

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**“ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN
TEMERRÜDÜ HALİNDE ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME
HAKKI”**

Yüksek Lisans Tezi

Bayram ERDAŞ
(08911906)

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

ANKARA 2011

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vi

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

§1 – GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ	2
---	---

A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları	2
1. Genel Olarak	2
2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı	4
3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları	5
a. Yüklenicinin Taşınmaz Bir Yapı İnşası ve Bunun Teslimi Borcu Altına Girmesi	5
b. Arsa Sahibinin Belirli Payların Mülkiyetini Devir Borcu Altına Girmesi	7
c. Taraflar Arasında Bir Anlaşmanın Bulunması	8
B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	10
1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	10
2. İsimsiz Bir Sözleşme Olması	11
3. Sürekli Veya Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Olması	15
a. Genel Olarak	15
b. Konuya İlişkin Doktrindeki Görüşler	16
aa. Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü	16
bb. Sürekli Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü	18
cc. Karma Görüş	19
dd. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	20
C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekle Bağlılığı	24
1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli	24
2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekle Aykırılığın Sonuçları	26

II. BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

§2 – ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI.....	29
A. Genel Olarak Yüklenicinin Temerrüdü.....	29
B. Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları	31
1. Objektif İmkânsızlık Halinin Bulunmaması	31
2. Teslim Borcunun Muaccel Olması	33
3. İnşaatın Teslim Edilmemiş Olması.....	38
a. Teslim İçin Sözleşmede Belirlenen Yükümlülüklerin Eksiksiz İfa Edilip Edilmemesinin Gerekip Gerekmediği Sorunu.....	41
aa. İnşaatı Ayıp Bulunması Halinde	41
bb. İnşaatı Eksiklik Bulunması Halinde	42
b. Eksiklik Halinde Teslimin Sonuçları.....	45
4. Arsa Sahibinin İhtarda Bulunmuş Olması	46
§3 - ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI.....	48
A. Genel Olarak Yüklenici Temerrüdünün Sonuçları	48
1. Yüklenicinin Gecikmeden Doğan Zararlardan Sorumlu Olması.....	48
2. Yüklenicinin Cezai Şarttan Sorumlu Olması	51
3. Yüklenicinin Beklenmedik Halden Sorumlu Olması.....	53
B. Arsa Sahibinin Temerrütten Doğan Seçimlik Hakları.....	54
1. Genel Olarak	54
2. Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları Kullanabilmesinin Koşulları	57
a. Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre (Mehil) Verilmiş Olmalıdır	58
b. Ek Süre(Mehil) Verilmesini Gerektirmeyecek Durumlar Bulunmalı veya Ek Süre(Mehil) Sonuçsuz Kalmış Olmalıdır	60
aa. Yüklenicinin Davranışlarından Mehlin Etkisiz Kalacağıın Anlaşılması.....	60
bb. Temerrüt Nedeniyle Arsa Sahibi Bakımından Edimin Yararsız Hale Gelmesi.....	61

cc. Kesin Vadenin Kararlaştırılmış Olması	62
dd. Dürüstlük Kuralı Gereğince Arsa Sahibinin Mehil Vermesinin Beklenememesi	63
c. Arsa Sahibi Seçimlik Hakları Derhal Kullanmalıdır	64

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

§ 4 – SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE HUKUKİ SONUÇLARI.....	67
A. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme.....	67
1. Sözleşmeden Dönme Hakkı ve Benzer Kurumlardan Farkı.....	67
2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Görevi ve Amacı.....	72
3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukuki Niteliği.....	74
B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkının Kullanılması.....	76
C. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanmasının Sonuçları	81
1. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme Hakkının Etkisi	81
a. Dönmenin Etkisi Konusunda İleri Sürülen Görüşler	82
aa. Klasik Dönme Teorisi	82
bb. Kanuni Borç İlişkisi Görüşü	83
cc. Ayni Etkili Dönme Görüşü.....	84
dd. Yeni Dönme(Dönüşüm) Kuramı	86
b. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaat	88
2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönme Hakkının Etkisi	93
a. İfa Edilmemiş Edimlerin Ortadan Kalkması	94
b. İfa Edilmiş Edimlerin Geri Verilmesi	96
aa. Yüklenicinin Geri Verme Borcunun Kapsamı	96
bb. Arsa Sahibinin Geri Verme Borcunun Kapsamı	100
c. Yüklenicinin Alacağını Arsa Payı(Bağımsız Bölüm) Olarak Talep Edip Edemeyeceği Sorunu.....	104

D. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Etkisi Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	108
1. Genel Olarak	108
2. Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesinin İleriye Etkili Sonuç Doğurması(Fesih Niteliğinde Olması) Gerektiği Görüşü	109
3. Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesinin Geriye Etkili Sonuç Doğurması (Dönme Niteliğinde Olması) Gerektiği Görüşü	112
4. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü	115
5. Görüşlerin Değerlendirilmesi Ve Kişisel Kanaat	118
§5 - SÖZLEŞMEDEN DÖNME ÜZERİNE İSTENEBİLECEK TAZMİNAT	121
A. Menfi Zararın Tazmini.....	121
1. Genel Olarak Menfi Zarar	121
2. Menfi Zararın Kapsamı.....	124
3. Menfi Zararın Belirlenmesi ve İspat	128
B. Menfi Tazminat Talebinde Kusur Koşulu	131
1. Genel Olarak	131
2. Kusurun Belirlenmesi	133
§6 - ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DÖNÜLMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR.....	135
A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönülmesinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme.....	135
B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönülmesinden Doğan Davalarda Yetkili Mahkeme	138
C. Tahkim	140
§7- ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE DÖNMEYEN DOĞAN HAKLARA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRELERİ	141
A. Arsa Sahibinin Taleplerinin Bağlı Olduğu Zamanaşımı Süreleri	141
B. Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı.....	142
SONUÇ	144
KAYNAKÇA	148
ÖZET	154
ABSTRACT	156

KISALTMALAR

Art.	: Article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü Dergisi
B.B.	: Büyükşehir Belediyesi
BGE	: Entscheidungen des Schweizerisches Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BİĞŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK., B.K.	: Borçlar Kanunu
Bkz., bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra İflas Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
Jdt	: Le Journal des Tribunaux
Karş.	: Karşılaştırınız
K.	: Karar
K.g.	: Karşı Görüş
md.	: Madde

MHS	: Medeni Hukuk Sorunları
MK	: Medeni Kanun
no	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Yasa D.	: Yasa Dergisi
YHD.	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ülkemizde sosyo-ekonomik gereksinimlerin ortaya çıkardığı, yaygın uygulaması olan bir sözleşme türüdür. Ancak sözleşmenin özelliği ve niteliği birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir. Başlangıçta son derece olumlu başlayan ilişkilerin; taraflar arasındaki güvenin sarsılması, inşaat maliyetlerinin artması gibi pek çok nedenle bozularak karmaşık hukuki sorunlar doğurması uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur. Yüklenicinin çeşitli nedenlerle inşaatı tamamlamaması veya tamamlamasına rağmen zamanında teslim etmemesi nedeniyle ortaya çıkan temerrüt durumu ve buna mukabil arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması sonucunda ortaya karmaşık sorunlar çıkmaktadır. Yine arsa sahibinin dönme hakkını kullanması halinde dönme hakkının her durumda geçmişe etkili sonuç doğurmasının hakkaniyete uygun olup olmadığı da halen sıkça tartışılan önemli sorunlardan biridir.

Bu tez çalışmamızda öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temel yapısı ve yüklenicinin temerrüdü hali incelenecektir. Daha sonra yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının niteliği ile bu hakkın etkileri üzerinde durulacaktır. Ayrıca inşaatın reddedilemeyecek oranda gerçekleştiği hallerde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin sözleşmeden dönme niteliğinde olup olmayacağı ve buna ilişkin doktrinindeki tartışmalara değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

§1 – GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

2. Genel Olarak

Yüzyıllar boyunca bireyler kendilerine ait bir mülk edinme çabası içinde bulunmuşlardır. Bu çaba bireylerin mülk edinmelerini sağlayan hukuki yolların gitgide gelişmesini ve sözleşme serbestisi bağlamında yeni sözleşme türlerinin de ortaya çıkmasını sağlamıştır. Hızlı nüfus artışı, büyük şehirlerdeki konut açığı, bireylerin daha rahat, kullanışlı, ucuz konut ve iş yerlerine sahip olma arzuları Borçlar Kanunumuzun sözleşme serbestisi ilkesinden yararlanan bireylerce uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi türünün doğmasına neden olmuştur¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz malların değerinin ve inşaat maliyetlerinin hızlı bir artış gösterdiği ülkemizde sosyoekonomik ihtiyaçlar sonucu ortaya çıkmış bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmeyle arsası bulunan, fakat inşaatı kendi mali imkânları ile yaptıramayan arsa sahibi taşınmazını değerlendirmekte; diğer yandan, yüklenici de inşaat maliyetini üstlenerek, ayrıca herhangi bir arsa bedeli ödemeksizin, taşınmaz üzerine yaptığı inşaatın bağımsız bölümler elde

¹UYGUR, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s.601; YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 365.

etmektedir. Ayrıca yüklenici bu bağımsız bölümlerin satışından hem maliyeti karşılamakta hem de kâr beklentisini gerçekleştirmektedir².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmenin bu kendine özgü niteliği birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmiştir. Sözleşmenin kurulması aşamasında taraflar arasındaki olumlu ilişkiler; inşaat süresi içinde değerlerde meydana gelen değişiklikler, inşaat süresinin uzaması, yüklenicinin zamanında veya belirlenen şekilde inşaatı tamamlayamaması gibi sebeplerden dolayı zamanla bozulmakta ve taraflar arasında hukuki uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra yüklenicilerin, genellikle, inşaatı tamamlamak için gereken mali imkânı sağlamak adına ileride mülkiyeti kendisine ait olacak bağımsız bölümlere ilişkin üçüncü kişilerle hukuki işlemlere girmesi ve onlara arsadan pay devri yapması bu sorunlara farklı bir boyut daha kazandırmaktadır. Böylece, uyuşmazlık halinde menfaatler dengesini korumak ve hukuk adaletini sarsmayacak bir çözüme varmak çok nazik bir sorun olmaktadır. Bu nedenle, gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay kararlarında birbirinden farklı, hatta kimi zaman birbirine tamamen zıt görüş ve çözümler ortaya atılmış, bu görüşlerin birleştirilmesi için Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları verilmesi gerekmiştir³.

² ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007 s.1; YAVUZ, C., s.365.

³ERMAN, H., s. 1.

2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi⁴ Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş sözleşme türlerinden biri değildir. Dolayısıyla kanunumuzda herhangi bir tanımı da yapılmamıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımını yapabilmek için öncelikle tarafların karşılıklı edimlerinin göz önüne alınması gerekmektedir. Bu sözleşmelerle yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerinde bir inşaat yapmayı üstlenmekte, arsa sahibi ise arsa payı ve bu paylara bağlı bağımsız bölümleri yükleniciye devir borcu altına girmekte, kalan paylara tekabül eden bağımsız bölümlerin de sahibi olmaktadır. Görüldüğü üzere bu sözleşmelerde tarafların borcu para edimi değil, yüklenici açısından yapma, arsa sahibi açınsındansa verme edimi olarak kararlaştırılmaktadır⁵.

Doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin pek çok tanım bulunmaktadır. Buradan hareketle sözleşmeyi “yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapma taahhüdü karşılığında, arsa sahibinin arsanın belirli veya

⁴Bu sözleşmeye uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesi, kat yapımı sözleşmesi gibi isimler de verilmektedir. Yargıtay da pek çok kararında kat karşılığı ifadesini kullanmıştır. Ancak Medeni kanunumuzun 1009. maddesi şerh edilebilecek nispi hakları sayarken bu sözleşme için ”arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle biz de çalışmamızda kanunun ifadesine bağlı kalarak bu ifadeyi kullanacağız.

⁵ YAVUZ, C., s. 366; KARATAŞ, İ., s.35; Ayrıca bkz. Yargıtay İBK.30.09.1988 tarih, E.2, K.2 sayılı kararı.

belirlenebilir paylarının mülkiyetini yükleniciye devrini taahhüt ettiği sözleşme” olarak tanımlayabiliriz⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat etmesine karşılık yüklenicinin arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt etmesi suretiyle yapılabildiği gibi, baştan arsanın tamamının veya bir kısım paylarının yükleniciye devredilmesinin kararlaştırılması suretiyle de yapılabilmektedir. Yine inşaatın belirli seviyelere ulaşması durumunda inşaatın ulaştığı seviyeye tekabül eden belirli arsa paylarının yükleniciye devredilmesinin kararlaştırılması suretiyle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılabilmektedir.

4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

d. Yüklenicinin Taşınmaz Bir Yapı İnşası ve Bunun Teslimi Borcu Altına Girmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ilk unsur, yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde bir inşaat yapmayı, bu inşaatı arsa sahibine teslim etmeyi ve sözleşmede kararlaştırılması halinde meydana getirdiği bu taşınmaz inşaat üzerinde kat mülkiyeti kurmayı üstlenmesidir⁷.

⁶Çiğdem, KIRCA, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, 15 Aralık 2006, BTHAE yayınları s.75-99, s.81; YAVUZ, C., s. 366; UYGUR, T., s. 601; ERMAN, H., s.1; KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s.15; KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat) Sözleşmeleri, Yenilenmiş 2.Baskı, Ankara 2009 s.35.

⁷ YAVUZ, C., s. 367; ERMAN, H., s.1; KARTAL, B.,s.18; KARATAŞ, İ., s. 35, AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s.24-25.

Yüklenicinin inşaat yapma borcu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin en tipik unsurudur. Bu sözleşmelere öncelikle eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacağından BK md.356/f.2⁸ gereğince yüklenici, meydana getirilecek eseri bizzat yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak inşaatın meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temel amaç bağımsız bölümlerin meydana getirilmesi olduğundan çoğunlukla yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımaz ancak taraflar aksini kararlaştırabilir) inşaat başkasına da yaptırılabilir. Yine BK md.356/f.3 uyarınca inşaatın meydana getirilmesi için gerekli vasıta, alet ve edevat yükleniciye ait olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temel edimi inşaatı meydana getirmek olduğundan aksi kararlaştırılmadıkça inşaatın finansmanını sağlamak da yükleniciye aittir. Zira bu sözleşmelerde yüklenicinin borcu kendi finansmanı ile inşaatı tamamlayıp teslim etmektir⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunu kural olarak taşınmaz bir yapının inşası oluşturur. Bununla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılabilmesi için inşaatın ilk defa yapılıyor olması da şart değildir. Mevcut bir yapıya yapılacak ilaveler, değişiklikler(düzeltilme ve iyileştirmeler), onarmalar ya da eksik bir inşaatın tamamlanması karşılığında da arsa payı devri taahhüt edilmişse bu

⁸ Yürürlükteki md.356 hükmü içeriği aynen korunarak 6098 sayılı TBK'nda md.471 olarak düzenlenmiştir.

⁹ SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 s.4; YAVUZ, C., s.365,367; KARATAŞ, İ., s. 99-104.

tür sözleşmeler de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilir¹⁰. Zira böyle bir sözleşmede de yüklenici arsa sahibinin arsası üzerinde bir inşaat yapmakta ve karşılığında arsa sahibinden sözleşmede kararlaştırılan oranda arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölüm devri isteyebilmektedir. Bu anlamda sözleşmenin amacı ve niteliği bakımından klasik arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden çok da farklılık arz etmemektedir. Ancak bir yapının yıkılmasına ilişkin iş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olamaz¹¹.

e. Arsa Sahibinin Belirli Payların Mülkiyetini Devir Borcu Altına Girmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir diğer unsuru arsa sahibinin kendisinde kalması kararlaştırılan bağımsız bölümlere isabet eden arsa payları haricindeki diğer arsa paylarını ve bunlara bağlı bağımsız bölümleri yüklenici veya yüklenicinin belirlediği üçüncü kişilere devretmeyi taahhüt etmesidir. Başka bir deyişle arsa sahibi sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarını ve bunlara bağlı olarak ileride kurulacak bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi

¹⁰ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2007, s.16; EREN, Fikret, İstisna Sözleşmesinin Sona Ermesi (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer 18-29 Mart 1996, BATİDER Yayını, 2. Tıpkı Basım, Ankara 1996 s. 49-58), s. 54; SELİÇİ, Ö., (Müteahhidin Sorumluluğu), s.4,dn.4, 209-210.

¹¹BECKER, Herman, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku II.Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, md.184-551, Çeviren Suat Dura, Bern 1934, md.363, s.588; ÖZ, T., (İnşaat Sözleşmeleri), s. 16; EREN, F., ,(İnşaat Sözleşmeleri), s.55-56; SELİÇİ, Ö., (Müteahhidin Sorumluluğu), s.6, 210; DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 4. baskı, Ankara 2008, s.10; KARATAŞ, İ., s.35; AYAN, S., s.24.

üstlenmektedir. Bu anlamda karşı edim, yükleniciye para olarak değil kararlaştırılan arsa payının devri suretiyle ifa edilmektedir¹².

Arsa sahibinin mülkiyeti geçirme borcu, edim yönünden olumlu (verme) ve maddi (eşyaya ilişkin) niteliktedir. Ayrıca arsa sahibi arsanın mülkiyetini yükleniciye geçirmediği sürece yüklenicinin yaptığı inşaat üzerinde dahi mülkiyet hakkı bulunmamaktadır. Çünkü MK md.718 uyarınca arsa üzerinde yapılacak yapılar arazinin bütünleyici parçası olacaktır ve arsa sahibinin mülkiyetine girecektir. Bu bağlamda şayet başlangıçta sözleşme uyarınca arsa yükleniciye devredilmemişse, inşaat tamamlandığında yüklenicinin sadece sözleşmeye göre kendisine devri kararlaştırılmış arsa payının devrini isteme hakkı vardır¹³.

f. Taraflar Arasında Bir Anlaşmanın Bulunması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bir diğer unsur ise taraflar arası “anlaşma”dır. BK md.1 uyarınca anlaşma (sözleşme) iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini beyan etmeleri suretiyle oluşur. Şu halde taraflar anlaşmanın esaslı unsurları üzerinde yani, yüklenicinin bir inşaat meydana getirerek onu arsa sahibine teslim etmesi karşılığında ise arsa sahibinin yükleniciye belirli arsa paylarını yine belirlenen şekilde devretmesi hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin esaslı unsurları sayılan bu noktalar üzerinde tarafların

¹²BECKER, H., md.363, s. 593; YAVUZ, C., s.367; EREN, F.,(İnşaat Sözleşmeleri) s. 56, DAYINLARLI, K., s. 17, KARATAŞ, İ., s. 35, AYAN, S.,s.30, KARTAL, B., s.20.

¹³OĞUZMAN, M. Kemal /SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Eklmeler Yapılmış 10. Bası, İstanbul 2004, s. 165, 376; ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 30. Bası, Ankara 2009, s. 739; SİRMEN, Lale, 2005-2006 yılı Eşya Hukuku Ders Notları, VI. Fasikül, s.172.

uyuşmamış olması halinde sözleşme kurulmuş sayılamaz. Bunun yanı sıra sözleşmenin yan/tali unsurları üzerinde tarafların hiç görüşmemiş olmaları hatta bu unsurlar üzerinde müzakere edilmiş olmasına karşın tam olarak bir anlaşmaya varamamış olmaları sözleşmenin vücut bulmasını engellemeyecektir¹⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, kendisine baştan devredilen veya ileride devredilecek olan arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümlere ilişkin üçüncü kişilerle hukuki işlemler yapabilmektedir. Yüklenici ile üçüncü kişi arasında; yüklenicinin baştan kendisine devredilmiş arsa payını tapuda üçüncü kişiye devretmesi durumunda satım sözleşmesi, ileride kendisine devredilecek arsa payı ve bağımsız bölümler üzerindeki talep hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde ise alacağın temlik söz konusu olacaktır. Bu işlemler her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile iç içe olsalar da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsız ayrı birer işlem olduklarını gözden kaçırmamak gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurları başlığı altında açıklanan bu üç unsurdan birinin bulunmaması durumunda ortada bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

¹⁴EREN, F., s.(İnşaat Sözleşmeleri) 57; UYGUR, T., s. 602; YAVUZ, C., s. 368; ERMAN, H., s. 3; KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2007, s. 40-41; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,19. Bası,İstanbul 2006, s. 56; DAYINLARLI, K., s.21-22; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Baskı, Ankara 2006, s.19; KARATAŞ, İ., s.74; KARTAL, B., s.15. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. H.D. 4.12.1984 tarih ve E.1984/1368, K.1984/3736 sayılı kararı.

D.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler karşılıklı edimlerin mübadelesini amaç edinen sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde taraflardan biri diğer tarafı da kendisine karşı asli edim yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu sözleşmeler niteliği gereği karşılıklı ve birbirine bağlıdır. Bu anlamda taraflardan birinin edimi diğer tarafın sebep ve karşılığını oluşturur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine bakıldığında bu sözleşmelerinde nitelikleri gereği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu görülmektedir. Zira bu sözleşmelerde yüklenici arsa sahibinin arsası üzerinde bir yapı inşa etmeyi taahhüt etmekte buna mukabil arsa sahibi de yükleniciye belirli payların devrini taahhüt etmektedir¹⁵.

Yüklenici, yapıyı inşa ederek arsa sahibine teslim etmekle borcundan kurtulurken, arsa sahibi belirlendiği şekilde arsa paylarını yüklenici veya onun belirlediği kişilere tapuda devretmekle edimini ifa etmiş olur. Başka bir anlatımla arsa sahibinin arsa payı devri ediminin sebep ve karşılığı yüklenicinin inşaatı yapma ve teslim etmesidir. Bu nedenle her iki taraf da karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı durumunda olduğundan bu tür sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir¹⁶.

¹⁵KOCAYUSUFPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008, s. 98-99; BECKER,H., s.592; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul 2003, s. 194; EREN, F., (İnşaat Sözleşmeleri) , s.51; YAVUZ, C., s.370; KARATAŞ, İ., s. 36.

¹⁶EREN, F., (İnşaat Sözleşmeleri) s.51; YAVUZ, C., s.370; ERMAN, H., s.4; Yargıtay 15. H.D. 14.02.1994 tarih, 5253/764 sayılı kararı(YKD. 1995, S. 3, s.437-439).

2. İsimli Bir Sözleşme Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş sözleşme türlerinden değildir. Bu sözleşme eser sözleşmesinin özelliklerini taşımakla birlikte tam anlamıyla bir eser sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Çünkü eser sözleşmelerinde olduğu gibi yüklenici yaptığı işin karşılığını ücret olarak değil, arsa payı olarak almaktadır. Yine arsa payının devri de karşı edim para olmadığından yalnızca taşınmaz satımı olarak değerlendirilememektedir. Burada taraflar, sözleşme yapma serbestîsi(tip serbestliği) içinde, bir yandan eser sözleşmesine diğer yandan taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin unsurları bir araya getirerek kanunda öngörülmemiş bir sözleşme meydana getirmektedirler. Böylece karşılıklı edimleri bakımından farklı sözleşmelere ilişkin unsurlar bir araya gelerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ortaya çıkmış olmaktadır¹⁷.

Kanunda hiç düzenlenmemiş veya kendisini oluşturan unsurların bir araya gelme biçimi kanunda düzenlenmemiş sözleşme tiplerine genel olarak isimli sözleşmeler denmektedir. İsimli sözleşmeler karma sözleşme, birleşik sözleşme ve sui generis sözleşmeler olarak kendi içerisinde de ayrımlara tabi tutulmaktadır¹⁸.

Karma sözleşmeler kanunun öngördüğü sözleşme tiplerine ait esaslı unsurların kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirilmesiyle oluşan

¹⁷ERMAN, H., s.4;KARTAL, B., s. 22; AYAN, S., s.40.

¹⁸TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1, İstanbul 2008, s. 69; EREN, F., (Borçlar) s. 192-193; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2006, s. 52; KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 28, 66 vd.; KARTAL, B., s. 23. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008 s.5 vd.

sözleşmelerdir. Bu nitelikleri itibarıyla karma sözleşmeler, birleşik sözleşmelerden ve kendine özgü sözleşmelerden ayrılmaktadır¹⁹.

Karma sözleşmeler doktrinde başlıca dört ana grupta incelenmektedir. Bunlardan tarafların kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin asli edimleri karşılıklı mübadele etmeyi taahhüt ettikleri karma sözleşme çeşidi çift tipli karma sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Çift tipli karma sözleşmeler, taraflardan her birinin ediminin veya edimlerinin kanundaki çeşitli tiplerdeki sözleşmelerden birine özgü olduğu sözleşmelerdir. Burada değişik tipteki edimlerin birbiriyle değiş tokuşu söz konusudur²⁰.

Bu anlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de çift tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Zira yüklenicinin inşaat yapma borcunun karşılığını arsa

¹⁹ YAVUZ, C., s.368; ARAL, F., s. 56. Birleşik sözleşmede, birbirinden bağımsız ve ayrı tipteki sözleşmeler varlıklarına zarar gelmeksizin bir arada düzenlenmektedir. Bu bağımsız sözleşmelerden birinin geçerliliği, diğerinin geçerli olmasına bağlıdır. Birleşik sözleşmeyi oluşturan bağımsız sözleşmeler, tek bir sözleşmede düzenlenebileceği gibi, ayrı sözleşmeler halinde de yapılabilir. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini, birleşik sözleşme olarak nitelemek yerinde olmaz. Çünkü her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de taşınmaz satımı ve istisna sözleşmesi olarak iki sözleşme varsa da, bunlar bağımsızlıklarını koruyamamakta ve her sözleşmeye kendine özgü hükümlerin uygulanması ile sonuca varılamamaktadır. Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmelerde ise, bu sözleşmenin unsurları kanunlarda düzenlenen sözleşme tiplerinden hiçbirine uymamaktadır. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sui generis bir sözleşme olarak nitelemek de mümkün değildir. Bkz. ERMAN, H., s.5; KARTAL, B., s. 23; AYAN S., s. 40.

²⁰ TANDOĞAN, H., C. I/1, s.69. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iki tipli karma sözleşme olarak kabul edilmek gerekir. Yargıtay kararlarında da bu sözleşme "çift (iki) tipli sözleşme" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. KARTAL, B., s. 23; AYAN S., s. 40.

sahibinin arsa payı ve buna bağılı bağımsız bölümlerin mülkiyetini devir borcu oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle inşaat yapma ve yapılan bağımsız bölümleri teslim etme ile arsa payı ve buna bağılı bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirme borçları karşılıklılık ilişkisi içindedir; yani kanunda düzenlenen iki sözleşme tipine ait edimler taraf iradeleri sonucu, kanunda düzenlenmeyen bir şekilde birbirinin karşılığı haline getirilmiştir. Buna paralel olarak taraflar, ne tek başına bir taşınmaz satımını, ne de bir inşaatın bağımsız olarak yapımını düşünmüşlerdir²¹.

