ele alınmalı, edimin organik, ekonomik ve işlevsel açıdan bölünebilir kabul edilmesi gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yedi bloktan oluşan bir site yapılması kararlaştırılmış ancak teslim zamanında henüz iki blok tamamlanmış ise biten iki blok da edimin bir bölümü olarak kabul edilebilir ve bölünebilir bir edimin ifasını oluşturur. Burada dikkat edilmesi gereken sözleşme konusu edimle ulaşılmaması hedeflenen amaca parçalara bölünmüş edim ile de ulaşılabiliyorsa bölünebilir edimin varlığı kabul edilebilecektir⁴⁰⁶. Taraflar sözleşme kurulurken genelde yapım aşamalarının tamamlanarak kısmi ifa gerçekleştikçe arsa paylarının yükleniciye devrini kararlaştırmaktadır. Bu durum dahi edimin ekonomik ve işlevsel ölçütlere göre bölünebildiğinin açık göstergesidir. Sonuç olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu inşa faaliyeti, bölünebilir ve kısmi ifaya konu olabilecek nitelikte bir edim borcudur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde çoğu kez bölünebilir nitelikte eserin ifa edilen kısmının kabul edilmesi arsa sahibinin menfaatine olmaktadır. Bu halde, arsa sahibinin eserin ifa edilen kısmını kabul etme ve ifa edilmeyen kısım için temerrüde düşürme hakkı sınırlandırılmamalıdır. Kanuni düzenlemenin kısmi ifaya ilişkin tutumu, dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirmektedir. YHGK'nın 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E. ve 1984/1 K.⁴⁰⁷ sayılı içtihadı birleştirme kararında kısmen tamamlanan inşaatlar açısından "kısmi ifa" ve neticede kullanılan seçimlik haklardan "kısmi dönme" kavramlarından bahsedilmiştir. Kararda sözleşme "ani-süreklî" borç ilişkisi olarak ele alınmış ve sürekli borç ilişkileri için kabul gören ileriye etkili fesih yolu benimsenmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli bölünebilir sözleşmelerden olduğundan yüklenicinin temerrüdü tamamlanmayan kısım ile sınırlı olacaktır. Dolayısıyla arsa sahibi dönme ve tazminat haklarını gecikilen edim bölümleri için kullanacaktır.

⁴⁰⁶ Yener, s.45.

⁴⁰⁷ YHGK'nın 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E. ve 1984/1 K. sayılı kararı için bkz.: **RG.:** S.18325, 27.02.1984 T., s.17 vd.

Kısmi ifa söz konusu olduğunda yapının tamamlanan kısımları için borç ve evvelce verilen teminatlar da ifa edilmeyen kısımlar için devam eder⁴⁰⁸. Bu durumda arsa sahibi, eksik kalan kısmın inşasının tamamlanması için TBK m.117 hükmüne uygun olarak ihtarda bulunmalı ve eserin tamamlanması için makul süre vermelidir. Bu ek süre içerisinde eser hala tamamlanmamışsa kalan kısım için yüklenicinin temerrüdü söz konusu olur.

⁴⁰⁸ Serozan, İfa Engelleri, s.119; Yener, s.47.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

I. AYNEN İFA, GECİKME TAZMİNATI VE CEZAI ŞART TALEBİ

A. AYNEN İFA TALEBİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aynen ifa yükümlülüğü, yüklenicinin yarım bıraktığı inşaa faaliyetini tamamlayıp iş sahibine eksiksiz bir şekilde teslim edilmesini kapsar. Yüklenici borcu muaccel olmasına rağmen ifa etmediği takdirde, diğer koşullar da mevcutsa mütemerrit olur. Yüklenicinin temerrüde düşmüş olması borç durumunu doğrudan etkilemez. Başka bir ifadeyle yüklenici temerrüde düştüğü zaman, iş sahibinin ifayı talep hakkı ve bedeli ifa etme borcu hala devam eder⁴⁰⁹. Yüklenici temerrüde düştüğünde yapının inşasını tamamlama ve teslim borcunun ortadan kalmayacağı açıktır. Bu doğrultuda temerrüde düşen yüklenicinin aynen ifa yükümlülüğü devam ettiğinden arsa sahibi de binanın sözleşmeye uygun bir şekilde teslim edilmesinde ısrar edebilir.

Diğer taraftan TBK m.113/I'deki düzenleme yer alan şartların mevcut olması halinde arsa sahibinin, yapının inşasını yüklenicinin bizzat kendisi veya başka bir yüklenici tarafından tamamlanmasını ve bundan doğacak masrafların yüklenici tarafından karşılanmasını talep etme hakkı saklıdır⁴¹⁰. Böylece arsa sahibi, sözleşme ile kararlaştırılan edimin zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle uğrayacağı zararlarını yükleniciden talep ve tahsil edebilir. Ancak masrafları yüklenici tarafından karşılanan arsa sahibi veya üçüncü

⁴⁰⁹ **Erman**, Arsa Payı, s.78; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.72; **Eren**, Genel Hükümler, s.1055 vd.; **Ozanoğlu**, s.72; Aynen İfaya Hükmedilmeyecek haller için bkz.: **Başoğlu**, Başak; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012, s.149 vd.

⁴¹⁰ **Başoğlu**, Başak; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012, s.78; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.81; **Kayıhan**, s. 368; **Enli**, s.112; **Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.232; **Erdoğan**, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s.210; **Kurt**, s. 196; **Selimoğlu**, s. 241; **Büyükcay**, s. 212; **Uygur**, s.477; **Yener**, Temerrüt, s. 56; **Tandoğan**, C. II, s.133; **Dayımlarlı**, s.85; **Aydıncık**, s.59 vd.; **Kılıçoğlu**, s.877; **Atabekoğlu**, s.151; **Kartal**, s.100; **Karaman**, s.39; **Durak**, s.233; **Yıldırım**, s.93 vd.; Nama ifa söz konusu olduğunda arsa sahibi yalnızca kendilerine düşen bağımsız bölümlerdeki eksik veya kusurlu işlerin giderim bedelini yükleniciden talep edebilir. Bu yöndeki karar için bkz.: Yargıtay 15. HD. 02.07.2020 tarih ve 2019/3093 E. - 2020/2026 K. sayılı kararı: “...Arsa sahipleri, sadece kendilerine düşen bağımsız bölümlerdeki eksik ve kusurlu işlerin giderim bedelini talep edebileceğinden yükleniciye ait bağımsız bölümlerdeki eksik ve kusurlu işlerin giderim bedelini de kapsayacak şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T. 05.04.2021).

bir kişi tarafından inşaatın tamamlanmasıyla aynen ifa gerçekleştiğinden arsa sahibine ait arsa paylarını teslim borcu gündeme gelecektir⁴¹¹. Yargıtay içtihatlarında yer aldığı üzere arsa sahibi yükleniciye devretmekle yükümlü olduğu arsa paylarını satış suretiyle elde ettiği parayla inşaatın tamamlanmasını talep edebilecektir⁴¹².

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi aynen ifayı dava yoluyla da talep edebilir. Görülen yargılama neticesinde yüklenici borcunu ifadan kaçınırsa arsa sahibi, mahkeme kararını ilamlı icraya koyarak aynen ifanın yerine getirilmesini sağlayabilir⁴¹³. Yapma borcunun ilamda gösterilen müddet içinde veya süre belirlenmemişse işin mahiyetine göre öngörülecek makul sürede yerine getirilmemesi halinde edimin ifası İİK m. 30'da⁴¹⁴ yer alan düzenleme uyarınca ilamlı icra yoluyla yerine getirilir.

⁴¹¹ Altınkan, s. 148; Şahin, s. 242; Erman, Arsa Payı, s. 98-99; ; Ayan, s. 174 vd.; Kılıçoğlu, Genel, s. 671; Kurt, s. 196; Nomer, s. 283-284; Öz, İnşaat, s. 153; Büyükkay, s. 229 ve 249; Yener, Temerrüt, s. 57-58; Yargıtay 15. HD, 12.11.1981 tarih ve 1981/2098 E., 1981/2240 K.: “..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..” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-1981-2098.htm&kw=+E.+`1981/2098,+K.++`1981/2240`&cr=yargitay#fm> (E.T.06.04.2021).

⁴¹² Yargıtay 15.HD. 24.01.2005 tarih ve 2004/2905E. - 2005/172 K.; “..Yanlar arasında daha sonra düzenlenen 12.5.1999 tarihli protokole göre, protokole eksik olduğu bildirilen 5 kalem için ikmal halinde yükleniciye ait dükkân veya 6 nolu dairenin tapusu verilecek, binada yapılacak işler 1 ay içinde ikmal edilerek iskân 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..” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T.05.04.2021).; Yargıtay 15. HD. 18.06.2001 tarih ve 2001/988 E. - 2001/3298 K. sayılı kararı : “...davacının 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 sonucuna göre tescili talep edilen dört adet daire yönünden bir karar verilmelidir. Tüm bu yönler gözetilmeden eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T.05.04.2021); Yargıtay 23. HD. 15.05.2019 tarih ve 2016/4767 E. ve 2019/1961 K. sayılı kararı : “...Sözleşmede yer alan tapu kaydına göre 3. kat, 9 no.lu 64/748 arsa paylı çatı aralı konut (tadil edilmiş projeye göre 8 no.lu meskenin) 80.000,00 TL'den aşağı olmamak üzere, yine aynı tapunun 1. kat, 2 no.lu 62/748 arsa paylı konut olarak kayıtlı (tadil edilmiş projeye göre 1 no.lu meskenin) de 75.000,00 TL'den aşağı olmamak üzere arsa sahibi olan asıl davanın davacıları tarafından satışının yapılarak satış parasından ortak alanlardaki eksiklikleri ve iskân ruhsatı alınması için gerekli olan ve bilirkişilerce tespit edilen 136.656,72 TL'lik gideri bu mesken nitelikli dairelerin satışından elde edilen gelirden karşılayarak arta kalan kısmını da yüklenici olan ...'a iade etme hususunda nama ifaya izin ve yetki verilmesine...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T.05.04.2021).

⁴¹³ Altınkan, s.147; Ayan, s. 389 vd.; Ayan, s. 172-173; Kılıçoğlu, Genel, s. 670; Kurt, s. 197; Nomer, s. 283; Oğuzman/Öz, s. 497; Öz, İnşaat, s. 154; Şahin, s. 239; Eren, Genel, s. 1102; Yener, Temerrüt, s. 56.

⁴¹⁴ İİK m.30/II: “Bir işin yapılmasına müteaddir ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmağı emreder. Borçlu

Sözleşme ile yapımı kararlaştırılan inşanın arsa sahibi veya üçüncü kişi tarafından tamamlattırılabilmesi için inşanın yüklenici tarafından şahsen ifa edilmesi zorunluluğunun bulunmaması gerekir. Şöyle ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan edimin ifası özel uzmanlık ve teknik bilgi gerektirmesi halinde, TBK m.113'ün uygulanması sözleşmenin amacına aykırı netice doğuracaksa, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi gündeme gelecektir⁴¹⁵. Eserin yapılmasında yüklenicinin şahsı önem taşısa bile, gelişen teknoloji göz önünde bulundurulduğunda özellikle konusu mesken yapımı olan bir sözleşmenin özel uzmanlık ve teknik bilgi gerektirmesi sık rastlanılan bir durum değildir.

Yüklenicinin işi kesinlikle yapamayacağını beyan etmesini imkânsızlık olarak gören görüşe göre borç ortadan kalktığından temerrüt söz konusu olmayacak ve TBK m.112 uyarınca arsa sahibinin tazminat isteme hakkı doğacaktır. Bu görüşe göre imkânsızlık, üstlenilen borcun cebri icra yoluyla dahi yerine getirilmesi mümkün değildir ve borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini bildirdiği anda borç imkânsız kabul edilmeli ve arsa sahibi TBK m.112 uyarınca tazminat talep edebilmelidir⁴¹⁶. Ancak öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre borçlunun işi yapmaktan kaçınması halinde TBK m.113 kapsamında alacaklı, yapacağı masrafları borçluya ait olmak üzere edimi ifa edebilir⁴¹⁷. Böylece aynen ifa sağlanmış olacaktır.

B. GECİKME TAZMİNATI TALEBİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirlenen sürede sözleşme konusu yapının inşasının tamamlanarak teslim edilememesi, arsa sahibinin çeşitli zararlara uğramasına neden olmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız zararların doğmasında yüklenicinin kusuru varsa, yüklenici zararların tazmini ile karşı karşıya kalacaktır. Kusurun varlığı bakımından aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi birbirinden ayrılmaktadır. Aynen ifa talebi için yüklenicinin kusurlu olması şart değilken, gecikme tazminatı talebi için yüklenicinin kusurlu olması aranmaktadır. Bu noktada yüklenici kusurunun bulunmadığını

muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazım gelen masraf icra memuru tarafından ehli vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerinde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kafi miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır..."
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2004.pdf> (E.T.06.04.2021).

⁴¹⁵ **Dayınlarlı**, s. 65; **Erman**, Arsa Payı, s. 57; **Doğan** s.79.

⁴¹⁶ **Oğuzman/Öz**, s.333.

⁴¹⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.921; **Kostakoğlu**, s.548; **Tandoğan**, II, s.65; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.81; **Dayınlarlı**, s.126, **Yener**, s.58.

ispat ederse ancak gecikme tazminatı yükümlülüğünden kurtulabilecektir⁴¹⁸. Gecikme tazminatı için kusur dışında aranan diğer şart da arsa sahibinin varlığında zararın doğmuş olması ve bu zarar ile ifada gecikme arasında illiyet bağının bulunmasıdır⁴¹⁹. Kural olarak temerrüde düşen yüklenici kusurlu kabul edilir. Yüklenici kusursuz olduğunu ispat ederek tazminat sorumluluğundan kurtulur. Sonuç olarak yüklenici kusursuzluğunu ispatla, arsa sahibi de zararın varlığını ispatla yükümlüdür⁴²⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenici yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin ifasında temerrüde düşerse, gecikme sebebiyle TBK m.118 hükmü uyarınca tazminat ödemek zorunda kalır. Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi, uygun bir ek süre tanımaksızın aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep hakkı mevcuttur. Süre tayini arsa sahibinin aynen ifa dışındaki seçimlik haklarından birini kullanabilmesi için gerekmektedir⁴²¹. Arsa sahibi temerrüt halinde ifanın yerine getirilmesi için ek süre verdikten sonra, sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini yükleniciye derhal bildirmemişse, halen gecikmiş ifayı istediği karine olarak kabul edilir⁴²².

Gecikme tazminatı arsa sahibinin fiilen uğradığı zarar ve yoksun kaldığı kârdan oluşmaktadır. Bu kapsamda iş sahibi kira kaybı, kredi faizlerinin artması nedeniyle katlandığı masrafları, üçüncü kişilere ödemek zorunda kalacağı tazminatları ve sözleşmede belirlenen cezai şartın tazminini talep edebilir⁴²³. Alacaklının gecikmeden dolayı talep edeceği gecikme tazminatının tayini bir bakıma müspet zarar tazmini olup, işin belirlenen zamanda ifa edilmesinde menfaati hesaplanmalıdır⁴²⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin talep edeceği gecikme tazminatına esas oluşturacak ve ispat gerektiren masrafların başında ifanın sağlanması için

⁴¹⁸ Altınkan, s. 149; Yakuppur, s.101; Ayan, s. 184-185; Büyükkay, s.230; Dirican, s.49; Kılıçoğlu, Genel, s. 672; Kurt, s. 209-210; Nomer, s. 285; Buz, Dönme, s. 104-105; Oğuzman/Öz, s.498-499; Eren, Genel, s.1102; Öz, İnşaat, s.154; Şahin, s.254; Yener, Temerrüt, s.59.

⁴¹⁹ Altınkan, s. 149; Ayan, s. 185; Büyükkay, 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.

⁴²⁰ Altınkan, s.149; Ayan, s. 185; Eren, Genel, s. 1104; Kılıçoğlu, Genel, s. 672; Kurt, s. 210.

⁴²¹ Tandoğan, II, s.133; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.946; Oğuzman/Öz, s.408; Erman, Arsa Payı, s.78; Dayınlarlı, s. 94; Tandoğan, Mes'uliyet, s.501; Yener, s.59.

⁴²² Erman, Arsa Payı, s.78; Tandoğan, Mes'uliyet, s.501; Eren, II, s.1104; Tandoğan, II, s.133-134; Yargıtay 15. HD. 20.11.1989 tarih ve 1989/750 E.- 1989/4849 K.: *"..davacı arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdüne rağmen seçimlik hakkını akdin ifası 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.."*

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T. 06.04.2021)

⁴²³ Aral, s.360; Tandoğan, Mes'uliyet, s.65.

⁴²⁴ Tandoğan, Mes'uliyet, s.65; Yener, s.59.

yapılan masraflar ile gereksiz yapılan kaldırma, yükleme veya yer değiştirme vs. gibi işlemlerde harcanan giderlerdir. Aynı zamanda sözleşme konusu edimin geçici veya sürekli olarak ikamesi için harcanan giderler de gecikme zararları içerisinde yer alır. Öyle ki sözleşmeye konu yapının ikamesini oluşturan başka bir yapı satın alınması veya kiralanması bu tür zararlardandır. Ayrıca arsa sahibinin üçüncü kişilerle imzaladığı sözleşme uyarınca bağımsız bölümün belirlenen zamanda teslim edememesi nedeniyle temerrüde düşmesi neticesinde ödediğı cezaî şart zarar içerisinde değerlendirilir.

İfanın zamanında yerine getirilmiş olması halinde eserden elde edilecek kâr, fiyatlardaki düşüş nedeniyle uğranılan zarar ve yeniden satış kaybı gecikme zararları içerisinde⁴²⁵. Borçlunun edimin ifasındaki temerrüdü nedeniyle alacaklının kaçırdığı menfaatler, temerrüt neticesinde alacaklının faydalanamadığı semereler, edimin satılmamasından veya kiralanmamasından kaynaklanan zararlar alacaklının mahrum kaldığı kâr söz konusu olur. Temerrüt nedeniyle edimi belirlenen zamanda elde edemeyen alacaklının, fiyat düşüşlerinden menfi olarak etkilenmemesi için edim zamanında yerine getirilmiş olsaydı satış yapabilecek alacaklının kazanacağı meblağ ile düşük fiyat arasındaki farkın borçlu tarafından ödenmesi gerekir⁴²⁶.

C. CEZAI ŞART TALEBİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken taraflar edimin ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi nedeniyle cezaî şart ödeneceğini kararlaştırabilirler. Günümüzde eser sözleşmelerinden özellikle inşaat sözleşmelerinde cezaî şart uygulamasına sıkça rastlanılmaktadır. İş sahipleri edimin zamanında veya gereğı gibi ifa edilmemesi durumunda yüklenicinin belirli bir bedel ödeyeceğini kararlaştırabilirler. Cezaî şart veya başka bir ifadeyle sözleşme cezası, sözleşmeden doğan edim borcunun zamanında hiç veya gereğı gibi yerine getirilmemesi halinde, borçlunun ödemeyi taahhüt ettiği edim türüdür. Böylece arsa sahibi edimin ifasında yaşanan gecikme durumunda aynen ifa isteyebileceğı gibi, yalnızca temerrüt halinin doğması ile cezaî şart olarak kararlaştırılan bedelin kendisine ödenmesini talep hakkına sahip olacaktır⁴²⁷. Cezaî şart TBK'nın 179-182. maddelerinde düzenlenmiştir.

⁴²⁵ **Dayımlarlı**, s.78; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.65, 482.

⁴²⁶ **Dayımlarlı**, s.96; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 482.

⁴²⁷ **Atamer**, Yeşim M; Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt, Ceza Koşulu – Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları, İstanbul, 2017, s.88 vd.; **Şahin**, s.319; **Atabekoğlu**, s.161; **Kurt**, s.214 vd.; **Günay**, **Cevdet**, İlhan, Cezaî Şart, Ankara, 2002, s.8.

Cezai şartın kanunda yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Cezai şart doktrinde, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi neticesinde ödemeyi üstlendiği, dayanağı hukuksal işlem olan ve ekonomik değer içeren edim şeklinde tanımlanmıştır⁴²⁸. Cezai şartın iki temel fonksiyonu olup, bunlar: Borçluyu ifaya zorlama ve gereği gibi ifanın gerçekleşmemesi halinde alacaklıyı güçlü pozisyonda tutmaktır⁴²⁹. Cezai şart talebi için borçlunun ifa etmeme veya kötü ifa gibi borca aykırı davranışı mevcut olmalıdır. Dolayısıyla borçlunun temerrüdü halinde, yüklenicinin borca aykırı davranışı hukuka uygun hale gelir ise ceza talep edilemeyecektir⁴³⁰.

Cezai şart, asıl borca bağlı fer'i nitelikte borç türü olduğundan iş sahibinin aynen ifayı talep hakkının zamanaşımına uğraması halinde cezai şart ve gecikme tazminatı talebi de zamanaşımına uğrayacaktır⁴³¹. Bu doğrultuda cezai şartın asıl borcu kuvvetlendirici etkisi olduğunu söylemek doğru olacaktır. Cezai şartın varlığı asıl borca bağlı olduğundan borçlunun temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönülmesi durumunda cezai şart istenemeyeceği kabul edilmelidir⁴³². Asıl borca bağlılık şekil açısından da geçerli olduğundan, cezai şart da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tabi olduğu resmi şekilde yapılmalıdır⁴³³.

Cezai şartın para olarak kararlaştırılması şart olmayıp, kıymetli evrakın devri veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında devri kararlaştırılan payların miktarının azaltılması şeklinde de kararlaştırılması mümkündür⁴³⁴. TBK m.182/I hükmünde cezai şartın

⁴²⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.455; **Günay**, s.5 vd.; **Selimoğlu**, s.273; **Ayan**, s.193; **Karahasan**, s.561; **Kurt**, s.214 vd.; **Şahin**, s.319; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s.150; **Atabekoğlu**, s.162; **Tekelioğlu**, s.165; **Ozanoğlu**, s.77; Yargıtay HGK 29.11.2017 tarih ve 2017/998 E. ve 2017/1459 K. sayılı kararı: *“..Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edim olarak tanımlanabilir(EREN, s.1133).Benzer tanıma göre cezai şart mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir. Cezai şartın unsurlarını bu tanımdan kolaylıkla çıkarmak mümkündür. Gerçekten de cezai şartın unsurları geçerli bir asıl borcun bulunması, bunun yanında ayrı ve bağımsız bir edimin yer alması, bu ikisinin birbirine bağlı olması ve bu edimin sağlar arası hüküm doğurucu bir hukuki işlemde kabul edilmiş olmasından ibarettir (TUNÇOMAĞ, K.: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.7)...”* <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T.06.04.2021).

⁴²⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.455; **Selimoğlu**, s.273; **Kurt**, s.214 vd.; **Şahin**, s.322; **Günay**, s.74 vd.; **Atabekoğlu**, s.163; **Karadaş**, s.318.

⁴³⁰ **Dirican**, s.88

⁴³¹ **Ozanoğlu**, s.76

⁴³² **Şahin**, s.320; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.454 vd.; **Atabekoğlu**, s.162; **Ayan**, s.193; **Yakuppur**, s.104; **Aydemir**, s.303; **Selimoğlu**, s.287; **Kurt**, s.218 vd.; **Gökyayla**, s.346; **Dayımlarlı**, s.135; **Karadaş**, s.319; **Öz**, Dönme, s.295 vd.; **Tekelioğlu**, s.165; Yargıtay 11. HD. 17.01.2019 tarih ve 2017/1496 E. ve 2019/448 K. : *“...İfaya ekli ceza, sözleşme ile üstlenilen edimin belirlenen zamanda tamamlanıp teslim edilmemesi veya sözleşmede kararlaştırılan koşullarla edimin yapılmamış olması halinde ödenmesi kabul edilen cezadır...”*

⁴³³ **Atabekoğlu**, s.162.

⁴³⁴ **Kurt**, s.215 vd.; **Öz**, İnşaat, s.139; **Atabekoğlu**, s.163.

serbestçe kararlaştırılabileceği belirtilmiş, maddenin III. fıkrasında aşırı cezai şartın indirebileceği belirtilmiştir⁴³⁵. Tacirler açısından ise indirimin yapılamayacağı TTK m.22'de⁴³⁶ belirtilmiştir.

Taraflar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde cezai şartın yüklenicinin kusuru olmasa dahi ödeneceğini kararlaştırabilirler. Bu halde yüklenicinin kusuru bulunmasa dahi yüklenici ifada gecikmeden dolayı cezai şart ödemek zorunda kalır.

Aksi kararlaştırılmadıkça, yüklenici gecikmede kusuru bulunmadığını ispat ettiği takdirde eBK m.161/II hükmü doğrultusunda cezai şart ödeme yükümlülüğünden kurtulur⁴³⁷. Yeni TBK m.182/II'de ise "aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse" cezanın ifası talep edilemeyeceği düzenlenmiştir.

TBK m.179'da cezai şart türleri üç şekilde ele alınmıştır. TBK m. 179 hükmüne göre I. fıkra seçimlik cezai şart, II. fıkra ifaya eklenen cezai şart ve III. fıkra dönme veya fesih cezai olarak kararlaştırılan cezai şart ele alınmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin teslim borcunu ifa etmemesi veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, seçimlik cezai şart söz konusu olacaktır. Arsa sahibi bu durumda aksi kararlaştırılmamış

⁴³⁵ Yargıtay HGK 23.05.2019 tarih ve 2018/15-56 E. - 2019/607 K. : "...davacı yüklenicinin hak edişinden gecikme cezası kesintisi yapılmasının yerinde olduğu ancak yanlar arasında kararlaştırılan cezai şart miktarının tacirin ekonomik yönden mahvına sebep olacak şekilde fahiş olması hâlinde uygun bir miktar indirim yapılabileceği, 79 gün gecikme nedeniyle uygulanan 296.440,97TL cezai şartın fahiş olduğu, iş bedeli, idarece verilen ek süre ile ceza miktarı birlikte değerlendirilerek cezai şart bedelinde 1/2 oranında indirim yapılmak suretiyle davanın kısmen kabulüne, 148.220,48TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerektiği belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir..." <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2018-15-56.htm&kw=fahi%C5%9F+ceza%C5%9F+miktar%C4%B1+ESER&cr=yargitay#fm> (E.T. 08.04.2021).

⁴³⁶ TTK m.22: "Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez." <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102-20130328.pdf> (E.T.07.04.2021).; Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında kooperatiflerin tacir sıfatına haiz olmadığı kabul edildiği belirtilmiş, kooperatifin tacir olarak kabul edilse dahi tacir olan borçlunun mahvına sebep olacak oranda aşırı cezasının indirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Karar için bkz.: Yargıtay 23. HD. 27.009.2018 tarih ve 2016/2898 E. ve 2018/4347 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T.07.04.2021); Yargıtay 15. HD. 16.01.2019 tarih ve 2018/3492 E. ve 2019/190 K. : "...Borçlar Kanunu'nun 182/III. maddesi hükmü gereğince hakim 'fahiş' gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de; kural olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca tacir olan taraflar cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini isteyemezler. Somut olayda davacı tacir olduğundan mahkemece cezai şarttan tenkis yapılmaması sonuçta davanın tümüyle reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir..." <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T.07.04.2021).

⁴³⁷ Tandoğan, II, s.135; Aral, s.364; Erman, Arsa Payı, s.80; Dayınlarlı, s.134.

olduğu takdirde ya borcun ifasını ya da ifanın yerine getirilmesini talep edecek olup, ikisini birden talep edemez⁴³⁸.

İnşaat sözleşmelerinde en sık rastlanılan cezai şart çeşidi ise gecikme cezasıdır. Böylece yüklenici teslim borcunu belirlenen zaman veya yerde ifa edememesi durumunda ifaya eklenen cezai şart ödemek zorunda kalacaktır. Yüklenici teslim borcun sonradan ifa etmiş olsa dahi ifaya ekli cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır. Ancak taraflar sözleşme serbestisi ilkesi doğrultusunda cezai şartın seçimlik olarak ödenmesini kararlaştırabilirler⁴³⁹. Açık kanuni düzenlemeden de görüleceği üzere ifaya eklenen cezai şart için ifanın belirlenen yerde veya zamanda yapılmamış olması gerekir. Bu iki şart dışında seçimlik cezai şart söz konusu olur⁴⁴⁰.

İfaya eklenen cezai şart, yüklenicinin edimin ifasında gecikmesi neticesinde arsa sahibinin edimin aynen ifasını talep ettiği veya sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye talebinde bulunduğu durumda talep edilebilir. Yüklenicinin gecikmesi neticesinde cezai şart talep edilebilmesi için teslim anında ihtirazı kayıt konulması gerekmekte olup, aksi takdirde cezai şart alacağından vazgeçilmiş sayılır⁴⁴¹. Bu tür cezai şartta yüklenici, teslimdeki gecikme süresi için arsa sahibine bir miktar para ödemeyi taahhüt eder. Bu miktarın gün, hafta veya ay olarak belli süreye tekabül edecek şekilde veya tek kalemde ödenmesi kararlaştırılabilir⁴⁴². İfaya eklenen cezai şart için yüklenicinin kusurunun gerekip gerekmediği konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde genel kabul gören görüş, aksi kararlaştırılmadıkça yüklenicinin kusurunun bulunmadığı durumda cezai şart

⁴³⁸ Yargıtay 15. HD. 04.12.2017 tarih ve 2017/2402 E. - 2017/4258 K. sayılı kararı : "...mahkemeye davacı-karşı davalı, davalı-karşı davacının bedel ödemede gecikmesi şeklindeki sözleşmeye aykırı hareketi nedeniyle bedelin ödenmesini talep etmek suretiyle seçimlik hakkını, borcun ifası şeklinde kullandığı ve sözleşmede her ikisinin birlikte istenebileceğine dair hüküm bulunmadığından, asıl davada cezai şarta ilişkin 20.000,00 TL'lik talebin reddine karar verilmesi yerine bu husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür.."

⁴³⁹ Şahin, s.324; Yener, Temerrüt, s.61; Atabekoğlu, s.164; Doğan, s.108.; Yargıtay 15. HD. 02.07.2018 tarih ve 2018/979 E., 2018/2795 K.: "...Sözleşmede kararlaştırılan bu ceza taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği ve ilgili maddedeki cümlelerin bütünü gözetildiğinde, sözleşmenin düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı TBK'nın 158/1 maddesi uyarınca seçimlik ceza olup, anılan madde uyarınca davacı ya borcun ifasını ya da cezai şartı isteyebilir. Sözleşmenin bu niteliği seçimlik ceza olup davacı 13. maddedeki gecikme cezasını da istediğine göre seçimlik hakkını sözleşmenin ifa edilmesi yönünde kullanmış olup bu durumda 14/b'deki 100.000 ABD doları cezanın istenmesi mümkün değildir. Seçimlik hakkın sözleşmenin ifa edilmesi yönünde kullanılması nedeniyle davacı sadece 13. maddede düzenlenen ve feshe kadar olan cezayı isteyebilecektir..." <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3131#> (E.T.07.04.2021).