Karma sözleşmelerde boşluk bulunması durumunda hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda teoride çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²². Bunların detaylı

²¹ KIRCA Ç., s.81; TANDOĞAN, H., C. I/1, s.71; UYGUR, T., s.603; YAVUZ, C., s.368-369; ARAL, F., s.53; KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku C.1, İstanbul 1997, s.633; ERMAN, H., s.6; GÜMÜŞ, M. A., (Borçlar), s.14; KARTAL, B., s. 26.

²²TANDOĞAN, H., C. I/1, s. 73vd.; ARAL, F., s.56-57. Teoride ileri sürülen görüşler şunlardır: a) Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisine göre, karma sözleşmeyi meydana getiren sözleşmelere ilişkin özel hükümler kıyas yoluyla dahi uygulanmamalı; uyumsuzluklar borçlar hukukunun genel hükümlerine göre çözümlenmelidir. Bu görüş yargıcın karar serbestisini sınırladığı için eleştirilmiştir. b) Soğurma teorisi uyarınca, hangi tipe ait unsur daha önemli ise, o sözleşme tipine ait hükümler bütün sözleşmeye uygulanmalıdır. (Yargıtay HGK. 09.06.1982 tarih, E.1979/15-1613, K. 565 sayılı(KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku C.2, İstanbul 1997, s.1596 Naklen); Yargıtay 15. HD. 11.12.1997 tarih, 4209/5345 sayılı kararları(YKD. 1998, S. 5, s.708-740). Ancak bu görüşün de taraf iradelerine tam olarak uygun olmadığı ve hangi sözleşmenin gerçekten daha önemli olduğunun belirlenmesinin çoğu kez zor olması nedeniyle eleştirilmiştir. c) Birleştirme teorisi ise, karma sözleşmedeki her edime, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler doğrudan uygulanmalıdır demektir. Bkz. Yargıtay HGK. 09.06.1982 tarih, 1613/565 sayılı(YKD. 1982, S. 10, s. 1385); Yargıtay 15. HD. 5.12.1974 tarih, 1249/2188 sayılı ve aynı dairenin 22.10.1976 tarih,

olarak incelenmesi konumuz amacını aştığından doktrinde karma sözleşmeler bakımından genel olarak kabul edilen yaratma (kıyas) teorisine değineceğiz. Bu teoriye göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine, bu sözleşmeyi oluşturan taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesine ilişkin özel hükümler doğrudan doğruya değil ancak kıyas yolu ile uygulanabilecektir. Bu hükümlerin uygulanması işin mahiyetine uygun düşmediği veya uygulanacak bir hüküm bulunmadığı takdirde ise, sözleşmenin amacı ve tarafların karşılıklı menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyete uygun şekilde hareket edilerek, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması yoluna gidilecektir. Bu hükümler yardımıyla da çözüme ulaşılamıyorsa örf ve adet hukukuna bakılacak, bundan da bir sonuç alınamazsa yargıç tarafından MK md.1 uyarınca hukuk kuralı yaratılacaktır. Şu halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taşınmaz satımı ve eser sözleşmesine ilişkin hükümler bir arada ve biri diğerine hüküm ve sonuçları itibarıyla bağlı olmak suretiyle uygulanmaya çalışılacak buna rağmen açıklığa kavuşturulamayan hususlar belirtilen hukuk

2015/3345 sayılı, 04.10.1974 tarih, 679/977 sayılı ve 01.10.1974 tarih, 1030/906 sayılı kararları(KARAHASAN, M. R., C. I, s. 580 vd.)

d)Yaratma (kıyas) teorisine göre, karma sözleşmeye herhangi bir kanun hükmü doğrudan 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 gitmelidir. Yine bir sonuca varılamıyorsa örf ve adet hukukuna başvurmalı, bundan da bir sonuç alamıyorsa MK md.1 uyarınca hukuk kuralı yaratmalıdır. Bkz. TANDOĞAN, H., C. I/1, s. 73-74; KUNTALP, E., s. 127 vd.; Yargıtay 15. HD. 25.12.1975 tarih, 4714/5159 sayılı kararı (YKD. 1976, S.3, s. 368 vd.).

kurallarının taraf iradelerine uygun şekilde yorumlanmasıyla çözümlenmeye çalışılacaktır²³.

3. Sürekli Veya Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Olması

a. Genel Olarak

Genel olarak ani edim, borçlanılan edimin bir defada, borçlunun bir tek davranışıyla yerine getirilmesi iken sürekli edim borçlunun borçlandığı edimi zaman içerisinde sürekli davranışları ile yerine getirmesi olarak ifade edilmektedir. Buradaki süreklilikten kasıt ifanın hiçbir kesintiye uğramadan ifası anlamında değil, davranışın hukuki ve fiili yönleriyle bir bütünlük teşkil edecek şekilde uzun bir zaman süreci içerisinde yerine getirilmesidir. Aynı şekilde alacaklının ifadan yararlanmasının belli bir süreye bağlı olmayıp uzun bir zaman süreci içinde gerçekleştiği hallerde de süreklilik söz konusu olacaktır²⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi; taşınmaza bağlı bir yapıyı meydana getirmek ve bunu arsa sahibine teslim etmek olduğundan bu tür sözleşmelerde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü edim fiili ve edim sonucundan oluşmaktadır. Görüldüğü üzere yüklenicinin inşaatı oluşturma ve teslim borcu

²³TANDOĞAN, H., C. I/1, s. 75; UYGUR, T., s. 603; ERMAN, H., s.7; KUNTALP, E., s. 138-143; GÜMÜŞ, M. A.,(Borçlar), s.27-29; KARTAL, B., s. 28.

²⁴EREN, F., (Borçlar) s.100; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.37-38; SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.169; SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s.11. İş görme sözleşmelerinde süreklilik kavramı için ayrıca bkz. ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1998 s.50 vd.

sıradan bir iş görme borcu değildir²⁵. Bu nedenle yüklenicinin borcunun, sadece eseri tamamlayıp teslim etmek mi olduğu yoksa inşaat hazırlıkları ve inşaatı zamanla belirli şekilde yapmanın da bu borcun konusunu oluşturup oluşturmadığı doktrinde çeşitli tartışmalara ve Yargıtay'ın da bu konuda birbirinden farklı kararlar vermesine yol açmıştır. Özellikle konumuz olan temerrüt nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi bağlamında bu husus çok büyük bir önem arz etmektedir. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunun sürekli edim borcu mu, ani edim borcu mu ya da bu ikisinin karmaşığı bir borç mu olduğunu belirlemek temerrüt nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye etkili mi yoksa geriye etkili mi sonuç doğuracağını belirlenmesini sağlayacaktır. Bu anlamda ani edimli sözleşmelerin sona ermesi dönme niteliğinde olacak ve o zamana kadar yapılan edimler taraflara iade edilecektir. Oysa sürekli edim borcu içeren sözleşmelerde esas itibarıyla dönme söz konusu olmayacak ancak haklı sebepler varsa sözleşmenin ileriye yönelik ortadan kaldırılması yani sözleşmenin feshi söz konusu olabilecektir²⁶.

b. Konuya İlişkin Doktrindeki Görüşler

ee. Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü

Bu görüş uyarınca eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edim yükümlülüğü bir bütün teşkil etmekte ve belirli bir sonucun meydana getirilmesini amaçlamaktadır. Bu sonucun meydana gelmesiyle

²⁵AYAN, S., s. 25.

²⁶ERMAN, H., s.8-9; ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.13; KARTAL, B., s. 24-25; AYAN, S., s. 42, KARAHASAN, M. R., C.I, s.269. Esasında genel olarak eser sözleşmelerinin de sürekli edim borcu mu yoksa ani edim borcu mu doğuran bir sözleşme olduğu tartışmalıdır. Bkz. SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri) s.25,dn. 81; AYAN, S., s. 41.

birlikte ifa, bir anda gerçekleşmiş olur. Bu bağlamda yüklenicinin edim fiilini gerçekleştirmesinin yani inşaatın yapılmasının ve tesliminin uzun bir süre gerektirmesi sözleşmenin niteliğini değiştirmemekte ve sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliği kazandırmamaktadır. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerdir²⁷.

Yüklenicinin inşaatı yapma borcu belirli bir sonucu sağlamaya yönelik nitelikli bir borçtur. Bu nedenle sonuç olan teslimin gerçekleşmemesi durumunda yüklenicinin edimini yerine getirmediği kabul edilmektedir. Çünkü arsa sahibinin menfaati ifaya bağlıdır. Ayrıca yüklenicinin edime yönelik hareketlerinin uzunluğuna değil edimin yerine getirilip getirilmediğine başka bir ifadeyle arsa sahibinin menfaatinin bir anda mı yoksa zaman içerisinde mi gerçekleştiğine bakmak gerekir. Bu açıdan değerlendirildiğinde sözleşmede bir bütün meydana getiren emek sonucunun ortaya çıkarılması ve bağımsız bölümlerin teslimi esas alınmalıdır. Böylece arsa sahibinin menfaati inşaatın teslimiyle bir anda gerçekleşmektedir. Edim sonucunun sağlanamadığı durumlarda yüklenicinin giriştiği faaliyet yani teslimden önceki aşama kural olarak bir önem taşımamaktadır. Zaten eser sözleşmelerinin bu özelliği onu diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurdur²⁸.

²⁷OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2005, s. 9; EREN, F.,(İnşaat Sözleşmeleri) s.52; UYGUR, T., s. 602; YAVUZ, C., s. 369; ERMAN, H., s.8; SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri), s. 26; ÖZ, T., (İnşaat) s.113; KARAHASAN, M. R., C.I, s 254; AYAN, S., s. 43,46; KARTAL, B., s.24. Yürürlükteki md.358 hükmü içeriği aynen korunarak 6098 sayılı TBK md.473 olarak düzenlenmiştir.

²⁸ YAVUZ, C., s.369; SELİÇİ, Ö., s.26; ERMAN, H., s..8; ÖZ, T., (Dönme) s.18; AYAN, S., s.43;

Yüklenicinin üstlendiği edim belirli bir sonucu meydana getirmeye yönelik bir yapma borcu olduğundan yüklenicinin faaliyette bulunması belirli sonucun sağlanması bakımından sadece bir araçtır. Zira arsa sahibinin menfaati ancak ifa ile olduğundan yüklenicinin bir faaliyette bulunması başlı başına asli edim yükümlülüğünü oluşturmamakta, asli edim yükümlülüğünün bir parçası olmaktadır. Bu görüşte olan Gauch; yüklenicinin borcu sonucun ortaya çıkarmasıyla ve gerekiyorsa teslimle ifa edilmiş olur, yoksa ifa zamanla gerçekleşiyor sayılamaz. Burada ifanın gerçekleşmesi ile zaman arasında doğrudan bir ilişki yoktur demektedir²⁹.

ff. Sürekli Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre³⁰ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ani edimli bir sözleşme olarak değerlendirmek doğru olmaz. İnşaat meydana getirilirken yüklenicinin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini edim dışı saymak ve sadece hazırlayıcı faaliyetler olarak görmek doğru olmayacaktır. Zira bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesinden önce de edimler zaman içinde ve bölümler halinde meydana getirilebilmektedir. Yüklenicinin inşaatı meydana getirmesinin yol ve yordamı da önem taşıdığından bu süreç içerisinde taraflar arasında özellikle de yüklenici açısından sürekli bir borç ilişkisi kurulmuş olmaktadır. Bu anlamda elde edilen menfaatlerin tamamının değil sadece bir kısmının gerçekleşmesi halinde bu menfaatler iade edilememekte ve bundan faydalanılmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre özellikle inşaatın yapıldığı aşamaya bağlı olarak arsa paylarının devredildiği

²⁹GAUCH, Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss., Freiburg 1968, s.5 (AYAN, S., s.44'ten Naklen)

³⁰Bkz. SEROZAN, R., s.173-174; YAVUZ, C., s. 370; ERMAN, H., s. 8; KARTAL, B., s. 25.

sözleşmelerde yüklenici sadece eseri teslim etmeyi değil belirli bir faaliyette bulunarak inşaatı yapmayı da taahhüt etmiştir. Böylece bir bütünün oluşumu için edimler bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde meydana getirilerek ifa edilmektedir. Bu nedenle bu tür sözleşmelerin sürekli borç doğuran sözleşmeler kategorisi içinde yer almalıdır. Zaten Borçlar Kanununun da eser sözleşmesine ilişkin hükümleri sürekli borç ilişkilerini göz önünde tutarak düzenlediği de açıktır³¹.

Nitekim BK md.368-371 hükümleri³² yüklenicinin yaptığı işe hukuki açıdan ne kadar verildiğini göstermektedir. Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında bazı hallerde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin mutlaka ileriye yönelik sonuç doğuracağını kabul etmesiyle de bu sözleşmenin uygulamada bir anlamda sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak kabul edildiği sonucuna varılabilecektir³³.

gg. Karma Görüş

Bu görüş uyarınca esasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, niteliği itibarıyla sürekli edim borcu doğuran bir sözleşme değil ani edimli sözleşmedir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borçlandığı edimin uzun bir zamana yayılması ve özellikle de yapılan inşaatın durumuna göre arsa payının peyderpey devredilmesi şeklinde yapılan sözleşmeler, sürekli edim borcu içeren sözleşmelere çok yaklaşmaktadır. Ayrıca bu sözleşmelerde ifaya hazırlık aşaması da çok önemlidir. Zira yüklenicinin borçlandığı edim sadece inşaatın

³¹SEROZAN, R., s. 173; SELİÇİ, Ö.,(Sürekli Borç İlişkileri), s.26; YAVUZ, C., s. 370; ÖZ, T., (Dönme) s.17; ERMAN, H., s.8; ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1998 s. 51; AYAN, S., s. 42; KARTAL, B., s. 25.

³²Bu hükümler TBK md.483-486'da düzenlenmiştir.

³³SEROZAN, R., s. 174; KARTAL, B., s.25.

tesliminden ibaret olmamakta, öncelikle ve özellikle inşaatın meydana getirilmesini içermektedir. İnşaatın meydana getirilmesi de taraflar arasında teslimden önce de bir akdi ilişkinin kurulmasını ve hatta bazı hallerde teslimden önce de tarafların karşılıklı ifalarını gerektirmektedir. Bütün bu nedenler sözleşmelerin sürekli sözleşme benzeri olarak nitelendirilmesine yol açmıştır³⁴.

Yüklenicinin edimi zamana yayılmış olduğundan sözleşme karma bir nitelik taşımakta ve hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sürekli borç ilişkisine özgü ilkeler uygulanmaktadır. Bu görüş esasında sürekli - ani edimli borç doğuran sözleşmelere ilişkin hukuki bir kavram ortaya koymamakta sadece arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde hakkaniyet gerektirmesi nedeniyle sözleşmenin geçmişe değil ileriye etkili olarak sona ereceğini ifade etmektedir³⁵.

Yargıtay da öteden beri bu görüşü benimseyerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, arsa sahibi yönünden ifa son edimle gerçekleştiğinden ani edimli bir sözleşme olduğunu ancak yüklenicinin ediminin sürekli bir edim borcu olduğunu ifade etmekte bu sözleşmeyi ani-sürekli karmaşığı sözleşme olarak nitelendirmektedir³⁶.

hh. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edim borcu mu yoksa ani edim borcu mu doğuran bir sözleşme olduğunun tespiti için öncelikle ani ve sürekli edim kavramlarının değerlendirilmesi ve bu cihetle de taraflarının menfaatlerinin

³⁴EREN, F., (İnşaat) s.52.

³⁵ÖZ, T.,(Dönme) s.19; AYAN, S., s. 45.

³⁶YAVUZ, C., s.370. Yargıtay İBK. 25.01.1984 tarih, E.1983/3, K.1984/1 sayılı kararı(KARATAŞ, İ., s.72); Yargıtay 15. H.D. 19.11.2001 tarih, 3088/5274 sayılı kararı.

dengelenmesi gerekmektedir. Daha önce belirtildiği gibi ani edim, borçlanılan edimin bir defada, borçlunun bir tek davranışıyla yerine getirilmesi iken sürekli edim borçlunun borçlandığı edimi zaman içerisinde sürekli davranışları ile yerine getirmesi olarak ifade edilmektedir³⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici inşaatı uzun bir zaman dilimi içerisinde yerine getirmekte ve teslimle birlikte arsa sahibi, yüklenicinin tek bir davranışıyla sözleşmeden umduğu menfaati elde etmektedir. Sözleşmede aslolan tarafların menfaatleri olduğundan arsa sahibinin menfaati, yüklenicinin bir defada yaptığı bir edimle gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle yüklenicinin inşaatın tamamını teslimiyle edim yerine getirilmiş olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli sözleşme olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira yüklenici edim sonucunu meydana getirmedikçe edimini ifa etmiş olmamaktadır. Yüklenicinin teslimden önceki filleri arsa sahibinin sözleşmeden umduğu menfaati gerçekleştirmediğinden teslimden önceki bu filler ifa sayılmamakta ve ancak bu menfaati gerçekleştirilmeye yönelik hazırlık filleri niteliği taşımaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin niteliğine ilişkin diğer görüşlere bakıldığında, karma görüşün esasında bu sözleşmenin ani edimli bir sözleşme niteliğinde olduğunu kabul ettiği ve fakat arsa sahibinin özellikle yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmek istediği hallerde hakkaniyete uygun bir çözüm bulmak amacıyla sürekli sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Sözleşmenin sürekli edim niteliği taşıdığını ifade eden görüş ise sözleşmenin ifa süresinin uzunluğundan bahisle bu süre içerisindeki

³⁷KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.37-38; EREN, F., (Borçlar) s.100; SEROZAN, R., s. 169; SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri), s. 11; AYAN, S., s. 45.

edimleri hazırlık filleri olarak görmemektedir. Hâlbuki salt sürenin uzunluğu veya kısalığı bir sözleşmenin niteliğini belirlemek için yeterli değildir. Zira ani edimli sözleşmeler içerisinde en kısa zamanda ifa edilebilecek sözleşmeler dahi duruma göre uzun zaman gerektirebilmektedir. Örneğin 10 ton buğdaya ilişkin bir satım sözleşmesinde satıcı başka bir şehirden ancak 2'şer ton şeklinde getireceği buğdayları alıcıya teslim etmesinde yine satıcının elinde olmayan satım konusu malı tedarik edip alıcıya teslim edeceği sözleşmelerde tedarik süresinin uzun olması halinde sözleşmenin ifa süresi uzamaktadır. Ancak sırf bu neden bu sözleşmeleri sürekli edim borcu içerir hale getirmemekte, sözleşmelerin ani edimli olma niteliği devam etmektedir.

Aslında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini diğer ani edimli sözleşmelerden ayıran şey, ifa konusunun hazır olmamasıdır. Yüklenici inşaatı arsa sahibine teslim edinceye dek aslında sadece edim sonucunu hazırlamak amacıyla faaliyette bulunduğundan edim fiili vakit alıcı niteliktedir. İnşaat tam olarak hazırlanıp teslim edilmedikçe arsa sahibinin menfaati gerçekleşmemekte ve dolayısıyla sözleşme ifa edilmiş sayılmamaktadır. Buna mukabil yüklenicinin inşaatı teslimiyle edim sonucunu bir anda gerçekleştirmektedir.

İnşaatın kısım kısım yapılarak arsa paylarının peyderpey yükleniciye devredildiği sözleşme şeklinde ise aynı sonucun geçerli olmadığını söyleyebiliriz. Taraflar sözleşme serbestîsi uyarınca, ani edimli bir sözleşmenin niteliğini farklı bir şekilde belirleyebilirler. Bu çeşit arsa payı karşılığı sözleşmelerinin, taraf iradeleri sonucu art arda teslimli sözleşme haline getirildiğini kabul etmek kanaatimce daha uygun olacaktır. Zira bu sözleşme çeşidinde yüklenici sözleşme uyarınca inşaatı

kısım kısım meydana getirmeyi yüklenmekte ve inşaatın seviyesine göre arsa payını iktisap etmektedir.

Borçlar Kanunumuzun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri de bu sözleşmelerin ani edimli sözleşmeler olarak düzenlendiğini göstermektedir. Ancak sözleşmenin teknik yapısı gereği ifanın uzun zaman alması nedeniyle taraf menfaatlerinin korunması amacıyla sürekli borç ilişkilerini göz önüne alarak bazı koruyucu hükümler de dercetmiş bulunmaktadır. Örneğin BK md.368-371 maddeleri böyledir. Ancak bu hükümleri ani edim borcu doğuran sözleşmeleri yumuşatarak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasını engelleyen istisnai hükümler olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ani edim borcu doğuran sözleşmeler olarak ele alacağımız için bu tür sözleşmelerde yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesini fesih değil dönme olarak kabul etmiş olmaktadır. Ancak bu durum, ileride detaylıca inceleyeceğimiz üzere sözleşmenin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sona ermesi halinde hak ve nesafet kuralları (MK md.2) uyarınca sözleşmeden dönmenin ileriye etkili sonuç doğurmasına engel olmayacaktır. Zira bu durum sözleşmenin sürekli edim borcu doğurmasından değil, bizzat tüm sözleşme ilişkilerinde doğrudan uygulanabilecek olan dürüstlük kuralından neşet etmektedir³⁸.

³⁸ Bkz. aşağıda. § 4/ D,5.

C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekle Bağlılığı

3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesinin unsurlarını taşıyan çift tipli karma bir sözleşmedir. Bu nedenle sözleşmeyi oluşturan karşılıklı edimler bakımından şekil konusunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bu tür sözleşmelerde yüklenicinin borcu inşaatı yapıp teslim etmek iken arsa sahibinin borcu da kararlaştırılan arsa paylarını yükleniciye devretmektir. Burada bir tarafta şekle tabi olmayan istisna sözleşmesi diğer tarafta ise MK md.706, BK md.213 ve Tapu Kanunu md.26 hükümleri³⁹ uyarınca taşınmaz mülkiyeti devir borcu içerdiği için resmi biçimde yapılması gereken taşınmaz satım sözleşmesi bulunmaktadır⁴⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanunla düzenlenmiş bir sözleşme tipi olmadığından bu sözleşmenin şekline ilişkin herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu anlamda sözleşmeler bakımından şekle bağlılık istisna

³⁹ MK md. 706; taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır hükmünü, BK md.213; gayrimenkul satımı muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır hükmünü, Tapu Kanunu md.26 ise taşınmaz mal satımını konu alan sözleşmeler tapu memuru huzurunda yapılır ve bu konudaki resmi senetler tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından düzenlenir hükmünü ihtiva etmektedir. Yürürlükteki BK md.213 hükmü 11.01.2011 tarihinde kabul edilen 6098 sayılı TBK' nda içeriği aynen korunarak md.237 olarak düzenlenmiştir.

⁴⁰EREN, F., (Borçlar) s. 253; EREN, F., (İnşaat Sözleşmeleri) s. 57; UYGUR, T., s. 603; KARAHASAN, M. R., C.1, s.633; YAVUZ, C. s. 373; ERMAN, H., s.15; REİSOĞLU, S., s.77; KOSTAKOĞLU, C., s.71; KARATAŞ, İ., s.36, 45; AYAN S., s.32-33; KARTAL, B., s.16; DUMAN, İ. H., s. 80. Yargıtay 15. H.D. 08.05.1996 tarih, 1132/2486 sayılı kararı(KARATAŞ, İ., s. 37).

olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kanundaki sınırlar dâhilinde herhangi bir şekle tabi olmaksızın kurulacağı düşünülebilir. Ancak MK md.706 sözleşme tipi belirtmeden taşınmaz mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerin tapu sicilinde yapılmasını öngörmektedir. Arsa sahibinin borcu da belirli arsa paylarının yükleniciye devri başka bir deyişle taşınmaz devri olduğundan bunun resmi şekilde yapılması geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Şu halde çift tipli karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de bir bütün olarak değerlendirildiğinde taşınmaz mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme olduğundan yüklenicinin edimi tek başına şekle bağlı olmasa bile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekle uyularak yapılması zorunludur⁴¹.

Kural olarak resmi şekli verecek olan makam tapu sicil müdürlükleridir. Ancak arsa sahibi edimini ilerde bağımsız bölümlerin tamamı teslim edildikten sonra yerine getirecekse başka bir deyişle bağımsız bölümlerin tamamı teslim edildikten sonra arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümlerin yükleniciye devredileceği kararlaştırılmışsa bu halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satış vaadine ilişkin unsurlar taşır hale gelmektedir. Satış vaadi içeren sözleşmeler noterlerce de yapılabileceğinden bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin Noterlik Kanunu

⁴¹EREN, F., (İnşaat Sözleşmeleri) s. 57; YAVUZ, C., s. 373; ÖZ, T., s. 20; ERMAN, H., s.17; KOSTAKOĞLU, C., s.71; KARATAŞ, İ., s.45; KARTAL, B., s.16; ERGEZEN, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s.37. Yargıtay 15. H.D. 14.05.1990 tarih, E.1989/4811, K.1990/2181 sayılı kararı(KOSTAKOĞLU, C., s. 71); Yargıtay 15. H.D. 22.11.2001 tarih, 3323/5377 sayılı kararı(KARATAŞ, İ., s. 47). Buna karşılık resmi şeklin sadece arsa sahibinin edimini kapsayacağına ilişkin görüşler için bkz ERGEZEN, M., s.37,dn. 48.

md.60 ve md.89 uyarınca noterlerce düzenleme şeklinde yapılması halinde de geçerli olacağı kabul edilmektedir⁴².

Ülkemizde uygulaması çok olan ve gerek kurulma gerekse ifa aşamasında, tarafları yapay ve dolaylı yollara sürükleyen böyle bir sözleşmenin şekline ilişkin 11.01.2011 tarihinde kabul edilerek 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda(TBK) da bir hüküm dercedilmemesinin bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz.

4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekle Aykırılığın Sonuçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması geçerlilik koşuludur. Bu şekilde yapılmayan sözleşmeler BK md.11/f.2 ve md.213 ile MK md.706 hükümlerinin açıklığı karşısında geçersizdir. Bu geçersizliğin mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. Son yıllarda kendine özgü geçersizlik görüşü doktrinde şiddetle savunulan bir görüş olmasına karşın İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın kararında esas olarak butlan görüşünü benimsediklerini görmekteyiz⁴³.

⁴² KIRCA Ç., s 81, YAVUZ 373,374.

⁴³KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.311; OĞUZMAN M. K./SELİÇİ Ö./ OKTAY-ÖZDEMİR S., s.101; EREN, F., (Borçlar) s.261; EREN, F., (İnşaat Sözleşmeleri) s.58; KILIÇOĞLU, A. M., s.94,dn.82; YAVUZ, C., s. 374; ERMAN, H., s. 16; KARATAŞ, İ., s. 89; DUMAN, İ. H., s. 81, 83. “(...)Klasik olarak nitelenen butlan görüşüne karşı son yıllarda kendine özgü geçersizlik görüşü de savunulmakta(...)ise de İsviçre Federal Mahkemesi gibi Yargıtay da butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla kanunda öngörülen şekil şartı emredici niteliktedir(...)”Yargıtay İBK. 30.09.1988 tarih, E.1987/2, K.1988/2 sayılı kararı(KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 311).

Doktrinde savunulmakta olan kendine özgü geçersizlik görüşü uyarınca resmi şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersiz olmakla birlikte bu geçersizlik herkes tarafından değil yalnızca bundan zarar gören tarafça ileri sürülebilmekte ve hâkim tarafından resen dikkate alınmamaktadır. Bu görüşe göre şekil eksikliğini yalnızca taraflar ve onların külli halefleri ileri sürebilmektedir, üçüncü kişiler ise sözleşmenin geçersizliğini ileri süremezler⁴⁴.

Ancak hukukumuzda halen baskın olan ve Yargıtay'ın da yerleşik içtihatlarına göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılmamasının yaptırımını butlandır. Buna göre resmi şekle uyulmaksızın yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi baştan itibaren geçersiz olup hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Butlanla batıl olan bir sözleşmeden edim yükümü doğmayacağı için bir tarafın diğer tarafı sözleşmeye uyması için zorlama imkanı bulunmamaktadır. Böyle bir sözleşme zamanla ya da tarafların icazeti veya ifasıyla da geçerlilik kazanamaz. Sözleşmenin geçersizliğini ilgisi olan herkes ileri sürebileceği gibi, şekil emredici nitelikte olduğundan hâkim de şekil noksanlığını resen gözetebilecektir⁴⁵.

Her ne kadar resmi şekil eksikle uyulmaması arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini geçersiz kılsa da bazı hallerde sözleşmenin geçersizliğinin göz önüne alınamayacağı gerek doktrinde gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Bu anlamda şekle tabi bir sözleşme şekil eksikliğine rağmen her iki tarafça sözleşmenin kendi aralarında geçerli olduğu inancıyla ifa edilmişse artık sözleşmenin geçersizliğini ileri

⁴⁴ EREN, F., (Borçlar) s. 262; KILIÇOĞLU, A. M., s.90.

⁴⁵ OĞUZMAN, M. K., /ÖZ, T., s.126-127; EREN, F., (Borçlar) s. 260-261; KARAHASAN, M. R., C.1, s.646; ERMAN, H., s. 21; KARATAŞ, İ., s.59.

sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir⁴⁶. Aynı şekilde şekil noksanı nedeniyle bir sözleşme henüz ifa edilmemiş olsa dahi, taraflardan birinin şeklin gerçekleşmesine sırf kendi yararı için yanıltıcı hareketlerle engel olması veya taraflardan birinin sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi hallerinde de hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Zira bu hallerde sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi, ahlaki duyguları rencide etmekte ya da taraflardan biri şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil; aksine sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak ileri sürmektedir⁴⁷.

⁴⁶OĞUZMAN, M. K., /ÖZ, T., s.129; EREN, F., (Borçlar) s.261; KILIÇOĞLU, A. M., s.105; YAVUZ, C., s.375. Bu konuda Yargıtay İBK. 30.09.1988 tarih 2/2 sayılı kararında, her iki tarafında borçlarını tam olarak ifa etmesi halinde şekil eksikliğinin ortadan kalkacağını belirtmiştir. Yargıtay bu kararıyla M.K. md.2'ye olumlu etki yükleyerek diğer tarafı zorlama imkânını da tanımaktadır. Bu karardan kendi yükümlülüklerini yerine getiren alıcının, satılanı teslim ettiği halde tapuda tescile yanaşmayan satıcı aleyhine açtığı tescil davasının kabul edilerek alıcı lehine tescil edilmesi sonucu çıkmaktadır.(YKD. 1989 s.154, EREN, F., (Borçlar) s.261, dn.85). '(...)Şekle bağlı bir sözleşmenin ifa edilmesi şekil eksikliğini giderir(...)'Yargıtay 4. HD. 09.11.1973 tarih, E.496 sayılı kararı(EREN, F., (Borçlar) s.261, dn.86).

⁴⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.322; KARAHASAN, M.R., C.1, s.650; KILIÇOĞLU, A. M., s.106; YAVUZ, C., s.375; ERMAN, H., s. 28; REİSOĞLU, S., s.67. Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, A. M., Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFĐ 1981, s.216-217.

II. BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

§2 – ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI

C.Genel Olarak Yüklenicinin Temerrüdü

Borçlu temerrüdü geniş anlamda borca aykırı davranış hallerinden biridir. Borçlu temerrüdünde borçlu mümkün ve muaccel olan asli ve yan edimlerini sözleşmeye aykırı olarak zamanında ifa etmemekte, geciktirmektedir⁴⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü esas itibarıyla inşaatın tamamlanmayarak tesliminin geciktirilmesini ifade etmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatı teslim borcu ve sonuçlarına ilişkin öncelikle Borçlar Kanunumuzun eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinin uygulanması gerektiğini daha önce ifade etmiştik⁴⁹. Ancak eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdünü ve bunun hukuki sonuçlarını düzenleyen özel bir hüküm

⁴⁸OĞUZMAN, M. K., /ÖZ, T., s.295; EREN, F., (Borçlar) s.1046-1047; KILIÇOĞLU, A. M., s.495; REİSOĞLU, S., s. 321; DAYINLARLI, K., s.60; AYAN, S.,s.91; İNAL, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004, s.221; AKKANAT, Halil, İfade Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. Kemal Oğuzmanın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.6.

⁴⁹ Bkz. yukarıda. § 1 /B,2.

bulunmadığından bu konuda Borçlar Kanunumuzun borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümleri (BK md. 101-108) uygulama alanı bulacaktır⁵⁰.

Türk Hukukunda borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması aranmaz. Buna karşılık kusur temerrüdün sonuçları bakımından önem arz etmektedir. Zira bazı temerrüt sonuçları (gecikme tazminatı, kazadan sorumluluk gibi) borçlunun kusursuzluğunu ispat edemediği hallerde uygulanacaktır⁵¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu nedenle sözleşmenin her iki tarafı da hem borçlu hem alacaklı

⁵⁰KIRCA, Ç., s. 81-82; SUNGURBEY, İsmet, Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmesinin Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi, Medeni Hukuk Sorunları C. IV, (MHS. C.IV), İstanbul 1980, s.462; YAVUZ, C., s. 338-339; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu, s.69; ÖZ, T., (İnşaat) s.126, ÖZ, T., (Dönme) s.153; ARAL, F., s. 347; ERMAN, Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü(Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri), İBD, C.58, S.4-5-6, s.213; KARAHASAN, M. R., C.1, s.473; AKKANAT, H., s.1; ‘...İstisna sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlığın kural olarak B.K. md. 106-108 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine...’Yargıtay İ.B.K. 25.01.1984 gün ve 83/3 Esas sayılı kararı (Daha geniş bilgi için bkz. ÖZYÖRÜK, S., s.64 vd.).

⁵¹TEKİNAY, S. Sulhi /AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, C.II, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1985, s.1231-1232; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), C.II, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1987, s.130; EREN, F., (Borçlar),s.1046; SELİÇİ, Ö.,(Müteahhidin Sorumluluğu), s.70; AYAN, S.,s. 168; KARATAŞ, İ., s.145; KAPLAN, İbrahim, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.381.

sıfatına sahip olduklarından her iki taraf da temerrüde düşebilir ve borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin muhatabı olabilir. Ancak konumuz gereği biz, yalnızca yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hususlara değineceğiz.

D.Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları

5. Objektif İmkânsızlık Halinin Bulunmaması

İnşaatın tamamlanmasında objektif imkânsızlık halinin bulunmaması başka bir deyişle yüklenicinin ifada gecikmesine rağmen inşaatın tamamlanmasının halen mümkün olması, borçlu temerrüdü bakımından Borçlar Kanunumuzda açıkça öngörölmüş olmamakla birlikte işin mahiyeti gereği temerrüdün öncelikli şartlarından biridir⁵².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın yapıldığı arsa ve üzerinde yapılacak inşaat(bütünleyici parça olduğundan) zaten arsa sahibinin mülkiyetinde bulunduğundan bu tür sözleşmelerde imkânsızlık, inşaatın tesliminde değil ancak sözleşmeye göre tamamlanmasında söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan yüklenicinin kusuru olmaksızın inşaatın yapılması teslimden önce imkânsız hale gelmişse artık yüklenicinin temerrüdünden bahsedilemeyecek ve ifa imkânsızlığına ilişkin BK md.117'nin uygulanması söz konusu olacaktır. Örneğin yüklenicinin 40 adet bağımsız bölüm yapma buna karşılık arsa sahibinin 25 adet bağımsız bölümün pay devrini yükleniciye yapacağı bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsanın imar durumundaki değişiklik nedeniyle 40 adet bağımsız bölüm yerine ancak 30 adet bağımsız bölüm yapılabiliyorsa artık sözleşmede belirlenen adetlerde dairenin

⁵² OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.301-302; EREN, F., (Borçlar) s.1048; ÖZ, T., (Dönme) s.155; AYAN, S.,s.91.

tarafllara verilmesi imkânsız hale gelmiştir. Őu halde imkânsızlık nedeniyle yüklenicinin borcu sona ereceğinden taraflar önceden kazanmış oldukları şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade etmelidirler. Örneğimize dönecek olursak o ana kadar yapılan inşaatın masraflarını arsa sahibi yükleniciye, yükleniciye devredilmiş bağımsız bölüm varsa bunları da yüklenici arsa sahibine iade etmelidir. Buna karşın ifa imkânsızlığı yüklenicinin kusuruyla meydana gelmişse arsa sahibi ifayı talep edemeyecek fakat borcun yerini BK md.96 vd. uyarınca tazminat borcu alacaktır⁵³.

Şayet inşaatın yapılması baştan itibaren imkânsız idiyse yani imkânsızlık akdin kurulmasından önceye ait ise, örneğın arsa sahibinin kendisinin zannederek yüklenici ile üzerinde anlaştığı arsanın aslında orman veya sit alanı olduğunun öğrenilmesi ya da inşaatın imar mevzuatına baştan itibaren aykırı bulunması gibi durumlarda, BK md.20 uyarınca sözleşme baştan itibaren mutlak butlanla batıldır⁵⁴.

BK md.368 yeniden inşası mümkün olan bir yapının telef olmasını düzenlenmektedir. Buna göre inşaatın telef olması yüklenicinin inşaatı yeniden

⁵³TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1221; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.302; ÖZ, T., (İnşaat) s. 128; UYGUR, T., s. 636-637; REİSOĞLU, S., s. 324; ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması(B.K. md. 368), s.148-149; DAYINLARLI, K., s. 62; AYAN, S.,s.155; KARAHASAN, M. R., C.1, s.485; KOSTAKOĞLU, C., s. 740; KARATAŞ, İ., s.162; ERGEZEN, M., s.100; İNAL, T., s.223-224; AKKANAT, H., s.16; Yargıtay 15. H.D. 05.05.1998 tarih ve E.845, K.1844 sayılı kararı; 24.10.2001 tarih ve E.4839, K.4786 sayılı kararı; 25.10.2001 tarih ve E.2599, K.4820 sayılı kararı; Yargıtay 15. H.D. 21.04.2003 tarih ve E.1513, K.2093 sayılı kararı.

⁵⁴UYGUR, T., s.637; İNAL, T., s.223; KARATAŞ, İ., s.160,164; Yargıtay 15. H.D. 30.10.2001 tarih ve E.2953, K.4871 sayılı kararı.

yapma yükümlülüğünü kural olarak ortadan kaldırmaz. Bu hususun konumuz açısından önemi inşaatın arsa sahibine yüklenecek bir olaydan dolayı tamamlanamaması halinde yüklenici temerrüdünün söz konusu olmamasıdır⁵⁵.

6. Teslim Borcunun Muaccel Olması

Borçlar Kanunumuzun temerrüde ilişkin genel hükümlerine baktığımızda, borçlu temerrüdünün temel esasları düzenlenmiş olmakla birlikte temerrüt tanımlanmadığı gibi hangi şartların gerçekleşmesi halinde temerrüdün vuku bulacağı da etraflı şekilde belirlenmemiştir. Bununla birlikte borçlu temerrüdü ile ilgili ilk hüküm olan BK md. 101’de “Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur” demek suretiyle temerrüdün oluşumu için gerekli olan muacceliyet ve ihtar şartlarını belirlemekle yetinmiştir⁵⁶.

Şu halde temerrüt için öncelikle borcun muaccel olmasına karşın henüz yerine getirilmemiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle borçlu temerrüdü olgusu, borcun akdi ifa zamanında yerine getirilmeyerek geciktirilmesiyle ortaya çıkan bir olgudur. Bu bağlamda ifası mümkün olan bir borcun muaccel olmasına karşın yerine getirilmemiş olması halinde temerrüt söz konusu olacaktır.

Muacceliyet bir alacağın talep ve dava edilebilmesi için kanuni veya akdi bir engelin kalmamasını ifade etmektedir. Muacceliyet kavramı borcun ifa

⁵⁵ÖZ, T., (Dönme) s. 162; AYAN, S.,s. 157,159; KARATAŞ, İ., s. 161; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ALTAŞ, H., (Eserin Telef Olması), s.109 vd.; Yargıtay bazı kararlarında bu tür sözleşmelerde kural olarak yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığını ifade etmektedir. Buna ilişkin bkz. Yargıtay 15. H.D. 12.11.1990 tarih ve E.1503 K.4707 sayılı kararı(ERGEZEN, M., s.155 dn.130); Yargıtay 15. H.D. 21.11.1989 tarih ve E.1739, K.4859 sayılı kararı.

⁵⁶ OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T., s. 386; AKKANAT, H., s.1.

edilebilirliğinden farklıdır. İfa edilebilirlik, borçlunun borçlanılan edimi ifa etme yetkisidir. Borç ifa edilebilir olmakla birlikte henüz muaccel değilse borçlu temerrüdü söz konusu olmayacaktır. Bu anlamda muacceliyet, temerrüdün zamanla ilgili şartıdır ve borcun ifasının talep ve dava edilebileceği anı ifade etmektedir⁵⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edim borcu doğuran sözleşmelerden olmakla birlikte⁵⁸ niteliği gereği ifası uzun zaman gerektirmektedir. Bu tür sözleşmelerde muacceliyet genellikle taraflarca belirlenmektedir. Taraflar belirli veya belirlenebilir bir takvim günü tayin ederek ya da belirli bir sürenin dolmasını(örneğin arsanın tesliminden veya inşaat ruhsatının alınmasından 24 ay sonrası gibi) kararlaştırarak teslim tarihini belirleyebilirler. Vadenin belirli bir tarih olarak belirlendiği hallerde bu tarihte teslim muaccel olacaktır. Belirli bir süre olarak belirlendiği durumlarda ise sürenin bağlandığı olayla inşaat süresi başlayacak ve belirlenen süre sonunda teslim muaccel olacaktır.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da belirlenen sürenin başlangıcının yüklenicinin yapması gereken bir fiile bağlandığı hallerde, yüklenici belirli bir zamanda bu fiili yerine getiremese dahi teslim borcu sürenin sonunda muaccel olacaktır. Örneğin yüklenicinin sözleşmenin kurulmasından itibaren iki ay içerisinde temel üstü iznini alması ve teslim borcu bu iznin alınmasından 24. ayın sonunda muaccel olacağı kararlaştırılmışsa söz konusu izin iki ay içinde alınamamış

⁵⁷OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.247,286; EREN, F., (Borçlar) s.1049-1050; KARAHASAN, M. R., C.1, s.476; AKKANAT, H., s.8; İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre borç henüz muaccel olmadan önce borçlu alacaklıya ifada bulunmayacağını bildirirse borçlu yine mütemerrit olur. BGE 69 II 343 vd.; 110 II 143(EREN, F., (Borçlar) s.1049).

olsa dahi teslim borcu 26. ayın sonunda muaccel olacaktır. Bununla birlikte yüklenici izni birinci ayda alırsa teslim borcu 25. ay sonunda muaccel olacaktır. Yine sözleşmede inşaatın teslim tarihi temel üstü izninin alınmasından sonraki 24. ayın sonu olarak kararlaştırılmışsa salt bu tarihin gelmesiyle yüklenicinin borcu muaccel olacaktır. Ancak yüklenicinin teslim süresinin bu şekilde belirlendiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendisine verilen süreyi gereksiz uzatarak örtülü biçimde teslim süresini belirlemesi hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğinde olabilir. Çünkü inşaat için temel üstü iznini sözleşmeden 20 ay sonra alan yüklenici inşaatı gereksiz yere 18 ay uzatabilecektir. Böyle bir durumda yüklenicinin temel üstü iznini alması için beklenecek süre dürüst ve makul bir yüklenicinin temel üstü iznini alabileceği ortalama bir süre olarak kabul edilmeli ve bunun aşılması yüklenici açısından hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir. Yine gerekli izin belirlenen sürede alınmadığı hallerde şartları gerçekleşmişse arsa sahibinin BK md. 358/ f.1 uyarınca ifadan önce sözleşmeden dönme hakkı saklıdır⁵⁹.

Taraflar sözleşmede inşaatın teslim tarihini belirlememiş olabilirler. Bu durumda yükleniciye inşaatı tamamlaması için zorunlu olarak belirli bir süre verilmesi gerekir. Yoksa BK md. 74'ten hareketle inşaatın tamamlanıp tesliminin hemen ifa ve derhal icra edileceğini söylemek bu sözleşmelerin niteliği ve mantık kurallarıyla bağdaşmayacaktır. Şu halde inşaatın teslim borcunun yerine getirilmesi, inşaatın tamamlanması açısından mutlaka bir hazırlık çalışması dolayısıyla belirli bir süre gerektirmektedir. Bu süre teslim için beklenmesi gereken objektif makul bir süre olmalıdır. Sözleşmede vadeyi belirleme yetkisinin alacaklıya veya bir üçüncü kişiye bırakıldığı hallerde de durum böyledir. Bu nedenle arsa sahibi işin mahiyeti somut

⁵⁹ AYAN, S.,s.98-99; KARTAL, B., s.75; AKKANAT, H., s.10-11.

olayın bütün koşullarını göz önüne alarak basiretli bir yüklenici o işi üstlense idi eseri meydana getirmek için ne kadarlık bir zamana ihtiyaç duyacak idiye bu kadarlık bir süreyi beklemek zorundadır. Bu süre normal olarak inşaatın hacmi ile somut olayda yüklenicinin işletme kapasitesi yani işçi, malzeme ve alet durumu ile hava muhalefeti, tatil günleri gibi inşaatta meydana gelebilecek normal aksamalar göz önüne alınarak belirlenir⁶⁰.

Taraflar aralarında anlaşarak süreleri uzatabilecekleri gibi bazı durumlarda taraf iradeleri hilafına da inşaat süresinin uzaması söz konusu olabilir. Nitekim teslim tarihi kararlaştırılmamış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın teslimindeki gecikme taraflar dışında gerçekleşen ve taraflara kusur izafesi olmayan nedenlerden kaynaklanmışsa -örneğin mücbir sebepler ya da resmi makamlardan halli gereken iş ve işlemler için bürokratik engeller⁶¹ ortaya çıkmışsa- kaybedilen bu sürenin de teslim süresine eklenmesi gerekmektedir. Zira ortalama inşaat süresinin belirlenmesinde olağanüstü olaylar dikkate alınmaz. Bu nedenle sonradan ortaya çıkan olağanüstü nedenlerle bu süreye uyulamazsa sebeplerin geciktirdiği ölçüde muacceliyet süresi uzamalıdır. Ancak bu durum kendiliğinden gerçekleşmeyeceğinden MK md. 2 ve kıyasen sözleşmenin değişen kurallara

⁶⁰ TANDOĞAN, H., C. II, s.129; YAVUZ, C., s. 338; SELİÇİ, Ö.,(Müteahhidin Sorumluluğu), s. 66,69; ÖZ, T., (İnşaat) s. 126-127; UYGUR, T., s. 637; AYAN, S.,s.101; KARATAŞ, İ., s. 155; KARTAL, B., s.75; UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C. V, S. 1-4, 2001, s.540-541; AKKANAT, H., s.10,14.

⁶¹ ‘...Ruhsat bürokratik engeller sonucu zorunlu olarak ... tarihinde alınmıştır. Ruhsatın 6 aylık süre içerisinde alınmamasında yanlara kusur izafe edilmesi mümkün değildir...’ Yargıtay 15. H.D. 15.01.1987 tarih, E.6797, K.161 sayılı kararı,(KARATAŞ, İ., s.130).

uyarlanmasına ilişkin BK md. 365/f.2'nin uygulanması sonucu yüklenicinin, sürenin uzatılması için hâkimin müdahalesini isteyebileceğinin kabulü yerinde olacaktır⁶².

Bunun dışında arsa sahibinin verdiği talimatların işin artışı sebebiyet vermesi veya kararlaştırılan bağımsız bölümlerin yükleniciye devir işlemini zamanında yerine getirmemesi gibi arsa sahibinin riziko alanından kaynaklanan nedenlerle inşaatta bir gecikme olmuşsa meydana gelen gecikmenin teslim süresini etkileyip etkilemediğine bakılmalı ve bu durumun inşaatın durmasına veya yavaşlamasına göre ne kadarlık bir zaman kaybına yol açtığı hesaplanarak bu sürenin de teslim süresine eklenmesi gerekmektedir. Yüklenicinin iş sahibinin bir davranışı yüzünden geciktiğini ileri sürerek temerrütten kurtulması, ancak durumu arsa sahibine zamanında bildirmesi ve yüklenicinin çalışma temposunu artırarak inşaatı hızlandırma yükümlülüğünün bulunmaması halinde mümkündür⁶³.

⁶²Doktrinde mücbir sebep nedeniyle inşaat süresinin uzamayacağını savunan yazarlar olduğu gibi (bu yazarlar görüşlerini temerrüt için borçlunun kusurunun gerekmemesine ve eser teslimden önce telef olsa bile yüklenicinin herhangi bir bedel talep edemeyeceğine ilişkin hükümlere (B.K. md. 96, md. 368/ f. 1) dayandırmaktadırlar: GAUCH, Peter, Werkvertrag, s.194(AYAN, S.,s.127'den naklen); ALTAŞ, H., (Eserin Telef Olması), s.152-153; sürenin kendiliğinden uzaması gerektiğini savunan yazarlar da (Öz T., (Dönme), s.154; Erman (İnşaat), s. 73) vardır. Geniş bilgi için bkz. AYAN, S.,s.126 vd.

⁶³ TANDOĞAN, H., C. II, s.131; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu, s.69; ÖZ, T., (İnşaat) s.133; ALTAŞ, H., (Eserin Telef Olması), s.103; AYAN, S.,s. 102,105, 107vd.; KARATAŞ, İ., s.156; KAPLAN, İ., s.385; '(...)Mahkemece arsa sahiplerince yükleniciye tapu devri yapılmadığı dolayısıyla gecikmeye arsa sahiplerinin neden olduğu gerekçesiyle kira kaybı istemini değerlendirme dışı bırakılmıştır... yapılacak iş bilirkişiden ek rapor alınarak (...) davacı istemini şimdiki gibi kabul etmekten ibarettir(...)' Yargıtay 15. H.D. 10.06.2003 tarih, E.590, K.3111 sayılı kararı; '(...) bu durumda gecikme cezasının hesabı yapılırken iş artışı için verilen talimat ve artışın süreye etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde muacceliyet esasen, yüklenicinin temerrüdünün zamanla ilgili şartıdır. İfade edildiği üzere sözleşmede belirlenen veya sözleşmede belirlenmemişse işin mahiyetine göre beklenecek makul sürenin geçmesiyle yüklenicinin borcu artık muaccel hale gelir. Ancak inşaatın tesliminin muaccel olması, arsa sahibinin önceden arsayı yükleniciye teslim etmesi gibi bazı hazırlık çalışmaları yapmasını gerektiriyorsa arsa sahibi bunları yapmadıkça yüklenici temerrüde düşmüş olmaz aksine koşulları oluşursa arsa sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüş olur.

7. İnşaatın Teslim Edilmemiş Olması

Borçlar Kanunu md.356'da her ne kadar inşaatın teslim zorunluluğundan bahsedilmemiş olsa da, kanunun istisna sözleşmesine ilişkin diğer maddelerinde kullanılan teslim, teslim zamanı ve işin kabulü gibi terimlerle yüklenicinin inşaatı imal yükümlülüğü yanında onu tamamlayan bir de teslim yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir⁶⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifa, sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin ve ortak alanların meydana getirilmesiyle değil ancak arsa sahibine teslim edilmesiyle gerçekleşmiş olur. Bu anlamda teslim; temel olarak arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin ve ortak alanların tamamlanarak arsa sahibinin hâkimiyet alanına sokulmasını ifade etmektedir. Ancak bu sözleşmelerde taşınır eserlerdeki gibi zilyetlik devrinden veya inşaatın arsa sahibinin fiili hâkimiyetine sokulması gibi bir durumdan bahsedilemez. Çünkü inşaatın

belirlenip bu tarihten itibaren ceza hesaplanması gerekirken(...)’ Yargıtay 15. H.D. 17.03.1998 tarih, E.5225, K.1034 sayılı kararı,(KARATAŞ, İ., s.134).