⁴⁴⁰ Kurt, s.219; Atabekoğlu, s.165; Şahin, s.325.

⁴⁴¹ Enli, s.79; Selimoğlu, s.285; Karadaş, s.365; Yakuppur, s.105; Dayınlarlı, s.136; Ayan, s.200; Günay, s.226; Şahin, s.330; Kurt, s.225; Aydemir, s.304; Atabekoğlu, s.158; Yener, Temerrüt, s.67.

⁴⁴² Öz, Eser, s.295; Dayınlarlı, s.132; Gauch, N.693; Aral, s.363.

istenemeyeceği yönündedir⁴⁴³. Aksi yöndeki görüşe göre ise, cezai şartın niteliği ve amacı doğrultusunda yüklenicinin kusuru aranmadan cezai şart talep edilebilir⁴⁴⁴. Biz de yüklenicinin kusursuz olduğunu ispatlaması halinde cezai şart ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacağı yönündeki görüşe katılmaktayız. Öyle ki cezai şart temerrüt halinin sonucu olarak ortaya çıktığından, temerrütten bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Arsa sahibi temerrüt nedeniyle zarara uğramamış ise de TBK m.180/I hükmü doğrultusunda cezai şart talep edebilir. Gecikmeden kaynaklanan zarar dolaylı zarardır ve tespiti oldukça zordur. Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde gecikme tazminatı yerine daha çok cezai şart kararlaştırılmakta ve genelde bağımsız bölümden elde edilecek kira bedeli esas alınarak cezai şart belirlenmektedir⁴⁴⁵. Ancak kararlaştırılan cezai şart arsa sahibinin uğradığı zarardan daha düşükse, yüklenicinin kusurlu bulunduğu ve zarar miktarı ispatlandığı takdirde aşan kısmının talep edilmesi mümkündür. Önemle belirtmek gerekir ki bu halde meydana gelen zararın tamamı değil aşan kısmı cezai şart olarak ödenir⁴⁴⁶. Cezai şart alacağı muaccel hale gelmesinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edilebilir⁴⁴⁷. Ancak yüklenicinin gecikmede ağır kusuru bulunuyorsa TBK m.146⁴⁴⁸ gereği on yıllık zamanaşımı uygulanır⁴⁴⁹.

⁴⁴³ **Dayınlarlı**, s.134; **Tandoğan**, C. II, s.135; **Öz**, İnşaat, s.138; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.72; **Yakuppur**, s.105; **Günay**, s.118; **Ayan**, s.199; **Yener**, Temerrüt, s.61; **Erman**, Arsa Payı, s.80; **Kurt**, s.224; **Atabekoğlu**, s.166; **Şahin**, s.327; **Tekelioğlu**, s.173

⁴⁴⁴ **Dayınlarlı**, s.134; **Tandoğan**, C. II, s.135; **Öz**, İnşaat, s.138; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.72; **Yakuppur**, s.105; **Günay**, s.118; **Ayan**, s.199; **Yener**, Temerrüt, s.61; **Erman**, Arsa Payı, s.80; **Kurt**, s.224; **Atabekoğlu**, s.166; **Şahin**, s.327; **Tekelioğlu**, s.173. 412 **Erol**, Cansel, ÖZEL, Çağlar, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, E-Journal of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), C. 8, Özel Sayı, 2013, s.726, <https://journal.yasar.edu.tr/arsiv/vol-8/armagan-sayi-vol-8/> (E.T.07.04.2021); **Aksoy**, Hüseyin Can, Ceza Koşulunun Borçlunun Borcuna Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir? Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, Aralık 2018, s.1013 vd. (Ceza Koşulu) **Aydemir**, s.310; **Büyükay**, s.214.

⁴⁴⁵ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.72.

⁴⁴⁶ **Erman**, Arsa Payı, s.88; **Kurt**, s.224; **Yener**, Temerrüt, s.68; **Aydemir**, s.310; **Selimoğlu**, s.303; **Büyükay**, s.213; **Şahin**, s.322 vd.; **Yener**, Temerrüt, s.68; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s.150; **Karadaş**, s.318; **Dirican**, s.27; **Günay**, s.75; Yargıtay 15. HD. 13.11.2019 tarih ve 2019/2749 E. ve 2019/4572 K. : “..*Dava, inşaatın süresinde tamamlanıp teslim edilmemesi sebebiyle cezai şart, gecikme nedeniyle kira bedeli ve değer kaybı alacağının tahsili ile tazminat istemine ilişkindir. Dava dosyasında hükme esas alınan raporu düzenleyen bilirkişi kurulu ek raporunda 10 aylık gecikme nedeniyle arsa sahiplerinin isteyebileceği toplam gecikme nedeniyle uğranılan zarardan cezai şart olarak hükmedilen miktar çıkartıldıktan sonra, gecikmede de yükleniciler kusurlu olduğundan, gecikme nedeniyle davacıların uğradığı cezayı aşan zararın davalı yüklenicilerden tahsiline karar verilmesi gerekir..*” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/15hd-2019-2749.htm> (E.T.08.04.2021).

⁴⁴⁷ TBK m.147 : “*Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır: ..Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar*” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T.08.04.2021).

⁴⁴⁸ TBK m.146: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T.08.04.2021).

⁴⁴⁹ **Atabekoğlu**, s.167; **Sütçü**, s.1918

Cezai şartın türlerinden biri olan seçimlik cezai şart TBK m.179/I'de ele alınmıştır. Madde hükmünde “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir*” düzenlemesi yer almaktadır. Kanuni düzenlemede yer aldığı üzere sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için ceza kararlaştırılmışsa, ifa talebi söz konusu olmayıp sadece cezai şart talebi mümkün olacaktır. Ancak tarafların aksini kararlaştırabilmesi mümkün olduğundan, taraflar bu nitelikteki cezai şartı, ifaya eklenen cezai şartı olarak da kararlaştırabilirler⁴⁵⁰. Seçimlik cezai şart ile arsa sahibi edimin ifasından vazgeçip, uğradığı olumlu zararını talep etmektedir. Bahsi geçen olumlu zarar ayrıca sözleşmede yer verilen miktar üzerinden hesaplanacaktır. Seçimlik cezai şart söz konusu olduğunda yüklenici meydana gelen zararın daha az olduğu yönünde itirazda bulunmayacaktır. Diğer taraftan arsa sahibi ifaya eklenen cezai şartta da belirttiğimiz gibi aşan miktarı yüklenicinin kusurunu ispatladığı takdirde talep edebilir⁴⁵¹.

Yüklenicinin kararlaştırılan cezai şartı ödemede de temerrüde düştüğü tarihin belirlenmesi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüş, yüklenicinin yapının tesliminde temerrüde düşmesi ile cezai şart açısından da temerrüde düşmüş sayılacağı yönündedir⁴⁵². Bu görüşü savunanlara göre cezai şarttaki temerrüt için ihtar şartı yoktur. Yargıtay ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise cezai şartta temerrüt halinin kabulü için yalnızca muacceliyet yeterli olmayıp, ihtar çekilmesi gerekir⁴⁵³. Temerrüt ihtar açısından ayrılan görüşler temerrüt faizi konusunda önem taşımaktadır. Şöyle ki; İhtarsız temerrüt kabul edildiği takdirde cezai şartta ilişkin faiz borcun muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacakken, ihtarlı temerrüdün kabul edilmesi halinde ise ihtar tarihinden itibaren temerrüt faizi işlemeye başlar. Bu kapsamda yüklenicinin teslim

⁴⁵⁰ **Enli**, s.80; **Şahin**, s.345; **Atabekoğlu**, s.174; **Kurt**, s.217; Yargıtay 15. HD. 05.10.1987 tarih ve 1987/892 E. ve 1987/3421 K. sayılı kararı: “..*Taraflar arasındaki tarihsiz sözleşmede inşaatın 7 ayın sonunda biteceği, bu tarihte bitmediği takdirde müteahhit tarafından her geçen gün için 2.000 lira ödeyeceği yazılıdır. Bu hüküm BK.nun 158/2. maddesinde yer alan ifaya eklenen ceza niteliğindedir...*” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-1987-892.htm&kw=se%C3%A7imlik+cezai+%C5%9Fart+ifaya+eklenen+cezai+%C5%9Fart+eser&cr=yargitay#m> (E.T.08.04.2021).

⁴⁵¹ **Dirican**, s.113; **Atabekoğlu**, s.173 vd.; **Şahin**, s.349.

⁴⁵² **Ayan**, s.200.

⁴⁵³ **Kurt**, s. 227; **Karahasan**, s.588; Yargıtay’ın görüşü için bkz.: Yargıtay 23.HD., 11.09.2018 tarih ve 2016/899 E. ve 2018/4131 K., Yargıtay 15. HD. 22.02.2018 tarih ve 2016/5456 E. ve 2018/748 K., Yargıtay 15. HD. 08.07.2020 tarih ve 2019/3065 E. ve 2020/2168 K. <https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?&sort=tarih+desc&q=cezai+%C5%9Fartta+temerr%C3%BCt+%2Bihtar%2Beser&start=10> (E.T.08.04.2021).

borcunda temerrüde düşmesi halinde cezai şart için de temerrüde düşeceğinin kabulü neticesinde yüklenicinin durumu oldukça ağırlaşacaktır⁴⁵⁴.

Cezai şartın gecikme süresine bağlı olarak tespit edildiği durumlarda azami miktar genellikle belirlenmediğinden, iş sahibinin seçimlik hakkını kullanmayı geciktirmesiyle cezai şart tutarı da fahiş olarak artmaktadır. Bu durum özellikle tacir yüklenicileri, fahiş cezai şartın indirilmemesi nedeniyle oldukça etkilemektedir. Arsa sahibinin cezai şart tutarını arttırmak için diğer haklarını kullanmaksızın aynen ifade ısrar etmesi TMK m.2 kapsamına aykırılık teşkil eder. Yargıtay 15. HD'nin 1991 yılından önceki kararlarında, seçimlik haklarını uzun süre kullanmayan arsa sahibinin cezai şart talebi TBK m.52 ve TMK m.2 kapsamında değerlendirilmiş ve işin tamamlanması için uygun süre kadar cezai şart ödeneceği hükmedilmiştir⁴⁵⁵. Yargıtay HGK'nın 1991 yılında farklı bir karar vermiştir. Şöyle ki, özen borcunu aykırı davranan ve kusurlu olan yüklenici gecikme neticesinde teslim tarihinden itibaren işleyecek cezai şartı ödemek zorunda olup, tacir olduğu için indirim talep edemez⁴⁵⁶. Anılan kararda, yüklenicinin teslimde gecikmesi nedeniyle ödenecek cezai şart miktarında indirim yapılmaması, sözleşmeye, özen borcu, doğruluk ve güven kurallarına uygun düştüğü belirtilmiştir. Ayrıca kararda TBK m.52'nin (e BK m.44) uygulama alanı şu şekilde belirlenmiştir: TBK m.114 (e BK m.98)⁴⁵⁷ hükmünün atfı ile sözleşme ilişkilerinde de uygulama alanı olan TBK m.52⁴⁵⁸ hükmünde tazminattan indirim sebebi olarak görülen zarar görenin kusuru TBK m.49'da (e BK m.41)⁴⁵⁹ yer alan teknik kusurdan farklı olduğu

⁴⁵⁴ Kurt, s.228

⁴⁵⁵ Yener, s.63; Karahasan, İnşaat, s.1,588 vd. belirtilen kararlar; Yargıtay 15. HD. 15.11.1990 tarih ve 1990/1643 E. - 1990/4806 K. sayılı kararı: "...Sözleşmede davalılar, davacıya ait bağımsız bölümleri, 4.1.1982 tarihinde teslim etmeyi taahhüt etmişlerdir. Oysa yüklenildiği tarihte davalılar bağımsız bölümleri davacıya teslim edemediklerine göre mahkemece, BK'nun 44, 98/2 ve 106. maddeleri hükümleri göz önünde tutularak, davalıların durumunu ağırlaştırmamak bakımından muayyen bulunan teslim tarihine, münasip bir bekleme süresi, eksik ve yapılı işlerin ne kadar sürede bitirileceği de belirlenerek bu sürelerin eklenmesi ve böylece bulunacak tarihe kadar kira tazminatına hükmedilmesi ve hususlar için bilirkişilerden ek rapor alınması gerekirken, noksan inceleme ve yanlış değerlendirmeye dayanılarak, yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir..." <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1961#> (E.T.08.04.2021).

⁴⁵⁶ Yargıtay HGK 09.10.1991 tarih ve 1991/15-340 E. - 1991/467 K. karar için bkz.: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1961#> (E.T.09.04.2021).

⁴⁵⁷ TBK m.114: "Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır." <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T. 09.04.2021).

⁴⁵⁸ TBK m.52: "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldıracaktır. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir." <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T. 09.04.2021).

⁴⁵⁹ TBK m.49: "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar

ve özel olarak belirlenen davranışların tazminat hesaplamasında etkili neden olarak değerlendirilmiştir⁴⁶⁰. Kusurun belirlenmesinde objektif ölçü geçerli olduğu vurgulanmıştır. Yargıtay 15. HD bahsi geçen karar tarihinden sonra belirttiğimiz görüşü benimseyerek eski görüşünden dönmüştür⁴⁶¹.

İş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda işin belirlenen sürede tamamlanamaması halinde cezai şart talep edemez. Cezai şart, asıl borca bağlı fer'i nitelikte alacak olduğundan sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta olup, cezai şart hakkı da geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁴⁶². Ancak yüklenicinin işe belirlenen tarihte başlamaması halinde feshin yanında cezai şart ödeneceği de kararlaştırılmışsa, arsa sahibi fesihle birlikte cezai şartı da isteyebilir⁴⁶³. Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar bu yönde cezai şart ödemesi kararlaştırabilirler.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken kararlaştırılan, yüklenicinin teslimde temerrüdü halinde ödeyeceği bedel cezai şart veya götürü tazminat niteliğinde olabilir. Götürü tazminata ilişkin TBK'da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Götürü tazminat, borçlunun edimini ifa etmemesi neticesinde ortaya çıkacağı tahmin edilen zararların tazmini için önceden kararlaştırılan bedeldir. Götürü bedel kararlaştırıldığında arsa sahibi uğradığı zararı ispat etmek zorunda kalmayacaktır⁴⁶⁴. Götürü tazminatın ödenmesi için bir zararın meydana gelmiş olması gerekirken cezai şartta zararın olması şart değildir⁴⁶⁵. Yine cezai şarttan farklı olarak, götürü tazminat söz konusu olduğunda bedelin indirilmesi mümkün değildir⁴⁶⁶. Ayrıca tam tersi yani zararın fazla olması halinde götürü tazminatın artırılması

veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T. 09.04.2021).

⁴⁶⁰Yargıtay HGK 09.10.1991 tarih ve 1991/15-340 E. ve 1991/467 K. karar: “Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin -zarara razı olması- yahut -eylemi zararın oluşmasına- veya zararın artmasına yardım etmesi-. Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir kısmı davacı işverene (davacıya) yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan söz edebilmek için de, -başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayı somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması- gerekir...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1961#> (E.T.09.04.2021).

⁴⁶¹ **Aral**, s.363; Yargıtay 15. HD. 13.03.1996 tarih ve 1996/665 E. ve 1996/467 K. (**Uygur**, İnşaat, C.2, s.390 vd.); **Yener**, s.64.

⁴⁶² **Yener**, s.65.

⁴⁶³ **Erman**, Arsa Payı, s.76.

⁴⁶⁴ **Ozanoğlu**, s.89 vd.; **Kurt**, s.228 vd.; **Atabekoğlu**, s.176; **Şahin**, s.340; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s.150; **Dirican**, s.67.

⁴⁶⁵ **Ozanoğlu**, s.89; **Kurt**, s. 229.

⁴⁶⁶ **Ozanoğlu**, s.91; **Kurt**, 229; Yargıtay 23. HD. 26.10.2017 tarih ve 2016/823 E. - 2017/2914 K.: “Karşı dava açısından; taraflar arasındaki sözleşmenin 7. maddesinde kira tazminatı olarak arsa sahiplerine teslimi gereken 177 adet konut için 1000 Amerikan Doları tek kalem olarak belirlenmiştir. Sözleşme uyarınca yapılacak toplam imalat, paylaşım durumu ve konut sayısı gözletildiğinde belirlenen kira tazminatı normal olup, fazla değildir. Sözleşmenin 7. maddesindeki bu düzenleme mahkemece cezai şart olarak anlaşılmalı ise

mümkün değildir⁴⁶⁷. Son fark ise sözleşmede götürü tazminat ödeneceği kararlaştırıldığı takdirde arsa sahibinin teslim sırasında ihtirazı kayıta bulunmaması götürü tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmaz⁴⁶⁸.

II. İŞ SAHİBİNİN İFA YERİNE SEÇİMLİK HAKLARINI KULLANMASI

A. GENEL OLARAK

TBK m.125/II'de yer alan düzenleme ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin olarak, borçlunun ediminin ifasında temerrüde düşmesi neticesinde alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini bildirdiği takdirde, doğan zararın giderilmesine ilişkin iki seçimlik hak tanınmıştır⁴⁶⁹. Borçluya tanınan bu seçimlik haklar: İfadan vazgeçerek müspet zararı tazmin talep etme hakkı ve sözleşmeden dönerek menfi zararı talep hakkıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü nedeniyle TBK m.125/II'de ele alınan seçimlik hakları kullanabilecektir⁴⁷⁰. Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilmesi için tek başına temerrüt yeterli şartken, seçimlik hakları kullanabilmek için arsa sahibinin temerrüt neticesinde gecikmesizin bu yöndeki iradesini yükleniciye bildirmelidir⁴⁷¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında edimin ifasında yüklenicinin temerrüde düşmesiyle arsa sahibi, aynı nitelikteki binayı tekrar yaptırma imkânına sahip

de, cezai şart değil, kira tazminatı istemi olup, bu açıdan tenkise tabi tutulması da doğru değildir. Mahkemece sözleşmenin 7. maddesindeki düzenlemenin kira tazminatı olarak değerlendirilip, tenkise tabi tutulmaksızın, arsa sahiplerince taşınmazların kiraya verilmesi, satılması ya da kullanılması halinde kira tazminatı talep edilemeyeceğinden tazminat hesabı yapılırken fiili teslim olgusunun varlığı üzerinde de durulup hesaplamanın buna göre yapılması gereklidir.” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1961#> (E.T.09.04.2021).

⁴⁶⁷ **Tekelioğlu**, s.180; Yargıtay 23.HD., 09.06.2014 tarih ve 2013/5655 E.,2014/4452 K : “..Sözleşme hükmünde aylık olarak belirlenen ve "kira" olarak adlandırılan tazminattan söz edilmesinden, sözleşmenin bu hükmüyle taraflar arasında maktu gecikme tazminatı kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede aylık tazminat maktu olarak kararlaştırılmışsa aylık zarar daha fazla olsa dahi, zararın kararlaştırılmış olan miktar kadar olduğu asıldır. Bu maktu kira tazminatı iş sahibi yararına artırılmayacağı gibi, yüklenici yararına da indirilemez. .” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1961#> (E.T.09.04.2021).

⁴⁶⁸ **Ozanoğlu**, s.86; **Kurt**, s.230; **Atabekoğlu**, s.176; **Şahin**, s.340; Yargıtay 23. HD., 27.02.2014 tarih ve 2013/8626 E., 2014/1404 K.: “..Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; davacı ile davalı şirket arasındaki sözleşmeyi diğer davalı Muzaffer'in şirketi temsilen imzaladığı, sözleşmede düzenlenen cezai şartın ifaya ekli cezai şart olduğu ve davacıların dairelerini 01.09.2004 tarihinde ihtirazı kayıt koymadan teslim aldığı, bu nedenle yazılı cezai şartı istemelerinin mümkün olmadığı, bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle kira tazminatının istenebileceği...”<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1961#> (E.T.09.04.2021).

⁴⁶⁹ **Yener**, s.130; **Tandoğan**, Mes'uliyet s.492; **Dayınlarlı**, s.83; **Kurt**, s.238; **Buz**, Dönme, s.106 vd.

⁴⁷⁰ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.490-491; **Erman**, Arsa Payı, s.85-86.

⁴⁷¹ **Erman**, Arsa Payı, s.100; **Havutçu**, s.60; Seçimlik hakkının kullanılmasına yönelik iradenin derhal bildirilmemesi arsa sahibinin kusuru sayılır ve arsa sahibi meydana gelen gecikmeye katlanmak durumundadır. , **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı, s.640-641.

değilse aynen ifa talep edebilir. Bazı durumlarda ise edimin ifası kıymetsiz hale gelmiş olabilir. Bu durumda arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle uğradığı zararının tazmin edilmesini, ifa gerçekleşseydi meydana gelecek durumdan daha kıymetli olacaksa, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebilir. Edimin ifası sözleşmeden sonra kıymetli hale gelmişse, arsa sahibinin sözleşmeyi feshederek menfi zararlarının tazminini talep etmesi yerinde olur.

Arsa sahibinin tercih ettiği seçimlik haklarını değişen şartlara göre seçebilmesi söz konusu değildir. Öyle ki, seçimlik haklarından birini kullanacağını bildiren arsa sahibi, daha sonra herhangi bir sebeple vazgeçerek, diğerini kullanmayacaktır⁴⁷². Seçimlik hak inşai haklardan olduğundan bir kez kullanıldığında talep hakkı sona erer. Ayrıca arsa sahibinin birden fazla seçimlik hakkı kullanabilmesi veya farklı seçimlik haklara bağlanan sonuçları talep edebilmesi mümkün değildir⁴⁷³.

B. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASINDA MEHİL VERİLMESİ

Arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı yerine TBK m.125'te yer alan seçimlik haklarını kullanabilmesi için kural olarak yükleniciye bir ek süre vermesi yahut hakimden bu yönde bir talepte bulunmuş olması gerekir⁴⁷⁴. TBK m.125/II'de yer alan seçimlik hakların ağır sonuçlarından yükleniciyi korunmak ve edimin ifasını sağlamak üzere TBK m.123 uyarınca son bir mehil süresi verilmelidir⁴⁷⁵. Ek mehil verilmesine rağmen yüklenici edimin ifasını gerçekleştirmez ise arsa sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı talebini ileri sürebileceği gibi, bunun yerine seçimlik haklardan birini talep edebilir. Nitekim

⁴⁷² **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.491; Yargıtay 15. HD. 14.10.2005 tarih ve 2005/5341 E. - 2005/5449 K.: *"..Daire'mizin yerleşen uygulaması da, hukuksal öğretideki baskın görüş doğrultusundadır. Ancak, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini istendiğinde, ayrıca gecikme-kira tazminatı istenip istenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Borçlar Kanununun 106/II. maddesinde düzenlenen... akdin icrasından ve teehhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep... etmeye ilişkin hakkın kullanılması 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 haldeki rayiç bedellerinin müspet zarar olarak istenmesi demektir. Arsa sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez."* <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-20055341.htm&kw=1998/93`+E.+1998/1059`+K.&cr=yargitay#fm> (E.T.10.04.2021).

⁴⁷³ **Yener**, s.132.

⁴⁷⁴ **Bilge**, s.40; **Kayhan**, s.368; **Helvacı**, Mütalaalar, s.239; **Erdoğan**, s.227; **Büyükcay**, s.216; **Öz**, İnşaat, s.141; **Şahin**, s.216 vd.; **Yakuppur**, s.84; **Ergezen**, s.103; **Uygur**, İnşaat, s.468 vd.; **Buz**, Dönme, s.108; **Oğuzman/Öz**, s.506; **Kurt**, **Yener**, Temerrüt, s.34; **Kartal**, s.87; **Dayınlarlı**, s.62,84; **Havutçu**, s.59; **Atabekoğlu**, s.139; **Kılıçoğlu**, s.872; **Ayan**, s.215; Yargıtay 15. HD 20.12.2018 tarih ve 2018/2782 E.,2018/5174 K. karar için bkz.: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2018-2782.htm&kw=ek+s% C3% BCre+se% C3% A7imlik+hak+eser&cr=yargitay#fm> (E.T.10.04.2021).

⁴⁷⁵ Bu yönde görüş için bkz.: **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.494; **Öz**, Dönme, s.175; **Kurt**, s.238.

TBK m.125'II'de yer alan seçimlik hakların talep edilmesi ihtimalinde ek süre verilmesi uygun olur. Zira arsa sahibi ek süre vermemiş olsa dahi aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilecektir.

Yükleniciye ek süre verilmesine yönelik beyan, hukuki işlem benzeri irade beyanıdır ve geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir⁴⁷⁶. Ek mehil tayini, arsa sahibinin tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli olan irade beyanıdır⁴⁷⁷. TBK'da ihtarda olduğu gibi ek mehil süresi için şekil şartına yer verilmemişse de, tacirler için verilecek ek sürenin TTK m.18/III'teki şekillerden birisi ile yapılması gerekir.

Arsa sahibi ek mehil verirken TBK m.125/II'de yer alan seçimlik haklarını kullanma iradesine haiz olmasa dahi, ek sürenin sonunda seçimlik haklarını kullanma imkânına sahip olur⁴⁷⁸. Yükleniciye tanınan ek mehil süresinin yeterli olması gerekir.⁴⁷⁹ Sürenin yeterliliği, inşaat işlerinin kapsamı ve borcun muaccel olduğu tarihteki durumu esas alınarak belirlenmelidir. Ek sürenin tespitinde, ortalama bir yüklenicinin eksik işi tamamlayacağı süre önemli bir kıstastır⁴⁸⁰. Yükleniciye verilen ek mehil süresinin uygun olup olmadığı değerlendirilirken dürüstlük kuralına uygunluğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle sürenin hakim tarafından tayin edilmesi, ek mehil süresinin amacına ulaşmasında kolaylık sağlayacağı gibi, sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi açısından da önemlidir⁴⁸¹.

Yükleniciye verilen ek sürenin yetersiz olması durumunun akıbeti hakkında doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bu konudaki ilk görüşe göre⁴⁸², sürenin yetersiz olması halinde verilmiş olan süre uygun olana kadar uzar. Diğer görüş ise⁴⁸³, arsa sahibinin yetersiz ek süre vermesi ihtimalinde seçimlik haklarını kullanmasının mümkün olmayacağı, eğer seçimlik haklarının kullanılması konusunda ısrarcı ise yeniden bir ek süre vermesi gerektiği yönündedir.

⁴⁷⁶ Tandoğan, Mes'uliyet, s.495; Dayımlarlı, s.87; Öz, Sözleşmeden Dönme, s.175.

⁴⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.226; Aydınçık, s.205; Uygur, İnşaat, s.471; Yakuppur, s.87; Ergezen, s.104; Selimoğlu, s.233; Atabekoğlu, s.140; Kurt, s.239; Şahin, s.217.

⁴⁷⁸ Bu yöndeki görüş için bkz.: Dayımlarlı, s.85-86; Kurt, s.238-239.

⁴⁷⁹ Dayımlarlı, s.88; Öz, Dönme, s.175; Ayan, s.217.

⁴⁸⁰ Bu yöndeki görüş için bkz.: Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.71; Ayan, s.217.

⁴⁸¹ Bu yöndeki görüş için bkz.: Dayımlarlı, s.88.

⁴⁸² Kartal, s.87; Kurt, s.242 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1265 vd.; Ergezen, s.104; Serozan, s.226; Yener, Temerrüt, s.35; Uygur, İnşaat, s.472.

⁴⁸³ Atabekoğlu, s.142; Şahin, s.220; Öz, Dönme, s.142; Öz, İnşaat, s.175 vd.; Yakuppur, s.86

Ek mehil süresinin hangi borcun ifası için verildiği şüpheye yer vermeyecek şekilde bildirilmelidir⁴⁸⁴. Mehil verilmesine bağlanan sonuçlar TBK m.125'te açıkça ele alınmıştır. Dolayısıyla mehil sonunda edimin ifa edilmemesi halinde ne olacağı yönünde ayrıca bir açıklamada bulunması şart değildir⁴⁸⁵.

Daha önce ihtar konusunda da belirttiğimiz üzere, TBK m.124 hükmü şartları mevcut ise arsa sahibi mehil vermeksizin TBK m.125/II'deki seçimlik haklarını kullanabilir⁴⁸⁶. Burada önemle belirtmek gerekir ki şartlar mevcutsa seçimlik hak talebi derhal bildirilmelidir. Aksi takdirde arsa sahibinin aynen ifa talebinde ısrarcı olduğu kabul edilir⁴⁸⁷. Derhal bildirim, işlerin olağan akışı ve somut durumun özellikleri göz önünde bulundurulduğunda elverişli en kısa süre olarak anlaşılması gerekir⁴⁸⁸.

C. İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFA YERİNE TAZMİNAT TALEBİ

1. MÜSPET ZARAR TAZMİNATI

a. Genel Olarak

Müspet zarar, borçlunun sözleşmeden doğan edim borcunu zamanında ve gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile mevcut fiili durum arasındaki farkı ifade eder⁴⁸⁹. Diğer bir deyişle müspet zarar, borçlunun ifasını zamanında ve gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarardır. Müspet zarar arsa sahibinin, aynen ifadan vazgeçerek, uğradığı zararın tazminini istemesi durumunda söz konusu olur. Müspet zarar talep edildiğinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermemekte, yüklenicinin asli edim borcunun yerini tazminat borcu

⁴⁸⁴ Tandoğan, Mes'uliyet, s.495; Dayınlarlı, s.87.

⁴⁸⁵ Tandoğan, Mes'uliyet, s.495; Dayınlarlı, s.87.

⁴⁸⁶ Bu yöndeki karar için bkz.: Yargıtay 15.HD 18.04.2002 tarih ve 2002/367 E. - 2002/1946 K.: "...Sözleşmeye göre, inşa edilecek binadaki bağımsız bölümlerin davacı arsa sahiplerine teslimi gereken tarih, 30.8.1998'dir.Dava, 8.12.1999 tarihinde açılmış olup, 26.9.2000 günü yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporuna göre de inşaatın seviyesi %7'dir....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..." <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7133#> (E.T.11.04.2021).