⁶⁴ TANDOĞAN, H., C. II, s.124-125; YAVUZ, C., s.337; UÇAR, A., s.532.

yapıldığı arsa ve bunun üzerinde yapılan inşaat zaten arsa sahibinin mülkiyetindedir. Dolayısıyla zaten yapılan inşaat arsa sahibinin dolaylı zilyetliğindedir. Bu itibarla burada herhangi bir zilyetlik devrinden veya fiili hâkimiyet geçişinden bahsedilemez. Bu bağlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim aslında yüklenicinin arsa sahibine, işin tamamlandığına ve artık kullanıma uygun olduğuna yönelik (ifa amacıyla) yaptığı bir bildirimden ibarettir. Ancak bu bildirim tek başına yeterli değildir. Yüklenicinin aynı zamanda arsa sahibine ait olacak bölümleri onun kullanabileceği hale getirerek bu alanlardan el çekmesini ve gerekiyorsa fiili bir takım eylemlerde (örneğin anahtar teslimi, molozların temizlenmesi vs.) bulunmasını da gerektirmektedir. Taraflar teslimin yapılış biçimini veya hangi koşullarda yapılmış sayılacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça söz konusu bildirim açık veya örtülü şekilde arsa sahibi veya temsilcisine yapılabilir⁶⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü esas itibariyle muacceliyete rağmen arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin ve ortak alanların tamamlanarak teslim edilmemiş olmasını ifade etmektedir. Bu tür sözleşmelerde yüklenicinin arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri tamamlamasına karşın ortak alanları tamamlamaması halinde de inşaatı teslim ettiği için bahisle temerrütten kurtulması mümkün değildir. Hatta arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümler ile ortak alanların tamamlanmış olmasına karşın

⁶⁵TANDOĞAN, H., C. II, s.125-126; ÖZ, T., (İnşaat) s.128-129; AYAN, S.,s.52-53; DAYINLARLI, K., s. 49-51; KARATAŞ, İ., s.140,142; UÇAR, A., s.513,536; Teslimin usulü hakkında daha geniş bilgi için bkz. UÇAR, A., s.529 vd; Eseri arsa sahibinin anlayacağı tarzda onun tasarrufuna bırakan yüklenicinin bildirimde bulunma zorunluluğu olmadığına ilişkin bkz. SELİÇİ, Ö., (Müteahhidin Sorumluluğu), s.37; ALTAŞ, H., (Eserin Telef Olması), s.86.

yükleniciye ait olan veya olacak bağımsız bölümlerin tamamlanmaması ana yapının kat mülkiyetine geçişine veya kullanımına engel teşkil ediyorsa yine yüklenicinin edimini ifa etmediğini söyleyebiliriz. Buna karşın yükleniciye ait olacak bölümler bu nitelikte değilse arsa sahibine ait olacak bölümlerin ve ortak alanların tamamlanıp teslim edilmesiyle yüklenici teslim borcunu yerine getirmiş yani edimini ifa etmiş sayılmaktadır. Burada bölümlerin veya ortak alanların tamamlanmasından kasıt o bölüm veya alan için sözleşmede öngörülen bütün işlerin ifa edilerek teslim hazır hale getirilmiş olması yani objektif olarak bağımsız bölüm ve ortak alanların amaca uygun olarak kullanıma hazır olmasıdır. Eserin tamamlanmış sayılması açısından önemsiz veya tali görülebilecek hususların eksik olduğundan bahisle arsa sahibi tarafından teslimin reddedilmesi çoğu kez hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğini taşıyacaktır⁶⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmemesi ifade edildiği üzere arsa sahibine ait olacak bölümlerin ve ortak alanların tamamlanamaması suretiyle olabileceği gibi istisnai olarak söz konusu bölümlerin tamamlanmış olmasına karşın yüklenici tarafından ifa zamanında teslim edilmemesi suretiyle de gerçekleşebilir. Ancak bu durumda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar inşaatın tamamlanmamış olmasından farklılık arz edecektir. Şöyle ki yüklenicinin, arsa sahibine ait bağımsız bölümleri ve ortak alanları tamamlayamaması halinde arsa sahibi, ihtar çekip ek süre vermek koşuluyla BK md.106'da düzenlenen tüm seçimlik haklarını kullanabilirken; inşaatın tamamlanmış olmasına karşın zamanında teslim

⁶⁶ TANDOĞAN, H., C. II, s.126; AYAN, S.,s.154; KARTAL, B., s.74; UÇAR, A., s.529-530.

edilmemesi halinde arsa sahibi yalnızca aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkını kullanabilecektir⁶⁷.

İnşaat fiilen bitirilmiş olsa bile bazı durumlarda inşaatta bulunan ayıp veya eksikliklerin inşaatın tamamlanmış sayılmasını veya teslimini engelleyeceği gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kabul edilmektedir. Bu nedenle inşaatta ayıp veya eksiklik bulunması hallerine de değinmek istiyoruz.

c. Teslim İçin Sözleşmede Belirlenen Yükümlülüklerin Eksiksiz İfa Edilip Edilmemesinin Gerekip Geremediği Sorunu

cc. İnşaat Ayıp Bulunması Halinde

Arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin ve ortak alanların ayıpsız olması teslimin zorunlu koşullarından değildir. Başka bir ifadeyle arsa sahibi, kendisine teslim edilmek istenen bağımsız bölümlerin ayıplı olması halinde bunları teslim almaktan her zaman kaçınabilir. Ancak bu hakkını kullanmaksızın bağımsız bölümleri teslim almışsa artık ifa gerçekleştirmiş ve yüklenici edimini yerine getirmiş sayılacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki bu durum inşaatın kabul edilmesinden tamamen farklıdır zaten kabul zaman itibarıyla bağımsız bölümlerin tesliminden sonra gerçekleşen bir işlemdir. Şu kadar ki eseri ifa olarak teslim alan arsa sahibi inşaatın ayıplı veya eksik yapıldığından bahisle BK md.359 vd. maddeleri uyarınca ayıba karşı tekeffül haklarını ancak teslimden sonra kullanabilecektir⁶⁸.

Ancak bazı durumlarda eksiklik ile ayıba birbirinden ayırmak bir hayli güçtür. Bu konuda Gauch'un önerdiği ölçütü kabul etmek –kanaatimizce de- yerinde

⁶⁷ AYAN, S.,s.155.

⁶⁸ UÇAR, A., s.531.

olacaktır. Buna göre inşaatteki uygunsuzluk diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeden giderilebiliyorsa eksiklikten, aksine söz konusu uygunsuzluk diğer kısımlara müdahaleyi, onlara kısmen de olsa zarar vermeyi gerektiriyorsa ayıptan bahsedilmek gerekir⁶⁹.

dd. İnşaat Eksiklik Bulunması Halinde

İnşaat eksiklik bulunması başka bir ifadeyle yüklenicinin inşaatteki bütün yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemesi halinde, İsviçre ve Türk Hukukundaki baskın görüş uyarınca, bu inşaatın ifa olarak teslimi edilmesinin veya teslim alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu durum doktrinde haklı olarak birtakım itirazlarla karşılaşmaktadır. Buna göre yüklenicinin bağımsız bölümleri tamamlamış olduğu halde sadece elektrik prizlerini veya kapı kollarını takmadığı ya da bağımsız bölüm tamamlanmamış olsa bile arsa sahibinin böyle bir yapıya taşınıp yıllarca orada yaşadığı durumlarda teslimin gerçekleşmediğinin kabul edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır⁷⁰.

Bunun yanı sıra doktrinde bir görüş –bizce de isabetli olarak- böyle durumlarda teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirlenmesi için, öncelikle

⁶⁹GAUCH, P., (Werkvetrag), s.402, no:1449vd.(Naklen AYAN, S.,s.61); Bu ölçüte göre inşaatın yüzölçümündeki eksiklik ayıp niteliğindedir ancak doktrindeki hakim görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının aksine Yargıtay’ca inşaatın yüzölçümündeki eksiklik eksik ifa olarak değerlendirmektedir: Yargıtay H.G.K. 27.09.2000 tarih ve E.15-1134, K.1191 sayılı kararı.(AYAN, S.,s.62)

⁷⁰GAUCH, P., (Werkvetrag), s.30, no:104(Naklen AYAN, S.,s.65); KOLLER, Alfred, Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrech, Band VI, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3.Teilband, 1.Unterteilband, Der Werkvetrag Art. 363-366, Bern 1998, s.100 no: 315, s. 109 no: 363(Naklen AYAN, S.,s.65).

eksikliğin niteliğine göre bir değerlendirme yapmanın daha doğru olacağını savunmaktadır. İnşaata var olan eksiklik şayet inşaatın tamamlanmamış sayılmasını gerektiriyorsa yani dürüstlük kuralları uyarınca arsa sahibinin bağımsız bölümü ifa olarak teslim alması beklenemiyorsa (ki bu durum eksikliğin önemi ve eksikliğin giderilmesi için gereken işlerin maliyetinin tüm inşaata oranına göre belirlenebilir) teslimin dolayısıyla ifanın gerçekleşmeyeceği kabul edilmelidir. Arsa sahibi bir veya birkaç bağımsız bölümü kullanıyor olsa bile teslim gerçekleşmiş olmaz. Buna karşın eksiklik küçük ve basit nitelikte (örneğin kapı kolları veya birkaç musluk takılmamış, banyo fayansları döşenmemiş vs.) olması arsa sahibine inşaatı teslim almama, ifa olarak kabul etmeme hakkı vermemelidir. Böyle bir durumda yüklenicinin inşaatı teslim iradesi tek başına yeterlidir. İnşaattaki bu eksikliklerin ayıp kabul edilerek inşaatın ayıplı teslimi hakkında ifade edilenlerin uygulanması yerinde olacaktır⁷¹.

Bununla birlikte inşaattaki eksikliğin önemli mi önemsiz mi olduğu her zaman bu kadar kolay ayırt edilemeyeceği gibi orta derecede önemli sayılabilecek eksiklikler de söz konusu olabilir. Bu tür eksikliklerde yüklenicinin inşaatı teslim iradesini açıklamasından sonra arsa sahibinin örtülü de olsa inşaatı teslim alma iradesi bulunmalıdır. Yüklenicinin inşaatı teslim iradesini açıklamasından veya inşaatı arsa sahibine bırakarak terk etmesi hallerinde arsa sahibinin durumu öğrenmesinden itibaren makul bir süre içerisinde inşaatı bu haliyle teslim almayacağını bildirmesi gerekir. Aksi halde yüklenicinin inşaatı arsa sahibine bırakmasından sonra arsa sahibi; herhangi bir itirazda bulunmamış, ihtirazi kayıt koymamış veya arsa sahibi bağımsız bölüme yerleşmiş ya da kiraya vermişse artık yüklenici teslimin ifa olarak kabul edildiğini varsayabilir. Zira durumun

⁷¹ÖZ, T., (İnşaat) s.131; AYAN, S.,s.50,60 vd.; KARATAŞ, İ., s.143; UÇAR, A., s.530.

öğrenmesinden itibaren makul süre geçmiş olmasına karşın herhangi bir itirazda bulunulmamış olması yüklenicide inşaatın bu haliyle teslim alındığı hususunda haklı bir güveni oluşturmaktadır ve bu güvenin korunması gerekir. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre arsa sahibinin bu davranışının hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği durumlar saklıdır⁷².

Yapı kullanma izni alınmamasının söz konusu orta dereceli eksiklere girip girmeyeceği hususu tartışmalıdır. Zira Yargıtay haklı olarak yapı kullanma izni alınmamış binaların hukuken tamamlanmış sayılamayacağı görüşündedir. Şu halde arsa sahibinin böyle bir inşaatı ifa olarak teslim almaya zorlanması mümkün değildir. Ancak yapı kullanma izni alınmamış olmasına karşın arsa sahibinin bağımsız bölümü açıkça veya örtülü biçimde teslim alması örneğin arsa sahibinin bağımsız bölüme yerleşmesi veya kiraya vermesi halinde yine de teslimin gerçekleşmediğini söylemek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Kanaatimizce yapı izninin alınmamış olması, yapının tamamlanmamış olmasından kaynaklanmaktaysa temerrüde ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması gerekir. Ancak inşaat tamamlanmış olmasına karşın yüklenici henüz bu izni almamışsa bu durumu orta dereceli eksiklik olarak değerlendirmek ve buna ilişkin sonuçlara bağlamak yerinde olacaktır⁷³.

⁷² ÖZ, T., (İnşaat) s.130; AYAN, S.,s.68-69.

⁷³TANDOĞAN, H., C. II, s.135-136; ÖZ, T., (İnşaat) s.131-132; AYAN, S.,s.69; ‘...İskân ruhsatı bulunmayan fiilen tamamlanmış inşaatı arsa sahibi teslim almak zorunda değildir...’Yargıtay 15. H.D. 19.01.2004 tarih ve E. 2003/3205, K. 2004/184 sayılı ve Yargıtay 15. H.D. 14.04.2005 tarih ve E. 2004/4051, K. 2005/2296 sayılı kararları. Ayrıca bkz. OĞUZMAN, Kemal, Dürüstlük Kuralına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirisi, (Dürüstlük Kuralı), Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65.Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.413.

d. Eksiklik Halinde Teslimin Sonuçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bağımsız bölümlerin tesliminin gerçekleşmesi halinde artık yüklenicinin temerrüdü söz konusu olmayacaktır. Zira temerrüdün şartlarından birisi de incelediğimiz üzere yüklenicinin inşaatı teslim etmemiş olmasıdır. Bu nedenle önemsiz veya orta derecede önemli eksiklikler olmasına karşın en azından arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri ve ortak alanları tamamlayarak kararlaştırılan süre içerisinde teslim iradesini arsa sahibine ileten yüklenici; arsa sahibinin açık veya örtülü iradesi sonucu inşaatın ifa olarak kabul edilmesiyle inşaatı teslim etmiş başka bir ifadeyle edimini yerine getirmiş olmaktadır. Her ne kadar arsa sahibi, ayıba karşı tekeffül gibi haklara sahip olsa da belirlenen süre içerisinde edimini yerine getiren yükleniciyi temerrüde düşürmesi artık mümkün değildir. Buna karşın inşaatın kısım kısım teslim edilmesinin kararlaştırıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde diğer kısımlar için yüklenicinin temerrüde düşmesi elbette ki mümkündür.

Arsa sahibine tamamlanmaksızın (eksik olarak) teslim edilen inşaatın hangi hükümlere tabi olacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler savunulmaktadır. Bu hususun tartışılması konumuzun kapsamı dışında olduğundan sadece kanaatimizi de içeren hâkim görüşü belirtmekle yetineceğiz. Bu görüş⁷⁴ ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları gereğince inşaatteki eksiklikler borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere (BK md.96 vd), inşaatın tamamlanmış kısımlarındaki ayıplar ise eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere (BK md.359-363) tabi olacaktır. Başka bir ifadeyle inşaatın tamamlanarak teslimine kadar ifaya yönelik talep, tesliminden sonra

⁷⁴GAUCH, P., (Werkvertrag), s.31 no:105(Naklen AYAN, S.,s.75);ERMAN, H., s. 182;AYAN, S.,s.76; KARTAL, B., s.78.

ise ancak ayıptan sorumluluk söz konusu olacaktır. Gerçekten de inşaatte eksiklik bulunmasını yani yüklenicinin borçlandığı bir kısmı yapmamış olmasını ayıp olarak değerlendirilip sıkı koşullara bağlanması yerinde olmayacaktır. Ayrıca eksiklik halinde borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanmasının yanı sıra işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde ayıptan doğan haklar da kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Bu anlamda arsa sahibi kıyasen bedelsiz onarım veya bedelde indirim hakkını kullanabilecektir⁷⁵.

8. Arsa Sahibinin İhtarda Bulunmuş Olması

Kural olarak vadesi gelmiş bir borçtan dolayı borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için temerrüt ihtarına gerek vardır. İhtar, yüklenicinin bağımsız bölümleri teslimde geciktiğini saptamaya, yükleniciyi ifanın gerçekleştirilmesine çağırmaya ve uyardırmaya yönelik arsa sahibinin irade açıklamasıdır⁷⁶.

İhtar kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. İhtar hukuki işlem benzeri olduğundan⁷⁷ HUMK md.288'de düzenlenmiş bulunan ispat şekline de tabi değildir.

⁷⁵AYAN, S.,s.76; Yargıtay H.G.K. 27.09.2000 tarih, E.15-1134, K.1191 sayılı kararı, Yargıtay 15. H.D. 20.03.2002 tarih, E. 2001/5694, K. 2002/1253 sayılı ve 22.02.2001 tarih, E. 2000/4852, K. 2001/994 sayılı kararları. Daha geniş bilgi için bkz. AYAN, S.,s.75 vd.

⁷⁶ OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.297-298; EREN, F., (Borçlar) s.1049-1050; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu), s. 70; ÖZ, T., (İnşaat) s.133; UYGUR, T., s.638; KILIÇOĞLU, A. M.; s. 497; . REİSOĞLU, S., s. 322; ARAL, F., s. 348; DAYINLARLI, K., s.63; AYAN, S.,s.160; KARAHASAN, M. R., C.1, s.479; ERGEZEN, M., s.102; İNAL, T., s.222; AKKANAT, H., s.20,29.

⁷⁷TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1224; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.276; ÖZ, T., (İnşaat) s.133; EREN, F. (Borçlar) s.1050; UYGUR, T., s.638; KILIÇOĞLU, A. M.; s. 496; REİSOĞLU, S., s. 323; DAYINLARLI, K., s.65; KARAHASAN, M. R., C.1, s.479; İNAL, T.,

Bu bağlamda ihtar yazılı, sözlü, email, fax veya telefonla yapılabilir yine dava açmak da ihtar niteliğindedir⁷⁸.

Yüklenicinin temerrüde düşebilmesi için ihtar kural olmakla birlikte bazı hallerde ihtar çekilmeksizin de yüklenici temerrüde düşebilmektedir. Zira B.K. md.101/f.2’de ifade edildiği üzere taraflar vade gününü sözleşmede belirli veya belirlenebilir bir gün olarak kararlaştırmışlarsa ya da sözleşmede taraflardan birine verilen muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi usulünce kullanılmışsa yüklenici bu ihbar veya belirlenen tarihin gelmesiyle birlikte ihtara gerek kalmaksızın kendiliğinden temerrüde düşecektir⁷⁹.

BK md.107’de düzenlenen mehil verilmesini gerektirmeyen haller ihtar çekilmesini de gereksiz hale getireceğinden BK md.107/b.1,2 burada kıyasen uygulanacaktır. Bu anlamda, teslim borcunun muaccel olmasından önce veya sonra yüklenicinin açıkça inşaatı yapmayacağını beyan etmiş olması ya da inşaatı terk edip

s.222; AKKANAT, H., s.21; Yargıtay’ın benimsediği görüş de bu yöndedir bkz. Yargıtay 15. H.D. 30.05.1983 tarih ve E. 1983/855, K. 1983/1505 sayılı kararı. (AKKANAT, H., s.21 dn.68)

⁷⁸ TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1225-1226; EREN, F., (Borçlar) s.1049-1051; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s. 298-299; ÖZ, T., (İnşaat) s.133; UYGUR, T., s.638; KILIÇOĞLU, A. M.; s. 496-497; HAVUTÇU, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s.27; DAYINLARLI, K., s.68 ; KARAHASAN, M. R., C.1, s.480; ERGEZEN, M., s.103; AKKANAT, H., s.26-27.

⁷⁹TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1227-1230; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s. 300; EREN, F., (Borçlar) s.1051-1053; ÖZ, T., (İnşaat) s.134; UYGUR, T., s.638; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu, s.70-71; KILIÇOĞLU, A. M.; s.498-499; REİSOĞLU, S., s. 323-324; HAVUTÇU, A., s.28-29; ARAL, F., s.348; DAYINLARLI, K., s.70; AYAN, S.,s.162 vd.; KARAHASAN, M. R., C.1, s.482; İNAL, T., s.222; ERGEZEN, M., s.103; AKKANAT, H., s.33-35.

gitmiş olması gibi, ihtarın gereksiz olacağı hallerde veya dürüstlük kuralı gereğince arsa sahibinin ihtar çekmesinin beklenemeyeceği (yüklenicinin ihtardan kasıtlı olarak kaçması veya ihtarın yapılmasını engellemesi gibi) hallerde ihtar çekilmeksizin yüklenicinin temerrüde düşeceği kabul edilmektedir. Ayrıca teslim borcunun muaccel olmasından önce böyle bir durumun ortaya çıkması halinde arsa sahibinin BK md.358 uyarınca muacceliyeti beklemeksizin sözleşmeyi sona erdirme hakkı bulunmaktadır⁸⁰.

§3 - ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

C.Genel Olarak Yüklenici Temerrüdünün Sonuçları

4. Yüklenicinin Gecikmeden Doğan Zararlardan Sorumlu Olması

Yüklenici mütemerrit olduktan sonra arsa sahibi, BK md.102/f.1 uyarınca borcun aynen ifası ile birlikte gecikmeden doğan zararının tazminini de isteyebilir. Aksinin kabulü borçlu bakımından temerrüdün yaptırımsız kalması anlamına gelir. Bu nedenle arsa sahibinin temerrüt nedeniyle uğradığı zararı ispat etmesi halinde⁸¹

⁸⁰TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1230; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s. 301; EREN, F., (Borçlar) s.1053; ÖZ, T., (İnşaat) s.134; UYGUR, T., s.639; ARAL, F., s.348; KILIÇOĞLU, A. M.; s.503; HAVUTÇU, A., s.30-31; DAYINLARLI, K., s.71-72; AYAN, S.,s.167-168; KARAHASAN, M. R., C.1, s.485; ERGEZEN, M., s.103; AKKANAT, H., s.37-41; Mehil verilmesini gerektirmeyen durumlar için ayrıca bkz. aşağıda. § 3 / B.2.b.

⁸¹ Temerrüde ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıması nedeniyle taraflar gecikme tazminatı miktarını sözleşmede sınırlamış olabilirler. Bu durumda yüklenicinin temerrüde düşmesi ve temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispatlayamaması hallerinde arsa sahibi zararını kanıtlama külfetinden kurtularak yalnızca sözleşmede belirlenmiş kısmı gecikme tazminatı olarak talep

yüklenici bu zararları tazmine mecburdur. Doktrinde temerrüt nedeniyle borçlunun ödemesi gereken bu gecikme tazminatının⁸² hukuki mahiyeti itibariyle müspet zararın sınırlı ve özel bir türü olduğu kabul edilmektedir⁸³. Yüklenicinin bu zararlardan sorumlu olacağı süre temerrüt tarihi ile temerrüdün ortadan kalktığı⁸⁴ tarih arasında geçen süredir. Bu nedenle önemle belirtmek gerekir ki gecikme tazminatında dikkate alınacak başlangıç tarihi inşaatın teslim borcunun muaccel olduğu an değil ve fakat yüklenicinin mütemerrit sayıldığı andır⁸⁵.

Yüklenicinin sorumlu olduğu gecikme tazminatı yüklenici temerrüde düşmeseydi meydana gelmeyecek olan zararlar ile kâr kayıplarını içermektedir. Başka bir ifadeyle arsa sahibi kendisine kalacak bağımsız bölümler açısından gecikmeden doğan fiili zararları ile vaki gecikme nedeniyle yoksun kalmış olduğu kârı isteyebilecektir. Bu nedenle arsa sahibi bağımsız bölümler zamanında teslim edilseydi malvarlığının bulunacağı durum ile bu bölümlerin geç teslim edilmesi

edebilecektir. Bkz. TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1241; AYAN, S.,s. 186.

⁸² Doktrinde arsa sahibinin gecikme dolayısıyla uğradığı zararlara gecikmeden doğan zarar, yüklenicinin bu zararın giderilmesi için ödemesi gereken tazminata da gecikme tazminatı denilmektedir. OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.373,387; EREN, F., (Borçlar) s.1058; KILIÇOĞLU, A. M.; s.507; REİSOĞLU, S., s. 326.

⁸³ TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1239; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.387; EREN, F., (Borçlar) s.1059.

⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, S.,s.188-190.

⁸⁵ TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1239; TANDOĞAN, H., C. II, s.133; EREN, F., (Borçlar) s.1058; KILIÇOĞLU, A. M.; s.507; REİSOĞLU, S., s. 326; KARTAL, B., s.101.

nedeniyle malvarlığının bulunduğu durum arasındaki farkı yükleniciden isteyebilecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde gecikmeden doğan zararlar uygulamada genellikle kira nedeniyle yapılan masraflar ile bağımsız bölümlerin zamanında kiralanamaması veya satılamaması nedeniyle yoksun kalınan kar taleplerini içermektedir. Bu nedenle arsa sahibi zamanında teslim edilmeyen mal yerine bizzat kiraladığı bağımsız bölümler için yaptığı harcamalarla, başkalarına kiralamayı veya satmayı düşündüğü halde temerrüt nedeniyle yoksun kaldığı bu miktarları yükleniciden talep edebilecektir⁸⁶.

Yüklenicinin gecikmeden doğan zararı tazmin borcu aynen ifa yanında ayrı bir borçtur. Bu nedenle bağımsız bölümler teslim edilmiş olsa da olmasa da hatta arsa sahibi bağımsız bölümleri teslim alırken gecikme tazminatını saklı tutmamış dahi olsa, BK md.126/b.2 uyarınca gecikme tazminatı zamanaşımı süresince talep edilebilir, meğerki arsa sahibinin ibra beyanı olarak nitelenmeye elverişli bir beyanı bulunsun⁸⁷.

⁸⁶TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1239-1040; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.374,387; EREN, F., (Borçlar) s.1059-1060; ÖZ, T., (İnşaat) s. 137; KILIÇOĞLU, A. M.; s.507; . REİSOĞLU, S., s. 326; DAYINLARLI, K., s.78; AYAN, S.,s. 184,187; KARATAŞ, İ., s.147; KARTAL, B., s101. Yargıtay sözleşmede maktu olarak kararlaştırılan kira tazminatının ilk yıl için geçerli olacağını sonraki yıllarda miktarın mahalli rayice göre belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir; Yargıtay 15. HD. 15.04.2008 tarih ve E. 2008/774, K. 2008/2436 sayılı kararı (KARATAŞ, İ., s.147)

⁸⁷ TANDOĞAN, H., C. II, s.134; ÖZ, T., (İnşaat) s. 137; UYGUR, T., s. 643; DAYINLARLI, K., s.129 ; AYAN, S.,s. 190-193; KARAHASAN, M. R., C.1, s.513. Yargıtay yakın zamana kadar gecikmeden doğan zararın tazmini ile kararlaştırılmışsa ifaya ekli cezai şartın istenebileceği süreyi, hakkın açıkça kötüye kullanılmayacağı gerekçesiyle, arsa sahibinin seçimlik haklarını

BK md.102/f.2 yükleniciye arsa sahibinin gecikmeden doğan zararlarını tazminden kurtulma yolu sağlamaktadır. Bu fıkra uyarınca şayet yüklenici temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat edebilirse gecikmeden doğan zararları tazmin etmeyecektir. Bu durumda kural temerrüde düşmede yüklenicinin kusurlu olmasıdır. Ancak yüklenici borcun ifası açısından kasti veya ihmali herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat ederse gecikmeden doğan zararları tazminden kurtulabilecektir⁸⁸.