⁴⁸⁷ Kurşat, s.376; Bilge, s.42; Yener, Temerrüt, s.37; Aydemir, s.389 vd.; Uygur, İnşaat, s.473; Yakuppur, s.96; Büyükkay, s.212; Selimoğlu, s.238; Atabekoğlu, s.146; Kurt, s.247 vd.; Ayan, s.225; Şahin, s.230 vd.; Öz, İnşaat, s.144; Havutçu, s.60; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.1278; Yargıtay 23.HD. 23.6.2016 tarih ve 2015/5983 E., 2016/3893K.: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7133#> (E.T.11.04.2021).

⁴⁸⁸ Kurt, s.249; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.1277; Yakuppur, s.94; Şahin, s.231; Öz, Dönme, s.178; Öz, İnşaat, s.144; Yener, Temerrüt, s.37; Atabekoğlu, s.147; Ergezen, s.106.

⁴⁸⁹ Ergüne, s.55; Tunçomağ, I, s.545; Reisoğlu, Borçlar Genel, s.382; Oğuzman/Öz, s.408.

almaktadır⁴⁹⁰. Nitekim yapının teslimini isteyen arsa sahibi ifaya olan menfaatinin ihlal edilmesi nedeniyle uğramış olduğu müspet zararının tazminini talep eder⁴⁹¹. Aynı şekilde asıl borca bağlı tüm haklar da devam eder.

Müspet zarar, inşaatın tamamlanabilmesi için gereken bedel ve edimin ifasında yaşanan gecikme nedeniyle uğranılan her türlü fiili zarardan ve kâr kaybından⁴⁹² oluşmaktadır. Yüklenici sözleşme kapsamına uygun bir yapı inşa ederek belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmiş olsaydı, arsa sahibinin elde ettiği bağımsız bölümleri satıp elde edeceği kâr, müspet zarar kapsamında yoksun kalınan kâr olarak değerlendirilir⁴⁹³. Aynı şekilde arsa sahibinin bağımsız bölümleri satmadığı durumda, diğer bağımsız bölümler ile arsa sahibinin elindeki bağımsız bölümlerin değeri arasındaki fark müspet zarara misal olarak kabul edilir. Müspet zararın tazmini talebi halinde arsa sahibinin, gecikmiş ifayı istemesi durumundan daha kötü bir duruma düşmemesi gerekir.

Yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibinin sahip olduğu olanaklardan biri de aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etme hakkıdır. Arsa sahibi, yükleniciye ek süre vermesine rağmen inşaat tamamlanmamışsa, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek müspet zararının tazminini talep edebilir. Son süre tayini ile aynen ifadan vazgeçip müspet zararı tazmin edeceğine ilişkin irade açıklaması aynı anda yapılabilir⁴⁹⁴. Diğer taraftan, TBK m.124'te belirtilen süre verilmesine gerek olmayan hallerin mevcudiyeti

⁴⁹⁰ Yargıtay 13. HD. 25.05.1993 tarih ve 1993/2955 E. - 1993/4544 K. (**Karahasan**, Sorumluluk Hukuku,s.87,dn.61); **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s.382; **Ergüne**, s.55; Aynı yönde görüş için bkz.: **Kurt**, s.257.

⁴⁹¹ **Atamulu**, s.135; Aynı yönde görüş için bkz.: **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.502; **Dayımlarlı**, s.98; **Erman**, Arsa Payı, s.101; **Havutçu**, s.65, 76 vd.; **Ayan**, s.229; **Yener**,s.69.

⁴⁹² Kar mahrumiyetinin belirlenmesine ilişkin karar için bkz.: Yargıtay 15. HD. 27.03.2017 tarih ve 2016/1750 E.2017/1330 K.: *"..Müspet zarar olan kâr kaybı, yukarıdaki hükümlerin de sonucu olarak kâr elde edememek sebebiyle malvarlığındaki gerçek eksilme esas alınarak belirlenmelidir. Gerçek eksilmenin belirlenmesi konusunda hizmet sözleşmeleriyle ilgili olarak TBK'da düzenlenen 408 ve 438. maddelerdeki kesinti yöntemi esas alınmalıdır. 408. maddede iş sahibinin temerrüdü sebebiyle istenebilecek ücret hesabı, 438. maddede ise iş sahibinin sözleşmeyi haksız feshetmesi sebebiyle istenebilecek zarar hesabı düzenlenmiştir. 408. madde işverenin engellemesi sebebiyle yapmaktan kurtulunulan giderler ile başka bir iş yaparak kazanılan veya kazanmaktan bilerek kaçınılan yararların indirilmesini, 438. madde ise sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf edilen miktar ile başka bir işten elde edilen veya bilerek elde etmekten kaçınılan gelirin indirileceğini düzenlemiştir. Her ikisi de indirim unsurları olarak benzer düzenleme içermekte olup öğreti ve uygulamada bu hesaplama, kesinti yöntemi olarak adlandırılmaktadır. TBK'daki kesinti yöntemi hizmet sözleşmelerine dair olmasına rağmen diğer sözleşmelerin haksız feshi halinde de kıyasen uygulanması gerekir. Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2010 tarih, 2010/14-244 esas, 2010/260 karar sayılı kararında da iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunundaki kesinti yönteminin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.." <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2016-1750.htm&kw=eser+s%C3%B6zle%C5%9Fmesinden+kaynaklanan+alacak++s%C3%BCre+verilmesine+gerek+olmamas%C4%B1+menfi+zarar+talebi&cr=yargitay#fm> (E.T.12.04.2021).*

⁴⁹³ **Atamulu**, s.137.

⁴⁹⁴ **Erman**, Arsa Payı, s.92; **Aral**, s.360; **Dayımlarlı**, s.139; **Tandoğan**, II, s.138; **Ergüne**, s.55.

durumunda, arsa sahibi ifadan vazgeçme bildirimini derhal yapmadan doğrudan müspet zararın tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir⁴⁹⁵.

b. Müspet Zarar Tazminatının Hesaplanması

Arsa sahibinin ifadan vazgeçip, uğramış olduğu müspet zararının tazminini talep etmesi halinde sözleşme ilişkisi sona ermez. Bu sebeple ifadan vazgeçme halinde arsa sahibinin ifa yükümlülüğünün devam etmeyeceği hususu önemlidir. Doktrinde bu konuda fikir birliği bulunmayıp savunulan çeşitli görüşler mevcuttur.

Bu konuyla ilgili ileri sürülen görüşlerden mübadele teorisine göre, yüklenici aynen ifa yerine tazminat ödeyeceği durumda arsa sahibinin öncelikle borcunun ifa etmiş olması gerekir. Bu teoriye göre yüklenici yapının teslimini gerçekleştirmemiş olsa bile arsa sahibi belirli arsa paylarını yükleniciye devretmek durumunda kalacaktır⁴⁹⁶. Arsa sahibi müspet zararın hesaplanmasında mübadele teorisini kabul ederse sözleşme kapsamında yer alan arsa paylarının tamamının yükleniciye devri gerçekleşmesi gerekecek ve karşılığında da yüklenicinin edimin tam değerini elde edecektir⁴⁹⁷.

Baskın olarak kabul gören fark teorisine göre ise, arsa sahibi ifa yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yükleniciden talep ettiği tazminat bedelinden kendi ödemesi gereken bedeli mahsup ederek, artan bedeli talep edebilir⁴⁹⁸. Böylece fark teorisinin uygulanmasıyla arsa sahibi devir borcundan kurtulur ancak yükleniciden talep edeceği olumlu zarar bedelinden arsa paylarının değerini mahsup ederek artan kısmı talep eder⁴⁹⁹. Diğer görüş olan seçme teorisine göre alacaklının fark kuramı veya mübadele kuramını seçme hakkının olması amaca ve adalet hizmetine uygun düşecektir⁵⁰⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında arsa sahibine teslimi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin ve buna karşılık yükleniciye devri yapılacak arsa paylarının değeri aynen ifadan vazgeçildiği tarihteki rayiç değerine göre belirlenir⁵⁰¹. Müspet zarar, yapının

⁴⁹⁵ **Erman**, Arsa Payı, s.92; **Dayınlırlı**, s.139; **Tandoğan**, II, s.139; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.960.

⁴⁹⁶ **Kurt**, s.265; **Şahin**, s.268; **Atabekoğlu**, s.171; **Kartal**, s.104.

⁴⁹⁷ **Kurt**, s.280; **Öz**, İnşaat, s.147; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.1161; **Ayan**, s.236; **Atabekoğlu**, s.171; **Şahin**, s.271; **Erman**, Arsa Payı, s.93 vd.; **Yener**, Temerrüt, s.72. 477; **Atabekoğlu**, s.173.

⁴⁹⁸ **Eren**, II, s.1106; **Dayınlırlı**, s.98.

⁴⁹⁹ **Atabekoğlu**, s.171; **Oğuzman/Öz**, s.515; **Havutçu**, s.77; **Uygur**, İnşaat, s.483; **Kartal**, s.103; **Dayınlırlı**, s.98 vd.; **Erman**, Arsa Payı, s.93; **Şahin**, s.269 vd.; **Yener**, Temerrüt, s.71 vd.; **Şahin**, s.269.

⁵⁰⁰ **Serozan**, İfa Engelleri, s.229; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.870.

⁵⁰¹ **Dayınlırlı**, s.50; **Atabekoğlu**, s.171; **Erman**, Arsa Payı, s.93; **Yener**, Temerrüt, s.74; **Şahin**, s.271; Yargıtay 23. HD. 21.09.2017 tarih ve 2015/5444 E., 2017/2278 K.: "... taraflar arasındaki sözleşmeye göre yapılan inşaatın seviyesinin %5 olması, inşaat ruhsatının 9 aylık bir gecikmeyle alınmış olması, iki yükleniciyle başlatılan inşaatın sadece bir yüklenici tarafından devam ettiriliyor olması hususları birlikte

tamamlanması için gerekli giderlerin yanında gecikmeden kaynaklı giderler ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır. Fark teorisinde müspet zararın hesabı, rayiç bedel üzerinden tespit edilmiş devri taahhüt edilmiş belirli arsa paylarının değeri, yine rayice göre belirlenmiş bağımsız bölümlerin değeriyle farkı ve gecikme nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zararlar ve inşaatın tamamlanması için gerekli bedelin eklenmesiyle ortaya çıkan bedeldir⁵⁰².

Fark teorisinde zararın hesabı satışın yapılıp yapılmamasına göre ayrı ayrı hesaplanmaktadır. Buna göre somut fark yönteminde, arsa sahibinin sözleşmede devri kararlaştırılan belirli arsa paylarının üçüncü kişiye satışı ile elde ettiği karşı edim, yükleniciye ifa edilmeyen karşı ediminin değeridir. Bu noktada, arsa sahibi paylarının devrini, rayiç bedele ve dürüstlük kurallarına uygun olarak yapması gerekir. Diğer yöntem olan soyut fark yöntemine göre, herhangi bir satış yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenen piyasa değeri, arsa sahibinin karşı edim değerini oluşturur⁵⁰³.

2. ARSA SAHİBİNİN MENFİ ZARAR TAZMİNAT TALEBİ VE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

Yüklenicinin teslim borcunun ifasında temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibi sözleşmedeki teslim süresinin sonunda menfi zararın tazmini talep ettiğini ve sözleşmeden döndüğünü derhal bildirebilir. Tıpkı sözleşmenin zamanında ve gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı tazminat talebinde olduğu gibi, bu durumda da mütemerrit durumdaki yükleniciye ediminin ifası için uygun bir süre verilmeli ve sürenin yararsız kalmasıyla arsa sahibi ifadan vazgeçerek sözleşmenin derhal feshedildiğini bildirmesi gerekir⁵⁰⁴.

değerlendirildiğinde yüklenicilerin temerrüdünün gerçekleştiği, yüklenicinin, olumlu zarar niteliğinde olan kâr mahrumiyeti alacağı talep edemeyeceği, ancak yaptığı ve arsa sahibinin yararlanabileceği imalatın bedelini fesih iradesini ortaya koyduğu birleşen dava tarihinde geçerli serbest piyasa rayicine göre talep hakkı olduğu...”
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=23hd-2015-5444.htm&kw=`2015/5444`+E.,+`2017/2278`+K&cr=yargitay#fm> (E.T.11.04.2021).

⁵⁰² Şahin, s.271; Erman, Arsa Payı, s.93; Atabekoğlu, s.171; Yener, Temerrüt, s.73; Doğan s.121.

⁵⁰³ Kurt, s.275 vd.; Havutçu, s.128 vd.; Atabekoğlu, s.171.

⁵⁰⁴ Eren, II, s.1112; Erman, Arsa Payı, s.95.

a. Menfi Zarar Tazminatının Niteliği

Yüklenicinin kusuru nedeniyle sözleşmeden dönen iş sahibi, hükümsüz hale gelen sözleşme neticesinde menfi (olumsuz) zararlarının tazminini isteme hakkına sahiptir. Sözleşmeden dönme nedeniyle hukuki ilişkinin sona ermesinin en önemli sonuçlarından biri, iş sahibinin uğradığı zararlardan dolayı öne sürebileceği menfi tazminat talebidir⁵⁰⁵. Akdin feshedilmesi nedeniyle gecikmeye bağlı olarak sözleşmede kararlaştırılan cezai şart bedeli, cezayı aşan gecikme tazminatı gibi ifaya bağlı müspet zararlar, sözleşme kapsamında aksi kararlaştırılmamışsa talep edilemez⁵⁰⁶.

Menfi (olumsuz) zarardan anlaşılması gereken, sözleşmenin kurulmasına, geçerliliğine yahut ifasına ilişkin olarak karşı tarafta oluşan güvenin sarsılmasıdır⁵⁰⁷. Yüklenicinin yapının inşası esnasında genel olarak arsa sahibinin malvarlığı değerlerine verdiği tüm zararlar sözleşmeden dönme üzerine menfi zarar tazminatı olarak talep edilebilecektir. Yüklenici, meydana gelen zararların üstlenilen işin kaçınılmaz ve olağan sonucu olduğunu ispatlarsa dahi menfi tazminat borcundan kurtulamaz.

Menfi (olumsuz) zarar kapsamına, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle sözleşmeden dönen alacaklının, bu sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı malvarlığında

⁵⁰⁵ Kostakoğlu, s.335; Tunçomağ, I, s.549; Eren, II, s.1112; Reisoğlu, Borçlar Genel, s.382; Oğuzman/Öz,s.408 vd.; Tunçomağ, I, s.565; Yener, s.75; Dayınlarlı, s.147; Feyzioğlu, s.264; Tandoğan, Mes'uliyet, s.427; Ergüne, s.260.; Yargıtay 15. HD. 23.11.2020 tarih ve 2020/2778 E.2020/3057 K.: "...Menfi zarar, sözleşmenin yapıldığı tarihte başkısıyla davaya konu arsa üzerinde ne miktarda daire ve arsa payı karşılığı sözleşme yapılabileceğinin belirlenmesi, bu miktar ile mevcut duruma yahut akdedilmiş yeni sözleşmeye göre yapılabilecek inşaatlardan verilecek arsa payı ve bağımsız bölüm arasındaki fark tutarıdır..."

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2020-2778.htm&kw=eser+s%C3%B6zle%C5%9Fmesi++s%C3%B6zle%C5%9Fmenin+feshi&cr=yargitay#fm> (E.T.12.04.2021); Yargıtay 23. HD. 15.05.2014 tarih ve 2014/238 E., 2014/3841 K.: "...Olumsuz zarar; sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyorsa, uğranılmayacak olan zarardır. Dolayısıyla, karşı tarafın malvarlığına girsin veya girmesin, sözleşme nedeniyle alacaklının cebinden (malvarlığından) çıkan ve yasal olarak harcanan paradır. Doktrinde hakim olan görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar genel bir anlatımla hukukten geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın malvarlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır..." <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7133#> (E.T.12.04.2021).

⁵⁰⁶ Yargıtay 23. HD. 29.01.2014 tarih ve 2013/8034 E., 2014/510 K.: "...tarafarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, akdi fesheden taraf müspet zararlarını isteyemez. Şartlarının varlığı kanıtlandığı takdirde ancak menfi (olumsuz) zararlar talep edilebilir. Hal böyle olunca, birleşen davanın tümüyle reddi gerekirken, bilirkişi kurulunca yapılan müspet zarar hesabı ile bağlı kalınarak hatalı değerlendirme sonucu birleşen davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir..." <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=23hd-2013-8034.htm&kw=m%C3%BCspet+zarar+isteminin+m%C3%BCmk%C3%BCn+olmamas%C4%B1+fesih+menfi+zarar&cr=yargitay#fm> (E.T.12.04.2021).

⁵⁰⁷ Ergüne, s.37; Tunçomağ, I, s.549; Eren, II, s.1112; Kostakoğlu, s.335.

uğramayacağı kayıpları girer⁵⁰⁸. Borç ilişkisi hükümsüz kaldığından ifa borcuna aykırılıktan doğan zararların istenmesi hukuki dayanaktan yoksun olacaktır. Bu doğrultuda borcun ifa edilmemesinden doğan zararlar bir yana bırakıldığında kalan kısmı, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği düşüncesiyle uğranılan kayıplar, yapılan masraflar ve kaçırılan fırsatlar oluşturmaktadır⁵⁰⁹.

Menfi zarar kapsamına, ifa ile bağlantılı olan olumlu zarar kalemleri yani, iş sahibinin elde edemediği eserin değeri, bunun başkasına satma, kiralama yoluyla elde edebileceği kazançlar, eseri üçüncü kişiye yaptırırken katlanacağı masraflar ve ifaya bağlı diğer menfaat kayıpları girmez⁵¹⁰. Dönme sonucunda sözleşmenin geçmişe etkili olarak hükümsüz hale gelmesinde oluşacak güven kayıplarını oluşturan zararlar olumsuz zarar kapsamındadır. Diğer zarar çeşitlerindeki temel sınıflandırma gibi fiili zarar ve yoksun kalınan kâr menfi zararlar açısından da kabul görmektedir. Malvarlığının aktifinin azalması veya üçüncü kişilere borçlanma şeklinde oluşan zararların tazmini için nedensellik bağının mevcudiyeti gerekir. Diğer yandan denkleştirme yani iş sahibinin kazanç elde edip etmediği hususu da değerlendirmelidir⁵¹¹.

Sözleşmeden dönme ve neticede doğacak iade talepleri gibi bazı talepler borçlunun kusuruna bağlı olmaksızın doğar. Ancak tazminat talebi, sözleşmeden dönmenin kusura bağlı sonuçları içerisinde yer alır⁵¹². Genel kabul gören prensiplere göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönme halinde menfi tazminat talep edebilmesi için, yüklenicinin kusurlu olması şarttır.

b. Menfi Zarar Tazminatının Kapsamı

aa. Fiili zarar

Fiili zarar, sözleşmenin hüküm ifade ettiğine ilişkin oluşturulan güven neticesinde oluşan ve malvarlığında aktiflerin azalması yahut pasiflerin artmasına neden olan malvarlığı azalmalarıdır⁵¹³.

⁵⁰⁸ Tandoğan, Mes'uliyet, s.427; Ergüne, s.36, 37; Kostakoğlu, s.335; Tunçomağ, I, s.549; Reisoğlu, Borçlar Genel, s.382; Topuz, s.95; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s.87; Eren, II, s.1112; "Olumsuz zarar, kısaca sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır."; Yener, s.75.

⁵⁰⁹ Yener, s.76; Dayınlarlı, s.147; Öz, Eser, s.284; Tandoğan, Mes'uliyet, s.505.

⁵¹⁰ Öz, Eser, s.285; Tandoğan, Mes'uliyet, s.428.

⁵¹¹ Dayınlarlı, s.147; Öz, Eser, s.289.

⁵¹² Yener, s.77.

⁵¹³ Ergüne, s.2293; Yener, s.78.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında meydana gelen menfi (olumsuz) fiili zararlardan biri, arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilen arsa paylarının yüklenici tarafından üçüncü kişiye satılarak tescil edilmesi üzerine oluşan arsa sahibinin zararlarıdır. Borçlunun iade etmesi gereken edimin kendisinin sorumlu olmadığı müspet bir olay neticesinde ortadan kalkması ve borçlunun iade borcundan kurtulması durumunda, alacaklı uğradığı zararını TBK m.125/III (e BK m.108/II) uyarınca menfi zarar olarak talep edebilir. Yargıtay iade edilmesi gereken edimin imkânsız hale gelmesi ve borçlunun zenginleşmenin artık mümkün olmadığını ileri sürmesi, edimin aynen ifasının mümkün olmaması halinde onun ödeneceğini, alacaklının TBK m.125/III'te (e BK m.108/II) iade konusu edimin değerini menfi zarar kapsamında talep edebileceğini belirtmiştir⁵¹⁴.

Zarar gören ifa ettiği edimin iadesini menfi zarar yoluyla yerine getirmesi, zarar verenin iyi niyetli sebepsiz zenginleşen olması açısından önem taşımaktadır. Öyle ki, TBK m.79/I hükmü uyarınca, iyi niyetli sebepsiz zenginleşen iade konusu şeyin iade anındaki mevcut haliyle alacaklısına vermekle iade yükümlülüğünden kurtulacaktır⁵¹⁵. Ancak iade konusu edimin kayda değer bir değere dönüşmesi mümkün değilse veya tamamen ortadan kalkmış ise zarar veren iyi niyetli olsa dahi zarar görenin menfi tazminat talebine karşı zenginleşmenin ortadan kalktığını ileri sürmesi mümkün değildir. Menfi zarardan doğan sorumlulukta, tazminat yükümlüsünün karşı tarafa uyandırdığı güvende kusurlu davranmış olması gerekir. Sözleşmeden dönme neticesinde talep edilecek menfi zarar tazmininde, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması onun sorumlu tutulması için gerekli ve yeterlidir⁵¹⁶. Sonuç olarak, zarar veren taraf, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden farklı olarak, yerine getirilen edimde meydana gelecek kayıplardan, menfi zarar tazminatı kapsamında daima sorumludur.

Sözleşmenin hüküm ifade ettiğine güvenen taraf, üçünü şahıslar ile başka sözleşmeler (satış, kira vb.) yapmış olabilir. Ancak hüküm doğuracağına güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde, üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve neticede tazminat ve cezai şart ödeme borcu altına

⁵¹⁴Yargıtay 15 HD. 16.11.1992 tarih ve 1992/1606 E. - 1992/5313 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7133#>) (E.T.12.04.2021).

⁵¹⁵ **Yener**, s.79.

⁵¹⁶ **Ergüne**, s.299.

girmesi söz konusu olabilir. Üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeden doğan zararların da zarar veren tarafından menfi zarar olarak karşılanması talep edilebilir⁵¹⁷.

Arsa sahibi sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi amacıyla yaptığı masrafları da menfi zarar kapsamında talep edebilir. Bu tür masrafları; mali kaynak sağlamak için kredi çekme, yükleniciye gerekli malzemelerin tedariki için yapılan masraflar, inşaatın yapılacağı yeri boşaltma ve hazırlama masrafları, taşıma masrafları, proje ve inceleme masrafları olarak sıralamak mümkündür⁵¹⁸. Arsa sahibinin sözleşmesinin ifasını sağlamaya yönelik yaptığı masraflara, yapının inşasının gerçekleşeceği alanda evi vs. varsa yıktırma masrafları, araziyi düzeltirme ve araçlar için yolları açtırma masrafları vb. örnek verilebilir. Ayrıca hükümsüz hale gelen sözleşmenin tasfiyesi, temerrüt ihtarı çekme, ek süre verme, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi feshetme nedeniyle yapılan harcamalar, yargılama giderleri, avukatlık ücreti gibi usulü masraflar da olumsuz zarar kapsamında talep edilebilmektedir⁵¹⁹.

bb. Yoksun kalınan kazanç

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hüküm ifade edeceği yönündeki güveni boşa çıkarılan tarafın malvarlığında oluşacak artışların engellenmesi onun yoksun kaldığı kârını oluşturur. Zarar veren taraf, menfi (olumsuz) zarar yükümlülüğü kapsamında, hüküm ifade edeceğine güvenilen sözleşmeye dayanarak aynı şartlarda ya da daha elverişli imkânlarda başka sözleşme yapma olanağını kaçırmamasından doğacak kâr mahrumiyetin talep edilebilir⁵²⁰. Arsa sahibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hüküm ifade edeceğine

⁵¹⁷ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.428; **Ergüne**, s.303; **Tunçomağ**, I, s.549; **Eren**, II, s.1113; **Buz**, s.245; **Kılıçoğlu**, Genel s, 539.

⁵¹⁸ **Yener**, s.81; Yargıtay 15. HD. 12.11.2019 tarih ve 2019/2120 E., 2019/4525 K.: “..davalı - karşı davacı vekili menfi zararları kapsamında yaptığı noter masraflarının da tahsilini talep etmiştir. Bu durumda mahkemece, dava konusu sözleşme nedeniyle yapıldığı kanıtlanan noter masraflarının da hüküm altına alınması gerekirken sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle reddi isabetli olmamış, kararın bu nedenle bozulması uygun bulunmuştur..” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2019-2120.htm&kw=menfi+zarar+talebi++olumsuz+zarar+eser&cr=yargitay#fm> (E.T.12.04.2021).; Yargıtay 23. HD. 03.07.2018 tarih ve 2015/9748 E. 2018/3897 K. : “...Somut olayda davacılar vekili inşaatın bitmesi gereken tarihten dava tarihine kadar kira tazminatı, gecekondü yıkımı nedeni ile kira kaybını istemiştir. Sözleşme fesholdüğünde müspet zararın tazmini talep edilemez, ancak menfi zarar talep edilebilir. Sözleşmenin yerine getirilmemesinde davalı kusurludur. Bu sebeple sadece gecekondü yıkımı nedeni ile kira kaybı hakkındaki talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken, infazı da mümkün olmayan şekilde, gecikme nedeni ile kira tazminatına da karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=23hd-2015-9748.htm&kw=menfi+zarar+talebi++olumsuz+zarar+eser&cr=yargitay#fm> (E.T.12.04.2021).

⁵¹⁹ **Ergüne**, s.301.

⁵²⁰ **Oğuzman/Öz**, s.409; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.856-857; **Ergüne**, s.304; **Öz**, Eser, s.289; **Öz**, İnşaat, s.37,155; **Eren**, Genel Hükümler, s.1105; **Buz**, s.246 vd.; Yargıtay 15. HD. 24.05.2016 tarih ve 2015/3944 E., 2016/2964 K., Yargıtay 15. HD. 13.11.2017 tarih ve 2016/1632 E., 2017/3909 K, Yargıtay 15. HD. 16.04.2018 tarih ve 2018/1985 E., 2018/1561 K. (<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=menfi+zarar+tazminat%C4%B1%2Bka%C3%A7%C4%B1r%C4%B1lan+f%C4%B1rsat%2Beser&sort=tarih+desc>) (E.T.12.04.2021).

güvenerek mahrum kaldığı kazançlarını menfi zarar içerisinde talep edebilecekken, feshedilen sözleşmeden dolayı mahrum kaldığı kazançları talep edemez.

Müspet zarar kapsamında yer alan kâr mahrumiyeti ile menfi zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti birbirinden farklı olarak değerlendirilmektedir. Menfi zarar tazmini ile alacaklı tarafından feshedilen sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğramayacağı zararların temin edilmesi amaçlanır. Müspet zararlar ise, sözleşme ifa edildiği halde alacaklının malvarlığında meydana gelen artış amaçlanır⁵²¹.

Menfi zararı tazmin yükümlülüğü kapsamında zarar görenin uğradığı kâr mahrumiyeti çeşitli şekillerde meydana gelebilir. İlk ihtimale göre sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, bu sözleşmenin hükümsüzlüğünden dolayı aynı türden başka bir sözleşme için daha fazla bedel ödemek zorunda kalmış olabilir⁵²². İkinci ihtimalde, zarar gören sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvendiği için, aynı tür sözleşmeyi daha düşük bir bedelle akdetmiş olabilir. Bir başka ihtimal ise, zarar görenin sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmesi nedeniyle aynı türdeki sözleşmeyi yapma imkânını kaybetmesidir. Öyle ki, son ihtimalde sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle zarar gören taraf, benzer sözleşmeden elde edeceği kârdan sürekli olarak yoksun kalmaktadır⁵²³.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin edimin ifasına gecikerek başladığı tarihte sözleşmenin tarafı yüklenici ile sözleşme yapmayıp da, başka bir yüklenici ile sözleşme yapma fırsatını kaçırmayıp arsanın bulunduğu mevki ve o tarihlerdeki rayiç bedeller gözetilerek arsa payına karşılık olan inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm elde edebileceklerse aradaki farkı menfi zarar olarak yükleniciden talep edebileceği belirtilmiştir⁵²⁴. Diğer taraftan Yargıtay menfi zararı kapsamındaki kâr mahrumiyetinin hesaplanmasında bazı kararlarında

⁵²¹ **Dayınlarlı**, s.148; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.428.

⁵²² **Ergüne**, s.313; **Buz**, s.249.

⁵²³ **Ergüne**, s.316; **Buz**, s.249.

⁵²⁴ Yargıtay 15. HD. 19.04.2004 tarih ve 2003/5541 E. - 2004/2201 K. : “Davacı arsa sahipleri davacı ve karşı davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayıp da, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmayıp 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..”
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2003-5541.htm&kw=`2003/5541`+E.+`2004/2201`+K.&cr=yargitay#fn> (E.T.12.04.2021).

amaçlanan sözleşme ile şimdi yapılması mümkün olan sözleşme arasındaki farkı⁵²⁵ veya amaçlanan sözleşme ile kaçırılan fırsat arasındaki farkı gözetmiştir⁵²⁶.

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, kaçırdığı imkânları değerlendirme fırsatına henüz sahip olması halinde veya kaçırmış olduğu teklif sonrasında daha iyi şartlarda sözleşme yapma fırsatını ele geçirirse, menfi zarardan sorumluluk kapsamında kâr mahrumiyeti talep edemez⁵²⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde menfi zarar kapsamına, arsa sahibi tarafından ifa edilen edimden mahrum kaldığı faydalar, arsadan veya yıkılan evden elde edeceği kira gelirleri, faiz tutarları da girer. Bunlar, sözleşmenin hüküm doğuracağı düşüncesiyle, arsa sahibinin yükleniciye verdiği veya kullanımını sınırlamak zorunda kaldığı şeyleri ekonomik açıdan değerlendirememesi nedeniyle mahrum kaldığı kazanç kayıplarıdır. İş sahibi eğer sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmez ise kullanımından mahrum kalınan şeyden bu tutarda bir gelir elde edebileceğini ispatlamalıdır⁵²⁸. Ancak, bağımsız bölümlerin teslim edilmemesi nedeniyle uğranılan kira yoksunluğu müspet zarar olduğundan, sözleşmeden dönen arsa sahibinin bunu talep etmesi mümkün değildir⁵²⁹. Arsa sahibi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle başka yerde daire kiralamış ise ödediği bedel fiili zarar olarak, menfi zarar kapsamındadır.

⁵²⁵ Yargıtay 13. HD. 22.10.1981 tarih ve 1981/5738 E. - 1981/6690 K.: “..Uzman bilirkişi aracılığı ile somut olaydaki durum ve koşulların özelliğine, olayların normal akışına, dürüstlük ve doğruluk kurallarına, tecimsel yaşamın isteklerine göre, davacının en geç hangi günde sözleşmeden dönmesi gerektiği saptanıp dava konusunda geçen otunun kararlaştırılan teslim günündeki fiyatı (satış parası) ile sözleşmeden dönülmesi gereken gündeki aynı nitelikteki otunun fiyatı (satış parası) arasındaki fark bulunmalı ve istemle bağlı kalınarak böylece belirlenecek fark tutarının davacı yararına ödetilmesine karar verilmelidir...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7133#> (E.T.12.04.2021).

⁵²⁶ Yargıtay 15. HD. 22.01.2004 tarih ve 2003/3335 E. , 2004/334 K. : “...Dava konusu olayda 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 oluyor ise ona hükmedilmelidir. Akdin ifası sonunda elde edilecek karın menfi zarar olarak kabulüyle buna hükmedilmesi doğru değildir. Karar davalı yararına bozulmalıdır...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2003-3335.htm&kw=`2003/3335`+E.+`2004/334`+K.&cr=yargitay#fm> (E.T.:12.04.2021).

⁵²⁷ Yener, s.84.

⁵²⁸ Öz, Eser,290; Tandoğan, Mes’uliyet, s.428; Eren, II, s.1113; Yener, s.85.

⁵²⁹ Yargıtay 23. HD. 22.04.2015 tarih ve 2014/3973 E., 2015/2836 K. “..İleriye etkili fesihle yüklenici, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli ceza ve ifanın gecikmesine bağlı gecikme (kira) tazminatını (Dava tarihi itibariyle yürürlükte olan TBK'nın 112.md.) yükleniciden isteyebilmektedir...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=23hd-2014-3973.htm&kw=m%C3%BCspet+zarar+eser+kira++s%C3%B6zle%C5%9Fmeden+d%C3%B6nme&cr=yargitay#fm> (E.T.12.04.2021).

Arsa sahibinin ifa ettiği edimden elde edeceği yararlardan mahrum kalması üzerine uğranılan zararın hesaplanmasında, zarar görenin elde edebilecekleri dikkate alınmalıdır. Bir başka deyişle zarar gören, ifa ettiği edimi kullanmaktan mahrum kalmamış olsaydı, gene de bu faydaları elde edemeyecek idiyse bu doğrultuda bir menfi zarar talebi ileri sürülemez⁵³⁰.

Ayrıca menfi zararın kapsamına, belirttiğimiz fırsatların dışında, hüküm doğuracağına güvenilen sözleşme nedeniyle kaçırılan başka amaç ve nitelikte sözleşme yapma fırsatları, bu nedenle değerlendirilme imkânı olmayan başka işler de girebilir. Örneğin, yüklenici ile yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hüküm doğuracağına güvenen arsa sahibinin, kendi mesleki faaliyetlerini ihmal etmesi nedeniyle uğradığı gelir kaybı halinde durum bu şekildedir⁵³¹.

c. Menfi Zararın İspatı

Sözleşmeden dönen arsa sabinin malvarlığında fiili bir azalma meydana geldiğinden, menfi zarar kapsamına giren fiili zararların ispatlanması kolaydır. Arsa sahibi malvarlığında meydana gelen azalma ile temerrüde düşen yükleniciyle dönülen sözleşmeyi yapması arasında illiyet bağı kurarak ispat etmesi yeterlidir⁵³². Arsa sahibi, daha elverişli imkânlarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olması şeklinde menfi zarar tazmini talep ederken, o zamandaki piyasa koşullarında eseri başkasına yaptırsaydı elde edeceği kazancı ispat etmelidir⁵³³. Arsa sahibinin başka bir sözleşme yapmış olsaydı elde edeceği kazançta ait menfi zarar talebi farazi zarardır ve ispatlanması güçtür. Bazı yazarlar, iş sahibinin kaçırıldığını öne sürdüğü fırsatları, temerrüt nedeniyle döndüğü sözleşme bağı bulunmasaydı, somut olarak değerlendirebileceğini göstermeli, somut delillerle ispatlamalı, sözleşmeden döndükten sonra aynı işi bir başkasına yaptırmasının daha çok maliyetli olacağı kesin olmalıdır⁵³⁴. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, arsa sahibi, yüklenici ile arasında

⁵³⁰ Ergüne, s.301.

⁵³¹ Ergüne, s.316.

⁵³² Buz, s.252.

⁵³³ Yener, s.86.

⁵³⁴ Öz, Eser, s.290; Dayınlarlı, s.147; Yargıtay 15. HD. 25.033.1998 tarih ve 1998/868 E., 1998/1178 K.: “..Başka bir anlatımla, davacı İdarenin, davalı yüklenici yerine, ona en yakın teklifte bulunan bir başka 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 kararı, 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 kaçırıldığı fiyatlarla yaptırılması halinde ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın menfi zarar olarak hükme esas alınması zorunludur...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-1998-868.htm&kw=`1998/868`+E.+`1998/1178`+K.&cr=yargitay#fm> (E.T.13.04.2021).

akdedilen sözleşmeye benzer bir sözleşmenin kendisine teklif edildiğini ve borçlu ile dönülen sözleşmeyi yapması nedeniyle bu sözleşme teklifini reddettiğini tam ve kesin olarak ispatlamak zorunda olmamalıdır. Öyle ki olumsuz zararın talep edilebilmesi için illaki başka bir sözleşme teklifinin kaçırılmış olması ve bu durumun somut delillerle ispatlanması şart değildir. Burada menfi zarar tazminatı talep eden arsa sahibinin kaçırdığını ileri sürdüğü fırsatları ispat ederken, aynı türden sözleşmeyi rayiç bedelle yapma fırsatını kaçırmış olması gerekli ve yeterlidir⁵³⁵. Alacaklının dönülen sözleşmeyi yapmasından dolayı başka bir sözleşme yapma teklifini reddettiğini somut delillerle ispat etmesi ve bu sözleşme teklifini yapan şahsı bildirmesi gerekli olmamalıdır.

Yoksun kalınan kârın kesin ispatı zor olup, ispat konusunda aşırıya kaçan taleplerden kaçınılması faydalı olacaktır. Zarar ile illiyet bağının tam olarak ispatlanmasının beklenilmesi halinde alacaklı genel olarak hakkına kavuşamayacaktır. Bu haliyle TBK m.50/II'de (e BK. m.42/II) uyarınca zararın ve kusurun ispatında olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemlerin dikkate alınması hakkaniyetli olacaktır. Yargıtay'ın son yıllarda vermiş olduğu kararlarda da zarar görenin daha iyi fırsatlarda sözleşme yapma imkânını kaçırdığının somut olarak ispatlanması şartını aramamaktadır. Yargıtay, alacaklının dönülen sözleşmeyi akdettiği anda geçerli olan sözleşme konusu edimin cari fiyatı üzerinden aynı sözleşmeyi başka kişilerle yapma imkânına sahip olduğundan yola çıkmakta ve bu cari fiyat ile sözleşme konusu edimin dönmeden sonraki fiyatı arasındaki farkı TBK m.125/II (e BK m.108/II) kapsamında menfi zarar kapsamında kabul etmektedir⁵³⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibinin, başkalarıyla sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması sebebiyle oluşan menfi zararların tespitinde, bu fırsatı kaçırdığını tam ve kesin bir biçimde ispatı şart koşulmamalı ve piyasadaki rayiçler göz önüne alınarak hesap yapılmalıdır.

D. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASI VE TASFİYE

Arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü neticesinde aynen ifa veya gecikme tazminatı talebinden vazgeçerek sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa, hukuki sonuçlar TBK m.125/III (e BK m.108/I) kapsamında değerlendirilecektir. Sözleşmeden dönmenin

⁵³⁵ **Buz**, s.253; **Ergüne**, s.318.

⁵³⁶ Yargıtay HGK 17.01.1990 tarih ve 1990/13-392 E., 1990/1 K. : “..Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır; aynı zamanda ihtiyaç askeri birliğindedir. İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle menfi zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmemiştir...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7133#> (E.T.13.04.2021).

sonuçlarının ele alındığı TBK m.125/III'te “Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” ifadelerine yer verilmiştir. Açık kanun hükmünden de görüleceği üzere dönmenin iki temel sonucu vardır. Bunlardan birincisi: Alacaklı arsa sahibinin, vaat olunan şeyi vermekten kaçınabileceği ve ödediğini geri alma imkânına sahip olmasıdır. İkincisi ise, borçlu kusursuzluğunu ispat edemezse, menfi zararı tazmin etmek zorunda kalmasıdır⁵³⁷.

Dönme, sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirmeyi hedef tutan, yenilik doğuran bir haktır. Arsa sahibi, yükleniciye yönelik tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönme hakkını kullanır. Dönme hakkının kullanılmasında herhangi bir şekil şartı olmadığından, yazılı veya sözlü yapılması mümkündür. Ancak sonradan ispat açısından güçlük yaşanmaması için yazılı şekil veya noter aracılığıyla tebliği tercih etmek iş sahibinin yararına olacaktır⁵³⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yapının kısmen tamamlanmış olması durumunda bağlanacak sonuçlar iki önemli soruna neden olmaktadır. Bunlardan ilki, arsa sahibinin önceki dönemde yükleniciye verdiği bedelin iadesidir. Bahsi geçen bedelin para olarak kararlaştırılmış olması halinde yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca parayı iade etmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise kararlaştırılan bedel arsa sahibine ait olan arsa payıdır ve bu sefer de bunun iadesi söz konusu olacaktır. Oluşacak sorunlardan ikincisi de, arsa sahibinin yükleniciye iade etmesi gereken değerlerdir. Arsa sahibinin arsa payı üzerinde yapılan inşaa faaliyetinin devamı esnasında yaşanan gecikmeler sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi, yaklaşık maliyetin aşılması yahut yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme neticesinde yapılan kısımların mali karşılığının yükleniciye iade edilmesi gerekir.

Eser sözleşmelerinde dönme mahkeme dışında tarafların ortak iradeleriyle gerçekleşir ancak ihtilaf çıkması halinde mahkemeye müracaat edilmesi şarttır. Açılan davada hakim, dönme hakkının varlığını, usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığını, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erip ermediğini, sözleşme sona ermişse taraflar için doğan hukuki sonuçlarını tespit ve tayin eder. Neticede, açılan davada dönme talebinin

⁵³⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.76; Dayımlarlı, s.127.

⁵³⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.161.

haklılığı değerlendirilerek, sözleşmenin feshine veya davanın reddine karar verilir. Eser sözleşmelerinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi tutulmamış olup, sözleşmeden dönmek isteyen tarafın dönme iradesini karşı tarafa bildirmesi ile bozucu yenlik doğran hak kendiliğinden hüküm doğurur. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçişi kararlaştırıldığından resmi şekle tabi tutulmuştur. Bu nedenle karşı tarafın dönmeyi kabul etmemesi halinde mahkeme kararı verilmesi gerekir. Dava yoluyla çözüme kavuşması amaçlanan sözleşmenin feshi davası sonucunda verilecek fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönülebilecektir. Görülen yargılama neticesinde davanın reddine karar verilmesi halinde ise, taraflar arasında akdedilen sözleşme yürürlükte kalmaya devam edecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsa sahibinin taşınmazı üzerinde yapının inşası amaçlanmakta olup, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, inşası taahhüt edilen yapı vade gününde kısmen tamamlanmış ise bu duruma bağlanacak sonuç tartışma konusudur. Eser sözleşmesini ani edimli sözleşme olarak kabul eden yazarlar geçmişe etkili şekilde sözleşmeden dönmeyi kabul etmekteken, diğer yazarlar ise menfaat durumuna göre ileriye etkili feshi kabul etmektedir. Sözleşmeden dönme, geçmişe etkili olarak sözleşmeyi hükümsüz hale getirir ve yüklenici kısmen de olsa sözleşmedeki bedele ilişkin bir talepte bulunamaz. Bu halde yüklenici yapılan inşaatın arsa sahibinin malvarlığında meydana getirdiği artış bedeli kadar sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebilir. Kısmen dönme veya feshin kabulü halinde ise, sözleşme bu andan itibaren ileriye etkili olarak hükümsüz kalacak ve eserin tamamlanan kısımları ifa edilen edimler sayılacağından, bunlara dokunulmadan yüklenici sözleşmede belirlenen bedelin bu oranda ifasını talep edecektir⁵³⁹. Bu haliyle yüklenici eserin yapılmamış kısmını tamamlayarak arsa sahibi de bu kısımların bedelini ödeme yükümlülüğünden kurtulur.

1. Dönmenin Sözleşme İlişkisine Etkisi

a. Geçmişe etkili feshi kabul eden görüş

Bazı yazarlar yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde eski hale iadeye yönelik dönmenin mümkün olacağını ileri sürmektedir⁵⁴⁰. Yüklenici inşaatı kısmen tamamlaması halinde temerrüde düşmüş ise, kanun koyucunun TBK m.123-125'e göre (e BK m.106-108)

⁵³⁹ **Öz**, Eser, s.187.

⁵⁴⁰ **Tandoğan**, s.147 vd.; **Öz**, Eser, s.210 vd.; Yavuz, s.524; Yargıtay HGK 06.10.1982 tarih 356/817 (BATİDER C. XI, S.3, Haziran,1982, s.110 vd.)

geçmişe etkili dönmeyi benimsediği ve yüklenicinin kasten korunmadığı anlaşılır⁵⁴¹. Bu görüşü savunanlara göre, eser sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü neticesinde sözleşmeden dönülmesi geçmişe etkilidir ve dönmenin sonucunda sözleşmenin tasfiyesi sebepsiz zenginleşme kuralları kapsamında yapılmalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatın geldiği aşamaya bakılmaksızın, inşaat arsa sahibinin payı üzerinde yapılıyor olmasına bakılmaksızın dönme üzerine karşılıklı borçlar doğdukları andan itibaren hükümsüz sayılır. İnşaatın tamamlanan kısımları bütünleyici parça olarak arsa sahibinin mülkiyetine geçerek arsa sahibinin malvarlığında sebepsiz zenginleşme oluşturur. Bu halde, yüklenici TBK m.77 (e BK m.61 vd.) doğrultusunda bu değer bedelinin kendisine ödenmesini talep edebilir. Özellikle yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun bulunduğu durumlarda bu sonucun benimsenmesi zaruridir⁵⁴². Arsa sahibi yükleniciye devrettiği arsa payını yeniden kendi mülkiyetine geçirerek ve inşaatın tamamlanan kısmına tekabül edecek yapım bedelini yükleniciye verecektir. Ayrıca, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, arsa sahibi ek olarak menfi zararının tazminini isteyebilir⁵⁴³.

Bu yazarların çoğu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ani edimli sözleşme olarak kabul etmektedir. İnşaatın tamamlanması aşaması nedeniyle sürekli borç ilişkisi doğran sözleşmelere ait kuralların uygulanması ancak hakkaniyete ve eser sözleşmesinin düzenlendiği diğer kurallara uygunluk nispetinde mümkün olacaktır. Mütemerrit durumundaki yüklenicinin, inşaatın tamamlanan kısmıyla orantılı ücret alması yani, işin sözleşme kapsamına uygun olarak tamamlayan yüklenici gibi değerlendirilerek kâr payı alması hakkaniyete aykırı düşmektedir⁵⁴⁴. Sözleşme kapsamında yapımı kararlaştırılan eserin ayıplı olmasına ilişkin TBK m.475 (e BK m.360) düzenlemesinin kıyasen uygulanması mümkün değildir. Başkasının arsa payı üzerinde tamamlanan ayıplı yapının kaldırılmasındaki zorluk ve bundan doğacak yüklü maliyet nedeniyle bedelden indirim istemeyle yetinilmesini hakkaniyete uygun gösteren nedenler vardır. İnşaat devam ederken inşaatı durdurarak terkeden veya kusuruyla sürüncemede kalmasına sebebiyet veren ve sonuçta kusuruyla

⁵⁴¹ **Öz**, Eser, s.272.

⁵⁴² **Tandoğan**, Görüş, s.1-49; **Tandoğan**, II, S.49 vd.; **Öz**, Eser, s.214; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.77; Yazar, Tamamlanan inşaat kısmının sebepsiz zenginleşme bedelinin hesaplanmasının zorlu ve çeşitli sorunlar çıkarabilecek nitelikte olduğunu, diğer taraftan yeni dönme kuramı benimsendiği takdirde tamamlanan kısmın objektif yapım bedeli iade edileceğinden bu çözümün daha hakkaniyetli olacağı ve işi kolaylaştırdığını belirtmiştir.

⁵⁴³ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.78; **Öz**, Eser, s.217.

⁵⁴⁴ **Tandoğan**, Görüş, s.28 vd.; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.76 vd.; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s.26; **Öz**, Eser, s.211.

dönmeye sebep olan yüklenici, beklediği kârdan pay almasını gerektirecek kadar korunmayı hak etmez.

İnşaatın tamamlanan kısmıyla orantılı bedel ve dolayısıyla elde edilecek kârdan orantılı olarak alma fırsatı, kötü niyetli yüklenicileri işin kârlı olan başlangıç kısmını yapmaya akabinde işi henüz tamamlamadan terk etmeye teşvik eder. Bu durumda işin %60'ını ve %70'ini tamamlayan yüklenici istediği zaman orantılı ücretini alıp işi bırakabilecektir. Ancak, yüklenici orantılı ücret alamayacağını bilirse, işi yarım bırakmamak konusunda daha çok özen gösterir. Bu halde yüklenicinin kusurlu olması nedeniyle, arsa sahibinin TBK m.475 (e BK m.360) hükmüne kıyasen, uğradığı zararların tazminini talep edebilmesi, onun kâr payı almasındaki dengesizliği ortadan kaldırmaz. Özellikle kâr payının arsa payı olarak belirlendiği durumlarda orantısızlığa neden olur. Ayrıca, kıyasen uygulanmak istenen TBK m.475 hükmü ileriye etkili feshe fırsat vermekte, yalnızca sözleşmenin devamlılığını sağlayacak bedel indirimi veya ücretsiz onarım seçeneğine yer vermektedir⁵⁴⁵.

Ayrıca TBK m.486 (e. BK m.371) düzenlemesine göre, yüklenicinin kişisel özellikleri esas alınarak kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin ölümü ya da kusura bağlı olmayan bir nedenle inşaatı tamamlamaktan aciz kalmasıyla kendiliğinden sona erecek ve arsa sahibi, tamamlanan kısımlar kullanılabilir ise yükleniciye bunun karşılığını verecektir. Ancak kanun hükmünün aksine işi tamamlamadığı için sözleşmesinden dönülen yükleniciye orantılı ücret verilirse, her iki durumda da aynı işlem uygulanacak ve TBK m.486'daki (e BK m.371) "kusuru olmaksızın" koşulu anlamsız kalacaktır⁵⁴⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesine rağmen yüklenicinin arsa payına veya bağımsız bölümlere paydaş olması mühim sakıncalar doğuracaktır. Sözleşme konusu yapının inşası sonradan tamamlansa ve yüklenici inşaatı biten yapıya ortak edilse dahi, arsa payının indirilmesinde çoğu kez yüklenicinin ifa ettiği edimi oranında hak kazanacağı pay bulunması zor ve imkânsız olacaktır. Sözleşme kurulurken, inşaat tamamlanınca ortaya çıkacak bağımsız bölümler, yapının içindeki yerlerine göre değerlendirilerek hakkaniyetli olarak arsa sahibi ve yüklenici arasında paylaşılır. Ancak inşaatın yarıda bırakılması halinde yükleniciye ait olacak bağımsız bölümleri tespit edilmesinde bu dengeyi kurmak zor hatta imkânsız olabilir. Yüklenicinin orantılı alacağı bir kısmını bağımsız bölüm kalanını da para olarak vermek hem aynen ödeme ilkesini karşılamayacak hem de ortak mülkiyete ait sorunları

⁵⁴⁵ **Öz**, Eser, s.218.

⁵⁴⁶ **Tandoğan**, Görüş, s.41; **Öz**, Eser, s.221.

ortadan kaldıramayacaktır. Yükleniciye ayrı bir bağımsız bölüm verilebilse dahi, bu durumdaki yükleniciyi ortak mülkiyet ilişkisine dahil etmenin ve birlikte oturmanın sakıncalı olacağı aşıkardır⁵⁴⁷.

b. İleriye etkili feshi kabul eden görüş

Sözleşme ile kurulan borç ilişkisinin sona ermesinin hukuki niteliğini fesih olarak benimseyenler, sona ermeye yönelik irade beyanının sözleşmeyi ileriye etkili olarak hükümsüz hale getireceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, feshin bildirilmesine kadar sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Fesihden beyanı neticesinde sözleşme hükümsüz olduğundan, taraflar sözleşmeye dayanarak talepte bulunmazlar. Bu görüşün dayanağını, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapısı dolayısıyla sürekli borç ilişkilerine dair hükümlerin de dikkate alınması zorunluluğu oluşturmaktadır.

Bu görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani-sürekli edim karması sözleşme olarak kabul edilmektedir. Sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmeler kural olarak, geçmişe yönelik dönme yoluyla değil, ileriye yönelik fesih ile sona ermektedir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü üzerine her zaman feshin ileriye etkili olacağı, geçmişe etkili feshin hiçbir şekilde mümkün olmadığı şeklinde bir görüş yoktur. Feshin ileriye etkili olacağını savunan yazarlar da yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmeden geçmişe etkili dönmenin mümkün olabileceğini kabul etmektedirler. Fakat bu yazarlar, yüklenicinin gözetimi gerektiği hallerde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesini ileriye etkili fesih olarak kabul etmektedirler. Özellikle, arsa sahibinin kendisine ait arsa payı üzerinde inşaat yapılması halinde, yüklenicinin teslim gününde yapıyı tamamlamamış olmasına rağmen, tamamlanan kısım için büyük bölümüne tekabül ediyorsa ve inşaatın sökülüp kaldırılması aşırı zarara sebebiyet verecekse, ileriye etkili fesih söz konusu olabilmelidir⁵⁴⁸. Eserin ayıplı olmasına ilişkin iş sahibinin seçimlik haklarının ele alındığı TBK m.475 (e BK m.360) düzenlemesi bu durumda kıyasen uygulanacaktır. Nitekim TBK m.475'te ayıp halinde iş sahibine tanınan seçimlik haklar, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kuralların da dikkate alınması gereken eser sözleşmesinin niteliğine uygundur. Yüklenici temerrüde düşmede kusurlu olsa da, bu sonucun uygulanması mümkün olacaktır ve sözleşmenin feshedilmesiyle yaptığı işle orantılı bedeli talep edebilecektir. Yüklenicinin kusurunun

⁵⁴⁷ Tandoğan, Görüş, s.48.

⁵⁴⁸ Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, C.4, İstanbul, 1980, s.457-497; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.184; Yener, s.99.

oluşturacağı tek fark, iş sahibinin kusurlu yükleniciden tazminat talep edebilmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi halinde, yüklenici inşaatı tamamladığı oranda arsa payı ve bağımsız bölüm alabilmelidir. İş sahibi sözleşmeyi feshederken, inşaatın tamamlanma oranı tespit edilerek ve sözleşmede yer verilen arsa payı oranı ile bağımsız bölüm sayısı bu orana indirgenerek yükleniciye devredilecek ve daha önce devredilen arsa paylarının iadesi talep edilemeyecektir.

Eser sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurduğu göz önünde bulundurularak düzenlenen kurallardan biri de TBK m.475'te (e. BK m.360) yer almaktadır. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kısıtlayan bu madde hükmü, eserin tamamlanmamış olmasını değil, ayıplı olmasını ele almaktadır. Öyle ki, yapının inşası büyük oranda tamamlanmış ve yüklenici mütemerrit hale düşmüşse kıyasen bu hüküm uygulanmalıdır. Hükmün düzenlenme sebebi, inşaatın arsadan sökülmesinin yüksek oranda zarar vermesi ve bu halde yüklenicinin de mevcudunun zarara uğramasını önlemektir. İnşaatın tamamına yakın kısmının tamamlandığı halde yüklenici temerrüde düşmüş ise, arsa sahibinin temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmesinin TBK m.475 hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla engellenmesi ve yalnızca ileriye yönelik feshin kabulü mümkündür⁵⁴⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşme bedeli aynı olarak belirlendiğinden, geçmişe etkili dönme görüşü hakkaniyete uygun düşmez. Yüklenici, arsa payı olarak kararlaştırılan sözleşme bedelini göz önünde bulundurarak, bu arsa paylarının kendisine ait olacağı inancıyla emek ve çaba göstermektedir. Dönme görüşünün benimsenmesi halinde, yüklenici, iş sahibinin arsası üzerinde kendi malzeme ve ekipmanlarıyla inşaatı büyük oranda tamamlasa dahi, tamamlanan kısmın yapım değerini veya sebepsiz zenginleşme değerini para olarak alacaktır⁵⁵⁰. Dolayısıyla yükleniciyi sözleşmede kararlaştırılan arsa payı hakkından tamamen yani, inşaatın tamamlanma oranında mahrum bırakmak, karşılıklı güven ilkesine, hakkaniyete ve karşılıklılık ilkesine aykırı olacaktır. Bu halde, yüklenicinin tamamladığı inşaat oranında arsa payından indirim yapılmalı ve kalan kısma tekabül edecek arsa payı yükleniciye verilmelidir.

Yüklenici kusurlu olarak temerrüde düşmüş olsa dahi, varılan sonuç aynıdır. Kıyasen uygulanacak TBK m.475 hükmü ile iş sahibine, kusurlu yükleniciden bedel indirimi

⁵⁴⁹ **Sungurbey**, C.4, s.466 vd.; **Erman**, Hasan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri), IBD, 1984, Nisan, Mayıs, Haziran, s.215 vd.; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.185; **Sungurbey**, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, C.5, İstanbul, 1984, s. 541 vd.; **Karahasan**, s.369 vd.

⁵⁵⁰ **Yener**, s.100.

ve ücretsiz onarım hakkı ile zararın tazmini hakkı tanınmıştır. Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi fesheden iş sahibi, uğramış olduğu zararların tazminini yükleniciden talep edebilir.

c. Yargıtay'ın içtihadı

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirme iradesi geçmişe mi, ileriye mi etkili olacağına ilişkin olarak verilen Yargıtay kararları her zaman aynı doğrultuda olmamıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmakla görevli 15. Hukuk Dairesi, önceki kararlarında yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde, TBK m.475 (e BK m.360) hükmünü kıyasen uygulayarak yüklenicinin orantılı ücret isteyebileceği doğrultusunda karar vermekteydi. Daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.1982 tarih ve 1982/15-356 E., 1982/817 K. sayılı kararı ile, genel anlamda dönme görüşü benimsenerek, yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceği ve bu halde yüklenicinin yalnızca sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre arsa sahibinden talepte bulunabileceği benimsenmiştir. Hal böyle iken daha bu karara kadar ve bu karar verildikten sonraki zamanlarda Yargıtay'ın çeşitli daireleri tarafından farklı kararlar verilmiştir. Aşağıda öncelikle YİBBGK'nın ilgili kararına kadar olan süreç içerisinde verilmiş Yargıtay kararları değerlendirilmiş, akabinde de bağlayıcı İçtihadı Birleştirme Kararı ve bu karar sonrasında dairelerin görüşü incelenmiştir.

1. Yargıtay 15. HD'nin 25.01.1984 tarihli YİBBGK kararına kadar süregelen içtihadı

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli Yargıtay 15. HD önceleri yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmenin feshi halinde yüklenicinin orantılı ücret talep edebileceği yönünde kararlar vermekteydi. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun düzenlendiği TBK m.475'in (e. BK m.306) kıyasen uygulamasına dayanmaktadır.

Yargıtay 15. HD'nin 08.04.1977 tarih ve 1977/470 E. - 1977/837 K. sayılı kararında özetle; "...Davacının iddiası, davalının binayı tamamlamadan işi terk ettiği şeklindedir. Bu iddianın gerçekleşmesi halinde, davalının temerrüdü nedeniyle davacının sözleşmeyi fesihle haklı olup olmadığı BK. nun 360. maddesinin olaya uygulanması ile çözümlenmesi gerekir. Bunun için öncelikle davalının davacıya karşı yüklendiği edimi hangi oranda yerine getirmiş olduğu belirlenmelidir. Davalının yapmış olduğu bölümler davacının

kullanamayacağı veya nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı değilse veya aykırılık kabulden çekinmeyi haklı kılacak derecede önemli olsa bile davacının arsası üzerine yapılmış bir bina söz konusu olduğundan, yapılmış bir inşaatın refi ve kal'i aşırı zarara neden olarsa sözleşmenin feshi yerine, davacıya verilecek olan dairelerin karşılığını teşkil eden bedelin indirilmesi yasaya uygun olur. Ancak yapılan inşaatın türü miktarı ve değeri itibariyle kaldırılması davacıya aşırı zarar vermeyecekse sözleşmenin feshinin kabulü gerekir..."⁵⁵¹ denilerek açıkça belirtilmemiş olsa da e BK m.360/III hükmünü doğrudan uygulayarak sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği yönünde karar vermiştir⁵⁵².

Yargıtay 15. HD. 27.03.1978 tarih ve 27.03.1978 tarih ve 1978/637 E. - 1978/645 K. sayılı kararı ile: "...orantı kurmak yoluyla sonuca ulaşmak gerekir. ...davalı yüklenicinin elini çektiği gündeki durumuna göre inşaatın fiziksel olarak kaçta kaçının yapıldığı uzman bilirkişi aracılığıyla belirlenmeli ve bu yöntemle bulunacak oran, götürü ücret olan... liraya uygulanmalı ve kurulacak orantı sonucu yapılan işe düşen tutar hesaplanmalı ve bu tutar... liradan indirildikten sonra arta kalan tutar ise davacı yararına ödettirilmelidir..." doğrultusunda hüküm kurularak TBK m.475 (e BK m.360/III)'te öngörülen bedelden indirim yöntemi doğrudan uygulanmıştır⁵⁵³.