5. Yüklenicinin Cezai Şarttan Sorumlu Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde ortaya çıkacak zararın gerçek miktarını ispatlamak güç olduğundan genellikle gecikme süresince işleyecek cezai şart yani ifaya ekli cezai şart (BK md.158/f.2) kararlaştırılmaktadır. Örneğin bağımsız bölümlerin vadeden itibaren geciktiği her ay için 1.000 TL ödenecektir şeklinde sözleşmeye dercedilen hükümler bu niteliktedir. Bu tür cezai şart BK md.158/f.2 uyarınca aynen ifa ile birlikte talep

kullanabilmesi için gereken makul süreyle kısıtlama eğilimindeydi. Ancak daha sonra Hukuk Genel Kurulunun bir kararıyla –bizce de doğru olarak- bu ilke terk edilmiştir. Bu nedenle Yargıtay da artık arsa sahibinin, borç zamanaşımına uğrayıncaya dek aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatının tamamını talep edebileceğini kabul etmektedir. ‘ (...)Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak da nitelenemez...’Yargıtay H.G.K. 09.10.1991 tarih ve E. 91/15-340, K. 91/467 sayılı kararı(YKD. Ocak 1992, C.18, S.1, s. 33-34; DAYINLARLI, K., s.129).

⁸⁸ EREN, F., (Borçlar) s.1060-1061; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.355-358,388; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu), s.72; KILIÇOĞLU, A. M.; s.507-508; REİSOĞLU, S., s. 326; ERMAN, H., s. 67; DAYINLARLI, K., s.78; KARAHASAN, M. R., C.1, s.515; KARTAL, B., s101.

edilecektir. Ancak arsa sahibi sözleşmeden dönme ya da ifa yerine müspet zararını⁸⁹ talep ettiği hallerde artık bu cezayı isteyemeyecektir⁹⁰.

Kural olarak cezai şart zarar şartına değil kusur şartına bağlıdır. Bu durumda yüklenici ancak temerrüde düşmede kusurluysa cezai şart istenebilecektir. Ayrıca yüklenici de zararın daha az olduğundan bahisle cezai şartı kısmen de olsa ödemekten kaçınamayacaktır. Bununla birlikte taraflar BK md.161/f.2 uyarınca sözleşmede yüklenici kusursuz bulursa dahi cezai şart ödeyeceğini kararlaştırılabilir. Bu halde ise gecikmeye bizzat arsa sahibi neden olmadıkça ve gecikme tarafların öngöremeyeceği mücbir sebepten kaynaklanmadıkça yüklenici kusursuz bile olsa cezai şartı ödemek zorundadır. Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmede belirlenen cezai şartı aşan bir zarar oluşması halinde arsa sahibinin bu zararını isteyebilmesi açısından BK md.159/f.2 uyarınca ispat yükü tersine çevrilmiştir. Buna

⁸⁹Yargıtay sözleşmenin ileriye etkili feshi halinde sözleşmede öngörülen cezai şartın istenebileceği görüşündedir. Yargıtay 15. H.D. 28.02.2002 tarih ve E.2002/1188, K. 2002/1472 sayılı kararı, Yargıtay 15. H.D. 04.06.1998 tarih ve E.1998/2081, K. 1998/2403 sayılı kararı(YKD. C.24, S.12, Aralık 1998 s.1793); DAYINLARLI, K., s.132; AYAN, S.,s.193 dn. 104.

⁹⁰OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.903; ÖZ, T., (İnşaat) s. 138; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu), s.74; ARAL, F., s. 364; AYAN, S.,s.194; UÇAR, A., s.550; ‘...B.K. md. 158’de kararlaştırılan ifaya bağlı cezai şartın istenebilmesi akdin yürürlükte kalmasına bağlı olup fesih halinde istenemeyeceğinden...’ Yargıtay 15. H.D. 29.12.2005 tarih ve E.6307, K.7170 sayılı kararı(Kazancı Hukuk Otomasyonu).

göre arsa sahibi cezai şartı aşan zararının tazminini ancak yüklenicinin kusurlu olduğunu ispatlaması halinde elde edebilecektir⁹¹.

6. Yüklenicinin Beklenmedik Halden Sorumlu Olması

Borçlar Kanunu md.102 ‘Mütemerrit olan borçlu(...) kazara vukua gelecek zarardan da mesuldür’ demektedir. Yine aynı şekilde BK md.368 ise ‘yapılan şey teslimden önce kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini talep edemez’ şeklindedir. Borçlar Kanununun bu iki hükmünü birlikte değerlendirdiğimizde yüklenici temerrüde düşmüş olsun veya olmasın teslim kadar inşaatın bir kısmı veya tamamı bir kaza sonucu telef olursa bu hasar riski yükleniciye aittir. Şu halde temerrütten önce, arsa sahibi bağımsız bölümleri teslim almakta temerrüde düşmüş olmadıkça teslimden evvel inşaatın bir kısmının veya tamamının zarar görmesine yüklenici katlanacaktır. Yine temerrütten sonra da yüklenici, yaptığı inşaatın tamamen veya kısmen zarar görmesi halinde arsa sahibinden masraflarını isteyemeyecek, arsa pay devrini de talep edemeyecektir⁹².

⁹¹TANDOĞAN, H., C.II, s.135; ÖZ, T., (İnşaat) s. 139; ARAL, F., s. 352,364; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu), s.72-73; DAYINLARLI, K., s.134; AYAN, S.,s.199; KARTAL, B., s. 102.

⁹²TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1241; EREN, F., (Borçlar) s.1061; ÖZ, T., (İnşaat) s.140; KILIÇOĞLU, A. M.; s.508; REİSOĞLU, S., s.326 ; ARAL, F., s. 348; BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.192; DAYINLARLI, K., s.123; AYAN, S.,s. 208;İfanın imkansızlaşması halinde yüklenici imkansızlaşan edimin değeri ile sınırlı olarak sorumlu tutulmalıdır. Buna ilişkin bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.176 vd.; ‘...Mücbir sebep genel olarak sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olgudur. Bu durumda kaçınılmazlıktan söz edilemeyeceğine göre davacının zararının giderilmesinden davalının sorumlu olduğunun kabulü

Esasen yüklenicinin temerrüt nedeniyle kazadan sorumlu tutulmasına BK md.102/f.2’de iki istisna getirilmiştir. Ancak mütemerrit yüklenici bu istisnalardan birinin gerçekleştiğini ispatlasa bile örneğin hiçbir kusuru olmaksızın temerrüde düştüğünü ispatlasa bile BK md.368 uyarınca sorumluluğu devam edecektir. Bu nedenle yüklenicinin BK md.102/f.2’deki imkanlarla sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bununla birlikte doktrinde hâkim görüş, yüklenicinin temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını veya temerrüde düşmeseydi bile eserin hasara uğrayacağını, BK md.368/f.3 hükmü gereğince inşaatın iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple hasara uğradığını ve kendisine düşen bildirim yükümünü zamanında yerine getirdiğini kanıtlaması durumunda BK 368/3 hükmü gereğince masrafları ile yapılan işin bedelini talep edebileceğini kabul etmektedir. Burada dikkat edilecek husus yüklenicinin bu üç şartın birlikte gerçekleştiğini ispatlaması durumunda ancak bu imkândan yararlanabileceğidir. Aksi halde sadece temerrüde düşmede kusurlu olmadığını veya hasarın iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple oluştuğunu ispatlamakla bu yükümlülüğünden kurtulamayacaktır⁹³.

D.Arsa Sahibinin Temerrütten Doğan Seçimlik Hakları

3. Genel Olarak

Yüklenicinin temerrüde düşmüş olması kural olarak borcun devamına bir engel teşkil etmemektedir. Bu nedenle yüklenicinin temerrüde düşmesine rağmen

gerekir...’ Yargıtay HGK. 12.10.1994 tarih ve E.1994/15-265, K.1994/600 sayılı kararı(YKD. C.21, S.1, Ocak 1995, s.8).

⁹³ALTAŞ, H., (Eserin Telef Olması), s.141; KILIÇOĞLU, A. M.; s.508; REİSOĞLU, S., s.327; KOSTAKOĞLU, C., s.739-740; AYAN, S.,s. 209.

eksik bıraktığı inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etme sorumluluğu devam edecektir(BK md.102,106). Sözleşmedeki edim ne ise o ifa edilinceye kadar yüklenici edimini yerine getirmekle yükümlüdür⁹⁴. Bu anlamda arsa sahibi, zamanaşımı süresince mehil verme veya aynen ifayı talep ettiğini bildirme külfeti altında olmaksızın her zaman aynen ifayı talep edebilir. Yüklenici temerrüde düşmüş olması halinde arsa sahibi, sözleşmeyi feshetmeye zorlanamaz. Aynı şekilde yüklenici temerrüde düştükten sonra edimini gereği gibi ifa ederse arsa sahibi de bu ifayı kabul etmek zorundadır⁹⁵.

Bunun yanı sıra yasa koyucu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi karşılıklı borç içeren sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya bahsettiğimiz aynen ifa ve gecikme tazminatını isteme hakkının yanı sıra başka ek olanaklar da tanımıştır⁹⁶. Bu konuda BK md.106/f.2: ‘Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı(...) akdin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa

⁹⁴TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1233; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s. 386; EREN, F., (Borçlar) s.1055; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu), s.72; KILIÇOĞLU, A. M.; s. 506,535;AYAN, S.,s. 172; KARTAL, B., s.100; İNAL, T., s.223; ‘Yüklenicinin temerrüdüne karşın arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmediği bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ihtara rağmen eserin tamamlanıp teslim edilmemesine rağmen arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmeye zorlanamayacağına ve eserin teslim edilmemesinden doğan tazminattan hiçbir indirim yapılmadan arsa sahibine ödenmesine’ dair bkz: Yargıtay 15. H.D. 30.04.2001 tarih ve E. 2001/338, K. 2001/2251 sayılı kararı.

⁹⁵ DAYINLARLI, K., s.73; İNAL, T., s.223.

⁹⁶EREN, F., (Borçlar) s.1065,1070; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.405; UYGUR, T., s.641; ÖZ, T.,(İnşaat) s.148; KILIÇOĞLU, A. M.; s.535; REİSOĞLU, S., s. 333; AYAN, S.,s. 210.

edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep veya akdi feshedebilir' hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi;

a. Aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan(müspet) zararlarının tazminini talep edebilir: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü üzerine aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini artık ifanın kabul edilmeyeceğini bildirerek borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararının tazminini talep edebilir. Aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini inşaatın yapılan kısmını etkilemez, yüklenicinin yerine getirmediği diğer bütün edimleri kapsar. Esasında ifadan vazgeçme talebi taraflar arasındaki sözleşmeyi sona erdirmiş olmaz sadece asıl edim tazminat borcuna dönüşür. Arsa sahibinin müspet zararının hesabında kural olarak aynen ifadan vazgeçtiğini bildirdiği (BK md.107 uyarınca bildirim gerekmeyen durumlarda yüklenicinin temerrüde düştüğü) tarih esas alınacaktır⁹⁷.

Müspet zarar arsa sahibinin ifadaki menfaatidir yani ifa gereği gibi ve vaktinde ifa edilseydi uğramayacak olduğu fiili zararı(gecikmeden doğan zararlar, ifa beklentisi için yapılan harcamalar, seçimlik hakkın kullanılması amacıyla yapılan masraflar, dava giderleri, temerrüt nedeniyle varsa üçüncü kişilere ödenen tazminatlar, cezai şartlar vs.) ile yoksun kalınan kârdır. Buna göre yüklenici ifayı zamanında yerine getirseydi arsa sahibinin malvarlığının olacağı durum ile hâlihazırda malvarlığının bulunduğu durum arasındaki farkı ifade etmektedir.

⁹⁷TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1285-1286; TANDOĞAN, H., C. II, s.140; EREN, F., (Borçlar) s.1074; UYGUR, T., s.644; REİSOĞLU, S., s. 338; HAVUTÇU, A., s.67; DAYINLARLI, K., s. 98-100; AYAN, S.,s. 229-230; KARAHASAN, M. R., C.1, s.516; KARATAŞ, İ., s. 151-152; KARTAL, B., s. 103.

b. Sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir: Yüklenicinin temerrüde düşmesiyle arsa sahibinin sahip olduğu diğer bir seçimlik hak da sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmini talep etmektir. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ve bunun sonuçları konusunda aşağıda ayrıntılı açıklama yapılacağından şimdilik, bu açıklamalara yollama yapmaktayız⁹⁸.

Her ne kadar temerrüdün oluşmasında kusur önemli değilse de temerrüdün sonuçları açısından önemlidir. Bu anlamda temerrüde düşen yüklenicinin yalnızca kusurlu olması durumunda gecikmeden doğan zararı, müspet ya da menfi zararı tazminle yükümlü olacağı düşünülmemelidir. Zira BK md.96; yüklenicinin, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe arsa sahibinin bu zararlarını gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Şu halde yüklenici ancak kusursuzluğunu ispat ederek temerrüdün getirmiş olduğu sorumluluklardan kurtulabilir⁹⁹.

4. Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları Kullanabilmesinin Koşulları

Arsa sahibinin BK md.106 uyarınca kendisine tanınan ek olanaklardan yararlanabilmesi için bazı koşulları yerine getirmiş olması gerekmektedir. Ancak

⁹⁸ Bkz. aşağıda. § 4 /C

⁹⁹TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1286; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.356; EREN, F., (Borçlar) s.1074; UYGUR, T., s.644; REİSOĞLU, S., s. 338; HAVUTÇU, A., s.34-35; DAYINLARLI, K., s.99 ; KARAHASAN, M. R., C.1, s.515. ‘...Kusuru ile temerrüde düşen borçlu B.K. md.96 vd. çerçevesinde alacaklının müspet zararını tazmin ile sorumludur. Borçlunun tazmin sorumluluğundan kurtulabilmesi için borçlu temerrüdüne düşmede kusursuzluğunu kanıtlaması gerekir...’ Yargıtay 15. H.D. 14.10.2005 tarih ve E.5335, K.5448 sayılı kararı(Kazancı Hukuk Otomasyonu).

hemen belirtelim ki arsa sahibi, aynen ifa ile gecikmeden doğan zararların tazminini bu koşullara bağlı olmaksızın her zaman talep edilebilir¹⁰⁰. Zira aslolan borcun aynen ifasıdır. Arsa sahibi kanunun kendisine tanımış olduğu ek olanaklardan yararlanabilmek için yükleniciye uygun bir ek süre (mehil) vermeli ve bu süre sonunda hangi seçimlik hakkını kullandığını derhal bildirmelidir.

d. Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre (Mehil) Verilmiş Olmalıdır

Borçlar Kanunu md.106/f.1 hükmü ile iki taraftan birinin mütemerrit olması halinde, diğer tarafın borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin edeceği veya bu mehlin tayinini hâkimden isteyebileceği düzenlenmiştir. Buna göre mehil, arsa sahibinin mütemerrit yükleniciye inşaatın tamamlanması veya teslim edilmesi için tanıyacağı ek bir süredir. Yüklenici kendisine tayin edilen bu süre içerisinde edimini yerine getirerek temerrütten ve borçtan kurtulabileceği gibi arsa paylarının devrini de talep edebilir. Ancak yüklenicinin bu süre içerisinde de inşaatı tamamlayarak teslim etmemesi halinde arsa sahibi, seçimlik haklarını kullanabilir¹⁰¹.

Mehlin uzunluğu hususunda kanunda bir hüküm bulunmamakla birlikte mehlin 'münasip olması' gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre mehlin uzunluğu, somut olaya göre değişmekle birlikte, iyi niyet kurallarına göre yüklenicinin inşaatın kalan işlerini tamamlayarak inşaatı teslim etmesine imkân verecek uzunlukta olmalıdır. Esasında yüklenici inşaatın kalan işleri bitmeye ne kadar yakınsa o kadar kısa ne kadar uzaksa o kadar uzun bir mehilden yararlanma hakkına sahiptir. Bu durum haklı olarak eleştirilmekteyse de temerrüt halinde bulunan yüklenicinin

¹⁰⁰ K.g. KARTAL, B., s. 90.

¹⁰¹ OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.402; TANDOĞAN, H., C. II, s.118; SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.462-463; EREN, F., (Borçlar) s.1066; YAVUZ, C., s.338.

gecikmeden doğan zararı tazmin sorumluluğu da düşünüldüğünde bu durumun hakkaniyete aykırı olmadığı söylenebilir¹⁰².

Bununla birlikte yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibinin mehil tayin etmesi hususunda belirli bir zaman sınırlaması yoktur. Şu halde arsa sahibi dürüstlük kuralları çerçevesinde her zaman için borçluya mehil tayin etmek suretiyle buna bağlanan sonuçlardan yararlanabilir meğerki yüklenicinin temerrüt hali son bulmuş olsun¹⁰³.

Mehlin sonuç doğurabilmesi için arsa sahibinin mehlin tüm hukuki sonuçlarını belirtmesi gerekmemektedir. Fakat yükleniciden edimini belirli bir süre içerisinde yerine getirmesine ilişkin talebi açık ve kesin olarak içermelidir. Tayin

¹⁰²TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1264-1266; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.403-404; EREN, F., (Borçlar) s.1067-1068; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu), s.71; KILIÇOĞLU, A. M.; s.502; REİSOĞLU, S., s. 335; HAVUTÇU, A., s.46; DAYINLARLI, K., s. 88; KARAHASAN, M. R., C.1, s.490; AYAN, S.,s.217; ERGEZEN, M., s.104; Doktrinde alacaklının uygun sayılmayacak kadar kısa bir süre tayin ettiği hallerde bile kendiliğinden uygun bir sürenin işlemeye başlayacağı da savunulmaktadır, bkz. TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1266.

¹⁰³TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1267; EREN, F., (Borçlar) s.1068; KILIÇOĞLU, A. M.; s.503; HAVUTÇU, A., s.49; DAYINLARLI, K., s. 88; KARAHASAN, M. R., C.1, s.490; Ancak arsa sahibinin aradan çok uzun zaman geçtikten sonra süre verip ek haklarını kullanması halinde, İsviçre Federal Mahkemesinin arsa sahibinin bu haklarını kullanmaktan vazgeçmiş sayılmasına, bu durumda B.K. md.369'un uygulama alanı bulacağına ilişkin kararları için bkz. KARTAL, B., s. 88-89.

edilen mehilin başlangıcı veya bitimi belirli bir tarih olarak tespit edilebileceği gibi hesaplanabilir bir süre olarak da belirlenebilir¹⁰⁴.

Arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için münasip bir mehil tayin edilmesi kuralda bazı hallerde mehil tayin edilmeksizin de bu hak kullanılabilir.

e. Ek Süre(Mehil) Verilmesini Gerektirmeyecek Durumlar Bulunmalı veya Ek Süre(Mehil) Sonuçsuz Kalmış Olmalıdır

BK md.107'de arsa sahibinin hangi hallerde mehil vermeksizin seçimlik haklarını kullanabileceğini düzenlemektedir. Bu maddede sayılan hallerin varlığı halinde arsa sahibi yüklenicinin temerrüdünün doğumuyla birlikte seçimlik haklarını kullanabilecek ayrıca özel koşullar aranmayacaktır¹⁰⁵. Ek süreye gerek olmayan hallere kısaca değinecek olursak.

ee. Yüklenicinin Davranışlarından Mehilin Etkisiz Kalacağıın Anlaşılması

BK md.107/b.1'de düzenlenen bu hal uyarınca şayet mehil verilse bile yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağı veya tamamlayamayacağı anlaşılıyorsa yükleniciye mehil verilmeksizin de arsa sahibi seçimlik haklarını kullanabilir. Burada önemli olan yüklenicinin kendi davranışlarıyla mehilin yararsız veya etkisiz kalacağını ortaya koymasındır aksine sürenin faydasız kalacağına ilişkin tereddüt veya tahminler mehil verilmesine ilişkin şartı ortadan kaldırmaz. Yüklenicinin önceden

¹⁰⁴ HAVUTÇU, A., s.45; DAYINLARLI, K., s. 87; KARAHASAN, M. R., C.1, s.189.

¹⁰⁵TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1268; ÖZ, T., (İnşaat) s.142; KILIÇOĞLU, A. M.; s.504; REİSOĞLU, S., s. 335; KOSTAKOĞLU, C., s.734-735; KARTAL, B., s. 91.

haber vererek, ihtar çekerek vb. şekilde açık ve ciddi olarak inşaatı tamamlamayacağını ifade etmesi veya yüklenicinin kaçması, iflas etmesi nedeniyle inşaatı tamamen durdurması gibi davranışlarından böyle bir durumun anlaşılacağı hallerde arsa sahibinin artık yükleniciye mehil vermesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu durumda arsa sahibi mehil vermek zorunda olmaksızın ve fakat bildirim yükümünü yerine getirmek suretiyle ifadan vazgeçebilir veya sözleşmeden dönebilir¹⁰⁶.

ff. Temerrüt Nedeniyle Arsa Sahibi Bakımından Edimin Yararsız Hale Gelmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüt nedeniyle bağımsız bölümlerin arsa sahibi açısından yararsız hale gelmesi hayatın olağan akışı içerisinde son derece güçtür. Arsa sahibi kararlaştırılan tarihten sonraki bir tarihte de yine bağımsız bölümlere kavuşarak bunlardan faydalanabilir. Zira ülkemiz gibi konut ihtiyacının sürekli arttığı ülkelerde konut her zaman bir talep unsuru olmaktadır. Bu anlamda arsa sahibi açısından bağımsız bölümlerin faydasız kalması çok istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu gibi hallerin oluşması durumunda da arsa sahibi mehil tayin etmeye gerek duymaksızın seçimlik haklarını kullanabilecektir¹⁰⁷.

¹⁰⁶TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1269; EREN, F., (Borçlar) s.1068; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.420; KILIÇOĞLU, A. M.; s.504; REİSOĞLU, S., s. 335; HAVUTÇU, A., s.50-51; DAYINLARLI, K., s. 90; AYAN, S.,s. 220; ERGEZEN, M., s.104; KARTAL, B., s.92. Bu konuya ilişkin örnek Yargıtay kararları için bkz. KARAHASAN, M. R., C.1, s.493-495.

¹⁰⁷AYAN, S., s. 221; KARTAL, B., s. 94.

gg. Kesin Vadenin Kararlaştırılmış Olması

Kesin vade, belirli vadeden farklı belirli bir gün ya da sürenin kararlaştırılmış olması yeterli olmadığı, borcun mutlaka belirlenen gün veya mutlaka belirli bir güne kadar ifa edilmesinin kararlaştırıldığı vadeyi ifade etmektedir¹⁰⁸. Kesin vade için, ifanın yapılması gereken tarih kesin ve açık olarak belirtilmeli ve tarafların ifanın mutlaka bu zamanda yapılması gerektiğine ilişkin iradeleri bulunmalıdır. Kesin vadeli sözleşmelerde alacaklı borcun vadesinde ifasına belirli vadedekinden çok daha büyük önem vermektedir. Bu nedenle kesin vadeli işlemlerde hem ihtar hem de mehle gerek kalmaksızın yüklenici temerrüde düşer. Buna karşın belirli vadeli sözleşmelerde mehil tayinine gerek duyulmaktadır. Uygulamada genellikle belirli vadenin yanı sıra kesin olarak, mutlaka, en geç, nihayet gibi ibareler koyularak borcun tam bu tarihte ifa edilmek zorunda olduğu yani vadenin kesin olduğu anlatılmak istenilmektedir. Ancak bu gibi ibareler bulunmamakla birlikte taraf iradelerinden kesin vadenin kararlaştırılmış olduğu anlaşılan -örneğin arsa sahibini mehil vermekten kurtaran ya da temerrüt halinde borcun ifasının kabul

¹⁰⁸TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1272; EREN, F., (Borçlar) s.1069; TANDOĞAN, H., Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler(Orantılı Ücret), BATİDER 1981/1, s.14; SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.464; Yüklenicinin inşaatı 36 ayda bitirmeyi taahhüt arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kesin süreli kabul edilmesine ilişkin bkz. Yargıtay H.G.K 09.10.1991 tarih ve E.1991/15-340, K.1991/467 sayılı kararı. Kesin vadeye ilişkin örnek Yargıtay kararları için bkz. KARAHASAN, M. R., C.1, s. 497-501.

edilmeyeceğinin ifade edildiği sözleşmelerde de kesin vadenin bulunduğunu söyleyebiliriz¹⁰⁹.

hh. Dürüstlük Kuralı Gereğince Arsa Sahibinin Mehil Vermesinin Beklenememesi

BK. md.107'de sayılmamakla birlikte dürüstlük kuralı uyarınca mehil vermesinin kendisinden beklenemeyeceği hallerde de mehle gerek kalmaksızın, arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Zaten bu duruma ilişkin soyut ve teorik kurallar koymak mümkün de değildir. Bu nedenle somut olayın özellikleri ve menfaat dengesi değerlendirilerek arsa sahibinin mehil tayin etmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı halleri bu kapsamda değerlendirmeli ve temerrüt üzerine arsa sahibinin ifadan vazgeçme veya sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu kabul edilmelidir.¹¹⁰

Mehil verilmesini gerektiren durumlarda bu sürenin dolması üzerine, mehil verilmesine gerek bulunmayan hallerde ise yüklenicinin temerrüde düşmesiyle birlikte en azından arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümler ve ortak alanlar teslim edilmemişse arsa sahibi derhal bildirerek seçimlik haklardan dilediğini kullanabilir¹¹¹.

¹⁰⁹TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1273; EREN, F., (Borçlar) s.1069-1070; SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.464; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.422; ÖZ, T., (İnşaat) s.143; KILIÇOĞLU, A. M.; s.505; REİSOĞLU, S., s. 336; HAVUTÇU, A., s.53-56; AYAN, S.,s. 221; DAYINLARLI, K., s. 90; ERGEZEN, M., s.105; KARTAL, B., s. 95; Bu konuya ilişkin örnek Yargıtay kararları için bkz. KARAHASAN, M. R., C.1, s. 497-501.

¹¹⁰AYAN, S.,s.223-224.

¹¹¹AYAN, S.,s. 224.

f. Arsa Sahibi Seçimlik Hakları Derhal Kullanmalıdır

Borçlar Kanunumuz arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilmesini herhangi bir süre ile sınırlandırmamışken diğer seçimlik hakların kullanılması konusunda ‘derhal’¹¹² ölçütü getirmiştir. Derhal sözcüğü somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralı esas alınarak bildirim makul olan en kısa zamanda yapılmasını ifade eder. Buna göre arsa sahibi, mehilden sonra hangi hakkı kullandığını makul olan en kısa sürede bildirmelidir aksi halde seçimlik haklarını kaybeder¹¹³ ve karineten aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını talep etmiş sayılır¹¹⁴.