Yüklenicinin ayba karşı sorumluluk halinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesine engel olan TBK m.475/I, II, III düzenlemesi, Yargıtay tarafından bazen yüklenicinin mütemerrit olması durumunda da evleviyetle uygulanmıştır. Böylece, yüklenici temerrüde düşmüş olsa bile, arsa sahibi TBK m.475 düzenlemesi uyarınca sözleşmeyi geçmişe etkili olarak hükümsüz hale getiremeyecektir. Yargıtay 15. HD. 21.03.1978 tarih ve 1978/275 E. - 1978/586 K. sayılı kararı ile de yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde TBK m.475 hükmü evleviyetle uygulanmıştır⁵⁵⁴.

Yargıtay 15. HD. 24.01.1980 tarih ve 1979/2453 E. - 1980/111 K. sayılı kararı ile, yüklenicinin yapının inşası esnasında temerrüde düşmesi halinde, inşaatın tamamlandığı oran da göz önünde bulundurularak, iş sahibinin TBK m.123 ve m.125 (e BK m.106 ve 108) hükümlerinden faydalanamayacağı ve olayın çözümünde TBK m.475 hükmünün kıyasen

⁵⁵¹<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%221977%2F470%22+E.+%22%2C1977%2F837%22+K.+&sort=tarih+desc> (E.T.15.04.2021).

⁵⁵² Sungurbey'in karar tahlili için bkz.: **Sungurbey**, C.4, S.476 vd.; Aynı kararın değerlendirmesi için bkz.: **Öz**, Dönme, s.200.

⁵⁵³ **Öz**, Dönme, s.200.

⁵⁵⁴ Karar metni için bkz.: **Sungurbey**, C.4, s.474-476.

uygulanarak, sözleşmenin ileriye etkili olarak sonlandırılabilceği belirtilmiştir.: “...Şu halde inşaat davacı iş sahibinin arsası üzerine yapılmıştır. Ve bilirkişi raporundan anlaşıldığına göre davacının sözleşmeyi fesih ettiği tarihte, yüklenici inşaatın bütün itibariyle %75’ini ve davacıya kalan daireler yönünden %85 ini tamamlamıştır. Böyle bir durumda sözleşmenin, Borçlar Kanununun 106-108. Maddeleri çerçevesinde geçmiş kapsar şekilde feshi yerine uyuşmazlığa, aynı yasanın 360 ncı maddesinin 2 nci ve 3 ncü bentlerini kıyasen uygulamak ve noksan kalan iş değeri nispetinde eser karşılığı olan arsa payını indirmek hem yasal hem de daha hakkaniyetli olur. Çünkü bina büyük kısmı itibariyle yapılmış olduğundan bunun, sözleşmenin feshi sonucu ortadan kaldırılması yüklenici için fazla zararı mucip olacağı tabiidir. Şu halde olayda iş sahibi davacı, anılan nedenlerden, sadece Borçlar Yasasının 360. maddesinin 3. bendi yolu ile 2. bent gereğince işlem yapmak hakkına sahiptir. Sözleşmeyi fesih ederek, inşaatın bitimi için davalının müdahalesinin önlenmesini isteyemez...”⁵⁵⁵.

Yargıtay 15. HD. 30.11.1979 tarih ve 1979/1709 E., 1979/2437 K. sayılı kararı ile daha farklı olarak, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi halinde arsa sahibinin mülkiyet hakkına daha çok önem verilmiş ve mütemmim cüz kuralı doğrultusunda yüklenicinin arsa payı almasına izin verilmemiştir. Yargıtay kararına göre, yüklenici ancak, inşaatı tamamladığı orana tekabül edecek talebe hak kazandığı *bedeli para tutarında* talep edebilir. Böylece, tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca değil de bedel indirimi şeklinde yapılması gerektiği benimsenmiştir⁵⁵⁶. Verilen kararın ne fesih ne de dönme görüşüne uymadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay 15. HD’nin vermiş olduğu 24.01.1980 tarih ve 1979/2453 E., 1980/111 K. sayılı kararı ile sözleşmeden dönmenin kabulü ancak tasfiyenin bedelden indirim şeklinde gerçekleştirilmesi ve *bedelin arsa payı olarak* belirlenmesine bağlanmıştır⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Yargıtay 15. HD. 24.01.1980 tarih ve 1979/2453 E., 1980/111 K. sayılı kararı için bkz.: **Tandoğan**, Görüş, s.16-17.

⁵⁵⁶ Yargıtay 15. HD. 30.11.1979 tarih ve 1979/1709 E. - 1979/2437 K.: “... *Bedelin pay olarak düşünülmesi, bütünleyici parça kuralı gereğince inşaatın arsaya bağlı olması nedeniyle, meydana getirilen inşaatın karşılığını alan (müteahhidin) mirasçılar (ının) ayrıca arsa üzerindeki inşaatında paydaşı durumuna gelmeleri sonucunu doğurur ki, bedelin yukarıda açıklandığı gibi (yapılan kısım oranında) saptanmasından sonra para ile ödetilmesine yönelik çözümün yeğlenmesinde zorunluluk vardır...*” **Öz**, Dönme, s.201.

⁵⁵⁷ Yargıtay 15. HD. 24.01.1980 tarih ve 1979/2453 E., 1980/111 K. sayılı kararı: “... *Ne var ki taraflar arasındaki eser sözleşmesinin niteliği ve özelliğinden dolayı, davalı yüklenicinin temerrüde düşmesi davacı arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi için yeterli görülemez. Taraflar arasındaki sözleşme arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesidir. Davalı yüklenici, davacıya ait arsa üzerinde bir bina inşa etmeyi ve bundan dört daire ve bir dükkân davacıya bırakmayı ve davacı ise bunun karşılığında kendisine ait olan bağımsız bölümler dışındaki daireler ve dükkânlara isabet edecek arsa payını davalıya devir ve temlik etmeyi taahhüt etmiştir. Şu halde inşaat davacı iş sahibinin arsası üzerinde yapılmıştır. Ve bilirkişi raporundan da anlaşıldığına göre*

2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.1982 tarihli kararı

Yargıtay 15. HD önüne gelen uyuşmazlıkları karara bağlarken TBK m.475 (e BK m.360) kapsamında değerlendirme yapmışsa da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.1982 tarih ve 1982/15-536, 1982/817 K. sayılı kararı ile genel anlamıyla dönme görüşü kabul görmüş ve yüklenicinin temerrüdü halinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceği, yüklenicinin de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre arsa sahibinden talepte bulunabileceği kabul edilmiştir⁵⁵⁸.

YHGK kararında özetle, davalı yüklenicinin kusursuzluk itirazının özel daire tarafından reddedilmesi nedeniyle kusursuzluğunu ispatlayamadığı ve yüklenicinin kusuru ile temerrüde uğraması neticesinde sözleşmenin feshinin ileriye etkili olup olmayacağından hareketle uyuşmazlığa çözüm bulunacağı belirtilmiştir.

YHGK daha sonra ani ve sürekli edim doğuran sözleşmenin sona ermesi ile sonucun ileriye mi yoksa geçmişe mi etkili olacağına değinmiş ve eser sözleşmesini ani edimli sözleşmelerden olduğunu kabul etmiştir.

YHGK kararın devamında TBK m.475 hükmünün borçlunun temerrüdü haline uygulanmasının mümkün olup olmayacağını değerlendirerek, TBK m.123, 125 (e BK m.106) hükümlerinin olayın çözümünde doğrudan uygulanacağını belirterek, TBK m.475'in olaya kıyas uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

YHGK kararda “...BK. nun 358/I maddesine göre müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan bu tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedilebilir. Bu durumda yüklenicinin kusurlu olup olmadığına dahi bakılmaksızın sözleşmenin geçmişi kapsar biçimde çözülmesi

davacının sözleşmeyi fesih ettiği tarihte, yüklenici inşaatın bütün itibariyle %75'ini ve davacıya kalan daireler yönünden %85'ini tamamlamıştır. Böyle bir durumda sözleşmenin Borçlar Kanununun 10-108. Maddeleri çerçevesinde geçmişi kapsar şekilde feshi yerine uyuşmazlığa, aynı yasanın 360 ncı maddesinin 2 nci ve 3 üncü bendlerini kıyasen uygulamak ve noksan kalan iş değeri nispetinde eser karşılığı olan arsa payını indirmek hem yasal hem de daha hakkaniyetli olur. Çünkü bina büyük kısmı itibariyle yapılmış olduğundan bunun, sözleşmenin feshi sonucu ortadan kaldırılması yüklenici için fazla zararı mucip olacağı tabiidir. Şu halde olayda iş sahibi davacı, anılan nedenlerden, sadece Borçlar Yasasının 360. Maddesinin 3. bendi yolu ile 2. bend gereğince işlem yapmak hakkına sahiptir. Sözleşmeyi fesih ederek, inşaatın bitimi için davalının müdahalesinin önlenmesini isteyemez...” **Tandoğan**, Görüş, s.16-17.

⁵⁵⁸ Kararın tamamı için bkz.: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7746#> (E.T.15.04.2021); **Tandoğan**, Görüş, s.109-117.

*gerekmektedir...*⁵⁵⁹” ifadesi ile erken fesih hakkını gerekçe göstermiş, kusurlu mütemerrit yüklenicinin, inşaatı tamamladığı oranda bir pay veya kar alamamasında adaletsizlik bulunmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, kusurlu olarak işi yarıda terk etmesiyle sözleşmenin feshine neden olan yükleniciye orantılı ücret verildiği takdirde TBK m.486 (e BK m.371) hükmünün anlamsız kalacağı kararda belirtilmiştir. Öyle ki; TBK m.486’da yüklenici kusur olmaksızın temerrüde düşmüştür ve şartları gerçekleştiğinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme iradesi ileriye etkili olarak sözleşmeyi hükümsüz hale getireceği kabul edilmektedir. Hâlbuki kusuruyla ve tamamen ihmali davranarak işi tamamlamayan yüklenicinin sebebiyet verdiği sözleşmenin feshinin ileriye etkili olarak sona ereceğini kabul etmek, TBK m.486’yı anlamsız hale getirir. Kararda ayrıca işi tamamlanma oranı %75 olsa dahi dönmenin geçmişe etkili olacağı kabul edilmiştir.

3. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 25.01.1984 tarihli içtihadı birleştirme kararı

Yargıtay 15. HD’nin verdiği kararlardaki uzun zaman etkili olan tutumu, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedileceği ve yükleniciye gerçekleştirdiği iş oranında ücret verilmesinin yerinde olacağıdır. Diğer taraftan YHGK’nın yukarıda belirttiğimiz kararı ile geçmişe etkili fesih görüşü benimsenmiş ve yüklenicinin tamamladığı iş oranında bedel talep etmesinin mümkün olmadığı, sadece sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında talepte bulunulabileceği yönünde hüküm tesis edilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay 15. HD ile YHGK arasında uyumsuzluk doğmuştur. Bu sebeple YİBBGK 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararı⁵⁶⁰ ile uyumsuzlığa kesin çözüm getirmeyi hedeflemiştir. Bu doğrultuda kararda öncelikle TBK m.475 (e BK m360) hükmünün yüklenicinin temerrüdü durumunda uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmiştir. Buna ilişkin olarak TBK m.475 hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasını savunan görüşlere değinilmeden, uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Kararın

⁵⁵⁹ <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7746#> (E.T.15.04.2021); İlgili hüküm TBK m.473/1’de. “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir...” şeklinde ele alınmıştır.

⁵⁶⁰ RG. 27.02.1984 tarih ve S.18325 (E.T.15.04.2021).; İlgili kararın değerlendirilmesi ve karar hakkındaki eleştiriler için bkz.: **Tandoğan**, C.II, .153 vd.; **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s.589 vd.; **Öz**, Dönme, s.204 vd.; **Ayan**, s.290; **Erman**, Arsa Payı, s.114 vd.; **Erman**, Karar İnceleme, s.209 vd.; **Yavuz**, Özel Hükümler, s.1058 vd.; **Karataş**, s.457 vd.; **Kaya**, s.72 vd.; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.47,368 vd.; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı, s.710 vd.; **Kartal**, s.169 vd.; **Sütçü**, s.779 vd.; **Aral/Ayrancı**, s.351; **Tezcan**, s.94 vd.; **Selimoğlu**, s.689 vd.; **Yener**, s.104 vd.

devamında sözleşmenin feshinin ileriye etkili olmasının TMK m.2 hükmüne dayandırılması, TBK m.475'in kıyas yoluyla dahi uygulanmayacağını benimsendiğini göstermektedir.

TBK m.473 (e BK m.358) hükmünde erken dönme hakkının düzenlenmesi nedeniyle, içtihadı birleştirme kararına konu olaya uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Kararda inşaat sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı olan yapıda kabul edilmiş, uyumsuzlukların çözümünde sürekli borç ilişkilerine uygulanan kuralların göz önünde bulundurulması gerektiği benimsenmiştir. Bunun sonucu olarak, ani edimli sözleşmelere uygulanan TBK m.123-125 (e BK m.106-108) hükümlerinin geçmişe etkili olması nedeniyle, ani-sürekli karma yapıya sahip inşaat sözleşmelerinde sürekli edimli sözleşmelere ilişkin ileriye etkili sonuç doğuracak fesih ile ani edimli sözleşmelere ilişkin geçmişe etkili dönme hükümleri birbirine zıt olup, bu iki kuralın birbirini karşıladığı ve kuralların birbirini yok etmesiyle örtülü bir boşluk doğduğu kararda benimsenmiştir⁵⁶¹. Oluşacak örtülü boşluğun doldurulmasında TMK m.2/II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağından yararlanılması gerektiği belirtilmiştir. Kararın devamında, olayın özelliği ve niteliğine göre TBK m.123-125 (e BK m.106-108) düzenlemesinin olaya uygulanmasının haksız sonuçlar doğuracağı durumlarda, sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı belirtilmiştir.

Kararda, sözleşmenin sona ermesi halinde yüklenicinin yaptığı iş oranında bedel olarak arsa payı alınamayacağına değinilmemiştir. Bununla ilgili olarak yalnızca, yapının tamamlandığı kısmının mütemmim cüz kuralı uyarınca arsa sahibine kalacağından, yükleniciye yapmış olduğu kısmın karşılığının verilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Karardan, yüklenicinin tamamladığı kısım ile orantılı bedel karşılığı arsa payı veya bağımsız bölüm talep edemeyeceği, bedelin para olarak talep edilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Neticede YİBBGK, istisna sözleşmelerinin türü olarak kabul ettiği inşaat sözleşmelerinde, kusurlu da olsa işi tamamlayamadan temerrüde düşen yüklenicinin neden olduğu sözleşmenin feshinin kural olarak geçmişe etkili olarak hükümsüz olacağını, fakat somut olayın özelliğine ve niteliğine göre TMK m.2 hükmünün de gözetilerek ileriye etkili olarak feshin mümkün olduğunu kabul etmiştir. YİBBGK'nin kararında sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi için olayın özelliği ve niteliğinin feshi haklı göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda mahkemelere takdir yetkisi tanınmış ve yüklenicini

⁵⁶¹ **Atamulu**, s.168.

tamamlamadığı işlerin gelmiş olduğu aşama da dikkate alınarak sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin ileriye etkili olacağı hususunda kesin bir ölçüt benimsenmemiştir.

4. Yargıtay'ın 25.01.1984 tarihli YİBBGK kararından sonraki içtihadı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun yukarıda yer verdiğimiz kararından sonra, 15. Hukuk Dairesi de uyuşmazlıkların çözümünde YİBBGK kararında yer verilen, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin ileriye etkili olarak fesih sonucu doğurabilmesi "olayın özelliğine ve niteliğine göre feshin haklı göstermesi" kıstasıyla değerlendirme yaparak çözümler üretmeye başlamıştır. Ayrıca somut uyuşmazlıkların çözümünde tarafların durumları ve sosyal şartları dikkate alınarak yüzdeler oran değerlendirilmesi yapılmıştır⁵⁶².

Yargıtay 15. HD. 21.05.1991 tarih ve 1990/5722 E., 1991/2635 K. sayılı kararı ile işin %23 oranda tamamlanması sözleşmeden dönmeye engel teşkil edecek kadar yeterli bir oran görülmemiştir.: *".. Olayımızda davalı yüklenici işi mukavele şartlarına aykırı olarak tehir ettiği ve teslim süresi geçtiği halde işin ancak %23'ünü yaptığı tespit raporuyla saptandığından, davacı iş sahibinin bu maddeye göre sözleşmeyi fesih hakkı vardır. Bu durumda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 25.01.1984 gün ve 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı kararına göre sözleşme geriye doğru feshedildiğinden, taraflar sebepsiz mal edinme hükümleri gereğince verdiklerini geri isteyebilirler..."*⁵⁶³.

Yargıtay 15. HD. 07.02.2005 tarih ve 2004/3589 E., 2005/526 K. sayılı kararında, yükleniciye ek süre tanınmasına rağmen inşaatın %90 seviyesinin üstünde tamamlayamadığından temerrüde düşmesi halinde, sözleşmenin geriye etkili olarak feshinin kabul edileceğine, eğer inşaat seviyesi %90'ı geçmiş olsaydı sözleşmenin ileriye etkili olarak sonlandırılabilmesine, yüklenicinin de tamamladığı inşaat oranı kadar bedel olarak arsa payı yerine paya karşılık gelecek bağımsız bölüm bedelini talep edebileceğine karar verilmiştir.: *"... Bu durumda akdin 25.01.1994⁵⁶⁴ tarih ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ileriye ya da geriye etkili biçimde feshin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve*

⁵⁶² Atamulu, s.169.

⁵⁶³ Karar metni için bkz.: Kostakoğlu, Kat Karşılığı, s.761-762.

⁵⁶⁴ Karar tarihi 21.01.1984 olmalıdır.

konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ve davacı Mustafa'nın 4 no'lu daire ile ilgili tapu iptal talebinin kabulüne ve yine 3 no'lu daire ile ilgili mahkemece belirlenen bedele hükmedilmeli ve böylece akit ileriye etkili şekilde fesih ve tasfiye olunmalıdır... ”⁵⁶⁵.

Yargıtay 15. HD 14.01.2004 tarih ve 2003/3057 E. - 2004/88 K. sayılı kararında yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda sona ermenin ileriye etkili sonuç doğurabilmesi için inşaatın büyük oranda tamamlanması şartı gözetilerek bu büyük oran da %90 üzeri olarak kabul edilmiştir. Ancak bazı Yargıtay kararlarından farklı olarak sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesinin kabulü halinde yüklenicinin hak kazandığı oranda tapu payını edinmesine imkan tanınmıştır.: “...Sözleşmenin feshi geriye dönük etkili olur. Taraflar arasındaki ilişki ilk haline döner. Başka bir anlatımla, hiç sözleşme kurulmamış gibi olur. Bu durumda taraflar birbirlerinden aldıklarını geri vermekle yükümlüdürler. Bu kuralın bir istisnası kat karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili 25.1.1984 gün ve E.3 K.1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla getirilmiştir. İnşaatın büyük oranda tamamlanması (%90 üzerinde) durumunda Medeni Kanununun 2. maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir. Bundan amaç yüklenicinin hak ettiği oranda tapu payını elde edebilmesidir... ”⁵⁶⁶.

Yargıtay 15. HD. 12.12.1997 tarih ve 1997/3723 E. - 1997/5352 K. sayılı kararı ile sözleşmenin ileriye etkili sona erdirilebilmesi için kesin tamamlanma oranı konulmasının doğru olmadığı belirtilmiş ve HGK çoğunluk kararı ile olayın özelliğine göre %90'ın üzerinde tamamlama oranı mevcut olması halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı kabul edilmiştir⁵⁶⁷.

Diğer yandan Yargıtay 15. HD 21.10.1999 tarih ve 1999/2473 E. - 1999/3735 K. sayılı kararında inşaatın %93.75 oranında tamamlanmış olmasına rağmen sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermeyeceğine karar verilmiştir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Karar metni için bkz.: **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı, s.763-764. Yine YHGK 27.01.1988 tarih ve 1987/15-509 E., 1988/48 K. sayılı kararı ile Yargıtay 15. HD. 01.12.1986 tarih ve 1986/436 E., 1986/4040 K. sayılı kararlarda %65 oranı; Yargıtay 15. HD. 24.09.1991 tarih ve 1991/1993 E., 1991/4323 K. sayılı kararında %69 oranını; Yargıtay 15. HD.27.09.1989 tarih ve 1989/989 E., 1989/3881 K. ve Yargıtay 15. HD. 16.09.1991 tarih ve 1991/1166 E., 1991/4123 K. sayılı kararlarında %70 oranını; Yargıtay 15. HD. 01.10.2004 tarih ve 2004/4730 E., 2004/4801 K. sayılı kararında %77 oranını, YHGK 04.04.2001 tarih ve 2001/14-288 E., 2001/330 sayılı kararında %81 oranını; Yargıtay 15. HD. 10.03.2003 tarih ve 2003/492 E., 2003/1152 K. sayılı kararında %82,03 oranını; Yargıtay 15. HD. 12.12.1997 tarih ve 12.12.1997 E., 1997/5352 K. sayılı kararında %83 oranını; Yargıtay 15. HD. 10.03.2004 tarih ve 2004/4328 E., 2005/1320 K. sayılı kararında %86 oranını ileriye etkili fesih için yeterli bulmamıştır, **Sütçü**, s.799-800.

⁵⁶⁶ **Sütçü**, s.800-801.

⁵⁶⁷ **Sütçü**, s.801.

⁵⁶⁸ **Sütçü**, s.817.

d. Görüşlerin değerlendirilmesi ve kanaatimiz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini arsa sahibinin arsa payını devir borcu açısından ani edimli, yüklenicinin binayı inşa ve teslim borcu açısından ise sürekli edimli sözleşme olarak kabul etmek gerekir. Daha önce de belirttiğimiz üzere⁵⁶⁹ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani-sürekli karma niteliği taşımaktadır. Yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin ileriye etkili mi geçmişe etkili mi sona ereceğini tespit ederken ani-sürekli karma yapı dikkate alınmalıdır. Bu noktada sözleşmenin ani edimli olarak kabul edilmesi halinde geçmişe etkili olarak, sürekli olarak kabul edilmesi halinde ise ileriye etkili olarak sona ermektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hükümler tesis edilirken hep ani edimli sözleşmeler esas alınmıştır. Bu doğrultuda, borçlunun temerrüt haline düşmesiyle alacaklının sözleşmeyi sona erdirme iradesinin geçmişe etkili (dönme) olacağı sonucuna varılmaktaydı. Sürekli edim borcu doğran sözleşmelere ilişkin düzenlemelere açık bir şekilde yer verilmemişti. 818 sayılı BK yürürlükte olduğu dönemde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü halinde uygulanacak hükümlerin tespitinde BK m.106-108 düzenlemeleri esas alınmaktaydı. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli edimini oluşturan yüklenicinin inşa ve teslim borcu nedeniyle, bu maddeler mutlak olarak uygulanmıyordu. Sürekli edim borcu doğuran sözleşmelere özgü fesih görüşü de yalnızca belli şartların varlığı halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanıyordu.

818 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, eser sözleşmesinden erken dönme hakkını düzenleyen BK m.358/I (TBK m.473/I) hükmüyle, yüklenicinin teslim borcu muaccel olmadan, yapının belirlenen zamanda teslim edilmeyeceğinin anlaşılması mümkündür. Bu halde, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olması; sözleşmenin muacceliyet tarihine kadar yükleniciye yapının inşasını tamamlama fırsatı veren sözleşmeye bağlı kalan arsa sahibine, yüklenicinin kusurlu olarak temerrüde düşmesi halinde dönme hakkını kullanabilmesini evleviyetle öngörür⁵⁷⁰.

818 sayılı Kanun'a göre, kusurlu olarak temerrüde düşen yükleniciye orantılı arsa payı veya bağımsız bölüm verilmesi, ölüm veya kusuru olmaksızın işi yarıda bırakan

⁵⁶⁹ Bkz.: s.21-23.

⁵⁷⁰ **Atamulu**, s.174; Benzer görüş için bkz.: **Tandoğan**, II, s.149.

yükleniciye veya onun mirasçılarına orantılı pay veya kâr payı alınmasını sağlayan BK m.371 (TBK m.486) düzenlemesini anlamsız kılar. Tandoğan bu konuda, aynı sonucun kusurlu olarak temerrüde düşen yükleniciye uygulanmasının hakkaniyete aykırı olacağını savunmuştur⁵⁷¹.

Öz, yüklenicinin kusuru olmadan temerrüde düşmesi halinde, taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda karşılanmasına ilişkin sakıncaların, kusursuz yükleniciyi sözleşmeden dönmenin sonuçlarından korumaya yönelik olarak tesis edilen BK m.371/II’de yer alan; “*Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabul ve bedelini vermeğe mecburdur*⁵⁷².” hükmü ile giderilebileceğini ileri sürmüştür. Öz’ün görüşüne göre BK m.371/I hükmü, temerrüde düşen yüklenicinin kusursuz olması halinde kıyasen uygulanmalı ve inşaatın geldiği seviye kullanıma müsait ise sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilebilmelidir⁵⁷³. Öz’ün ileri sürdüğü çözüm, YİBBGK kararında kıstas olarak belirlenen olayın niteliği ve özelliğinin haklı kıldığı durumlardan birini oluşturur⁵⁷⁴. Fakat uygulamada farklı örneklerin çözümlenmesinde yetersiz kalabilir.

Yüklenicinin kusurlu olarak temerrüde düşmesi halinde, inşaatı tamamladığı kısımla orantılı olarak ücret (arsa payı veya bağımsız bölüm) verileceğinin kararlaştırılması, yükleniciyi inşaatı tamamlamaktan daha çok yüklediği işi kendisi için en fazla kâr getirecek noktada bırakma arayışına itebilir⁵⁷⁵. Zira, yüklenici inşaatın belli bir kısmını tamamladıktan sonra, kârını azami seviyeye getirdiğinde, sözleşmeye olan bağlılığın tek taraflı olarak son verdiğinde, isteği doğrultusunda zarara uğramadan, hatta kâr sağlayarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Oysa yüklenici, yüklediği işi kusuruyla yarım bırakıp terk ettiğinde, yalnızca sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabileceğini bilirse, sözleşmeyle üstlendiği teslim borcunu yerine getirmek için gerekli gayreti gösterecektir. Böylece yüklenici sözleşme şartlarına en son aşamaya kadar sadık kalmış olacaktır.

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, yapının tamamına oranla küçük bir kısmı tamamlanmışsa, geçmişe etkili sona ermeyi kabul etmek uygun olacaktır. Ayrıca sözleşmede, yüklenicinin temerrüdü halinde inşaat ne seviyede olursa olsun yüklenicinin arsa paylarının devralamayacağı veya devredilmiş arsa

⁵⁷¹ Tandoğan, II, s.149.

⁵⁷² İlgili hükmün TBK’daki karşılığı 486. Maddede: “*Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.*” Şeklinde düzenlenmiştir.

⁵⁷³ Öz, Dönme, s.220-221.

⁵⁷⁴ Atamulu, s.175.

⁵⁷⁵ Benzer yönde görüş için bkz.: Tandoğan, II, s.1; Öz, Müteahhidin Sorumluluğu, s.218.

paylarını iptal ederek arsa sahibi adına tescil edeceği yönünde bir hüküm konulmuşsa, bu sözleşme hükmünün uygulanması gerekir⁵⁷⁶.

Diğer taraftan yapının büyük bir bölümü tamamlanmışsa, geçmişe etkili feshin kabul edilmesi haksızlıklara neden olacaktır. Yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibinin haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirme iradesinin etkisi için kısmi temerrüt ve dönme şartları dikkate alınmalıdır. Doktrinde bu durum çoğunlukla, yapının büyük kısmı tamamlandığı hallerde feshin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı şeklinde kabul görmüştür⁵⁷⁷. Kısmi sona erme veya ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde fesih yöntemi yükleniciden satış vaadi sözleşmesi ile daire satın alan üçüncü kişilerin de menfaatlerinin korunması bakımından önemli bir çözüm yoludur. Arsa sahibinin TBK m.473/I (e BK m.358/I) hükmünde yer alan erken temerrüt halinde sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirme talebi dürüstlük kurallarına aykırı olan hallerde uygulanmamalıdır. Yüklenici inşaata hiç başlamamış veya devam edilmemişse yahut yapılan inşaatın sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirmesini haklı kılacak seviyede olması halinde sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdirilebilir⁵⁷⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, inşaatı henüz tamamlamadan kendisine düşecek daireleri üçüncü kişilere satış vaadi sözleşmesi ile satabilir. Bu durumda, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdirilirse, sözleşmede yükleniciye devri öngörülen arsa payları artık kendisine verilmeyecek, önceden verilenler de iptal edilecektir. Satış bedelini ödeyen hatta daireyi teslim alan üçüncü kişi taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan mülkiyetin devri talebini arsa sahibine karşı da ileri süremez. Ancak yüklenicinin yaptığı işler bakımından daireye denk düşecek değer,

⁵⁷⁶ **Erman**, Arsa Payı, s.98; Yargıtay 15. HD. 03.12.1986 tarih ve 1986/894 E. - 1986/4099 K. : "... Sözleşmenin feshine karar verirken yine tarafların bu konudaki sözleşmeye yansıyan iradelerini de gözetmek gerekir. Anılan sözleşmenin 8. Maddesinde yüklenicinin inşaatı yapmaktan vazgeçmesi veya yarım bırakması halinde kendisine terk edilecek hisselerin mal sahiplerine geri verileceği ve sözleşmenin 2. maddesine göre peşinen aldığı 50.000 lirayı da tamamen iade edeceği kaydedilmiş olmakla feshin geriye yönelik sonuç doğurmasının taraflarca kabul edildiğini göstermektedir..." (**Erman**, Arsa Payı, s.98 dn. 105).

⁵⁷⁷ **Erman**, Arsa Payı, s.101; " İleriye etkili fesih görüşünü kabul eden yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini yapısı gereği ani sürekli karmaşığı sözleşme olarak kabul etmektedirler. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarih ve E.1983/3, K.1984/1 sayılı kararında da bu tür sözleşmelerin "sürekli-geçici" karmaşığı bir nitelikte olduğu benimsenmiştir."

⁵⁷⁸ **Erman**, Arsa Payı, s.76; "*Müteahhidin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin feshinin ileriye etkili olarak sonuç doğurmasını gerektiren durumların varlığında, arsa sahibinin BK m.358/I hükmüne müracaat hakkının bulunmadığının, bunun dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun kabulü gerekir.*"

temlik kapsamına girdiği kabul edilmeli ve üçüncü kişinin bu değeri arsa sahibinden talep edebilmesi mümkün olabilmelidir⁵⁷⁹.