¹¹²Arsa sahibinin aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı veya cezai şart isteminin tamamını her zaman talep edeceği kabul edilirken (bkz. dn. 64,75); seçim hakkını mümkün olan en kısa zamanda kullanması gerektiği kabul edilmektedir. Aksi halde arsa sahibi yükleniciye zarar vermek yahut borcu ağırlaştırarak kendine çıkar sağlamak kastı ile hareket ettiği hallerde M.K. md.2 uyarınca hakkın açıkça kötüye kullanılması gündeme gelecektir. Bu durumda arsa sahibinin isteyebileceği tazminatın yüklenicinin temerrüdü gününde verilmesi gereken normal mehlin bitimindeki rayiç değerler üzerinden tespit edilecek zararlardan ibaret olduğuna ilişkin bkz. KARTAL, B., s. 88-89; SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu), s.75. Ayrıca bkz. Yargıtay 13. H.D. 27.04.1987 tarih ve E.1987/1346, K.1987/2534 sayılı kararı(YKD, C.15, S.1, Ocak 1989, s.64-65).

¹¹³Ancak bu durum mutlak değildir doktrinde de genel olarak kabul edildiği üzere alacaklı ikinci bir ek süre tanıyarak sonrasında seçimlik haklarını kullanabilir. Bildirimin geçersiz olduğu hallerde de durum böyledir. TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1278; ÖZ, T., (İnşaat) s.144; UYGUR, T., s. 642; KILIÇOĞLU, A. M.; s.536; REİSOĞLU, S., s. 339; HAVUTÇU, A., s.62; DAYINLARLI, K., s. 84; AYAN, S.,s. 225; KARAHASAN, M. R., C.1, s. 502; ERGEZEN, M., s.106; KARTAL, B., s. 96. Dönme hakkının iyi niyet kurallarına aykırı olarak geciktirildiği hallerde Yargıtay –bizce de haklı olarak- gerek iadenin kapsamı gerekse menfi zararın hesaplanması

Arsa sahibinin yaptığı derhal bildirim nitelik itibarıyla varması gereken yenilik doğuran bir işlem olmakla birlikte ihtar ve mehilden farklı olarak hukuksal bir işlemdir. Ayrıca arsa sahibinin bildirimini mehille ve hatta ihtarla birlikte yapmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır¹¹⁵.

Arsa sahibinin seçimlik haklarını derhal kullanması öngören bu koşul tereddütleri gidermeyi ve menfaatler dengesini korumayı amaçlamaktadır. Böylece arsa sahibi bildirimini geciktirerek yüklenicinin gecikmeden doğan zararlardan ve diğer tazminatlardan sorumluluğunu artıramayacağı gibi enflasyon vb. fiyat hareketlerinden kaynaklanan haksız kazançlar da elde edemeyecektir¹¹⁶.

BK md.107 uyarınca ifa için süre tayinine gerek bulunmayan hallerde arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için derhal bildirimde gerek bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır¹¹⁷. Kanaatimizce temerrüt halinde borcun

bakımından dönme hakkının iyi niyet kurallarına göre kullanılması gerektiği tarihi esas almaktadır. Bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.76.

¹¹⁴TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1276; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.407; EREN, F., (Borçlar) s.1072; KILIÇOĞLU, A. M.; s.536; HAVUTÇU, A., s.60; BUZ, V.,(Dönme), s.271; DAYINLARLI, K., s. 101-102; KARAHASAN, M. R., C.1, s.502. Konuya ilişkin örnek Yargıtay kararları için bkz. KARAHASAN, M. R., C.1, s. 502-512.

¹¹⁵Yenilik doğuran hakların kullanıldığı tek taraflı hukuki işlem, yenilik doğuran işlem olarak adlandırılmaktadır. Ancak bildirim dönme beyanı niteliğinde ise dönme beyanı bir hukuksal işlem değil hukuki işlem benzeri bir irade beyanıdır. Buna ilişkin bkz. aşağıda. § 4 /A.3.

¹¹⁶TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1280; TANDOĞAN, H., C. II, s.140; KILIÇOĞLU, A. M.; s.536.

¹¹⁷Bu konuda ileri sürülen ilk görüş derhal bildirim arsa sahibinin seçimlik hakları kullanmasının zorunlu şartı olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş uyarınca kanun koyucu BK.107. maddede

ifasının kabul edilmeyeceğinin kararlaştırıldığı kesin vadeli(mutlak kesin vade) sözleşmeler ve dürüstlük kuralları uyarınca arsa sahibinin bildirim yapmasının beklenemeyeceği haller ayırık kalmak koşuluyla hem oluşabilecek tereddütleri gidermek hem de yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştırmamak adına arsa sahibi, seçimlik hakkını kullandığına ilişkin bildirim derhal yapılmalıdır.

belirtilen hallerde alacaklıyı sadece mehil tayin etme zorunluluğundan muaf tutmuştur bu nedenle arsa sahibinin bildirim yapma zorunluluğu devam etmektedir demektir(TANDOĞAN, H., C. II, s.139-140; EREN, F., (Borçlar) s.1072; KARTAL, B., s. 97-98). Bir diğer görüş süre tayinine gerek olmayan hallerde bildirim de gerek olmadığına ilişkindir(TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1283; HAVUTÇU, A., s.64-65). Son görüş ise mehil verilmesini gerektirmeyen haller için bir ayırım yapmaktadır. Buna göre yüklenicinin davranışlarından mehilin faydasız kalacağı anlaşılan hallerde bildirim yapmak gerekirken diğer haller için bildirim şartı aramamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar arasında borçlunun BK md.107 uyarınca temerrüde düşmesi halinde alacaklının dönme hakkını kullandığının varsayılması, şayet alacaklı ifadan vazgeçerek müspet zararı isteyecekse ancak bunun derhal bildirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s. 424

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

§ 4 – SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE HUKUKİ SONUÇLARI

E. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme

4. Sözleşmeden Dönme Hakkı ve Benzer Kurumlardan Farkı

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin doğal sona erme biçimi muhakkak ki bu ilişkiden doğan borçların tümüyle ve uygun ifa edilmesidir. Ancak borçlunun borcunu hiç veya zamanında yerine getirmediği durumlarda alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı gibi sözleşmeyi sona erdiren bazı ‘olağanüstü hak’lar tanınmıştır. Bu anlamda alacaklı, sahip olduğu bu hakka dayanarak tek taraflı bildirimle sözleşmenin kurulmasından önceki durumun tesisini sağlayabilmektedir¹¹⁸.

Sözleşmeden dönme nedeninin ortaya çıkmasıyla birlikte arsa sahibi, adeta bizzat ihkakı hak ayrıcalığı ile güçlendirilmiş bulunmakta ve tek taraflı iradesiyle

¹¹⁸OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T., s. 411; SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, s.120; SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.208; KILIÇOĞLU, A. M., s.63; ÖZ, T., (Dönme),s.24; BUZ, V., (Dönme), s.65; ERTAŞ Şeref: Bir Sözleşmenin Haklı veya Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan Ankara 2008 s.391-392; DAYINLARLI, K., s.103; AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi Ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, s.50.

kimsenin fikir veya rızasını almak zorunda olmaksızın sözleşmenin kurulmasından önceki durumun tesisini sağlayabilecektir¹¹⁹.

Sözleşmeden dönme hakkının tam anlamıyla kavranabilmesi için benzer kurumlar olan fesih, iptal, geri alma ve cayma haklarından ayırt edilmesi gerekir¹²⁰. BUZ' un da –haklı olarak- ifade ettiği üzere bu konuda gerek doktrin gerekse yanlış çeviriler nedeniyle kanun hükümlerinde tam bir kavram kargaşası hâkimdir¹²¹. Uygulamada da bu kargaşayı açık şekilde görmek mümkündür. Zira Yargıtay fesih hakkı için ileriye etkili fesih, dönme hakkı içinse geriye etkili fesih tabirlerini

¹¹⁹ SEROZAN, R., (2007), s.44; Aynı yönde SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.208; AYAN, S.,s.252.

¹²⁰Buraya bir de rucü kavramının eklemesi gerektiği de düşünülebilir. Ancak her ne kadar rucü, bazen geri alma yerine kullanılıyor olsa da esasında dönmeyi ifade etmektedir. Bu konuda Öz: dönme teriminin dilimize yerleşmesi nedeniyle rucü'nun artık gereksizleştiğini ifade etmektedir. Bkz. ÖZ, T., (Dönme),s.25.

¹²¹BUZ, V.,(Dönme), s.79; Yazar kaynak İsviçre Borçlar Kanununun dönmeyle ilişkin hükümlerinin neredeyse tamamının dilimize fesih olarak çevrildiğini, bunun yanı sıra kanunda aynı hüküm içerisinde bile farklı farklı terimler kullanıldığını ifade etmiştir. Örneğin, sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen temel hüküm niteliğindeki B.K. md.108'in kenar başlığı fesihten, madde metninde ise rucüdan söz edilmektedir. Aynı yönde görüş için bkz. SEROZAN, R., (2007), s.113-114; ÖZ, T., (Dönme),s.25,27. Esasında BK'nda dönme kelimesi –md.3 hariç- hiç kullanılmamış tüm borç ilişkileri için fesih kelimesi kullanılmıştır. Hangi hükümlerde fesih hangilerinde dönmenin kastedildiğine ilişkin bkz. ÖZ, T., (Dönme),s.27; Bu konudaki çeviri yanlışları için ayrıca bkz. SEROZAN, R., (2007), s.121-122.

kullanılmaktadır¹²². Bu nedenlerle bu haklar arasındaki temel farklılıklara kısaca değinmek istiyoruz.

Sözleşmeden dönme hakkı ile en çok karıştırılan hak fesih hakkıdır. Ancak fesih hakkı dönme hakkından farklı olarak sürekli borç ilişkilerini ileriye yönelik sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Oysa dönme hakkı ani edimli borç ilişkilerini sona erdiren bir haktır¹²³. Fesih halinde sadece tarafların ifa etmedikleri edimler sona ermekte ancak daha önceden doğan haklar ve borçlar ile yerine getirilen edimler geçerliliğini koruduğu için bunlara ilişkin herhangi bir iade yükümü söz konusu olmamaktadır. Bu anlamda fesih hakkı; dönme hakkından gerek doğurduğu hukuki sonuçlar gerekse sona erdirdiği borç ilişkileri bakımından farklılık arz etmektedir¹²⁴.

¹²²Yargıtay'ın hemen hemen tüm kararlarında bu ifadeler kullanılmaktadır.'(...)sözleşmenin ileriye dönük olarak feshi gerekir(...)' Yargıtay 15. H.D. 10.10.1991 tarih ve E.1446, K.4707 sayılı kararı;'(...)sözleşmenin geriye mi yoksa ileriye mi dönük olarak feshinin gerektiği belirlenerek(...)' Yargıtay 15. H.D. 28.05.1991 tarih ve E.222, K.2790 sayılı kararı;'(...)sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshedilmelidir(...)'geriye yönelik olarak akdin feshi yanlıştır(...)'Yargıtay 15. H.D. 17.02.1985 tarih ve E.2185, K.4284 sayılı kararı(kararlar için bkz. KARAHASAN, M. R., C.1, s.555-556).

¹²³OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.418-419; SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.215; SEROZAN, R., (2007), s.118-120; BUZ, V.,(Dönme), s.81; ERGEZEN, M., s.50. DUMAN, İlker Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008, s.413-414; KARAHASAN, M. R., C.1, s. 522-524; Fesih hakkına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.215vd.; SEROZAN, R., (2007), s.113vd.

¹²⁴OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T. s.410-411; SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.214-215; SEROZAN, R., (2007), s.118; ÖZ, T., (Dönme),s.29; KILIÇOĞLU, A. M.; s.63; BUZ, V.,(Dönme), s.82-83; ERGEZEN, M., s.52; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.51-52.

Bunun yanı sıra dönme hakkının kullanılması için sözleşmeye aykırı bir davranışın bulunması gerektiği halde, fesih hakkında tarafların herhangi bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi sona erdirebileceği kabul edilmektedir¹²⁵. Yine doktrinde bu hakların kullanılması ile birlikte talep edilebilecek zararın türü bakımından da bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre fesih halinde müspet zarar, dönme hakkıyla birlikte menfi zarar talep edilebilecektir¹²⁶.

Dönme hakkı iptal hakkı ile de sıkça karıştırılmaktadır. Hâlbuki iptal hakkı daha baştan irade fesadı ile sakat(geçersiz veya askıda geçerli) bir hukuki işlemi geçmişe yönelik olarak sona erdiren yenilik doğuran bir haktır¹²⁷. Görüldüğü üzere iptal hakkı genellikle tarafların özgür iradelerinin doğru teşkil etmesini sağlamak amacıyla sözleşmenin kuruluş aşamasında ortaya çıkan bir hak iken; dönme hakkı sözleşmenin ifa aşamasında ortaya çıkmaktadır. Ayrıca iptal hakkı borç ilişkileri için

¹²⁵SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.112,132; SEROZAN, R., (2007), s.120-121; BUZ, V.,(Dönme), s.83-84. Ancak doktrinde feshin ancak haklı bir sebebe dayanılarak kullanılacak bir türünün olduğu da ifade edilmektedir. Buna göre fesih, her hangi bir sebebe dayanmaksızın kullanılabilen olağan fesih ve ancak haklı sebeplerle kullanılabilen olağanüstü fesih olarak ikiye ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, Ö.,(Sürekli Borç İlişkileri),s.131vd., 156vd.

¹²⁶OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T. s.411; SEROZAN, R., (2007), s.121; ÖZ, T., (Dönme),s.29-30; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.52. K.g. için bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.84-85.

¹²⁷OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T. s.102; EREN, F., (Borçlar) s.309; SEROZAN, R., (2007), s.144-146; ÖZ, T., (Dönme),s.24,dn.4; KILIÇOĞLU, A. M.; s. 62; BUZ, V.,(Dönme), s.86.

ancak kanun tarafından öngörülebilir ve hak düşürücü süreye bağlı bir haktır. Oysa dönme hakkı iradi olabilen bir haktır ve herhangi bir süreyle de bağlı değildir¹²⁸.

Sözleşmeden dönme hakkının karıştırıldığı bir diğer hak da geri alma hakkıdır. Ancak geri alma hakkı genel olarak irade beyanları açısından öngörülmüş bir haktır¹²⁹. Bu anlamda geri alma hakkı, irade sahibinin bulunduğu irade beyanını geri almasını sağlayan başka bir deyişle irade beyanının sonuç doğurmasını engelleyen bir haktır. Taraf menfaatlerini dengeleme amacı güden dönme hakkından farklı olarak geri alma hakkı; *Serozan*'ın ifadesiyle "kendi önemli çıkarı açısından özel himayeye layık bulunan tarafa, daha baştan sözleşme ilişkisini koparma ayrıcalığı tanımaktadır". Ayrıca geri alma hakkının kullanılması; ihtar, mehil gibi formalitelere de bağlı değildir¹³⁰.

Bunların yanı sıra sözleşmeden dönme hakkının bir türü olmasına karşın cayma hakkı da farklı niteliktedir. Zira cayma hakkı, sözleşme ilişkisine yönelik etkileri bulunan dönme hakkının tasarruf işlemine etkili kılınmış türüdür. *Serozan*'a

¹²⁸OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T. s.100-101; SEROZAN, R., (2007), s.146; KILIÇOĞLU, A. M.; s. 62; BUZ, V.,(Dönme), s.88. İptal hakkı konusunda detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T. s.100 vd.; EREN, F., (Borçlar) s.369vd.

¹²⁹ ÖZ, T., (Dönme),s.24,dn.4; BUZ, V.,(Dönme), s.89-90. Ayrıca geri alma hakkını; satıcıya daha önceden satmış ve devretmiş olduğu malı sonradan tekrar geri alma hakkı sağlayan vefa anlamındaki geri alım hakkı ile de karıştırmamak gerekir.

¹³⁰SEROZAN, R., (2007), s.124-125; BUZ, V.,(Dönme), s.91. Geri alma hakkı konusunda geniş bilgi ve örnekler için bkz. SEROZAN, R., (2007), s.123 vd.

göre esasında cayma hakkı pratik ve ampirik düşüncelerle dönme hakkının tasarrufi etkisini vurgulamaktan öteye geçmemektedir¹³¹.

Ayrıca dönme hakkının; bahsedilen bu haklardan farklı olarak münhasıran tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından söz konusu olacağını da unutmamak gerekir¹³².

5. Sözleşmeden Dönme Hakkının Görevi ve Amacı

Karşılıklı sözleşme ilişkilerinde dönme hakkıyla elde edilmek istenen bir takım amaçlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki taraflar arasında sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olan ve sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle bozulan dengenin denkleştirici adalet anlayışı çerçevesinde tekrar kurulmasını sağlamaktır. Bu anlamda

¹³¹SEROZAN, R., (2007), s.137,139. ÖZ; Cayma hakkını bağımsız bir kurum olarak değil yalnızca dönme hakkının tasarruf işlemine olan doğrudan etkisini ifade etmek için kullanılan bir kavram olarak kabul etmektedir. ÖZ, T., (Dönme),s.25,dn.6; Cayma hakkı hukukumuzda Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu(md.58),Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(md.8) ile TTK'nin pek çok maddesinde düzenlenmiştir. Fakat Serozan bu kurallarda aslında fesih, dönme ve geri almanın karşılığı olarak yanlışlıkla cayma hakkından bahsedildiğini ifade etmektedir. Bkz. SEROZAN, R., (2007), s.142-143; SEROZAN, R., Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004,s.202-203; BUZ, V.,(Dönme), s.70-71.

¹³²BUZ, V.,(Dönme), s.83; DAYINLARLI, K., s.102; KARAHASAN, M. R., C.1, s.521. '(...)B.K. md.106 karşılıklı borçları kapsayan yani birisi öbürünün karşılığı olan borçlardan meydana gelen akitlerde taraflardan birisinin bu karşılıklı borçlardan birisini yerine getirememesi halinde belli şartlar altında diğer tarafın akdi feshetmesini öngörmektedir. Buna göre akitten doğan ve fakat biri öbürünün karşılığı bulunan borçlardan başka olan bir borç yerine getirilmezse bu durum BK md. 106 uyarınca akdin feshi hakkını vermez(...)'Yargıtay H.G.K.. 06.03.1963 tarih, E. 6-13, K.23 sayılı kararı.K.g. için bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.100 dn. 157.

sözleşmeden dönmenin etkilerinden sadece alacaklı değil borca aykırı davranan borçlu da yararlanır ve taraflar arasında adil bir dengenin kurulması sağlanır. Bunun gerçekleşebilmesi için sözleşmeden dönme; edim ve karşı edim yükümlerini tamamen ortadan kaldırmakta ve sözleşmenin kurulmasından önceki durumun (status quo ante'nin) tekrar tesisini amaçlamaktadır. Sözleşmeden dönmenin bu asli amacını gerçekleştirilmesinde yetersiz kalması durumunda ise, alacaklıya menfi zararlarını talep etme hakkı da tanınmıştır. Bu talep hakkı borçlu açısından, edim alacağından yoksun kılan ve elde ettiği edimleri iade yükümü doğuran dönme işleminden ayrı bir yaptırım niteliği de taşımaktadır¹³³.

Doktrinde sözleşmeden dönmenin sözleşmenin ifa edilmediği defini tamamlayan ve bu definin ifa sonrasına uzanan bir uzantısı olduğu ifade edilmektedir. Buna göre sözleşmeden dönme hakkı, kendi edimini daha önce yerine getirdiği için bu definin hakkını ileri süremeyen tarafa verilmiş bir haktır. Ancak bu hak sözleşmenin ifa edilmediği definin gibi geçici ve şarta bağlı değil aksine sözleşmeyi tümüyle ortadan kaldırabilen bağımsız bir haktır¹³⁴.

Bunun yanı sıra sözleşmeden dönme borçlu tarafından yerine getirilmediği halde henüz sona ermediği için alacaklının hala, bağlı olduğu sözleşme ilişkisinden alacaklıyı kurtarmaktadır. Böylece alacaklıya başka tasarruflarda bulunma özgürlüğünü tekrar kazandırmaktadır. Başka bir ifadeyle alacaklı ihtiyacı olan mal veya hizmeti bağlı olduğu ancak borçlunun davranışları nedeniyle elde edemediği sözleşme ilişkisi yerine başka sözleşmeler yaparak temin etme hakkını yeniden

¹³³SEROZAN, R., (2007), s.40-41; BUZ, V.,(Dönme), s. 66,78-79; AYAN, S.,s. 254; ERGEZEN, M., s.121; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.50.

¹³⁴SEROZAN, R., (2007), s.40; BUZ, V.,(Dönme), s. 66-67.

kazanmaktadır. Şu halde sözleşmeden dönme hakkı, taraflar arasındaki güvenin sarsılıp yıkıldığı hallerde alacaklıyı sözleşme ilişkisine sonunda dek bağlı kalma kuralından kurtararak, başka sözleşmeler yapma imkânını tekrar sağlamaktadır¹³⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de yüklenicinin inşaatı zamanında tamamlayarak teslim etmemesi halinde sözleşmenin başında kurulan denge arsa sahibi aleyhine bozulmaktadır. Bu durumda arsa sahibini sözleşmeyle bağlı tutmak somut sözleşme adaleti ile bağdaşmayan, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına yol açacaktır. İşte inşaatın zamanına teslim edilmemesi nedeniyle dengenin bozulduğu bu hallerde sözleşmeden dönme, arsa sahibini sözleşmeden kurtardığı gibi onun daha fazla zarar görmesini ve başka sözleşmeler yapma imkânından yoksun kalarak mağdur olmasını da engellemektedir. Ayrıca bu tür sözleşmelerde sırf sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla eski halin tesisi mümkün olmadığından bunu sağlamak maksadıyla arsa sahibine menfi zararlarının tazminini talep hakkı da tanınmıştır¹³⁶.

6. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukuki Niteliği

Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin kurulmasından önceki durumun yeniden tesisini sağlayan tek taraflı¹³⁷,

¹³⁵SEROZAN, R., (2007), s.42; BUZ, V.,(Dönme), s. 67-68.

¹³⁶SEROZAN, R., (2007), s.41-42; BUZ, V.,(Dönme), s.79.

¹³⁷Arsa sahibi birden fazla ise dönme beyanının da hepsi tarafından yapılması gerektiği unutulmamalıdır. ‘(...)Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tüm paydaşların katılımı ile yapılması gerektiği gibi feshin de tüm paydaşların katılımı ile istenmesi gerekir(...)’ Yargıtay 15. H.D. 17.07.2007 tarih ve E.2006/3586, K.2007/4883 sayılı kararı(Kazancı Hukuk Otomasyonu); Alacaklı ve borçlu sıfatının birden fazla olması halinde dönme hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin ayrıca

varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan ve şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir haktır¹³⁸.

Kullanılmakla tarafların hukuki durumlarında bir değişiklik yaratan dönme hakkının nitelik bakımından yenilik doğurucu bir hak olduğu hususu tartışmasızdır. Yenilik doğuran hak, tek taraflı irade beyanı ile karşı tarafın hukuki alanında bir değişikliğe yol açma yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmeden dönme de tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilen, soyut ve gizil(potansiyel) bir yenilik doğuran haktır. Ayrıca kimi yazarlara göre sözleşme ilişkisini sona erdirici(çözücü) etkisi olan olumsuz nitelikte bir yenilik doğuran hak olması nedeniyle sözleşmeden dönme; özellikle bozucu yenilik doğuran hakların prototipini oluşturmaktadır¹³⁹. Bu bağlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme hakkı da yenilik doğuran haklardan olması sebebiyle sözleşme ilişkisine doğrudan etkide bulunmakta ve yükleniciye varmakla hukuki sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır¹⁴⁰.

bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.292vd.; Dönmenin bölünmezliği hakkında bilgi için bkz. SEROZAN, R., (2007), s.457-460.

¹³⁸EREN, F., (Borçlar) s.1075; SEROZAN, R., (2007), s.58; SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.210; ÖZ, T.,(Dönme), s.31; DAYINLARLI, K., s.103; BUZ, V.,(Dönme), s. 65,75; BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005,s.302; AYAN, S.,s. 252; DUMAN, İ.H., (2008), s.418; ERGEZEN, M., s.51.

¹³⁹ÖZ, T.,(Dönme), s.34; BUZ, V.,(Dönme), s.72-74; BUZ, V.,(Yenilik Doğuran Haklar) s.302; Yenilik Doğuran Haklar konusunda detaylı bilgi için bkz. BUZ, V.,(Yenilik Doğuran Haklar) s.302; SEROZAN, R., (2007), s.43-58.

¹⁴⁰SEROZAN, R., (2007), s.46-48; DAYINLARLI, K., s.103.

Ayrıca sözleşmeden dönme hakkı bağımlı yenilik doğuran haklar sınıfına girmektedir. Bu nedenle bu hak sözleşme ilişkisine sıkı sıkıya bağlıdır. Hatta doktrinde alacak hakkı devredilse bile dönme hakkının devredilemeyeceği ve devreden şahısta kalacağı kabul edilmektedir¹⁴¹.

F.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkının Kullanılması

Sözleşmeden dönme hakkı dönme beyanı ile kullanılır. Bu beyan hukuki işlem benzeri bir irade beyanıdır. Yenilik doğuran hakların kullanıldığı tek taraflı hukuki işlemler yenilik doğuran işlem olarak adlandırılmaktadır. Tek taraflı hukuki işlemlerin kapsamına hukuki işlem benzeri irade beyanları da dâhil edildiği için dönme beyanı da yenilik doğuran bir işlem olarak nitelenmektedir. Ayrıca Serozan dönme beyanını sözleşme ilişkisine etki eden yenilik doğuran bir işlem olarak geniş anlamda tasarruf işlemi olarak da nitelemektedir¹⁴².

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması açısından hak sahibi, yüklenicinin ifade temerrüde düştüğü edimin alacaklısı olan arsa sahibidir. Arsa sahibi bizzat veya yetkili bir temsilci marifetiyle dönme beyanında bulunabilir. Ancak yetkisiz bir temsilci tarafından böyle bir beyanda bulunulması mümkün değildir. Bu nedenle dönme beyanının yetkisiz biri tarafından yapıldığı hallerde daha sonra icazet verilerek de olsa bu beyanın geçerli hale getirilmesi mümkün değildir¹⁴³.

¹⁴¹SEROZAN, R., (2007), s.48,452; BUZ, V.,(Dönme), s.301. Dönme hakkının temlik konusunda bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.300 vd.

¹⁴²SEROZAN, R., (2007), s. 46-47,59; BUZ, V.,(Dönme), s.71,73; KOSTAKOĞLU, C., s.733.

¹⁴³SEROZAN, R., (2007), s.453; BUZ, V.,(Dönme), s. 285.

Sözleşmeden dönme hakkı da yenilik doğuran bir hak olmakla yenilik doğuran haklara ilişkin esaslara tabidir. Buna göre hak sahibinin salt dönme beyanında bulunması üzerine hukuksal etkilerini kendiliğinden doğurur. Ayrıca dönme hakkı yalnızca bir kez kullanılabilir¹⁴⁴.