Yüklenicinin inşaatın büyük bir kısmını tamamladığı halde sırf teslim süresinin sona ermesi nedeniyle sözleşmeden dönülebileceğinin kabul edilmesi menfaatler dengesine ve hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratır. Sözleşmede yapımı kararlaştırılan yapının büyük bir kısmı tamamlandığında yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesinin kabulü halinde, tamamlanan dairelerin mülkiyeti arsa sahibine ait olacak, buna karşın yüklenici sebepsiz zenginleşme kuralları kapsamında bedel talep edebilecektir. Talebe konu edilecek bedel miktarı inşaatın gelmiş olduğu aşamaya göre sebepsiz zenginleşmenin meydana geldiği tarih esas alınarak saptanacaktır⁵⁸⁰.

Sözleşme ile yapımı kararlaştırılan eserin ayıplı olmasına ilişkin TBK m.475 (e BK m.360) hükmünde de arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı kısıtlanmıştır ve bunun sebebi yapının arsadan sökülüp kaldırılmasının zarara sebebiyet vermesidir. Yüklenicinin yapının büyük bir kısmını tamamlamış olmasına rağmen temerrüde düşmesi halinde de geçerlidir. Yüklenicinin temerrüdü halinde yapının arsadan sökülüp kaldırılması zarara yol açacaksa, arsa sahibinin sözleşmeyi temerrüt nedeniyle ileriye etkili olarak sona erdirmesi hakkaniyete uygun ve TBK m.475 (e BK m.360) hükümleri ile uyumlu olacaktır⁵⁸¹.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E. - 1984/1 K. sayılı içtihadı birleştirme kararında da, inşaatın büyük bir kısmını tamamlayan yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, kusurlu olsa dahi, arsa sahibi geçmişe etkili dönme hakkını değil de ileriye etkili fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir. Bu halde yüklenicinin inşaatı tamamladığı oranda bedel talep edebilmesi mümkün görülmüştür. Bedelin arsa payı olarak belirlendiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, indirilmiş miktarın arsa payı olarak verilmesi konusunda kararda bir açıklık bulunmasa da, arsa payı vererek bedel ödeme,

⁵⁷⁹ **Erman**, Arsa Payı, s.102; “İleriye etkili fesih kabul edildiğinde müteahhide yaptığı kısımla orantılı olarak arsa payı verilmesi mümkün olacak ve devralan üçüncü kişinin de arsa sahibine karşı mülkiyetin devrine yönelik bir talep hakkı meydana gelebilecektir. Üçüncü kişinin müteahhitle yapmış olduğu satış vaadi sözleşmesi, müteahhidin kendine düşen arsa paylarının devrine ilişkin kişisel hakkının temlik niteliği taşır ve fesih sonucu müteahhide devri mümkün olan arsa payı bakımından üçüncü kişinin arsa sahibine karşı talep hakkı söz konusu olabilir.”

⁵⁸⁰ Yargıtay 15. HD. 10.12.1990 tarih ve 1990/1315 E. - 1990/5386 K. sayılı kararı: “...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 m2 si 100.000 TL. üzerinden maliyet bedelinin tespiti ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7746#> (E.T.16.04.2021).

⁵⁸¹ **Erman**, Arsa Payı, s.103.

kararda benimsenen görüşün doğal sonucudur⁵⁸². İleriye etkili fesih benimsendiğinde, yüklenici tamamlanan işle orantılı olarak karşı edimi talep edebilecek ve karşı edim de arsa payı devri olduğundan, yüklenicinin talep edeceği orantılı bedel de arsa payı şeklinde olacaktır⁵⁸³.

2. Sözleşmenin Tasfiyesine Uygulanacak Hükümlere Ait Görüşler

Sözleşmeden dönülmesinin sonuçları ve tasfiye ilişkisine uygulanacak hükümler konusunda farklı görüşler yer almaktadır. Bu görüşler, iadenin kapsamı niteliği ve zamanaşımı uygulaması açısından farklılık arz etmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi halinde uygulanacak tasfiye yöntemi ve iadenin muhteviyatı açısından bu görüşlerden faydalanılacaktır.

a. Klasik dönme görüşü

Klasik dönme görüşünü savunanlara göre, sözleşmeden dönme halinde borç ilişkisi dolaysız ve geçmişe etkili olarak etkilenir ve borç ilişkisi hiç kurulmamış sayılır. Sözleşmeden dönme neticesinde yüklenicinin talebi sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında karşılanacaktır. Sözleşmenin dönme yoluyla sona erdirildiği durumda, sözleşme yürürlükteyken kazanılmış şeyler sonradan kalkan sebebe göre iktisap oluşturduğundan, iade daima TBK m.77 vd. (e BK m.661 vd.) hükümleri uyarınca yapılacaktır⁵⁸⁴. Bununla beraber, dönmenin sadece sözleşme ilişkisini ortadan kaldıracağı fakat daha önceden yapılmış olan tasarruf işlemlerinin aynı sonuçlarını yani geçmişe etkili aynı hakları etkilemeyeceği ileri sürülmüştür⁵⁸⁵. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi halinde dahi, kazanılmış aynı haklar aynen geçerli olmakta ancak sebep ortadan kalktığı için sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında bunları geri istenebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, daha önce verilen kısmın geri verilmesine ilişkin açılacak dava, aynı bir istihkak davası olmayıp, şahsi bir dava niteliğindedir⁵⁸⁶. Bu halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme yoluyla sona erdirilmesi halinde, tescile zorlama davası açabilir ve

⁵⁸² **Öz**, Eser, s.208.

⁵⁸³ **Yener**, s.107.

⁵⁸⁴ **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s.384; **Oğuzman/Öz**, s.418; **Oğuzman**, M.K.: Borçlar Hukuku Dersleri, C.1, İstanbul, 1987, s.327; **Feyzioğlu**, s.264; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.405.

⁵⁸⁵ **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul, 1991,566: “ Dönme, harcama değil borçlanma işlemi etkiler. Harcama işleminin geçerli olarak yapılması ve taşınmazlarda tescil ile hüküm doğurmasından sonra, borçlanma işleminden dönülmüş ise tescil yolsuz ve hükümsüz hale gelmez.”; **Oğuzman**, s.327; **Tunçomağ**, I, s.952.

⁵⁸⁶ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.504; **Dayınlarlı**, s.107; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s.384.

mülkiyetin kendisine tescilini talep edebilir. Arsa sahibi, sebepsiz zenginleşme iadesine yönelik kişisel hakkını yalnızca yükleniciye karşı ileri sürebilir.

Sözleşme ile doğan edim ilişkisinde asıl borçlandırıcı işlem geçersiz olmasa da tasarruf işlemi geçerli olabilecektir. Bu halde taşınır mülkiyetini nakleden borçlandırıcı işlem geçersiz olsa bile, buna bağlı olan mülkiyeti geçirmeye yönelik tasarruf işleminin, sebepten soyut olacağı ve geçerli olarak sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir⁵⁸⁷. Sebebe bağlı işlemler açısından dönmenin tasarruf işlemini etkilememesi, tasarruf işlemlerinin yapıldığı sırada geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığına bağlanmaktadır. Bu halde sözleşme konusunu elinde tutan zilyet, önceki zilyedin iradesi ile zilyetliği kazanan kimsedir. Bu kimse kazanmasına neden olan hukuki sebebin sona ermesi nedeniyle zilyetliği geri vermek zorunda kalırsa, TMK m.993-995 hükümleri değil, var ise hukuki ilişkin bu konudaki hükümleri yoksa da sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır⁵⁸⁸. Burada, borç sebebinin ortadan kalkmasına dayanan sebepsiz zenginleşme esasları uygulanacaktır⁵⁸⁹.

b. Kanuni borç ilişkisi görüşü

Kanuni Borç İlişkisi Görüşü, klasik kuramın değişikliğe uğramış şekli olup, Türk ve İsviçre uygulamalarında kabul görmektedir. Bu görüşe göre, tasfiye ilişkisi doğrudan TBK m.125 (e BK m.108) düzenlemesinden doğmaktadır. Ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri buradaki boşluğu doldurmak üzere uygulanamaz. Bu görüşün sebepsiz zenginleşmenin varlığını kabul eden görüşe göre en bariz ve tek farkı, iade taleplerinde 1 yıllık zamanaşımı yerine 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasıdır.

Yargıtay bazı içtihatlarında da TBK m.125 (e BK m.108) hükmü doğrultusunda açılan iade davasını, alacaklının seçimlik haklarından biri olarak kabul ederek, akdi veya akit benzeri nitelikte olduğundan on senelik zamanaşımına tabi olacağı ifade edilmiştir⁵⁹⁰. Sözleşme ortadan kalkmış olsa da iş sahibinin iadeye yönelik alacağı, TBK m.125

⁵⁸⁷ **Uluhasan**, İlhan; İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984, s.21; **Sungurbey**, İsmet: Medeni Kanun Ön tasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İstanbul, 1972, s.21; **Oğuzman/Seliçi**, s.539; **Serozan**, Rona; Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi, MHAD, Y.3, S.4'ten ayrı bası, s.7; **Öz**, Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990, s.189.

⁵⁸⁸ **Yener**, s.111; **Oğuzman**, M. Kemal/Seliçi, Özer: Eşya Hukuku, İstanbul, 2002,s.103; **Feyzioglu**, Feyzi N.; Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şumulü, Hususiyle "Ecr-i misil" Meselesi, İstanbul 1958, s.103.

⁵⁸⁹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.505.

⁵⁹⁰ **Dayınlı**, s.106; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.504; **Tunçomağ**, I, s.549; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.968.

kapsamında menfi zarar talebine ilişkin alacağı, akdi sorumluluğa dair esaslara ve zamanaşımına tabidir⁵⁹¹.

c. Dönüşüm veya yeni dönme görüşü

Dönüşüm veya yeni dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme neticesinde her iki taraf da aldıklarını iade borcu doğmakta ve bu da sözleşmeden doğan borç olarak kabul edilmektedir. İade talebine muhatap olacak taraf TBK m.112 vd. (e BK m.96 vd.) uyarınca, kural olarak elindekileri geri vermek mecburiyetindedir. İade talebi on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır⁵⁹². Taraflar arasındaki iade yükümlülüğü sözleşmesel ilişkiden doğduğundan, TBK m.112 vd. kurallarının yanında, Borçlar Kanunu'nda iade, masraf ve tazminat istemlerini düzenleyen tüm sorumluluk düzenlemeleri sözleşmeden dönme neticesinde iade talebine uygulanabilmelidir⁵⁹³.

Klasik görüşten farklı olarak bu görüşte, sözleşme hukuku kuralları uygulanacaktır. Şahsi bir hak olarak kabul edilen iade talebi TBK m.146'ya (e BK m.125) göre on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Diğer taraftan bu görüşe göre, TBK m.136 (e BK m.117) uyarınca, kusursuz olarak elindekileri iade etme olanağını kaybeden borçlunun, iade borcundan kurtulacağı kabul edilmektedir⁵⁹⁴. Dönüşüm teorisi ile sözleşmeden dönmenin sonuçlarını ele alan TBK m.125/III'te (e BK m.108/I) yerine getirilmiş edimlerin iadesi gerektiği kabul edilmiştir.

d. Aynı etkili dönme görüşü

Aynı etkili dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi hukuki sebebe bağlılık ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönülmesiyle birlikte dönülen sözleşmenin ifası için yapılan tasarruf işlemleri en baştan itibaren geçersiz hale gelir ve daha önceden devredilen malın mülkiyeti sahibine geri döner. Böylece sözleşmenin ifası için yapılan tasarruf işlemleri geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelir. Bu noktada, arsa sahibinin sebepsiz zenginleşme nedeniyle tescile zorlama davası açmasına ve mülkiyetin kendisine devredilmesini talep etmesine gerek yoktur. Yüklenici mülkiyeti hiç kazanmamış sayıldığından, iş sahibi arsa payının kendisine ait olduğunu

⁵⁹¹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.505; **Dayınlarlı**, s.119 vd.; "Eser sözleşmesine ilişkin davalarda müteahhidin gecikmede kastı veya ağır kusuru olmadıkça BK. M.126/4 hükmünce beş yıllık zamanaşımına tabidir. Müteahhidin kastı veya ağır kusuru olması halinde ise, on yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır...".

⁵⁹² **Eren**, II, s.1111; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.162.

⁵⁹³ **Eren**, II, s.1111; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.559 vd.

⁵⁹⁴ **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.552.

belirlemek için istihkak davası niteliği taşıyan “yolsuz tescilin düzeltilmesi davası” açması yeterli olacaktır⁵⁹⁵.

Sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte hukuki sebep (dönülen sözleşme hükümleri), ifa edilmeyen edim yükümlülükleri ve daha önce yerine getirilen edimler kendiliğinden ortadan kalkarak hükümsüz hale gelecektir. Daha önce yerine getirilen maddi edimlerin iadesine yönelik olarak, sebebe bağlılık ilkesi kapsamında, öncelikle istihkak davası, gayrimenkuller açısından da TMK m.1025’e göre kaydın düzeltilmesi davası açılabilir. İade borcunun masraflardan ve harcamalardan sorumluluk kapsamındaki oluşan boşluk, sözleşmeden dönmenin özelliği de dikkate alınarak, sebepsiz zenginleşme, zilyetliğin iadesi, ayıba karşı sorumluluk, taksitle satın alma ve vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerden faydalanılarak doldurulabilir⁵⁹⁶. İade davası açılması için herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. İade kapsamı açısından TMK m.993-995 hükümleri uygulanır.

İade borçlusunun iade konusu malları yok etmesi veya tüketmesi, kendi mallarıyla karıştırması veya birleştirmesi ya da iyiniyetli üçüncü şahsa devretmesi halinde, iade ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında talep edilebilecektir. Bu noktada, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin durumunun düzenlendiği TBK m.79/I (e BK m.63/I) uygulanacaktır.

e. Yargıtay’ın uygulaması

Yargıtay, sözleşmenin dönme yoluyla sona erdirilmesi halinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak hükümsüz kalacağı kabul edilmektedir⁵⁹⁷. İade borçları açısından ise klasik dönme görüşüne uygun olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir⁵⁹⁸. Bununla beraber Yargıtay, taşınmazların iadesi ve özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle ilgili kararlarında aynı etkili dönme görüşüne yaklaşmakta ve dönülen

⁵⁹⁵ **Buz**, s.139; **Kırca**, s.87; **Öz**, Eser, s.241.

⁵⁹⁶ **Buz**, s.151.

⁵⁹⁷ Yargıtay 13. HD. 16.04.1996 tarih ve 1996/3653E. - 1996/3920 K. : “.. davacı ile davalı arasındaki sözleşme fesih edildiğine göre davacının hükümsüz kalan bu sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını istemesine hukuken olanak bulunmamaktadır...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=8561#> (E.T.16.04.2021); Yargıtay 15. HD. 23.11.1978 tarih ve 1978/2225 E., 1978/2227 K.: “...sözleşmeden dönme (fesih) ile sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.” (Karahasan, s.905); Yargıtay 15. HD. 10.11.1988 tarih ve 1998/618 E. - 1998/3680 K.: “Davacı akdi feshettiğini bildirerek sözleşme ilişkisini geriye etkili biçimde ortadan kaldırdığına göre, verdiklerini geri almak ve ayrıca fesih nedeniyle uğradığı “olumsuz zararı” istemek hakkına sahiptir.” **Uygur**, s.777.

⁵⁹⁸ Yargıtay 15. HD. 21.04.1993 tarih ve 1993/3812 E., 1993/1871 K. : “...fesih sonucu, sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması nedeniyle yanların birbirlerine verdiklerini geri istemek hakkının bulunduğunu, BK. m.108 açıklık ve seçiklikle öngörür. Geri vermenin kapsamı ise, nedensiz zenginleşme çevresinde saptanmak gerekir...” (YKD. 1993/11, 1691).

sözleşme gereği daha önce devredilen arsa paylarının sözleşmeden dönme ile tekrar devreden şahsa geçeceği görüşünü kabul etmektedir⁵⁹⁹. İade taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı problemini ele alınan kararlarda ise, kanuni borç ilişkisi teorisine uygun olarak, bir yıllık sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresi benimsenmemiştir. Geri alma davasının temeli, sözleşme ihlaline dayanmaktadır⁶⁰⁰. On yıllık zamanaşımına tabi olan iade davası TBK m.125 (e BK 108) hükmü uyarınca açılmaktadır ve alacaklının seçimlik haklarını kullanma iradesiyle ortaya çıkar⁶⁰¹.

E. ARSA PAYI BAKIMINDAN TASFİYENİN SONUÇLARI VE İADE

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin sona ermesinin ardından sözleşme ilişkisinin tasfiye durumuna gelmesiyle, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki alacak ve borç miktarlarının belirlenmekte ve neticede tarafların hak ve yükümlülükleri tespit edilmektedir⁶⁰². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tasfiye aşaması, sona ermenin hukuki niteliğine göre farklılık teşkil eder. Nitekim yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşme feshedilmişse (ileriye etkili olarak sonlandırılması), tasfiye sonucunda yüklenici tamamladığı kısım ile orantılı olarak arsa payı ve bağımsız bölüm (ayni hak) talep etme hakkına sahip olur. Sona erme iradesi, sözleşmeden dönme (geçmişe etkili olarak sonlandırılması) şeklinde değerlendirilecek ise tasfiye genel anlamda ya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (klasik dönme kuramı benimsendiği takdirde) ya da karşılıklı edimlerin yer değiştirmesi şeklinde (yeni dönme kuramı) gerçekleşmektedir⁶⁰³. Netice olarak, tasfiyeye yönelik görüşlerin ortak noktası, tarafların hak ve borçlarının adil şekilde sonlandırılmasını sağlamaktır⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ Yargıtay 15. HD. 24.06.1998 tarih ve 1998/2147 E., 1998/2779 K.: “..Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu tapu payları, BK'nın 108/I. maddesi uyarınca, talep halinde, arsa sahibine geri döner..” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=8561#> (E.T.16.04.2021); Yargıtay 15. HD.

21.04.1993 tarih ve 1993/3812 E., 1993/1871 K.: “...yüklenicini edimini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin istemiyle sözleşmenin geriye dönük feshi sonucu arsanın eski malikine döneceği..” (YKD. 1993/11, 1691 vd.).

⁶⁰⁰ Yargıtay 3. HD. 04.12.1960 tarih ve 1960/7583 E., 1960/6505 K.; Yargıtay 4. HD. 08.06.1959 tarih ve 1959/958 E., 1959/2324 (Dayınlarlı, s.106 dn 167).

⁶⁰¹ Yargıtay HGK. 02.02.1955 tarih ve 1955/15 E. - 1955/14 K. sayılı kararı: “.. Diğer tarafın temerrüdü sebebiyle akdin feshedilmesi halinde evvelce akde müsteniden yapılmış bir edanın geri verilmesi, BK. nun 108 inci maddesinin birinci fıkrası hükmü ile derpiş edilen bir mükellefiyet olduğundan bu borç, BK. nın 61-66 ncı maddelerinde tanzim olunan sebepsiz mal edinme halinden doğan geri verme borcu sayılamaz. Bu akdin bozulmasına kanunen terettüp eden bir borçtur ve bu sebeple de on senelik müruruzamana tabidir...” (Buz, s.130 dn 49).

⁶⁰² Benzer yönde açıklama için bkz.: **Atamulu**, s.183.

⁶⁰³ **Atamulu**, s.183.

⁶⁰⁴ Benzer yönde açıklama için bkz.: **Sütçü**, s.689.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında, yükleniciye ait olacak arsa paylarının mülkiyeti işin başlangıç aşamasındayken yükleniciye devredilebileceği gibi, bu arsa paylarının mülkiyeti henüz yükleniciye geçirilmemiş de olabilir. Arsa paylarının yükleniciye verilmiş olduğu durumda tasfiye halindeyken bu payın aynen iadesi gerekir. Yüklenici devraldığı arsa payları üçüncü bir kişiye devredilmiş de olabilir. Yüklenicinin üçüncü kişiyle yaptığı işlemlerin hukuki sonuçlarına göre iade aynen veya para olarak sağlanması gerekir.

1. Arsa Payının İş Sahibine Aynen İadesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamada genellikle, yükleniciye ait olmak üzere tayin edilen arsa paylarının bir kısmı onun adına tescil edildikten sonra inşaat faaliyeti başlamaktadır. Yükleniciler mali kaynak elde edebilmek için kendi aralarında tescil edilen arsa payını, yapının tamamlandığında kendisine düşecek bağımsız bölümleri temsil eder şekilde bölerek, her birini üçüncü kişilere satarak aralarında tescil etmektedirler. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak hükümsüz kalması halinde TBK m.125'de (e BK m.108) yer alan genel hükümler doğrultusunda sonuçlar doğmaktadır. Böylece, sözleşmeden dönme neticesinde arsa sahibi, kendi edimini yerine getirmeyi reddedebilir ve daha önce verdiklerinin iadesini isteyebilir ve eserin daha önce tamamlanan kısmını da iade etmesi gerekir⁶⁰⁵. İnşaatın önemli bir bölümünün tamamlandığı durumlarda kısmi temerrüt gerçekleşecek ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre sözleşme kısmi olarak ileriye etkili şekilde sona erecektir. Bu halde, sözleşmenin fesih tarihine kadar ifa edilen edimleri geçerliliğini koruyacak, dönmeden etkilenmeyen kısma ilişkin yüklenicinin iktisabı korunacak ve üçüncü kişilerin aynı hak iktisapları gerçek malikten elde edilmiş kabul edilecektir⁶⁰⁶.

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, aynı etkili dönme görüşü dışındaki diğer görüşlere göre sözleşmeden dönme tasarruf işlemlerine etki etmemektedir. Bu halde, yüklenici adına yapılan arsa payı tescili geçerli olarak kabul edilecek ve yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını kazanması için iyiniyet şartının aranmaması mümkündür⁶⁰⁷. Sözleşmeden dönen arsa sahibinin, klasik dönme görüşü ve kanuni borç ilişkisi görüşüne göre sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan, yeni dönme görüşüne göre sözleşmeye dayanan kişisel bir talep hakkı bulunmaktadır. Arsa sahibi, yükleniciye

⁶⁰⁵ Aral, s.356.

⁶⁰⁶ Erman, Arsa Payı, s.164.

⁶⁰⁷ Aral, s.356; Yener, s.117.

karşı sebepsiz zenginleşmeye dayanan tescile zorlama davası açarak, mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini talep edebilir⁶⁰⁸.

Aynı etkili dönme teorisi de, tıpkı klasik dönme teorisindeki gibi, sözleşmeden dönme iradesiyle beraber sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğini kabul etmekte, ancak buradaki farklılık, dönme beyanının aynı haklara da etki edeceği noktasındadır⁶⁰⁹. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme halinde sözleşme kapsamında kazanılan aynı haklar hukuken dayanaksız hale gelir ve yapılan tasarruf işlemleri de geçersiz kabul edilir⁶¹⁰. Neticede, gerçekleştirilen pay devirlerine ilişkin tescil işlemleri en baştan itibaren geçersiz hale gelir⁶¹¹. Bu görüşe göre, dönme ile yüklenici kendisine devredilen arsa paylarının mülkiyetini alamamıştır. Bu halde arsa sahibi devrettiği arsa paylarını, zamanaşımı süresi olmaksızın istihkak davası niteliğindeki “yolsuz tescilin düzeltilmesi davasıyla” talep edebilir⁶¹².

Yargıtay, sözleşmenin dönme yoluyla sona erdirilmesi halinde sözleşmenin klasik dönme görüşü doğrultusunda geçmişe etkili olarak hükümsüz hale geldiği yönünde karar tesis etmektedir⁶¹³. Ancak Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi halinde yüklenici veya üçüncü kişi lehine yapılan pay devirlerinin hukuki dayanaktan yoksun olacağı gerekçesiyle, arsa sahibinin “tapu iptal (tapu sicilinin düzeltilmesi davası)” açabileceği belirtilerek, açıkça yer verilmese de aynı dönme görüşüne göre hüküm tesis etmiştir⁶¹⁴.

Kanaatimizce aynı etkili dönme görüşünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde benimsenmesi isabetlidir. Nitekim Buz’un da belirttiği üzere, sözleşmeden dönme beyanıyla arsa sahibi, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sonlandırmak gayesindedir. Arsa sahibi başka bir kanaatte olsaydı, TBK m.125 ile kendisine tanınan diğer seçimlik haklardan birini

⁶⁰⁸ **Yener**, s.117.

⁶⁰⁹ **Buz**, Dönme, s.121; **Yener**, s.113; **Kurt**, s.293.

⁶¹⁰ **Buz**, Dönme, s.121.

⁶¹¹ **Kurt**, s.293.

⁶¹² **Yener**, s.113.

⁶¹³ Yargıtay 13. HD. 03.02.1981 tarih ve 1981/7134 E., 1981/692 K, **Kurt**, s.2965 dn. 485.

⁶¹⁴ **Buz**, Dönme, s.132; **Kurt**, s.297.; Yargıtay HGK 23.05.2001 tarih ve 2001/1-422 E. - 2001/434 K. sayılı kararı: “...arsa sahibi de yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir deyişle üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=1171#> (E.T.17.04.2021).; Aynı yönde kararlar için bkz: Yargıtay 15. HD. 21.04.1993 tarih ve 1992/3812 E. - 1993/1871 K.; Yargıtay 1. HD. 10.03.1951 tarih ve 1950/7575 E. - 1951/1252 K., **Buz**, Dönme, s.132, dn. 53.

kullanırdı⁶¹⁵. Aynı dönme teorisine en uzak kalan dönüşüm teorisinin benimsenmesi halinde, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin devam edecek olması, sözleşmeden dönme iradesine uygun düşmez. Öyle ki, arsa sahibi sözleşmeden dönerek, yüklenici ile olan ilişkisini sona erdirmek istemekte ve devretmiş arsa payları geri almayı amaçlamaktadır⁶¹⁶. Aynı etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönmenin akabinde yüklenici lehine arsa paylarının verildiği tapudaki tescil işlemi geçersiz hale gelir ve arsa sahibi bu yolsuz tescilin düzeltilmesi için dava açarak, TMK m.1024 doğrultusunda arsa payının kendisi adına yeniden kaydını sağlayabilir⁶¹⁷.

2. Üçüncü Şahıslara Yapılan Devirlerin Karşılığının İş Sahibine Sınırlı Aktarımı

Sözleşmeden dönme neticesinde iade borçlusuna haline gelen yüklenicinin, iadesi gereken arsa payını iyiniyetli üçüncü kişilere satış yoluyla devrettiği ve üçüncü şahsın da iktisabının korunduğu hallerde, yükleniciden talep edilecek iade ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında olabilir. Genel kabul gören görüşe göre, iade borçlusuna dönme anına kadar veya temerrüt anına kadar iyiniyetli kabul edildiğinden, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun düzenlendiği TBK m.79/I (e BK m.63/I) hükmü uygulanır⁶¹⁸. Bu madde hükmüne göre, yüklenicinin iyi niyetli sebepsiz zenginleşen olarak kabul edilmesi halinde, iade konusu şeyin iade halindeki durumuyla birlikte arsa sahibine verilmesiyle yüklenicinin iade borcu ortadan kalkar. Kural olarak, arsa payını devralan üçüncü kişinin aynı hakkı kazanmasıyla, gerçek hak sahibi aynı hakkın iadesine yönelik talep hakkını kaybedecektir⁶¹⁹. Bu haliyle, iyiniyetli zilyet gerçek (eski) hak sahibine, bu devir borcu elde ettiği karşılığı sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca aktaracaktır⁶²⁰.

Haksız zilyetliğin kabulü halinde, yüklenici henüz iyi niyetli sayılacağı bir anda, iş sahibinden devraldığı arsa payını üçüncü kişiye devretmişse eşitsizlik oluşur. Bu noktada bir görüşe göre, sözleşmeden dönme halinde iade borçlusuna yüklenicinin kendisine devredilen payını başkasına satması TMK m.993 uyarınca varlığına inandığı hakkına uygun davranış olduğunu ileri sürebilmesi ve bu satıştan elde ettiği bedeli arsa sahibine vermekten

⁶¹⁵ **Buz**, Dönme, s.134.

⁶¹⁶ Benzer yönde görüş için bkz.: **Buz**, Dönme, s.134.

⁶¹⁷ Benzer yönde görüş için bkz.: **Buz**, Dönme, s.139.

⁶¹⁸ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s.505: "... temerrüt halindeki borçlu, akdin feshedilmesi ve şeyi iadesinin gerekmesi ihtimalini hesaba katması gerektiğinden kusurlu sayılır. Bu sebeple temerrüt halindeki borçlu müteahhit, eseri başkasına temlik etmiş ise, bu temlik karşılığında hiç bedel almamış olsa dahi, bu eserin değerini tazminle mükelleftir."

⁶¹⁹ **Özen**, Burak: Haksız Zilyedlikte İade, İstanbul, 2003, s.175.

⁶²⁰ **Özen**, s.175.

kaçınabilmesi mümkündür⁶²¹. İyiniyetli zilyedin sorumluluğunun düzenlendiği TMK m.993 uyarınca iyiniyetli haksız zilyet, iadeye konu edimi karine kapsamındaki hakkına uygun olarak kullanması sebebiyle herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmayıp, ortaya çıkan kazanın sonuçlarından, şeyin hasara uğraması veya yok olmasından sorumlu değildir⁶²². Böylece iyiniyetli zilyet kendisini malik olarak kabul etmesi halinde, tıpkı bir malik gibi yapmış olduğu tasarruflar konusunda serbesttir ve bundan dolayı sorumlu olamaz. Malik sıfatıyla zilyet, bulundurduğu malın özüne müdahale ederek veya semereleri ile kendisine yarar sağlayabilir⁶²³.

Türk hukukunda yerleşik kabule göre, iyiniyetli zilyedin kullanma ve yararlanma yoluyla elde ettiği menfaatler açısından sorumsuz olması, eşyanın üçüncü kişilere devriyle elde edilen bedeli kapsamaz ve iyiniyetli zilyet hak sahibine, bu devir yoluyla elde ettiği karşılığı sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca aktarmakla yükümlüdür⁶²⁴. Eşyayı devreden iyiniyetli zilyedin karşılık olarak eline geçen değeri, sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği oranda gerçek hak sahibi tarafından istenebilecektir. İyiniyetli zilyet, zenginleşmenin ortadan kalktığını ileri sürebilir. İade konusu edim üzerinden kaim bir bedel elde edilmeksizin, edimin aynen yahut değer olarak tamamen ortadan kalkması halinde, iade borcu da kendiliğinden sona erer⁶²⁵.

3. Karşılığın Arsa Sahibine Sebepsiz Zenginleşme Esasına Göre Aktarımı

Sözleşmeden dönme neticesinde, iade borçlusunun zilyetlik ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca bir bedel ödeyerek iade borcundan kurtulması sözleşmeden dönmeye mantığı ile uyuşmamaktadır ve haksızlıklara neden olmaktadır. Bu haksızlıkların önüne geçmek için ileri sürülen görüşlerden biri de, müdahale zenginleşme esasının benimsenerek eşyanın cevher değerinin tam karşılığının iade edilmesidir. Bahsi geçen cevher değeri, gerçek hak sahibine tahsis edildiğinden, iyiniyetli haksız zilyede kanunun tanıdığı kullanma ve yararlanma hakkının kapsamına girmez⁶²⁶. Cevher değerine müdahale yoluyla edinilen tüm kazanımlar gerçek hak sahibine geçmelidir⁶²⁷. Arsa payı da cevher değeri sayıldığından,

⁶²¹ **Tekinay**, Eşya, s.157 vd.; Aksi yöndeki görüşe göre ise, iyi niyetli zilyedin malı elden çıkarma sorumluluğu bulunmasa da, aldığı bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre malike iade etmekle yükümlüdür.; **Oğuzman/Seliçi**, s.103; **Feyzioğlu**, Eşya Hukuku, s.153.

⁶²² **Yener**, s.120.

⁶²³ **Oğuzman/Seliçi**, s.106.

⁶²⁴ **Oğuzman/Seliçi**, s.106; **Feyzioğlu**, Zilyetlik, s.153; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, Eşya Hukuku, s.292.

⁶²⁵ **Buz**, s.176, 202.

⁶²⁶ **Yener**, s.121.

⁶²⁷ **Özen**, s.171; **Serozan**, Rona: Haksız Zilyetlik Kurallarının Haksız Zenginleşme Kurallarıyla Tamamlanması: Haksız Zilyet Zararına Onun Yararlardan Sorumsuzluk Ayrıcalığının Daraltılması ve Haksız

yüklenici iyiniyetli kabul edilse dahi zenginleşmenin ortadan kalktığını iddia edemeyecektir. Yüklenicinin arsa payının satışından elde ettiği bedel kendisinden tam tutar olarak istenebilecektir. Yani, elindekini devreden ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu olan yüklenici, devir sonucu elde ettiği bedeli arsa sahibine aktarmak zorundadır.

4. Arsa Payı Karşılığının İş Sahibine Tazminat Şeklinde Tam Aktarımı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciden arsa devralan üçüncü kişilerin iyiniyetli olması ve iktisabının korunması hallerinde, arsa sahibinin üçüncü kişiye karşı talep hakkı olmayacaktır. Yüklenicinin iyiniyetli kabul edilmesi ve sebepsiz zenginleşmenin ortadan kalktığını ileri sürdüğü durumda, arsa sahibi zararını menfi tazminat kapsamında talep edebilir. İadesi gereken edimin borçludayken imkânsızlaşması ve borçlunun artık zenginleşmenin bulunmadığını ileri sürmesi halinde, alacaklı TBK m.125/III (e BK m.108/II) kapsamında iade konusu edimin değerini menfi zarar tazminatıyla isteyebilir. Aynı doğrultuda, borçlu yüklenicinin TBK m.79/I (e BK m.36/I) hükmüne göre zenginleşmenin sona erdiği savunmasında bulunması halinde, alacaklı arsa sahibi TBK m.125/III (e BK m.108/II) hükmü uyarınca iade konusu edimin değerini menfi zarar tazminatı ile talep edebilmelidir⁶²⁸. Bu durumda yüklenicinin sorumlu tutulacağı tazminat tutarı, sözleşmenin sona erdiği tarihteki iadesi gereken arsa paylarının değeri üzerinden hesaplanır.

Yargıtay bu görüş doğrultusunda, iade konusu edimin imkânsızlaşması, borçlunun zenginleşmesinin sona erdiğini ileri sürmesi, edimin aynen geri verilmesi imkânının bulunmaması durumlarında, alacaklının TBK m.125/III'de (e BK m.108/II) kapsamında menfi zarar tazmini ile iade konusu edimin bedelini talep edebileceği kabul edilmiştir⁶²⁹. Ancak karşılığın menfi zarar tazminatı olarak talep edilmesi halinde, borçlu durumundaki yüklenici kusuruyla temerrüde düşmediğini ispatlayarak iadesi imkânsızlaşan edimin

Zilyet Yararına Onun Masraf Alacağı'nın Genişletilmesi, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatrasına Armağan, İstanbul, 1999, s.443 vd.

⁶²⁸ **Yönsel**, A: İki Taraf İçin Borç Doğuran Akitlerde Temerrüt ve Hukuki Neticeleri, İBD S.7, C. XIX, 1945, s. 411; **Nazikoğlu**, Işık: Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü, AÜHFD, C.8, S.1-2, 1951, s.682.

⁶²⁹ Yargıtay 15. HD. 16.11.1992 tarih ve 1992/1606 E. - 1992/5313 K.: “..Geçmişe etkili dönme halinde, yanların o ana değin bu sözleşme gereği aldıklarını iade borcu doğduğundan yüklenici, iş sahibine kalan inşaatın bırakıldığı andaki fiziki oranına göre ücrete hak kazanmıştır. Yüklenici, sözleşmeye ve BK.nun 365. maddesine aykırı davranmakla fesihle kusurludur. Bu nedenle iş sahibi akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararının tazminini -menfi zararını- talep edebilir..”
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=2589#> (E.T. 17.04.2021).

değerini iade yükümlülüğünden kurtulabilir. Bu imkân, tazminat talep hakkı olmayan temerrüt borçlusunu kısmi ifa bakımından korumamaktadır.

5. İyiniyetin Sınırlandırılması Esasına Göre Karşılığın Tam Aktarımı

İade söz konusu olduğunda haksızlıkların engellenmesi için diğer bir yöntem ise, “karineyle mevcut hak ve iyiniyet” kavramlarının sözleşmeden dönme şartlarına uygun bir şekilde değerlendirilmesidir. İyiniyeti sınırlandıran bu görüşe göre; yüklenicinin varlığına inandığı hakkı gerekçe gösterebilmesi ve iyi niyetli kabul edilebilmesi için öncelikle sözleşmeyle üstlenmiş olduğu edimleri ifa etmiş olması gerekir. İlk olarak, iade konusu şeyin zilyedi, her zaman için karineyle mevcut hakkını kullandığını ileri sürmemelidir. Esasen Eski MK. m.906 hükmü, iyiniyetli olmasına karşın malı iade etmek zorunda olan haksız zilyedin iade borcuna yer verilirken “varlığına inanılan hak” kriteri doğrultusunda iyiniyetli haksız zilyedin iade borcu kapsamı kısıtlanmıştır⁶³⁰. Bu yönde Yeni Medeni Kanun’un 993. maddesinde “karineyle mevcut hakka uygun şekilde kullanan” ifadesine yer verilmiştir. Bu hüküm tapuya kayıtlı olsun veya olmasın tüm taşınmaz ve taşınırlarda uygulanacağından, sorumluluğun ifade edilişi bakımından pek uygun değildir. Bu nedenle hükmün Eski Medeni Kanununun 906. maddesinde yer verildiği gibi, kendisinde bulunduğu iyiniyetle inandığı hak olarak algılanması gerekir⁶³¹.

Sözleşmeden dönme anına kadar kural olarak iyiniyetli sayılan zilyedin gerçek hak sahibine karşı sorumlu tutulamaması için, iyiniyetle hakkın varlığına inanarak eşyadan yararlanması gerekir⁶³². Burada temel alınması gereken ölçüt; borçlunun iktisabını kalıcı ve geçerli görerek güven duyması ve bu kapsamda iyiniyetin korunmasıdır. Haksız zilyedin iyiniyetli olması hali TMK m.3/II’de yer alan temel kural kapsamında değerlendirilmeli ve ona göre mazur görülebilmelidir. Haksız zilyed durumun gerektirdiği gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı düşmüş olduğu yanılığa kapılmayacaksa, kendisinin hak sahibi olduğu doğrultusundaki inanca kapılmayacaksa “iyiniyetli” olarak kabul edilemez⁶³³.

⁶³⁰ Buz, s.202.

⁶³¹ Özen, s.123.

⁶³² Oğuzman/Seliçi, s.105; Özen, s.123; Feyzioğlu, s.129.

⁶³³ Özen, s.103; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s.207; Yargıtay 4. HD. 25.09.1989 tarih ve 1989/7047 E., 1989/6940 K.: “Türk Medeni Kanununun 906. maddesinde öngörülen hüsnüniyet maddesindeki -mevcudiyetine kani olduğu hakkına muvafik surette istifade..- mevcudiyetine kani olduğu hakkına muvafik surette istifade..- sözcüklerinden de anlaşılacağı üzere anılan Kanunun 3. maddesinde düzenlenen sübjektif hüsnüniyettir. Diğer deyişle -eğer zilyet- a) gerek intikali yapan kimsenin ehliyet veya salahiyetin de, gerek muamelenin şartlarında, şeyin zilyedliğini kendisine muteber bir şekilde geçirmeye mani bir sebebin bulunduğunu bilmiyorsa ve b) bu bilmeyişi mazur görülebilir mahiyette ise; başka bir ifade ile ahvalü vaziyete göre beklenen ihtimam ve dikkate sarf ettiği halde bilemeyecek durumda ise o hüsnüniyetli bir zilyedir ve MK.

Sözleşmeden dönme durumunda, iade borçlusunun elinde kalanı iade ederek sorumluluktan kurtulabilmesi için, varlığına inandığı hakkın iktisabı için edimini ifa etmelidir. Burada iade konusu mal üzerinde varlığına inanılan hak mülkiyet hakkıdır ve iade borçlusu bu hakkı elde edebilmek için edimini yerine getirmelidir. Böyle bir durumda, edimini ifa etmeden eşyayı devreden borçlunun varlığına inandığı hakkına uygun olarak hareket ettiği kabul edilmemelidir ve karşılığının tamamının iadesi talep edilebilmelidir.

İyi niyetli iade borçlusunun iade borcundan kısmen veya tamamen kurtulabilmesi çeşitli ölçütlerle sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Öyle ki dönme anından sonra borçlu iyiniyetli kabul edilemez fakat temerrüt halindeki borçlunun da akdin sona ermesi ve iade ihtimalini de hesaba katması gerekeceğinden kusurlu sayılması ihtimal dahilindedir⁶³⁴. Ancak iyiniyetin belirlenmesinde yalnızca dönme ve temerrüt anı esas alınmamalıdır. İyiniyet belirlenirken borçlunun iktisabının kalıcılığına ve geçerliliğine duyduğu güvenin korunması ilkesi esas alınmalı ve somut olayın özelliğine göre iade hasarının kime ait olacağına karar verileceği kabul edilmelidir⁶³⁵. Kanaatimizce TBK m.79/II'de yer alan *“Zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür”*⁶³⁶ düzenlemesi uyarınca yüklenici teslimden önceki dönemde devraldığı arsa paylarını ileride geri vermek zorunda kalabileceğini öngörmelidir ve karşılığın tamamından sorumlu olmalıdır. Nitekim yüklenicinin arsa payı ve bağımsız bölüm tapularına gerçek manada hak kazanabilmesi için, yüklenilen edimin tam olarak yerine getirilerek belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi gerekir. Pay devralan üçüncü kişilere kadar genişletilmiş özen yükümü ve iyiniyetin sınırlandırılması göz önünde bulundurulduğunda, onlara karşı iade talebi mümkün olmasa bile, karşılığın tamamı yükleniciden talep edilebilmelidir.

6. Üçüncü Şahıslara Karşı Arsanın Aynen İadesi Talebi

Aynı etkili dönme teorisi dışındaki görüşlere göre, dönme tasarruf işlemlerine etki etmeyeceği ve yüklenici adına yapılan tescil sözleşmeden dönülmesine rağmen geçerli kalacağı ve neticede yükleniciden arsa payı devralan kişilerin mülkiyet hakkını kazanması

m. 906, 907'deki hükümlere tabidir". Aksi halde suiniyetli zilyettir..."
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=2589#> (E.T.18.04.2021).

⁶³⁴ Tandoğan, Mes'uliyet, s.505.

⁶³⁵ Buz, s.206.

⁶³⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098-20120704.pdf> (E.T.18.04.2021).

için İyi niyet şartının aranmayacağı ifade edilebilir⁶³⁷. Bu durumda arsa sahibi sebepsiz zenginleşmenin iadesi hakkına sahip olup, bunu yalnızca yükleniciye karşı kullanabilecektir. Bu doğrultuda iş sahibi sebepsiz zenginleşmeye dayanan tescile zorlama davası açarak, mülkiyetin kendisine aidiyetini talep edebilecektir. Aynı etkili dönme teorisi kabul edildiğinde ise, sözleşmeden doğan hukuki ilişki geçmişe etkili olarak sona ermekte ve sebebe bağlılık ilkesi gereğince tasarruf işlemleri ve sözleşmeye dayalı yapılan tescil işlemi geçersiz hale gelir. Bu halde, yüklenici taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını hiçbir zaman kazanamamış kabul edilir ve iş sahibi arsa payının kendisine ait olduğunu tespit için istihkak davası niteliğinde “yolsuz tescilin düzeltilmesi” davası açar⁶³⁸. İş sahibi bu aynı iade talebini yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilere de yöneltebilir. Aynı hakka sahip üçüncü kişiler, malik olmayan yükleniciden hak iktisap eden konumuna girmektedirler ancak tapu siciline güven veya tescilin müspet hükmü uyarınca iktisapları korunması gerekmektedir.

Yargıtay özellikle son dönemde vermiş olduğu kararlarında, yükleniciye veya onun vasıtasıyla üçüncü kişilere yapılan arsa payı devrini avans niteliğinde saymakta ve yüklenicinin edimlerini yerine getirdikçe şahsi hak kazanacağını ve üçüncü şahıslara yapılan devirlerin de şahsi hak niteliğinde olduğunu ifade etmiştir⁶³⁹. Yargıtay’a göre yükleniciye devredilen arsa paylarının tescili aynı haklar kazandırmayacak, bağlayıcı olmayan hukuki işleme dayanan veya hukuki dayanaktan yoksun olan tescil kural olarak yolsuz olacak ve aynı hakkın yolsuz tescilini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişiler de korunmayacaktır⁶⁴⁰. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, iade borçlusunun iyiniyetini sınırlayan görüşün üçüncü kişiler içinde değerlendirmekte ve yükleniciden arsa payı alan üçüncü kişiler bakımından iyiniyetin varlığını kabul etmemektedir⁶⁴¹.

⁶³⁷ **Kırca**, Çiğdem; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XXII, Ankara 2004, s.86.

⁶³⁸ **Buz**, s.139; **Kırca**, s.87; **Öz**, Eser, s.241.

⁶³⁹ Yargıtay 15. HD. 27.09.2010 tarih ve 2009/4222 E. - 2010/4818 K.: “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi ve kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik, avans niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmede ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Ancak, sözleşmenin geriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi halinde; sözleşmenin taraflarının aldıklarını karşılıklı olarak geri vermesi gerekir..*” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=2589#> (E.T.18.04.2021).

⁶⁴⁰ Yargıtay 15. HD. 28.09.2010 tarih ve 2009/3593 E. - 2010/4847 K.: “*..Somut olayda ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan yapı, inşaat halinde olduğu ve yüklenici şirket tarafından tamamlanmadan terk edilmiş bulunduğu halde davalı tarafından pay kaydı iktisap olduğundan davalı, iktisabında iyiniyetli kabul edilemez ve Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz.*” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1595#> (E.T.18.04.2021).

⁶⁴¹ Yargıtay HGK 23.05.2001 tarih ve 2001/422 E., 2001/434 K. sayılı kararı: “*...Araya dava dışı üçüncü kişinin girse dahi alıcının arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini,*

Örnek verdiğimiz kararlardan çıkarılan ortak kanaate göre arsa sahibi, tapu iptal ve tescil davasını yükleniciden pay satın alan üçüncü kişilere karşı da açabilecektir. Bu halde üçüncü kişiler TMK m.1023 hükmünden yararlanamayacaktır. Ayrıca bu üçüncü kişiler arsa payını başka bir kişiye devretmişse arsa sahibi sonuncu kişiye karşı da dava hakkını kullanabilecektir⁶⁴².

Yargıtay'ın yükleniciden arsa payı devralan üçüncü şahısların iade yükümlülüklerine ilişkin kararları doktrinde doğal olarak eleştirilmiştir. Sözleşmeden dönme üzerine yükleniciye devredilen arsa paylarının baştan itibaren yolsuz tescil meydana geldiği görüşü kabul edilse dahi, yükleniciden arsa payı alan üçüncü kişilerin bu aynı hak iktisabı TMK m.1023 uyarınca geçerli olmalı ve üçüncü kişi satın aldığı arsa paylarını yüklenicinin ediminin karşılığı olarak bilse dahi TMK m.1023 anlamındaki iyiniyeti ortadan kaldırmamalıdır⁶⁴³. Tescilin olumlu hükmü nedeniyle tescil yolsuz olsa da iyiniyetli üçüncü kişilerin sicil kaydına güvenleri TMK m.1023 gereği korunur⁶⁴⁴.

Üçüncü kişi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine taraf olmayan, tapu sicil kaydına güvenen, yükleniciden aynı hak kazanan iyiniyetli kişidir. Üçüncü kişinin tapu kaydındaki tescile güvenmesi iyiniyetini ortadan kaldırmaz. Bu hususta Yargıtay sicil kaydı dışında kalan bir olgunun, bir kişisel hakkın varlığının bilinip bilinmemesine dikkat etmektedir. Üçüncü kişinin tescilin dayanağını oluşturan belgeleri incelemek yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁴⁵.

Açıklanan nedenlerle arsa sahipleri tarafından üçüncü kişilere tapuda bağımsız bölüm devirlerinin yapılması halinde, yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerin devri için yetki verilmiş olduğu durumlarda da, sözleşmenin geçmişe etkili olarak feshedilmesi nedeniyle, bu kişilerin tapularının iptali istenememelidir⁶⁴⁶. Arsa sahibi, yükleniciye inşaatı

yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığının bilincindedir. Medeni Kanunun 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olamaz..."
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1595#> (E.T.18.04.2021).

⁶⁴² Yargıtay 15. HD. 24.006.1998 tarih ve 1998/2147E., 1998/2779 K.: "...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..."
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1595#> (E.T.18.04.2021).

⁶⁴³ **Öz**, Eser, s.260; **Erman**, s.165.

⁶⁴⁴ **Oğuzman/Seliçi**, s.191.

⁶⁴⁵ **Kırca**, s.90 vd.

⁶⁴⁶ **Erman**, Arsa Payı, s.167.

tamamlağığı oranda kısmi olarak arsa payı vermek yerine, mülkiyeti kendisine ait olmak üzere yükleniciye, kendisine ait arsa payının satışı için yetki verebilir. Bu durumda da yüklenicinin yaptığı işlem ile arsa sahibinin yaptığı işlem arasında fark olmamalıdır, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesinin üçüncü kişinin mülkiyet hakkını olumsuz etkilememesi gerekmektedir⁶⁴⁷.

Üçüncü kişinin tapu siciline güven ilkesini önemsemediği düşünülse bile, arsa sahibinin TMK m.2 gereğince oluşturduğu güven ortamının neticesine katlanması gerekmektedir. Arsa sahibinin, yüklenicinin devraldığı payları finans oluşturmak amacıyla üçüncü kişilere satacağını bilmesi gerekir. Yüklenicinin arsa paylarının satışına bir bakıma zımnen onay veren arsa sahibinin, arsa payını yükleniciye devretmesi üçüncü kişide güven yaratmaktadır⁶⁴⁸. Bu doğrultuda arsa sahibinin bu davranışı neticesinde ortaya koyduğu sonuçla bağlı olacağı düşünölmelidir.

Arsa sahibinin sözleşme kurulurken arsa paylarının devri konusunda kendi lehine ipotek tesis etmesi ve inşaat tamamlandığı oranda ipotekleri çözmesi, bu şekilde kendini güvenceye alması mümkündür. Bu nedenle bağımsız bölüme tekaböl edecek arsa payını satın alan üçüncü kişi, yüklenicinin edimini ifa etmemesi neticesinde arsa sahibine karşı ipotek nedeniyle sorumlu olacaktır⁶⁴⁹. Arsa sahibi, bağımsız bölümleri teslim aldıktan sonra pay devri yapılacağını da taahhüt edebilir. Bu yolları tercih etmeyen arsa sahibi, üçüncü kişiye nazaran daha fazla risk üstlenmektedir. Arsa payı satın alan üçüncü kişinin bunu iade etmek zorunda kalması halinde yükleniciye karşı, kendi aralarındaki sözleşme uyarınca tazminat talep edebilecektir⁶⁵⁰.

Sözleşmeden dönme üzerine, bunu bilerek arsa payı devralan üçüncü kişinin iktisabının geçerli olmayacağı doktrinde bazı yazarlarca savunulmuştur. Bu görüşe göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinden sonra, bunu öğrenen üçüncü kişi, yolsuz tescil düzeltilmeden yükleniciyle anlaşıp, taşınmaz payını tapuda devralması halinde iyiniyetli sayılmaz ve TMK m.1023 hükmünden yararlanamaz. İş sahibi böyle bir durumda aynı nitelikteki yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını üçüncü kişiye karşı da açabilecektir⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Yener, s.130-131.

⁶⁴⁸ Yener, s.131.

⁶⁴⁹ Erman, Arsa Payı, s.169.

⁶⁵⁰ Erman, Arsa Payı, s.169.

⁶⁵¹ Öz, Eser, s.260.

Dönme hakkının kullanılmasında önce iade borçlusundan aynı hak iktisap eden üçüncü kişiler iyiniyetli kabul edilmelidir.

7. Kısmi Sona Ermenin İadeye Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kısmi ifa ve temerrüt şartları mevcutsa, temerrüdün sonuçları tamamlanmayan kısımlar için gerçekleşir. Yargıtay, kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi halinde, sözleşmenin tasfiyesinin fark teorisiyle paralel olarak gerçekleştiğini kabul etmektedir. İleriye etkili fesih sonucunda yüklenicinin, yaptığı imalatın oranına göre bedel alması mümkün olmaktadır. Yüklenici işi eksik bıraktığı oranda arsa payı alma hakkını kazanamayacaktır. Bu halde, arsa sahiplerinin eksik işler nedeniyle uğramış oldukları zararı gidermeye yönelik tazminat taleplerinden, yüklenicinin alamadığı arsa payı değeri indirilecektir⁶⁵².

Arsa sahibi, arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye veya üçüncü kişilere önceden devretmiş ise, edimler arasındaki değer farkı yerine değişim prensibinin uygulanmasını istemesi daha uygun olur. Fark teorisinin benimsenmesi halinde, yüklenicinin kazanacağı arsa payı oranı indirilmiş olacak ve sözleşmeye göre kendisine kalacak arsa paylarının bir kısmını elde edemeyecektir. Bu noktada, Yargıtay kararlarına göre, yükleniciye kalacak arsa paylarının tespiti neticesinde yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişiler tapuda tescil işlemi yapmış olsalar bile yolsuz sayılacak ve kazanımları korunmadığından iade etmekle yükümlü olacaklardır.

Değişim teorisinin kabulü halinde ise, üçüncü kişilere, arsa sahibine ödenmesi gereken tazminatı ödeme imkânı sağlanarak kazanımları korunabilir. Yüklenicinin eksik bıraktığı işler, arsa sahibi açısından katlanılabilir oranda ise, bu eksikliğin bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler tarafından tamamlanması veya bedelin para olarak ödenmesi sağlanarak, bu kişilerin tescile talep hakkı olduğu kabul edilmelidir⁶⁵³. Yargıtay yerleşik

⁶⁵² Yargıtay 15. HD. 07.04.2004 tarih ve 2003/4795 E., 2004/1968 K. : “...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 alabileceği bağımsız bölüm (haliyle isabet eden tapu), işin yüklenici tarafından terkedildiği seviyesine oranlanarak bulunacak fiziki orana denk gelen bağımsız bölüm ve tapusudur. Yani işin eksik bırakıldığı oranda yüklenici tapu almaya hak kazanamayacaktır...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1595#> (E.T.18.04.2021).

⁶⁵³ **Yener**, s.376; **Erman**, Arsa Payı, s.179.; Yargıtay 14. HD. 29.05.2007 tarih ve 2007/2499 E., 2007/6455 K.: “...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...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1595#> (E.T.18.04.2021).

içtihatlarında tapu iptal ve tescil davalarında, inşaattaki eksikliğin arsa sahibi tarafından tahammül edilebilir ve az oranda olması halinde, üçüncü kişinin eksikliği tamamlamasına veya para olarak depo etmesine fırsat verilmesi kabul edilmektedir. Yargıtay, kısmi dönme veya ileriye etkili fesih için işin %90'ını ve üzerini tamamlanmış olması şartını aramaktadır. İnşaattaki tamamlanma oranı esas alınarak ileriye etkili fesih halinde üçüncü kişiye de bu imkânın sağlanması mümkündür. Böylece arsa sahibinin açacağı sözleşmenin feshi veya tasfiyesine yönelik davada sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilmesi halinde, sözleşmedeki eksikliğin üçüncü kişiye tamamlattırılarak haklarının korunması ve tescili sağlanmış olur⁶⁵⁴.

Kısmi ifanın niteliği, işlevi ve ekonomik değeri dikkate alınarak uyuşmazlıklarda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Kısmi ifa ve kısmi temerrüdün kabulü halinde, üçüncü kişilere yapılan devrin oranı, yüklenicinin gerçekleştirdiği kısmi ifanın işlevi ve ekonomik değeri ayrı ayrı değerlendirilmeli ve yüksek oranda çıkması halinde, %60-70 gibi daha az oranlarda da kısmi temerrüdün kabulüne karar verilmelidir. Diğer taraftan bazı Yargıtay kararlarında, inşaatta çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın alması ve burada ikamet etmesi halinde inşaat tamamlanma oranı düşük de olsa, kısmi sona erme şartlarının araştırılması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁵⁵.

8. Dönmenin Arsa Üzerinde Kazanılan Nispi Haklara Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yükleniciye pay devri yapılmış olabileceği gibi inşaatın tamamlanmasından sonra teslimin gerçekleşmesine bağlı pay devri yapılması da kararlaştırılmış olabilir. Her iki durumda da yüklenici payına düşecek arsa payların satışını üçüncü kişilere vaat verebilir ve bağımsız bölüm alacağını TBK m.183 vd. (e BK m162 vd.) uyarınca alacağın temlik yoluyla devredebilir⁶⁵⁶. Bu işlemler üçüncü kişiler ile yüklenici arasında şahsi bir hakkı doğurmakta olup, sözleşme dışı arsa sahibine karşı ileri sürülemez. Yüklenici edimini tamamen ifa ettiğinde, temlik alacaklısı konumundaki üçüncü

⁶⁵⁴ Yener, s.134.

⁶⁵⁵ Yargıtay 15. HD. 09.02.2006 tarih ve 2006/6533 E., 2006/618 K.: "...arsa sahibine bırakılacak kısımların % 40 seviyesinde inşa olunup 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 avans i olarak devredilen tapuda hak kazandıklarının kabulü mümkün değildir... yapılan inşaatta çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında akdin ileriye etkili fesih şartları da araştırılmalıdır... belediyeden inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının sorulması..." <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2005-6533.htm&kw=`2006/6533`+E.+`2006/618+K.&cr=yargitay#fm> (E.T.18.04.2021).

⁶⁵⁶ Erman, Arsa Payı, s.174.

kişi arsa paylarının devrine yönelik alacağını doğrudan arsa sahibinden talep edebilir⁶⁵⁷. Böyle bir halde, arsa sahibine karşı üçüncü kişinin talep hakkı alacağın temlikine dayandığından, bunun geçerliliği TBK m.184 (e BK m.163) hükmüne göre adi yazılı şekil şartına bağlanmıştır⁶⁵⁸.

Sözleşme ile yüklenicinin arsa paylarını inşaata başlamadan devralacağı kararlaştırılmışsa veya yüklenici kendisine düşen dairelere ilişkin arsa paylarının satışını üçüncü kişilere vaat etmişse yahut alacağın devri yoluyla devretmişse üçüncü kişiler iade borçlusu yükleniciye karşı nispi hak kazanmışlardır. Sözleşmeden dönme halinde bu kişiler iade alacaklısı arsa sahibinin talebine karşı çıkamaz, ona karşı bir hak ileri süremezler. Üçüncü kişiler, iadenin gerçekleşmesi nedeniyle, yalnızca yükleniciye karşı borca aykırılık hükümleri kapsamında tazminat talebi ileri sürerek zararlarının tazminini talep edebilirler. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin, arsa sahibinden arsa payının devrini talep hakkı şahsi bir haktır ve temellük eden üçüncü kişinin yüklenicinin halefi olarak talepte bulunabilmesi için yüklenicinin edimini ifa etmiş olması gerekir⁶⁵⁹. Sözleşmeden dönme neticesinde borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak tamamen ortadan kalktığı ve alacak hakkının da hiç doğmamış hükmünde olduğu hallerde temlik işlemi hükümsüz sayılacak ve üçüncü kişilerin bu hakka dayanarak arsa sahibinden talepte bulunması mümkün olmayacaktır⁶⁶⁰. Yükleniciye bırakılan arsa payları üçüncü kişinin satın aldığı daireye tekabül edecek oranda ise üçüncü kişi yükleniciye cebri tescil davası açabilir⁶⁶¹.

Yargıtay, sözleşmeden dönme halinde yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan satış vaadi sözleşmesi arsa sahiplerini bağlamayacağını ve üçüncü şahsın tescil davasının bu nedenle kabul edilemeyeceği kanaatindedir⁶⁶². Yargıtay'a göre, üçüncü kişinin yüklenicinin

⁶⁵⁷ **Erman**, Arsa Payı, s.175; **Yener**, s.373; Yargıtay 14 HD. 13.12.2007 tarih ve 2007/15153 E., 2007/15935 K.: “..Burada, arsa sahibinden alacaklı (yüklenici) ile üçüncü kişi arasında serbest iradeleri ile yapılan temlik sözleşmesi vardır. Genellikle de bu tür temlik sözleşmesi ile yüklenici şahsi hakkının bir kısmını olayımızda olduğu gibi bir bağımsız bölümün mülkiyetinin naklini taahhüt eder... Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de alacağın temlik hükmülerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7309#> (E.T.18.04.2021).

⁶⁵⁸ **Erman**, Arsa Payı, s.175.