Yine dönme hakkının kullanıldıktan sonra geri alınması mümkün değildir. Zira kullanılmakla birlikte bu hak hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Bu nedenle ortaya çıkan hukuki sonuçlar tek taraflı olarak giderilmez¹⁴⁵.

Sözleşmeden dönme hakkından daha baştan feragat etmek kural olarak mümkün değildir. Bu sonuç kişilik hakkının ve ekonomik ahlakın korunması düşüncesinin bir sonucudur. Ancak sözleşmeden dönme sebebinin ortaya çıkmasından sonra bu hakkın kullanılmasından feragat edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır¹⁴⁶.

¹⁴⁴ SEROZAN, R., (2007), s.51; BUZ, V.,(Dönme), s. 75, 305-306; DAYINLARLI, K., s.103.

¹⁴⁵Yenilik doğuran hakların geri alınamayacağı genel olarak kabul edilmekle birlikte doktrinde alacaklıya, sözleşmeden dönerek menfi zararını talep hakkını kullandıktan sonra bu beyanını geri alarak ifadan vazgeçip müspet zararını talep edebileceğine ilişkin bir 'değiştirme hakkı' tanınması gerektiği de savunulmaktadır. Ancak hâkim görüş bu hakkın sadece borçlunun, alacaklının seçimlik hakkı kullanması ile meydana gelen hukuki durumun kesin olduğuna güvendiği ana kadar kullanılabilmesini ifade etmektedir. Bu görüş bizce de isabetli olmakla birlikte değiştirme hakkının kullanılması her somut olayda MK md.2 çerçevesinde değerlendirilmelidir.Bu konuda ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.306 vd.; Ayrıca dönme beyanının geri alınmazlığı muhatapın çıkarına olduğundan muhatapın çıkarının dönme beyanının geri alınmasından yana olduğu hallerde beyanın geri alınabileceğine ilişkin görüş için bkz. SEROZAN, R., (2007), s.464.

¹⁴⁶SEROZAN, R., (2007), s.51; Dönme hakkından feragat için bkz. SEROZAN, R., (2007), s.405-409.

Ayrıca sözleşmeden dönme hakkı kayıtsız şartsız kullanılmalıdır. Zira şarta bağlanan dönme hakkı; karşı tarafın güveninin korunması ve onun tereddüt içerisinde bırakılmaması gereği ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle sözleşmeden dönme hakkı şarta bağlı olarak kullanılamaz. Ancak şartın gerçekleşip gerçekleşmemesi karşı tarafın iradesine bağlı olduğu haller müstesnadır. Örneğin arsa sahibinin temerrüde düşmüş yükleniciye mehil verirken bu bildirim ile dönme işlemini birleştirmesi mümkündür. Bu halde dönme işlemi esasında yüklenicinin mehil süresi içinde inşaatı teslim etmemesine bağlıdır. Ancak bu şartın gerçekleşmemesi yüklenicinin iradesine bağlı olduğundan böyle bir dönme beyanının sonuç doğuracağı kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Dönme hakkının kullanılması aksi kararlaştırılmış olmadıkça herhangi bir şekle tabi değildir. Bu anlamda dönme beyanı açık veya örtülü biçimde yapılabilir¹⁴⁸. Ancak hak sahibince ifade edilen beyandan(söz veya davranışlardan) dönme hakkının kullanıldığı açıkça anlaşılmalıdır. Tarafın söz ve davranışlarından verdiklerini almak istediği veya yerine getirilmemiş edimleri istemediği anlaşılıyorsa örtülü de olsa sözleşmeden döndüğü kabul edilmelidir. Ancak tarafın dönme hakkını kullanıp kullanmadığının tam olarak anlaşılamadığı hallerde ise beyan yerine tarafın gerçek iradesi esas alınmalıdır. Bu anlamda tarafın söz veya davranışları BK md.18 hükmü ve güven teorisi çerçevesinde yorumlanmalıdır. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin yükleniciye verdiği vekâleti azil suretiyle geri alması

¹⁴⁷SEROZAN, R., (2007), s.460-461; BUZ, V.,(Dönme), s. 75-76, 285; DAYINLARLI, K., s.103.

¹⁴⁸SELİÇİ, Ö., s.161; ÖZ, T., (İnşaat),s.149; ÖZ, T., (Dönme),s.31,dn 42; DAYINLARLI, K., s.103; DUMAN, İ.H., (2008), s.418. Dönme işleminin şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN, R., (2007), s.467-473. T.T.K. md.20/f.3 uyarınca tacirler arasında yapılacak dönme beyanının noter, iadeli taahhütlü mektup veya telgrafla yapılması gerekmektedir. Ancak TTK' da öngörülen bu şekil de geçerlilik şekli değil bir ispat şeklidir.

veya aynı konuda yeni bir sözleşme yapması ya da arsaların tapuda iadesini talep etmesi somut olaya göre dönme beyanı niteliği taşıyabilecektir¹⁴⁹.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için dava açmaya yahut karşı tarafın kabulüne gerek bulunmamaktadır. Dönme beyanı yükleniciye ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dönme hakkının kullanılıp kullanmadığı veya şartlarının oluşup oluşmadığı hususunda uyuşmazlık olması halinde, bu durum ancak tespit davasının konusunu oluşturabilir. Buna karşın uygulamada Yargıtay, istikrarlı olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme hakkının kullanılmasının karşı tarafın kabulüyle veya mahkeme kararıyla gerçekleşeceği görüşündedir¹⁵⁰. Buna göre yüklenicinin dönme beyanını kabul etmemesi halinde arsa sahibi sözleşmenin feshi davası açmalıdır. Bu halde mahkeme sözleşmeden dönmenin koşullarının oluşup oluşmadığına bakacak şayet koşullar oluşmuşsa verilecek kararlar dönme

¹⁴⁹SEROZAN, R., (2007), s.461-462, 491-492; ÖZ, T., (İnşaat),s.149-150; BUZ, V.,(Dönme), s.297-299; DAYINLARLI, K., s.103; KOSTAKOĞLU, C., s.734; Yargıtay 15. H.D. bazı kararlarında kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin yükleniciye verdiği vekaleti azil suretiyle geri almasını sözleşmenin feshi olarak nitelendirmezken bazen bu görüşün aksine kararlar vermektedir.(KOSTAKOĞLU, C., s.734).

¹⁵⁰(...) Bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin kararına ihtiyaç vardır; yani mahkemede açacağı 'sözleşmenin feshi' davası sonunda fesih(dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir(...)' Yargıtay 15. H.D. 08.10.1998 tarih ve E.2263, K.3752 sayılı kararı(AYAN, S., s.253,dn.339); 'Yargıtay 15. H.D. 09.03.2006 tarih ve E.2005/7640, K.2006/1334 sayılı kararı(Kazancı Hukuk Otomasyonu). Aynı yönde kararlar için bkz. DUMAN, İ.H., (2008), s.420-422; Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır bunlar için bkz. AKKAYAN YILDIRIM, A., s.56 dn.45.

beyanı hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Ancak Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde – haklı olarak- eleştirilmektedir¹⁵¹.

Yenilik doğuran hakların diğer alacak haklarından farklı olarak zamanaşımı süresine değil hak düşürücü süreye tabi oldukları doktrinde ifade edilmektedir. Bu anlamda sözleşmeden dönme hakkının da hak düşürücü süreye tabi olduğu düşünülebilir. Ancak Borçlar Kanunumuz borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı bakımından herhangi bir hak düşürücü süre öngörmemiştir. Bununla birlikte arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını tercih etmesi halinde bu durumu yükleniciye derhal bildirmesi gerekmektedir. Derhal bildirim gerekliliğini ve bununla kastedilen süreyi daha önce açıkladığımızdan burada tekrar değinmiyoruz¹⁵². Ancak doktrinde dönme hakkının zamanında kullanılmaması halinde etkisizleşeceğini savunan görüşe katılmadığımızı da hemen ifa etmek isteriz. Bu konuda Yargıtay'ın dönme hakkının iyi niyet kurallarına aykırı olarak geciktirildiği hallerde, gerek iadenin kapsamı gerekse menfi zararın hesaplanması bakımından dönme hakkının iyi niyet kurallarına göre kullanılması gerektiği tarihi esas alan görüşünün çözüm olarak benimsenebileceği kanaatindeyiz¹⁵³.

Ayrıca yüklenici temerrüde düşmede kusuru bulunmadığından bahisle arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engelleyemez. Kusur daha sonra

¹⁵¹SEROZAN, R., (2007), s.474-475; AYAN, S., s.253; K.g. ERMAN s.95.

¹⁵² Bkz. §4 /B,2,c.

¹⁵³BUZ, V.,(Dönme), s.76-77; DUMAN, İ.H., (2008), s.419; K.g. SEROZAN, R., (2007), s.441-443.

ifade edeceğimiz üzere sözleşmeden dönmenin bir koşulu olmayıp sadece menfi zararının tazmin edilebilmesi ve kapsamı açısından önem taşımaktadır¹⁵⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması, -yenilik doğuran bir işlem olan- dönme beyanını yükleniciye bildirmesiyle gerçekleşir. Bu beyanın yükleniciye varmasıyla tarafların sözleşmenin kurulmasından önceki duruma getirilmesini sağlayacak süreç kendiliğinden işlemeye başlar. Ancak bu sürecin nasıl gerçekleşeceği hususunda doktrinde ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Bu anlamda dönme beyanının sözleşmeye etkisi ve tasfiyenin hangi kurallara göre gerçekleşeceği kabul edilecek teoriye göre farklılık arz edecektir¹⁵⁵.

G.

rsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanmasının Sonuçları

4. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme Hakkının Etkisi

Bu konuda BK md.108/f.2 'Akitten rucü eden alacaklı vaidolunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir' demek suretiyle sözleşmeden dönen alacaklının (aynı zamanda edimler karşılıklı olduğundan borçlunun da) taahhüt ettiği edimi yerine getirmekten kaçınabileceği gibi daha önceden yerine getirmiş olduğu edimi de geri alabileceğini ifade etmektedir¹⁵⁶. Ancak alacaklının dönme hakkının kullanılmasının etkilerinin neler olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

¹⁵⁴SEROZAN, R., (2007), s.41; AYAN, S., s.252; ÖZ, T., (İnşaat),s.149; ÖZ, T., (Dönme),s.32.

¹⁵⁵KIRCA,Ç., s.82; BUZ, V.,(Dönme), s. 65,73; AYAN, S.,s. 253; ERGEZEN, M., s.121; Bu konudaki teoriler için bkz. aşağıda § 4 /C,1,a.

¹⁵⁶SEROZAN, R., (2007), s.502-504; ÖZ, T.,(Dönme), s.227; BUZ, V.,(Dönme), s.117; AYAN, S., s.255.

Dönme hakkının sözleşme ilişkisini nasıl etkilediği başka bir deyişle alacaklının dönme hakkını kullanması üzerine sözleşmenin sona erip ermeyeceği ve somut olayda yerine getirilen edimlerin iadesinin hangi hükümler çerçevesinde gerçekleşeceği konusunda ileri sürülen görüşleri başlıca dört teori çerçevesinde ele alabiliriz¹⁵⁷.

c. Dönmenin Etkisi Konusunda İleri Sürülen Görüşler

ee. Klasik Dönme Teorisi

Klasik görüş tarihsel olarak en eski ve Türk hukukunda hâkim olan görüştür. Bu görüşün gerekçeleri doğrudan BK md.108'in lafzına dayanmaktadır. Zira bu maddede dönme üzerine sözleşmenin geçersizleşeceği ve alacaklının bu geçersizleşme yüzünden uğradığı zararın tazmininden bahsedilmektedir. Klasik dönme görüşü uyarınca dönme beyanının varmasıyla birlikte sözleşme ilişkisi tümüyle ve kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmaktadır. Geçmişe yönelik ortadan kalkan bu sözleşmeden doğan haklar ve borçlar hiç doğmamış gibi olmaktadır¹⁵⁸.

Bu teoriye göre dönme beyanıyla birlikte ifa edilen ve henüz ifa edilmemiş olan edimler hukuki sebepten yoksun hale gelir. Bu nedenle iade yükümüne sebepsiz

¹⁵⁷İncelediğimiz görüşler dışında iade borcunun vekâletsiz iş görme hükümlerine göre ya da satım sözleşmesine ilişkin(B.K. md. 192-193, md.205) hükümlerine göre yapılması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.Bkz. ÖZ, T.,(Dönme), s.229-230.

¹⁵⁸KIRCA, Ç., s. 82; TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1289;OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s. 412; TANDOĞAN, H., C. II, s.142; EREN, F., (Borçlar) s.1075; SEROZAN, R., (2007), s.60; SELİÇİ, Ö., s.161-162;SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.208; ÖZ, T.,(İnşaat), s.150; ÖZ, T.,(Dönme), s. 34-35,227; BUZ, V.,(Dönme), s.118-120; DAYINLARLI, K., s.104-105,142; AYAN, S., s.266; ERGEZEN, M., s.122.

zenginleşme kuralları uygulanır. Zira sözleşmeden dönülmekle birlikte akdi ilişki tamamen ortadan kalktığından sözleşme gereğince tarafların malvarlıklarında meydana gelen her artış sebepsiz bir zenginleşme olur. İadenin kapsamı BK md.63-65'e göre belirlenir. Bu anlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin dönme anına kadar daima iyi niyetli zenginleşen olacağı genel olarak kabul edilmektedir. İade taleplerin bağlı olduğu zamanaşımı süresi ise BK md.66 gereğince dönme beyanının ulaşmasından itibaren bir yıldır¹⁵⁹.

Klasik dönme görüşüne göre daha önceden yapılmış aynı hak kazandıran tasarruf işlemleri dönmeden etkilenmezler. Bu anlamda aynı hak kazanımı illi bile olsa kendiliğinden geri dönmez sadece kişisel bir talep hakkı doğurur. Bu görüşün benimsenmesi halinde arsa sahibi veya yüklenici karşı edimleri elden çıkardıkları oranda geri vermekle yükümlü olmayacaktır¹⁶⁰.

ff. Kanuni Borç İlişkisi Görüşü

Yasal borç ilişkisi teorisi esasında başlı başına bir teori olmayıp klasik dönme teorisinin eleştirisi olarak, alacaklının sebepsiz zenginleşmenin kısa zamanaşımı süresinden kurtarılması için ortaya çıkmış bir görüştür. Bu teori dönme hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olması ve sözleşmeyi geçmişe yönelik ortadan kaldırması konusunda klasik dönme teorisiyle uyum içindedir. Bu görüşün ayrıldığı

¹⁵⁹KIRCA, Ç., s. 82-83; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T., s. 412; TANDOĞAN, H., C. II, s.142; SEROZAN, R., (2007), s.61-62; EREN, F., (Borçlar) s.1075; REİSOĞLU, S., s. 340; KILIÇOĞLU, A. M.; s. 541; ÖZ, T.,(İnşaat), s.150; ÖZ, T.,(Dönme), s. 34-35,228; BUZ, V.,(Dönme), s.118-120; DAYINLARLI, K., s.104-105,142; AYAN, S., s.266; ERGEZEN, M., s.122; DUMAN, İ.H., (2008), s.425-426.

¹⁶⁰Bkz. KIRCA, Ç., s. 83.

temel nokta sözleşmeden dönülmesiyle taraflar arasında sebepsiz zenginleşme borcu değil fakat BK md.108 hükmüyle düzenlenmiş kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana geldiğini ve söz konusu ilişki gereğince iade borcu doğduğunu savunmasıdır. Ancak BK md.108’de iadenin ne şekilde yapılacağı düzenlenmediğinden bu görüş de iade düzeni konusunda sebepsiz zenginleşme kurallarının(BK md.61-66) uygulanacağını kabul etmektedir. Buna karşın iade borcu için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, iade borçlarının BK md.125’te düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresine bağlı olduğu ifade edilmektedir¹⁶¹.

Yasal borç ilişkisi görüşü uyarınca dönme üzerine daha önce verilenleri geri alma hakkı aynı bir hak değil kişisel bir haktır. Zira daha önce ifa edilmiş edimler geçersiz bir hukuki sebebe dayanılarak verilmiş değildir¹⁶².

gg. Aynı Etkili Dönme Görüşü

Klasik dönme teorisi sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisinin yalnızca taahhüt işlemleri için geçerli olduğunu tasarruf işlemlerinin bundan etkilenmeyeceğini kabul etmektedirler. Bu nedenle taahhüt işleminin ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemi muhataba devredilen bir aynı hak bile olsa ancak sebepsiz

¹⁶¹KIRCA, Ç., s. 83; TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1293-1295; OĞUZMAN, M. K., /ÖZ, T., s. 414; EREN, F., (Borçlar) s.1076-1077; SEROZAN, R., (2007), s.62; ÖZ, T.,(Dönme), s. 36; REİSOĞLU, S., s. 340; BUZ, V.,(Dönme), s.120-121; DAYINLARLI, K., s.106; AYAN, S., s.267. Yasal borç ilişkisi görüşünün Alman hukukunda çıkış nedeni tarafların dönme sonrası ortaya çıkan iade borçlarından sorumluluklarını düzenleyen BGB. Md.346 hükümlerinin sebepsiz zenginleşme (BGB. Md. 812 vd.) hükümlerinden daha ağır bir sorumluluk getirmesidir. Bkz. SEROZAN, R., (2007), s.61-62; BUZ, V.,(Dönme), s.121.

¹⁶²KIRCA, Ç., s. 84.

zenginleşmeye göre talep edilebilir. Klasik görüş taraftarlarından bazıları bu teoriyi hukuki sebebe bağlılık ilkesi ışığında yeniden yorumlayarak sözleşmeden dönmenin aynı hak kazandıran tasarruf işlemlerini de etkilediğini ifade etmektedirler. Buna göre geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemi gerektirmeyen tasarruf işlemleri dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sebepsiz zenginleşme niteliği kazanırken; geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemi gerektiren tescil gibi tasarruf işlemleri dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte geçersiz hale gelmekte ve mülkiyet talebi ile taşınmazlar da tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile istenir. Hukuki temelden yoksun kalan tasarruf işlemi dönme beyanı anından değil tescilin yapıldığı andan itibaren yolsuzlaşmış olur. İşte klasik dönme görüşüne aynı etki kazandıran bu görüşe doktrinde aynı etkili dönme görüşü de denilmektedir¹⁶³.

Aynı etkili dönme görüşü hukuki işlem güvenliğini önemli ölçüde zedeleyeceği ve alışveriş hayatını alt üst edeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Ancak bu görüşü savunan yazarlar hukukumuzda iyi niyeti koruyan hükümlerin varlığı sayesinde iade konusu edimi iyi niyetle elde edenlerin korunacağını ifade etmektedirler. Bu anlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa payları baştan kendisine devredilen yüklenici temerrüde düşer ve arsa sahibi de dönme hakkını kullanırsa dönme beyanından önce yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi halinde bu kişilerin kazanımları geçerlidir. Zira dönme beyanından önce tescil yolsuz değildi ve yüklenici tasarruf yetkisini haizdi. Buna karşın arsa payları dönme beyanından sonra devredilirse bu durumda üçüncü kişi, malik olmayan

¹⁶³KIRCA, Ç., s. 85; OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T., s. 413; KARAHASAN, M. R., C.1, s.701-702; EREN, F., (Borçlar) s.1077; ÖZ, T.,(Dönme), s.35; BUZ, V.,(Dönme), s. 121-122; AYAN, S., s.267. K.g. SEROZAN, R., (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi), s.199-200.

yükleniciden hak kazanan konumunda olacaktır. Bu halde şayet üçüncü kişi iyi niyetli ise bu kazanımı tapu siciline güven ilkesi(MK md.1023) uyarınca korunacaktır. Buna karşın üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunun ispatlanabildiği durumlarda bu iktisabın korunması için bir sebep bulunmamaktadır¹⁶⁴.

Yargıtay da kararlarında her ne kadar klasik dönme görüşünü benimsediğini ifade etmekteyse de arsa paylarının baştan yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme halinde arsa sahibinin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini kabul etmektedir. Bu anlamda Yargıtay'ın da aynı etkili dönme görüşünü benimsediğini ifade edebiliriz¹⁶⁵. Yargıtay'ın iyi niyetin korunmasına ilişkin görüşlerine yüklenicinin geri verme borcunun kapsamı bahsinde değineceğiz¹⁶⁶.

hh. Yeni Dönme(Dönüşüm) Kuramı

Son yıllarda Alman hukukunda hâkim olan, İsviçre-Türk doktrininde etkisini ciddi şekilde hissettiren ve dönüşüm teorisi olarak da adlandırılan bu görüş; klasik dönme görüşünden farklı olarak sözleşmeden dönmenin sözleşme ilişkisini geçmişe veya geleceğe yönelik sona erdirmediğini ifade etmektedir. Bu teoriye göre dönme beyanı, sözleşmenin geçerliliğine herhangi bir etkide bulunmamakta sadece sözleşme ilişkisini bir tasfiye ilişkisine dönüştürmektedir. Başka bir deyişle dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme içerik değiştirmekte ve tasfiye amacıyla varlığına devam etmektedir. Bu nedenle sözleşmeden doğan ve yerine getirilen edimler yine aynı sözleşmeden doğan bir iade borcu niteliğine kavuşur. Ayrıca

¹⁶⁴ KIRCA, Ç., s. 85-86.

¹⁶⁵ KIRCA, Ç., s. 86-87; ÖZ, T., (Dönme), s.260.

¹⁶⁶ Bkz. aşağıda § 4 / C,2,b,aa

sözleşme varlığını devam ettirdiğinden iadenin kapsamı ve zamanaşımı konusunda sözleşmelere ilişkin kurallar (BK md.96 ve md.125-126) uygulanacaktır¹⁶⁷.

Sözleşme ilişkisinde henüz ifa edilmemiş edimler bu görüş uyarınca son bulmamaktadır. Fakat sözleşmeden dönülmekle borçlu lehine, bu edimleri yerine getirmekten kaçınma hakkı veren bir defi hakkı doğmaktadır. Bu görüş uyarınca sözleşmeden dönme hakkı ifa edilmemiş edimler için bozucu, ifa edilmiş edimler için değiştirici yenilik doğuran bir haktır¹⁶⁸.

Bu görüşe göre sözleşmeden dönme sadece borçlandırıcı edimlere etki eder daha önce devredilmiş aynı hakların geçerliliğine ise dokunmaz. Zaten temel ilişki sona ermediğinden temel ilişkinin ifası bir tasarruf işlemi ile gerçekleşmişse bu tasarruf geçerlidir. Geçerli bir tasarruf işlemi ile mülkiyet edinene geçeceğinden bu kişiye karşı istihkak ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası da açılmaz¹⁶⁹.

Yeni dönme görüşü iade ve tazminat borcu açısından yan ve koruma yükümlülüklerin varlığını sürdürebilmesinin ancak sözleşmenin sona ermeyip tasfiye

¹⁶⁷KIRCA, Ç., s. 84-85; OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s. 415; TANDOĞAN, H., C. II, s.142; EREN, F., (Borçlar) s.1076; SEROZAN, R., (2007), s.68-71; SELİÇİ, Ö., s.162;SELİÇİ, Ö., (Sürekli Borç İlişkileri),s.209-210;ÖZ, T.,(İnşaat), s.150; ÖZ, T.,(Dönme), s.37-38; KILIÇOĞLU, A. M.; s.541; BUZ, V.,(Dönme), s.123-124; DAYINLARLI, K., s.142-144; AYAN, S., s.267-268; ERGEZEN, M., s.122. SEROZAN, Yeni dönme görüşünün güçlü temsilcilerinden biri olmasına karşın iade borcunun sözleşmesel bir borç olduğunu kabul etmekte ancak iade talebi açısından kanundaki bütün sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır. Bkz. SEROZAN, R., (2007), s.533; SEROZAN, R., (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi),s.199, 206-207; ÖZ, T.,(Dönme), s. 228-229.

¹⁶⁸EREN, F., (Borçlar) s.1076; ÖZ, T.,(Dönme), s. 37; AYAN, S., s.268; K.g. BUZ, V.,(Dönme), s. 154.

¹⁶⁹KIRCA, Ç., s. 84.

ilişkisi olarak devam ettirebilmesine bağlı olduğunu ifade etmektedir. Buna göre ancak sözleşmenin varlığını devam ettirmesiyle bu borçlar sözleşmesel borç olarak nitelenebilecektir. Bu anlamda örneğin iade borcu yerine getirilmediğinde alacaklının, dönme hakkı kullanıldıktan sonra bile, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini veya sözleşmeden dönmeden dönmeyi talep edilebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁰.

d. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaat

Ülkemizde yasal borç teorisi tamamen terk edilmekle birlikte klasik dönme teorisinin taraftarları da oldukça azalmıştır. Bugün asıl tartışma aynı etkili dönme teorisi ile yeni dönme teorisi arasındadır. Borçlar Kanunumuzda da bu görüşlerden birine üstünlük tanıyacak herhangi bir ifade bulunmamaktadır¹⁷¹.

Bu tartışma özellikle konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından çok önemli bir tartışmadır. Çünkü aynı etkili dönme teorisine göre sözleşmeden dönülmesi üzerine arsa sahibi devretmiş olduğu arsa paylarını istihkak davası ile isteyebilirken, yeni dönme teorisine göre sözleşme hukuku kuralları uygulanmaya devam edileceğinden iade talebi şahsi bir borç olacak ve sözleşmelere ilişkin kurallara tabi tutulacaktır.

¹⁷⁰BUZ, V.,(Dönme), s.124-125; AYAN, S., s.268-269.

¹⁷¹Gerçi her görüş Borçlar Kanununun kaleme alınış tarzından kendi lehine sonuçlar çıkarmaktadır. Yeni dönme teorisi B.K. md.108/f.1'deki daha önce yerine getirilen edimlerin iadesinden söz edilmesine dayanmaktayken, klasik teori ve aynı etkili dönme görüşü f.2'de sözleşmenin hükümden 'düşmesi' ibaresine dayanmaktadır. Bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.136-137. Ayrıca yeni dönme görüşü taraftarı olan SEROZAN, B.K. md.192, md.193, md.205 ve md.211/f.3'ün de yeni dönme görüşünü desteklediğini ifade etmektedir. Bkz. SEROZAN, R., (2007), s.75-76.