⁶⁵⁹ **Erman**, Arsa Payı, s.177; **Yener**, s.374; Yargıtay HGK 04.12.1991 tarih ve 1991/508 E., 1991/634 K.: “...Yüklenicinin edimini yerine getirmemiş olması nedeniyle talep edemeyeceği bir hakkı, sözleşmeden doğan kişisel hakkını devrettiği davacının halef olarak isteyemeyeceği de kuşkusuzdur. Bu durumda yerel mahkemeye, olayda 30.9.1988 gün 2/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararının uygulama yeri bulunmadığı ve davacının B.K. 167. maddesi hükmüne dava konusu bağımsız bölümün tapusunu isteme hakkının henüz doğmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmesi doğrudur...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7309#> (E.T.19.04.2021).

⁶⁶⁰ **Öz**, Eser, s.263.

⁶⁶¹ **Erman**, Arsa Payı, s.171.

⁶⁶² Yargıtay 14. HD. 05.12.1989 tarih ve 1989/5705 E. - 1989/10388 K. (Erman, 172, dn, 14).

halefi olarak ödediği bedeli, arsa sahibinden talep etmesi mümkün değildir⁶⁶³. Üçüncü kişinin, arsa sahibinden talep edebileceği alacak kalemleri arasında yalnızca faydalı ve zaruri masraflar yer almaktadır⁶⁶⁴.

F. İNŞAATIN TAMAMLANAN KISMI BAKIMINDAN TASFİYENİN SONUÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile iş sahibinin arsası üzerinde inşaat yapılmakta ve yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme sonucunda, yapılan kısımların mali karşılığının iade edilmesi gerekir. Yüklenici, sözleşme ile edim borcu altına girmekte ve ifa faaliyeti esnasında arsa üzerinde inşaat faaliyetleri gerçekleştirerek, iş sahibine önemli kazanımlar sağlamaktadır. Sözleşmeden dönme halinde bu kazanımların iadesi gerekir. Bu durumda iadeye konu kazanımların mali değerlerinin saptanması gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaat bütünüyle parça kurallarına göre kendiliğinden iş sahibinin mülkiyetine geçer. Bu iktisap TMK m.718/II uyarınca yapı ortaya çıktığı anda gerçekleşir⁶⁶⁵. Bu sonuç, hukuki bir işlem yapılmaksızın, hukuki eylem ile meydana gelir ve sözleşmeden dönme üzerine yapılan inşaatın mülkiyet durumunda değişiklik olmayacak ve yapılan şeylerin iadesi aynı değil kişisel talep niteliği taşıyacaktır⁶⁶⁶. Sözleşme kurulduktan sonra inşaata hiç başlanmamış yahut teslim süresi geçmişse tasfiye kolay gerçekleşir. Buna karşılık inşaat yapılmışsa, inşaatın tamamlanan kısmının maliki arsa sahibi olacaktır. İnşaatın yapılan kısmı için işçilik ve malzeme masrafı yapıldığından, tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması bu açıdan güçlük yaratacaktır⁶⁶⁷.

Yargıtay'a göre inşaat bedeli, feshin gerçekleştiği andaki fiziki duruma göre tespit edilir ve ödenir. Fesih sonrasında, yüklenici işe devam etmiş ve inşaatı daha üst seviyeye

⁶⁶³ Yargıtay HGK 28.03.2001 tarih ve 2001/13-200 E., 2001/286 K.: “...Davacının dava dışı yüklenici ile yaptığı 8/1/1991 tarihli satış sözleşmesine dayanarak açtığı tapu iptali ve tescil davası reddedildiğine göre davacı bu sözleşmeye dayanarak artık ifa yerine geçen zarar olarak dairenin değerini diğer bir anlatımla ifa menfaatini isteyemez...” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-7309#> (E.T.19.04.2021).

⁶⁶⁴ Yargıtay 14. HD. 02.11.2004 tarih ve 2004/5948 E. - 2004/7593 K.: “..davacı üçüncü kişinin fiili durum yaratarak binanın 1 numaralı bağımsız bölümünü tamamlamış olması ona hukuken bir hak sağlamaz. Ancak yaptığı imalatlar arsa sahibinin mal varlığında artı değer meydana getireceğinden kanıtlanması koşuluyla sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak bu değerlerin para olarak iadesini arsa sahibinden isteyebilir...” <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2004-5948.htm&kw=`2004/5948`+E.+`2004/7593`+K.&cr=yargitay#fm> (E.T.19.04.2021).

⁶⁶⁵ **Oğuzman/Seliçi**, Eşya Hukuku, s.384 vd.; **Tekinay**, Eşya, s.544 vd.

⁶⁶⁶ **Öz**, Eser, s.238.

⁶⁶⁷ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.77.

getirmiş olsa dahi, bağımsız bölüm talebinde bulunamaz, fakat vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında yapılan işin parasal karşılığını isteyebilir⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸Yargıtay 14. HD. 02.11.2004 tarih ve 2004/5948 E., 2004/7593 K. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2004-5948.htm&kw=`2004/5948`+E.+`2004/7593`+K.&cr=yargitay#fm> (E.T.19.04.2021).

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulamada sıklıkla karşılaşılmamasına rağmen, mevzuatta özel olarak tanımı yapılmadığından isimsiz sözleşmeler arasında yer almaktadır. Sözleşme kapsamına uygulanacak hükümler tespit edilirken mevzuattaki düzenlenmelerden yararlanılması gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri çift tipli karma niteliğe sahip olup, TBK'de düzenlenen eser ve taşınmaz satışı (veya taşınmaz satış vaadi) sözleşmelerinin özelliklerini bünyesinde taşımaktadır. Bu doğrultuda, bahsi geçen sözleşmenin kapsamına uygun düştüğü oranda, diğer sözleşme türlerine ait hükümler kıyas yoluyla uygulanmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin bir yapı inşa etmeyi ve buna karşılık olarak da arsa sahibinin belirli arsa paylarının devrini üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Bu sözleşmenin ayırt edici yönü: arsa sahibinin belirli paylarının devri karşısında yüklenicinin de yapı inşa ederek bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesi ve tarafların bu hususlarda anlaşmalarıdır. Tarafların üstlendikleri edimlerden de görüleceğe üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış ve eser sözleşmesine ait ayırt edici asli unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çift tipli karma niteliği gereği hangi unsurların uygulanacağı konusunda farklı görüşler bulunmakta ancak doktrinde hakim olan ve Yargıtay tarafından da kısmen uygulanan kıyas teorisine göre, uygulamada meydana gelen uyuşmazlıklarda her iki tarafın menfaat gözetilerek hakkaniyete göre belirleme yapılacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin temelini, teslimden önceki aşama yani yapının inşası aşamasının ifa faaliyeti mi yoksa ifaya hazırlık faaliyeti mi olduğu konusu oluşturur. Bu tartışmanın uygulamadaki pratik önemi, sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilip erdirilemeyeceğinin belirlenmesi noktasında toplanır. Öyle ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sürekli edim olarak kabul edilirse, sözleşme geriye etkili olarak sona erdirilemeyecektir. Tarafımızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği ani-sürekli karmaşığı yapıda olduğu kabul edilmiştir ve çalışmamızda konunun ayrıntıları açıklanmıştır.

Hukukumuzda sözleşmeler için şekil serbestisi ilkesine tabidir ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taşınmaz devri öngörüldüğünden kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, resmi şekil şartı kabul edilmektedir. Şekil konusunda

kanunda herhangi bir düzenleme yer almamasına rağmen sözleşmenin tapuda şerh edilebileceği kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Çoğunluk görüşüne göre şekle aykırılık halinde sözleşme hükümsüz hale gelmesine rağmen dürüstlük kuralı bunun sınırını oluşturmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye yapılacak pay devirleri için farklı zaman aralıkları kararlaştırılabilir. Öyle ki, pay devrinin, yüklenici henüz inşaaata başlamadığı aşamada olabileceği gibi, teslimden sonra ya da teslim kadar bölüm bölüm de yapılması mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenicinin asli borcu yapının inşası ve kararlaştırılan bağımsız bölümlerin teslimidir. Yüklenici bunların dışında ayıpsız ifa, işi bizzat sadakat ve özenle yapma, işe zamanında başlama ve işi devam ettirme, araç ve malzeme temin etme, gibi çeşitli borçları yerine getirmekle mükelleftir. Bunun karşısında arsa sahibinin de belirli arsa paylarını yükleniciye devir borcunu içeren asli edim borcu ve çeşitli yan borçları bulunmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, öncelikle muaccel bir borç olması gerekir. Ayrıca borçlanılan edimin ifasının imkânsız olmaması, ifanın gerçekleşmemiş olması ve ifa etmemenin objektif olarak borca aykırı olması gerekmektedir. Son olarak da ifa için belirli vade konulmamışsa, yükleniciye borcunu ifa etmesi gerektiği ihtar edilmelidir.

Yüklenici borcunu ifa edememişse yahut geç ifa etmişse kesin olarak temerrüde uğradığı söylenemez. Öyle ki, geç ifa halinde gecikmeyi haklı kılan sebepler mevcut olabilir. Bu nedenle muacceliyet söz konusu olamayacağı gibi temerrütten de bahsedilemez. İfa etmeme halinde ise, edimin ifası imkânsız olabilir. Bu durumda temerrüdün değil, imkânsızlığın varlığı kabul edilerek, sözleşme kurulmadan önce imkânsızlığın var olup olmadığına ve bunun meydana gelmesinde yüklenicinin kusuru olup olmadığı araştırılmalıdır.

Yüklenicinin temerrüde uğraması halinde çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkar. Bunların bazıları kusurdan bağımsız olarak ortaya çıkarken, bazıları da kusura bağlı olarak ortaya çıkar. Temerrüdün oluşması için kusurun varlığı gerekmezken, temerrüt neticesinde tazminat istenebilmesi ve beklenmedik halden sorumluluk için yüklenicinin kusurunun olması gerekir.

Yüklenicinin temerrüdü neticesinde arsa sahibi ek süre tanımdan genel sonuca bağlı olarak aynen ifa talep edebilir. Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde ifa borcu sona ermeyecektir. Yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise aynen ifaya ek olarak gecikme tazminatı da talep dileyebilir. Sözleşme kapsamında gecikme tazminatı yerine ifaya eklenen cezai şart kararlaştırılmışsa cezai şart da talep edilebilir. Cezai şart ödenmesi halinde, arsa sahibi uğradığı zararı ispatlamakla yükümlü olmayacaktır. Ancak cezai şartı aşan zarar oluşması halinde arsa sahibinin uğradığı zararı ispatlaması gerekir. Yüklenici tarafından aynen ifa gerçekleşirse cezai şart istemi ihtirazi kayıtlı tutulmalıdır. Aksi takdirde arsa sahibinin cezai şart talep hakkı ortadan kalkar. Cezai şart ile götürü tazminat birbiri ile karıştırılmakta ise de farklı türdedir. Bu iki tazminat türü sözleşmede kullanılan ifadelerden yola çıkılarak ayırt edilebilecektir. Bu noktada genel kabul gören görüş, edimin ifa edilmemesinde yer alan bedelin cezai şart niteliğinde olmasıdır.

Temerrüdün genel sonuçlarından biri de beklenmedik halden sorumluluktur. Mütemerit yüklenici borcunu ifa etse de beklenmedik halin meydana geleceğini ispatlayamazsa, gerçekleşen beklenmeyen halden sorumlu olur.

Temerrüdün genel sonuçlarının dışında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için geçerli seçimlik hakların talep edilmesi de mümkündür. Seçimlik hakların talep edilebilmesi için kural olarak yükleniciye uygun ek süre tanınmalıdır. Buna göre, yükleniciye ediminin ifası için uygun ek süre tanıyan arsa sahibi aynen ifanın gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin ifasından vazgeçip olumlu zararı talep ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararı talep edebilir. Bahsi geçen seçimlik haklar yenilik doğurucu niteliktedir.

Arsa sahibi aynen ifadan vazgeçip olumlu (müspet) zararını talep etmesi halinde sözleşme ileriye etkili olarak hükümsüz hale gelir. Bu durumda yüklenici de kusuru olmadığını ispat edemezse doğan olumlu zararı tazmin etmekle yükümlü hale gelir. Olumlu (müspet) zararın kapsamı, edim gereği gibi ifa edilmiş olsaydı meydana gelmeyecek olan zarar kalemlerinden oluşur. Bu sebeple olumlu zarar içerisinde ikame ifa nedeniyle ödenen ya da ödenmesi gereken bedel ile yoksun kalınan kâr istenebilir.

Yüklenicinin diğer seçimlik hakkı ise sözleşmeden dönmedir. Sözleşmeden dönmeye ilgili doktrinde farklı görüşler ve Yargıtay içtihatları mevcuttur. Birtakım yazarlara göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hukuki niteliği gereği dönmenin mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme

neticesinde kusurlu yüklenici, ortaya çıkan olumsuz (menfi) zararı gidermekle mükelleftir. Bu olumsuz (menfi) zararın kapsamı ise, sözleşme ilişkisi hiç kurulmamış olsaydı uğranılmayacak olan zararlardan oluşmaktadır. Öyle ki sözleşmenin varlığına inanılarak ve güvenilerek yapılan masraflar ve kaçırılan elverişli sözleşme fırsatları gibi fiili zararlar menfi zarar kapsamında değerlendirilmektedir.

Dönmenin kabulü halinde diğer tartışmalı olan konu ise, dönmenin hukuki niteliğidir. Bunu ilişkin olarak çalışmamızda ilgili görüşler, klasik dönme teorisi, yasal borç ilişkisi teorisi, dönüşüm veya yeni dönme teorisi ve aynı etkili dönme teorisi olarak açıklanmıştır. Bu görüşlerin herhangi birinin kabulü halinde dönme neticesinde farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Özellikle arsa payının üçüncü kişilere devredilmiş olması halinde yapılan devirlerin geçerliliği ve akıbeti görüşlere göre değişkenlik göstermektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk** : Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, www.e-akademi.org, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.134, Aralık 2013
- AKDAŞ, Hüseyin** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşme Taraflarının Vergi Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010
- AKDEMİR HAVUTÇU, Ayşe** : “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, DEÜ-HFD, C.3, S.1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter’e Armağan, 1987
- AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut** : Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku 1.C., Ankara 2007
- AKKANAT, Halil** : İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, 2000 (İfada Gecikme)
- AKKANAT, Halil** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006
- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, 2004.
- AKSOY, Hüseyin Can** : Ceza Koşulunun Borçlunun Borcuna Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, Aralık 2018, s.1013 vd. (Ceza Koşulu)
- AKTÜRK YÜCER, İpek** : Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri, Ankara, 2012.
- ALTAŞ, Hüseyin** : Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, (Eserin Telef Olması)
- ALTAŞ, Hüseyin** : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998 (Şekil)
- ALTINKAN, Onur** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü Halinde Üçüncü

- Kişinin Hukuki Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015
- ALTINOK ORMANCI, Pınar** : Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2011
- ALTUNKAYA, Mehmet** : Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005
- ANTALYA, Gökhan** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012
- ARAL, Fahrettin, AYRANCI, Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017.
- ARAL, Fahrettin** : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- Arıcı Kadir** : “İki tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü Halinde Alacaklının İhtar ve Munzam Mehil Mükellefiyeti” AD, S.5,1973,s.907-925
- ARIKAN, Mustafa, ERDOĞAN Kemal,** : Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 34, 2015
- ASLAN, Neslihan** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016
- ATABEKOĞLU, Arda Sinan** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2014
- ATAMER, Yeşim M** : Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt (Editörler: Yeşim M. ATAMER, Ece BAŞ SÜZEL, ElliottGeisinger), İstanbul, 2017
- ATAMULU, İsmail** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, 1. Baskı, Ankara 2014
- ATEŞ, Zehra Gizem** : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014
- ATEŞOĞLU, Yalçın,** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcunda Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018

- AVCI, Ali** : Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.28, S.119, 2015, (Sadakat)
- AVCI, Ali** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, 1. Baskı Ankara 2015.
- AYAN, Mehmet** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012
- AYAN, Serkan** : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2008 (Yüklenicinin Temerrüdü)
- Ayazlı, Pervin** : Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları-Hukuki Özellikleri-Şekil Sorunu),MÜHFHAD, Ocak-Nisan, S.4, 1987
- AYDEMİR, Efrail** : Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016
- AYDINCIK, Şirin** : Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul, 2013.
- BARLAS, Nami** : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul,1992
- BAŞOĞLU, Başak** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012.
- BAŞOĞLU, Başak** : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012.
- BAŞPINAR, Veysel** : Vekilin Özen Borcundan doğan sorumluluğu 2. B., Ankara, 2004.
- BAYGIN, Cem** : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999
- BAYSAL, Başak** : Sözleşmenin Uyarlanması, (Uyarlanma), İstanbul, 2017

- BECKER, H** : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul, 1983
BURCUOĞLU, Haluk : Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990
- BUZ Vedat** : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, AÜSBFD., İlhan Öztürk'e Armağan, Y.1994, C.49, S.1-2, (İmkânsızlık)
- BUZ Vedat** : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Dönme)
- BÜYÜKAY, Yusuf** : Eser Sözleşmesi, Ankara, 2014
CEVDET, İlhan : Cezai Şart, Ankara, 2002
COŞKUN, Gürkan : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010
- ÇELİK, Yiğit** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yapının Ayıplı Olması Sebebiyle Sona Ermesi, 1.Baskı, Ankara 2020
- ÇELİKTAŞ Demet** : “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, DEÜHFD,C.3,S.1-4,Prof.Dr. Kudret Ayiter'e Armağan,1987
- ÇETİN, Sümeyra** : Borçlu Temerrüdünün Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011
- DAYINLARLI, Kemal** : Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 2008, (Temlik)
- DAYINLARLI, Kemal** : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2008
- DELİPİNAR,** :
- DEMİR, Mustafa Duhan** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sona Ermesi, Ankara, 2017
- DENİZ Mehmet** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, 1. Baskı İstanbul 2011
- DİRİCAN, Gökhan** : Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulamaları, İstanbul, 2007
- DOĞAN, Burak** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019

- DUMAN, Hasan** : Açıklamalı- İçtihatlı İnşaat Hukuku, İstanbul 2006
- DUMAN, İlker Hasan** : İnşaat Hukuku, İstanbul, 2016
- DURAK, Yasemin** : Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İNÜHFD, Özel Sayı, C. 1, Yıl: 2015.s.209
- ELGİN, Haydar** : “Borçlunun Temerrüdü ve Şartları” AD, S.3, 1986
- ENLİ, İsa** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü, Ankara, 2017
- ERDAŞ, Bayram** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011
- ERDOĞAN İhsan** : “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, GÜHFD, C.I, S.I,1997 (Şekil)
- ERDOĞAN, İhsan** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017
- EREN Fikret** : Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. Basım, Ankara 2001.
- EREN Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020 (Genel Hükümler)
- EREN Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler,7.Baskı, Ankara 2019, s.17 vd. (Genel Hükümler)
- EREN Fikret** : İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATİDER, Ankara, 1996. . (Müteahhidin Borçları)
- ERGEZEN, Muaz** : İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007
- ERGÜNE, Mehmet Serkan** : Olumsuz Zarar, İstanbul, 2007
- ERMAN, Hasan** : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Halleri (BK.365/2), İstanbul 1979, (Beklenilmeyen)
- ERMAN, Hasan** : Karar İncelemesi- Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (IÜHFM.1984, S.1-4),(Karar İnceleme)
- ERMAN, Hasan** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı İstanbul 2010, (Arsa Payı)
- ERMAN, Hasan** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihatı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri), IBD, 1984, Nisan, Mayıs, Haziran

- EROL**, Cansel, **ÖZEL**, Çağlar, : Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, E-Journal of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), C. 8, Özel Sayı, 2013
- ERTAŞ**, Şeref : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir, 2001
- FEYZİOĞLU**, Feyzi N. : Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şumulü, Hususiyle "Ecr-i misil" Meselesi, İstanbul 1958
- FEYZİOĞLU**, Feyzi N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler II,2.B., İstanbul,1976
- GAUCH**, Peter : Der Werkvertrag, Zurich, 1996
- GÖKYAYLA**, Emre : Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009
- GÖKYAYLA**, Emre : "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu" GÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Armağanı, C.1,S.1, 2002
- GÖNEN**, Doruk : İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul, 2016
- GÜLEÇ**, Şafak : Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara, 2009
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. Baskı, İstanbul 2010.(Borçlar Özel)
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper : Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001
- GÜMÜŞSOY KARAKURT**, Güler : Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017
- GÜNEL**, Mustafa Cahit : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004
- GÜR** Mustafa: : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, 1. Baskı Ankara 2017
- HALİS**, Gizem : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılık, Terazi Hukuk Dergisi 9 (100), 2014
- HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir : Eşya Hukuku, İstanbul, 1991
- HAVUTÇU**, Ayşe : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, 1995
- HELVACI**, İlhan : Hukukî mütalaalar, 2000-2010, İstanbul, 2010, (Mütalaalar)
- HELVACI**, Serap : Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması, Hayri

- Domaniç'e Armağan, İstanbul, 1995, s.289 vd.
- İNAL, Emrehan** : Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2011
- İPEK, Eyüp** : Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Özen Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2, 2007
- İŞBORA, Tuba** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2009
- KAHRAMAN, Zafer** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015
- KANBER, Kemal** : İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluk, ABD, S.3, 1997
- KAPLAN, İbrahim** : İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013, (İnşaat Sözleşmeleri)
- KAPLAN, İbrahim** : İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, (Süre Uzatımı).
- KAPLAN, İbrahim** : Eser Sözleşmesinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatı BATİDER, Haziran, C.13, S.1, 1985
- KARADAŞ, İzzet** : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları, 3. Baskı, Ankara 2013
- KARAHASAN, Mustafa Reşit** : İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul, 1997. (İnşaat)
- KARAHASAN, Mustafa Reşit** : Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1975
- KARAMAN, Şeyma** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi Ankara
- KARATAŞ, İzzet** : Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temliki İşleminde Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2009
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975
- KARTAL, Bilal** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, 1993
- KAYA, Özgür Katip** : Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul, 1993
- KAYIHAN, Şaban, ÜNLÜTEPE, Mustafa** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018
- KESKİN, Dilşad** : "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme; Temerrüt ve İmkânsızlık", GÜHFD, C.11, S.1-2, 2007

- KILIÇOĞLU, Ahmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.16, Ankara 2012.(Genel)
- KILIÇOĞLU, Ahmet** : Müteahhidin İnşaatı Teslimdeki Gecikmeden Sorumluluğu (Yargıtay 15. HD. Nin 19.11.1987 tarihli bir kararı dolayısıyla), TBBD, Aralık 1989, S.6, s.892-899
- KIRCA, Çiğdem** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XXII, Ankara 2004
- KIRMIZI, Mustafa** : Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014
- KIRMIZI, Mustafa** : Açıklamalı- İctihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi. 1. Baskı. Ankara 2014 (Kostakoğlu, Kat Karşılığı)
- KİRİZ, Mahmut** : Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara, 2012
- KOCAAĞA, Köksal** : İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, TBB Dergisi, S 74, 2008. (Götürü Tazminat)
- KOCAAĞA, Köksal** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, 2009
- KOCAAĞA, Köksal** : İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014 (İnşaat)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir, KOSTAKOĞLU, Cengiz** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İstanbul, 2016, s.12
- KOSTAKOĞLU, Cengiz** : Eser Sözleşmesinin Bir Türü Olan Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmelerinde Şekil, YHD, C.7,S.7, 1984
- KOSTAKOĞLU, Cengiz** : İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2017. (Kat Karşılığı)
- KUNTALP, Erden** : Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971
- KURŞAT, Zekeriya** : Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFİM, C. LXVII, S. 1-2, 2009, (Eser ve Vekâlet)
- KURŞAT, Zekeriya** : İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017
- KURT, Leyla Müjde** : Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre), Ankara, 2012
- MEDİCUS, Dieter / LORENZ, Stephan** : Stephan, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 16. Auflage 2012

- NAZİKOĞLU, Işık** : Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü, AÜHFD, C.8, S.1-2, 1951
- NOMER, H.N** : Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996
- OETKER, Hartmut / MAULTZSCH, Felix,** : Felix, Vertragliche Schulverhältnisse, 4. Auflage, 2013
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut,** : Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Güncellenip Genişletilmiş 18. Baskı, İstanbul 2020
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ,** : Eşya Hukuku, İstanbul, 2002
Özer: Eşya
- OĞUZMAN, M. Kemal** : Borçlar Hukuku Dersleri, C.1, İstanbul, 1987
- OLGAÇ, Senai** : İstisna Aksi, Ankara, 1977
- OY, Osman/ HAŞAL, Tahsin Emre:** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2014
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin** : “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şartı (Gecikme Cezası) Kayıtları” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1-2, 1999
- ÖKTEM, Seda** : Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, 2006
- Önen, Turgut** : Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:95, Ankara, 1975, Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989. (Dönme)
- ÖZ, Turgut** : İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, 1989 (Eser)
- ÖZ, Turgut** : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat. 3. Baskı İstanbul 2016. (İnşaat)
- ÖZ, Turgut** : Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990
- ÖZÇELİK, Barış** : Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, 2014. (İmkânsızlık)
- ÖZEN, Burak** : Haksız Zilyedlikte İade, İstanbul, 2003
- ÖZKAN, Sema Deniz** : Eser Sözleşmesinde Eksik İfa, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 6, 2015
- ÖZMEN, E. Saba, AKÇURA KARAMAN, Tuğba,** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, Yıl 2013
- ÖZYÖRÜK, Sezer** : İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1998

- PANAYIR, Mehmet Gökberk** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik ve Ayıplı İşlerden Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi
- REİSOĞLU, Safa** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, BATİDER, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, C XXIV, S. 2, Ankara
- REİSOĞLU, Safa** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler 25.B. İstanbul, 2014.(Borçlar Genel)
- SABUNCU, Burak** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Arsa Sahibi ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012
- SELİÇİ, Özer** : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Ankara, 1977. (Sürekli Borç İlişkileri)
- SELİÇİ, Özer** : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 (Müteahhidin Sorumluluğu)
- SELİMOĞLU, Yaşar Engin** : İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, 2017
- SEROZAN, Rona** : Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi, MHAD, Y.3, S.4'ten ayrı basım
- SEROZAN, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007
- SEROZAN, Rona** : Haksız Zilyetlik Kurallarının Haksız Zenginleşme Kurallarıyla Tamamlanması: Haksız Zilyet Zararına Onun Yararlardan Sorumsuzluk Ayrıcalığının Daraltılması ve Haksız Zilyet Yararına Onun Masraf Alacağıının Genişletilmesi, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999
- SEROZAN, Rona** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2009 (İfa Engelleri)
- SEROZAN, Rona** : İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2009 (Serozan, İfa Engelleri)
- SULHİ TEKİNAY, Selahattin /AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1993
- SUNGURBEY, İsmet** : Medeni Hukuk Sorunları, C.4, İstanbul, 1980. (C.4)
- SUNGURBEY, İsmet** : Medeni Hukuk Sorunları, C.5, İstanbul, 1984. (Medeni Hukuk Sorunları)
- SUNGURBEY, İsmet** : Medeni Kanun Ön tasarısının Nesnelere Hukukunun Eleştirisi, İstanbul, 1972

- SÜTÇÜ, Nezh** : Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C.I ve II, 6. Baskı. İstanbul 2018
- ŞAHİN, Turan** : Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜ Hukuk Fakültesi, C. I, S. 2, 2011, (Ayıp)
- ŞAHİN, Turan** : Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, 2012
- ŞAHİNİZ, C. Salih** : Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014
- TANDOĞAN, Haluk** : Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Yapmadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER, C.XI, S.1, Haziran 1981.(Görüş)
- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 3. B., Ankara, 1987.(Tandoğan, C.II)
- TANDOĞAN, Haluk** : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara, 1961 (Mes'uliyet).
- TANDOĞAN, Haluk** : Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul,2010 (Tandoğan, Mes'uliyet)
- TANDOĞAN, Haluk** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şubat, 2018
- TEKDEMİR, Faruk** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şubat, 2018
- TEKELİOĞLU, Numan** : İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat, YBHD, Yıl: 2, S. 2017/2.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla** : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri 7.B., İstanbul 1993 (Borçlar)
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla** : Eşya Hukuku Genel Hükümleri İstanbul 1989 (Eşya)
- TOPUZ, Seçkin/ CANBOLAT, Ferhat** : Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, AÜHFD, C.57, S.3, 2008
- TUNÇ, Ramazan** : İfa İmkânsızlığı, YD, 2002, C. 28, S.1-2.

- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Borçlar Hukuku- Öze Borç İlişkiler, C.II, İstanbul, 1977
- TURANBOY, Asuman** : Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, 1991
- UÇAR, Ayhan** : İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, (İstisna)
- UÇAR, Ayhan** : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, İstanbul, 2003
- UÇAR, Ayhan** : İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C. V. S. 1-4 2001. (Teslim)
- ULUHASAN, İlhan** : İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984
- USTA, Oğuz** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017
- UYGUR, Turgut** : Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, C.2, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İzmir, 1998. (Eser Sözleşmesi)
- UYGUR, Turgut** : Açıklamalı- İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993
- ÜREM, Müge** : Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul, 2017
- YAKUPPUR, Sendi** : Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, 1. Baskı, İstanbul 2009
- YALÇINDURAN, Türker** : Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000
- YAŞAR, Halis** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları, TBB Dergisi, S.102, Eylül-Ekim 2012
- YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk. ve ÖZEN, Burak** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 16. Baskı. İstanbul 2019 (Özel Hükümler)
- YAVUZ, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul, 1989
- YAVUZ, Nihat** : Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara, 2011

- YENER, Mehmet Deniz** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, 2011, (Temerrüt)
- YENER, Mehmet Deniz** : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, EÜHFD., C.IV, S.1, 2009 (Tekeffül)
- YENER, Mehmet Deniz** : Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarının Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, S. 2, 2007
- YENİOCAK, Umut** : Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2013
- YILDIRIM Sümeyye Hilal** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2011
- YILMAZ, Gamze** : tez
- YÖNSEL, A** : İki Taraf İçin Borç Doğuran Akitlerde Temerrüt ve Hukuki Neticeleri, İBD S.7, C. XIX, 1945
- YÜCEL, Özge** : Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Ve İş Sürdürme Borcu, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, (Zamanında Başlama)
- YÜNLÜ, Semih** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014
- ZEVKLİLER, Aydın,**
GÖKYAYLA, K. Emre
ELEKTRONİK KAYNAKLAR : www.yasar.edu.tr (E.T.: 07.04.2021)
www.mevzuat.gov.tr (E.T.: 16.03.2021)
www.kazanci.com.tr (E.T.:14.02.2021)
www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T.:13.02.2021)
www.legalbank.com.tr (E.T.:01.03.2021)
www.turcademy.com/tr (E.T.: 01.03.2021)