Bu konuda –özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde- hakkaniyete en uygun çözüm getiren aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Öncelikle aynı etkili dönme teorisinin sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz sayan görüşü bir varsayım değildir. Buna karşın yasal borç ilişkisi başlı başına bir varsayıma dayanmaktadır. Zira BK md. 108’de iade borcuna ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Yeni dönme görüşü ise en başta alacaklının iradesini tam olarak yansıtmamaktadır. Zira yeni dönme görüşü alacaklının dönme hakkını kullanmasıyla birlikte sözleşmenin varlığını tasfiye amacıyla devam ettireceğini ifade etmektedir. Oysa sözleşmeden menfaati kalmamış olan alacaklının iradesi, mevcut sözleşme ilişkisinin devamına yönelik değil aksine bu ilişkisinden bir an önce kurtulmaktır. Zaten dönülen sözleşmenin iddia edildiği üzere içerik değiştirerek varlığını devam ettirebilmesi bir başka deyişle sözleşmenin değiştirilmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirir. Buz’un da –haklı olarak- ifade ettiği üzere, sözleşmeden dönülmesiyle sözleşmenin içerik değiştirerek devam edeceğini öngören tamamlayıcı bir hukuk kuralı mevcut olmadığı gibi tarafların da sözleşmenin varlığını devam ettirmesine yönelik bir iradeleri de bulunmamaktadır¹⁷².

¹⁷²BUZ, V.,(Dönme), s.134-135; AYAN, S., s.270. Aynı etkili dönme görüşüne karşı yöneltilen en ciddi eleştiri bu teorisinin mülkiyeti muhafaza sözleşmeleriyle bağdaşmadığı iddiasıdır. Bu tartışma konumuz dışında kaldığından çalışmamızda yer vermiyoruz. Ancak bu iddianın yersiz olduğuna ilişkin bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.145-147. Ayrıca yeni dönme teorisinin ulaştığı sonucun dönme kavramına da ters olduğunu söyleyebiliriz. Zira dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte taraflar - özellikle de alacaklı- sözleşmeden kurtulmayı amaçlarken yeni dönme teorisi sözleşmeyi sona erdirmemekte ve iade borcunun ifası ile sözleşmeyi sona erdirmektedir.

Aynı etkili dönme görüşünün üstün tutulmasını gerektiren bir diğer husus, iflas ve hacizde kendini göstermektedir. Şayet yeni dönme teorisi uyarınca iade borcunu şahsi nitelikte bir borç olarak kabul edersek alacaklının malının dönmeden sonra dahi haczedilebileceğini, borçlunun iflası halinde alacaklının malı iflas masasına yazdırması gerektiğini ve iflasın tasfiyesi üzerine ancak kendisine düşen kısmı alabileceğini de kabul etmiş oluruz. Buna karşın aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi halinde alacaklı haczedilen malını hacizden arî olarak alabileceği gibi, borçlu iflas etse bile istihkak davası ile malı iflas masasından çıkarabilecektir¹⁷³.

Yine aynı etkili dönme görüşü, dönmenin sözleşmeyi geçmişe yönelik ortadan kaldırmasının yapılan tasarruf işlemleri bakımından da geçerli olduğunu kabul etmektedir. Buna göre dönülen sözleşme uyarınca yapılmış hukuki sebebe bağlı tasarruflar dönme ile birlikte geçersiz hale gelecek ve kendiliğinden devredene dönecektir. Bu durumun ticari hayatı alt üst edeceği, işlem güvenliğini zedeleyeceği iddiası yerinde değildir. Zira dönme hakkının kullanılmasından önce iade konusunu edinen üçüncü kişilerin bu kazanımları korunacaktır. Bu durumda arsa sahibi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ancak yükleniciye başvurabilecektir. Dönme hakkının kullanılmasından sonra ise tapu siciline güven ilkesi gereği iyi niyet korunurken, kötü niyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının korunması gerekmediğinden arsa sahibi istihkak davasıyla iade konusu edime kavuşabilecektir. Bu durumda ticari işlem güvenliği herhangi bir şekilde zedelenmiş olmayacaktır. Buna karşın diğer teorilerin kabulü halinde sözleşmeden dönülse bile yüklenici malik olarak kalmaya

¹⁷³ÖZ, T.,(Dönme), s.263-264; AYAN, S., s.272; Bu durumun istisnası olarak ifade etmek gerekir ki İİK md.199 uyarınca alacaklı iflastan sonra sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı gibi hacizde de ancak malın satılmasından önce sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olmalıdır.

devam edeceğinden iade konusu malı dilediği gibi –kötü niyetli üçüncü kişilere bile devredebileceğinden arsa sahibini korumak mümkün olmayacaktır¹⁷⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yeni dönme teorisinin kabul edilmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmeden önce yükleniciye devir ve yüklenici adına tescil ettirdiği arsa paylarının iadesi için yeniden resmi senet yapılması gerekecektir. Zira dönülen sözleşme bakımından yapılan resmi şeklin tasfiye ilişkisi bakımından geçerli olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü her iki ilişkinin esaslı noktaları birbirinden tamamen farklıdır. Yine arsa sahibinin yükleniciden arsa paylarının iadesine yönelik talebi aynı değil şahsi bir talep hakkıdır. Oysa aynı etkili dönme görüşünde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla birlikte daha önce yüklenici adına yapılmış olan tescil yolsuz hale gelecek ve arsa sahibi açacağı tescilin düzeltilmesi davasıyla birlikte arsa paylarına yeniden kavuşacaktır¹⁷⁵.

Her ne kadar aynı etkili dönme görüşünün kabulü halinde sadakat ve koruma yükümlülüklerinin dönmeden sonra taraflar arasında ortaya çıkan iade ilişkisi bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı tartışılrsa da söz konusu yükümlülüklerin uygulanabilmesi için illa geçerli bir sözleşmenin bulunmasının gerekmediği unutulmamalıdır. Bu yükümlülükler taraflar arasında edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri doğurmaktadır. Bu nedenle sözleşmeden dönüldükten sonra dahi uygulanacakları konusunda tereddüt edilmemelidir. Asıl

¹⁷⁴KIRCA, Ç., s. 85-86; BUZ, V.,(Dönme), s.140-141;.Her ne kadar yeni dönme görüşünde iade konusunun kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından iktisabına B.K. md.41/f.2 uyarınca engel olunacağı ifade edilmekteyse de bu görüşün yeni dönme teorisinin kendisiyle çeliştiğine ve sonucun tartışmalı olduğuna ilişkin bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.143-144.

¹⁷⁵KIRCA, Ç., s. 85; BUZ, V.,(Dönme), s. 138-139; AYAN, S., s.270.

sözleşmenin gereği olarak kurulmuş teminatların akıbetini ise taraflar arasındaki teminat anlaşmasının yorumuna göre belirlemek gerekir. Bu bağlamda teminatlar -bağımsız garanti sözleşmesi gibi- bağımsız nitelikteyse veya teminatın iade borcu ya da menfi tazminat açısından da kurulduğu anlaşıldığı takdirde bu teminatlar dönmeden sonra da varlıklarını devam ettireceklerdir¹⁷⁶.

Sözleşmenin geçmişe yönelik ortadan kalkması dönme hakkı sahibine tanınan tazminat talebine engel teşkil etmemelidir. Zira kanundan doğan bu talep hakkı ile alacaklı menfi zararını talep etmektedir. Buradaki amaç alacaklının dönülen sözleşmeyi yapmamış olsa idi içinde bulunacağı durumun yeniden tesisini sağlamaktır¹⁷⁷.

Yasal borç ilişkisi ve yeni dönme teorisinin en önemli yanı iade talepleri bakımından on yıllık zamanaşımı süresini kabul etmiş olmalarıdır. Oysa aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi halinde de BK md.125-126'nın uygulanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Çünkü doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere dönme üzerine ortaya çıkacak aynı talepler dışındaki iade borçlarının hukuki niteliği konusunda Borçlar Kanunumuzun genel hükümlerinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı şekilde aynı talepler dışındaki iade borcuna ilişkin zamanaşımı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle iade borcunun kapsamı ve buna ilişkin süreleri, sebepsiz zenginleşmenin veya sözleşme hukukunun dar kalıpları içine hapsedmemek yerinde olacaktır. Bu anlamda bu borcun niteliğine uygun düşen BK md.125-126 hükümleri kıyasen uygulanmalıdır¹⁷⁸.

¹⁷⁶ ÖZ, T.,(Dönme), s.265-266; BUZ, V.,(Dönme), s. 148.

¹⁷⁷BUZ, V.,(Dönme), s.149; K.g. SEROZAN, R., (2007), s.83-86.

¹⁷⁸ AYAN, S., s.271.

Yine bu bağlamda BK md.63/f.1’de ifadesini bulan zenginleşmenin düşmesi savunmasının ileri sürülmesinin dönmenin niteliğine uygun olmadığı aynı etkili dönme görüşüne yöneltilen en önemli ret gerekçelerindedir. Ancak kanundaki hükümler kıyasen ancak borcun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir. Oysa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde zenginleşmenin ortadan kalktığı savunması işin niteliği ile bağdaşmamaktadır¹⁷⁹.

2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönme Hakkının Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması üzerine ortaya çıkacak sonuçları–kanaatimizce yerinde olan- aynı etkili dönme teorisi çerçevesinde değerlendireceğiz.

Esasında dönme hakkının etkisi konusunda hangi teori kabul edilirse edilsin iade borcunun kapsamının belirlenmesi hususunda bir boşluk söz konusu olacaktır. Çünkü klasik dönme ve yasal borç teorileri sebepsiz zenginleşme yeni dönme teorisi ise sözleşmelere ilişkin kurallara atıf yapmakla yetinmişlerdir. Aynı etkili dönme teorisi ise sözleşme ve sebepsiz zenginleşme kurallarının yanı sıra kanundaki çeşitli tasfiye hükümlerinden de yararlanarak tasfiyeyi gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.

Hemen ifade edelim ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar, sözleşmenin sona erdirilmesi halinde tasfiyenin kapsamını ya da ne şekilde

¹⁷⁹ÖZ, T.,(Dönme), s.244; BUZ, V.,(Dönme), s. 151,235.

gerçekleşeceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu halde taraflar arasındaki sözleşme geçerli olacak ve iade borçları sözleşme hükümlerine göre yerine getirilecektir¹⁸⁰.

Sözleşmeden dönmenin etkilerini ikiye ayırarak inceleyebiliriz. Buna göre sözleşmeden dönmenin ilk etkisi henüz yerine getirilmemiş edimlerden kurtarıcı etkisidir. Diğer etkisi ise daha önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesini gerektirmesidir.

d. İfa Edilmemiş Edimlerin Ortadan Kalkması

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesiyle birlikte henüz ifa edilmemiş olan edimler ortadan kalkar. Bu anlamda muaccel olan veya olmayan bütün borçlar ortadan kalkacaktır. Başka bir ifadeyle arsa sahibi artık inşaatın tamamlanarak teslimini talep edemeyeceği gibi yüklenici de arsa paylarının devrini talep edemeyecektir¹⁸¹. Ayrıca dönülen sözleşmede ifa edilmemiş borçların ortadan kalktığı savunması bir itiraz niteliğindedir¹⁸².

Arsa paylarının inşaatın tesliminden sonra devredileceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde yüklenici ileride doğacak bu alacağını-başka bir ifadeyle arsa payının kendi adına tescilini talep niteliğindeki kişisel alacağını- BK md.162-163 uyarınca üçüncü kişilere yazılı bir sözleşme ile devredebilir. Sözleşmeden dönme halinde ifa edilmemiş edimler sona ereceğinden yüklenicinin -ve bu anlamda alacağı temlik ettiği üçüncü kişilerin- arsa sahibine karşı talep hakları da sona erecektir. Bu anlamda

¹⁸⁰ÖZ, T.,(Dönme), s.31; BUZ, V.,(Dönme), s. 151,164; KOSTAKOĞLU, C., s.751; AYAN, S., s.292-293;ERMAN, H., s.98; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.57. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Örnek kararlar için bkz. AKKAYAN YILDIRIM, A., s.57,dn.47.

¹⁸¹ÖZ, T.,(Dönme), s.225; BUZ, V.,(Dönme), s.154; AYAN, S., s.254.

¹⁸²BUZ, V.,(Dönme), s. 154; AYAN, S., s.254.

arsa sahibi, arsa payına ilişkin alacağı temlik alan üçüncü kişi iyi niyetli bile olsa BK md.167/f.2 uyarınca arsa sahibi de alacak hakkının ortadan kalktığını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir¹⁸³.

Sözleşmeden dönmenin ifa edilmemiş edimleri ortadan kaldıran bu etkisi yalnızca asli edimlerle sınırlı değildir. Yan edim ve yan yükümlülükler de sona erer. Buna karşın kaynağını dürüstlük kuralından alan sadakat ve koruma yükümlülükleri(edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri) varlığını devam ettirir. Yüklenici teslim borcunun teminatı olarak ipotek, banka teminatı¹⁸⁴ vermişse asıl borcun sona ermesi durumunda ferî nitelikleri gereği bu teminatlar da sona erecektir. Ancak bu teminatların yüklenicinin inşaatı zamanında ifa etmemesinin sonuçlarını gidermek maksadıyla verdiği anlaşılıyorsa bu durumda bu teminatlar dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sona ermemelidir¹⁸⁵.

¹⁸³OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T., s.945-946; EREN, F., (Borçlar) s.1193; KILIÇOĞLU, A. M., s.593; REİSOĞLU, S., s.414; ÖZ, T.,(Dönme), s.263; KARATAŞ, İ., s.477; AYAN, S., s.274. Alacağın temlikinin sebebe bağlı bir işlem olup olmadığı çok tartışmalı bir konudur. Yakın zamana kadar bu işlemin sebebe bağlı olmadığı görüşü(OĞUZMAN, M. K., /ÖZ, T., s.923; REİSOĞLU, S., s.408-409) hâkimken; bugün bu işlemin sebebe bağlı olduğu görüşünün (EREN, F., (Borçlar) s.1183;)en az diğer görüş kadar savunucusu bulunmaktadır.

¹⁸⁴ Yargıtay banka teminat mektubunu alacağı garanti eden bir ferî hak olarak değerlendirmemekte, 11.06.1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca banka teminat mektuplarını üçüncü şahsın edimini borçlanma kapsamında bir garanti sözleşmesi olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle alacağı talep hakkı sona erse bile asıl borçtan doğan bu yükümlülük devam edecektir. Bkz. REİSOĞLU, S., s. 412-413.

¹⁸⁵BUZ, V.,(Dönme), s. 157-159; AYAN, S., s.254.

e. İfa Edilmiş Edimlerin Geri Verilmesi

cc. Yüklenicinin Geri Verme Borcunun Kapsamı

Sözleşmeden dönmenin en önemli etkisi ifa edilmiş olan edimlere ilişkin iade borcu doğurmasıdır. Her ne kadar BK md.108/f.1’de sadece sözleşmeden dönen alacaklının karşı tarafa verdiği şeyi geri alabileceğinden bahsedilmişse de borçlunun da karşı tarafa verdiği şeyi geri alabileceği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır¹⁸⁶. Bu anlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici de aldıklarını iadeyle yükümlüdür. Yüklenicinin geri verme borcunun kapsamına sebepsiz zenginlemeye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Çünkü iade borcuna zilyetliğin iadesine ilişkin hükümlerin uygulanması hem içinden çıkılmaz durumlara hem de taraflar arasında eşitsizliklere yol açmaktadır. Zira dönme beyanından sonra yüklenici haksız zilyede ilişkin hükümlere tabi olurken arsa sahibi mülkiyet hakkı nedeniyle iktisap ettiği değerler için haksız zilyede ilişkin kurallara tabi olmayacak sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır. Bu durum taraflar arasında gereksiz bir eşitsizlik yaratmaktadır. Ayrıca yüklenici dönme beyanından önce üçüncü kişilere devrini yaptığı arsa paylarını, kani olduğu hakka uygun bir davranış sayarak iadede kaçınabilirken, arsa sahibi ne kadar iyi niyetli olursa olsun sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca arsa üzerine yapılan şeylerin değerini iadede kaçınamayacaktır. Bu durumda arsa sahibinin inşaatın değerini tam olarak vermek zorunda kalması da hakkaniyete aykırı olacaktır. Yine doktrinde zilyetliğin iadesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar bile yüklenicinin arsa payını iyi niyetli üçüncü kişilere devrettiği durumlarda zilyetliğin iadesine ilişkin hükümlerin değil ancak sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini kabul

¹⁸⁶TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.35; BUZ, V.,(Dönme), s. 161.

etmektedirler¹⁸⁷. Kaldı ki bu sözleşmelerde tarafların, mülkiyeti devir maksadıyla birbirlerinin uhdesine geçirdikleri değerlerin daha sonra hukuki sebepten yoksun kalması nedeniyle iadesinde, zilyetliğe ilişkin hükümlerin değil sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması sözleşmenin yapısı ve taraf iradelerine daha uygun düşmektedir. Aynı etkili dönme görüşü uyarınca yüklenicinin iade borcuna sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanıyor olması arsa sahibinin -iyi niyetli üçüncü kişilere devredilenler hariç- arsa paylarını istihkak davasıyla talep etmesine bir engel teşkil etmeyecektir. Aynı zamanda bu görüş uyarınca iade borcuna ilişkin kanunda hüküm bulunmadığından diğer hükümler bu borcun niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilecektir¹⁸⁸.

İade borcuna haksız inşaat ve vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Ancak her şeyden önce ifade etmemiz gerekir ki yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerinde yaptığı inşaatı arsa sahibiyle yapılan sözleşme uyarınca onun bilgisi ve rızası dâhilinde yaptığından bu hükümlerin doğrudan uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte inşaatın sökülüp alınmaması nedeniyle haksız inşaaata ilişkin tazminat hükmünün iade ilişkisinde uygulanabileceği düşünülebilir. Bu durumda arsanın değerinin inşaatın değerinden az olduğu hallerde yüklenici ancak malzeme değerine tekabül edecek uygun bir tazminat alabilecektir ki bu halde yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerinin sunduğu geniş imkânlardan yararlanamayacak ve uygun bir tazminatla yetinmek zorunda kalacaktır. Arsanın değerinin inşaatın değerinden açıkça fazla olduğu hallerde ise her iki taraf da iyi niyetli olmasına karşın yalnızca yüklenici

¹⁸⁷ ÖZ, T.,(Dönme), s.243; BUZ, V.,(Dönme), s. 205.

¹⁸⁸ ÖZ, T.,(Dönme), s.244; BUZ, V.,(Dönme), s.172.

inşaatın bir kısmının veya tamamının mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilecektir. Bu durum ise hakkaniyete aykırı olduğu gibi dönme hakkının niteliği ile de bağdaşmayacaktır. Zira dönme hakkının kullanılmasından maksat sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi yani tasfiye edilmesidir¹⁸⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi -arsa sahibinin edim borcu açısından- arsa paylarının sözleşmenin başında yükleniciye devredilmesi, yapılan kısım ile orantılı olarak arsa paylarının pey der pey yükleniciye devredilmesi ve inşaatın tesliminden sonra arsa paylarının yükleniciye devredilmesi şeklinde kurulabilmektedir. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde son olarak bahsedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çeşidinde yükleniciye teslim kadar arsa payı devredilmeyeceğinden ve yapılan inşaat da bütünüleyici parça olarak arsa sahibinin mülkiyetine girmiş bulunduğundan yüklenicinin bu anlamda bir geri verme borcunun doğmayacağı unutulmamalıdır.

Arsa paylarının baştan yükleniciye devredildiği sözleşmelerde arsa sahibi, yükleniciden devretmiş olduğu arsa paylarının iadesini herhangi bir zamanaşımına bağlı kalmaksızın isteyebilir ve gerekirse tapu sicilinin düzeltilmesi (istihkak) davası açabilir¹⁹⁰. Zira taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlı bir işlem olduğundan dönme beyanı ile birlikte yapılan tescil yolsuz tescil olacaktır¹⁹¹. Ancak yüklenicinin arsa paylarını dönme beyanından önce üçüncü kişiye devretmesi halinde arsa sahibi

¹⁸⁹ ÖZ, T., (Dönme), s.228, 247-249; Karş. aşağıda. dn.199. Ayrıca Bkz. OĞUZMAN M. K./SELİÇİ Ö./OKTAY-ÖZDEMİR S., s.383 vd.

¹⁹⁰ KIRCA, Ç., s. 92-94; OĞUZMAN M. K./SELİÇİ Ö./OKTAY-ÖZDEMİR S., s.214-215; ÖZ, T., (Dönme), s.241; ÖZ, T., (İnşaat) s.151-153; BUZ, V., (Dönme), s.172; AYAN, S., s.273.

¹⁹¹ KIRCA, Ç., s. 89.

artık bu kişilere başvuramayacaktır. Çünkü dönme beyanından önce yüklenici adına yapılan tescil yolsuz bir tescil değildir ve malik olan yüklenicinin yaptığı hukuki işlemler geçerlidir. Buna karşın dönme beyanından sonra tescil yolsuz hale geleceğinden bu durumda ancak iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanımı MK md.1023 uyarınca tescilin müspet hükmü başka bir deyişle tapu siciline güven ilkesi gereğince korunacaktır¹⁹². Bu durumda arsa sahibi ancak iadenin imkânsızlaşması nedeniyle zararlarının tazminini yükleniciden talep edebilir.

MK md.3 gereği kural olarak üçüncü kişiler iyi niyetli sayılmaktadırlar. Ancak üçüncü kişilerin kötü niyetinin ispatlanabildiği hallerde bu kişilerin iktisaplarının korunması mümkün değildir. Buna anlamda dönme beyanından sonra arsa sahibinin sözleşmenin sona erdiğinden ve yüklenicinin iade borcunun varlığından haberdar olduğu halde yükleniciden arsa payı devralan kötü niyetli üçüncü kişilere karşı arsa sahibi, her zaman istihkak davası açılabilecektir¹⁹³. İfade etmemiz gerekir ki iyi niyetin arandığı an taşınmaz mülkiyetini edim anı yani durumun yevmiye defterine yazıldığı andır. Bu anda iyi niyetli diyebiliyorsak arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ya da durumun sonradan öğrenilmesi hakkın kaybına neden olmaz¹⁹⁴.

Buna karşın Yargıtay arsa payının baştan devredilmesini avans olarak nitelendirmekte ve bu tür sözleşmelerde yükleniciden arsa payı edinen üçüncü(hatta dördüncü, beşinci...) kişilerin gerek yükleniciden pay alırken arsa sahibinin

¹⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, Ç., s. 87 vd.

¹⁹³ OĞUZMAN M. K./SELİÇİ Ö./OKTAY-ÖZDEMİR S., s.193-194; ÖZ, T.,(Dönme), s.259-260; BUZ, V.,(Dönme), s.141-142; AYAN, S., s.273.

¹⁹⁴ KIRCA, Ç., s. 92-93.

sözleşmeden dönme riskinin bulunduğunu bilmelerinden gerekse bu kişilerin yükleniciden pay devralmakla onun halefi olduklarından-hatta arsa sahibinin bu kişilerden inşaatın tamamlanıp teslimini dahi talep edebileceğinden- bahisle her halükarda bu kişilerin iyi niyetli olmayacağını kabul etmektedir¹⁹⁵. Ancak bu görüş en başta alacak hakkının nisbiliği ilkesine aykırıdır. Zira bu ilke uyarınca arsa sahibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Ayrıca yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme alacağın temliki ya da borcun nakli olmayıp bizzat tapu sicilinde yapılan bir satım sözleşmesi olduğundan buna ilişkin hükümlerin uygulanması da gerekmektedir. Yine arsa sahibinin yükleniciye baştan devrettiği taşınmaz pay devrinin avans olarak nitelendirilmesi tapu sicili ilkelerini göz ardı edilmesi gibi istenmeyen sonuçlara yol açacaktır¹⁹⁶.

Arsa paylarının yükleniciye inşaatın yapılan kısmıyla orantılı olarak pey der pey devredileceği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini çalışmamızda art arda teslimli sözleşmeler olarak kabul ettiğimizden arsa sahibi, bu sözleşmenin bütününe yönelik dönme hakkını kullanamaz. Bu nedenle şayet inşaatın bir kısmının yapılmasında temerrüde düşülürde arsa sahibi ancak o kısma yönelik dönme beyanında bulunabilecek ve sadece bu kısma ilişkin yüklenicinin iade borcu doğacaktır.

dd. Arsa Sahibinin Geri Verme Borcunun Kapsamı

Arsa sahibinin dönme beyanında bulunması üzerine sözleşmenin her iki tarafı da bu beyandan önce kısmen veya tamamen yerine getirdikleri edimleri geri isteyebilirler. Ancak inşaatın tesliminden sonra arsa paylarının yükleniciye

¹⁹⁵ KIRCA, Ç., s. 87.

¹⁹⁶ KIRCA, Ç., s. 95 vd.

devredileceği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme beyanına kadar yalnızca yüklenici ifade bulunduğundan geri verme borcu yalnızca arsa sahibi için söz konusu olacaktır¹⁹⁷.

Arsa sahibinin sözleşmeden döndüğü tarihte şayet yüklenici henüz inşaaata başlamamışsa arsa sahibinin iade borcundan söz edilemez. Buna karşılık yüklenici inşaaata başlamış ve inşaatın bir kısmını yapmışsa bu durumda yapılan inşaat, arsanın bütünleyici parçası olacağından arsa sahibinin mülkiyetine geçecektir. Bu durumda inşaatın bu haliyle yükleniciye iadesi de artık mümkün değildir. Bu nedenle doktrinde aynen iadenin mümkün olmadığı bu gibi hallerde iadenin nakden yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Şu halde arsa sahibinin iade borcu kural olarak parasal bir borçtur¹⁹⁸. Bu iade borcunun kapsamı ve dayanağı konusunda ise doktrinde -ayni etkili dönme görüşünü savunan yazarlar arasında bile- bir fikir birliği bulunmamaktadır¹⁹⁹.

¹⁹⁷AYAN, S., s.255-256.

¹⁹⁸ÖZ, T.,(Dönme), s.245,250; ÖZ, T.,(İnşaat) s.151; BUZ, V.,(Dönme), s.219; Yargıtay 15. HD. 16.11.1992 tarih ve E.1606, K. 5313 sayılı kararı(BUZ, V.,(Dönme), s.193, dn.246). Öz'ün haklı olarak ifade ettiği gibi bazı özel durumlarda dönme beyanından önce dahi sözleşmeden dönüleceği hesaplanabiliyorsa bu durumda dönme beyanından önce de taraflar kötü niyetli kabul edilmelidir. Buna karşın yalnızca dönme ihtimalinin bulunması tarafların kötü niyetli sayılmaları açısından yeterli değildir. Dönme beyanından sonra ise kural olarak taraflar kötü niyetli kabul edilmelidir.

¹⁹⁹Ayni etkili dönme görüşünü savunan yazarlar arasında bile iade talebinin kapsamı ve hukuki niteliği konusunda birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin bu görüşü benimseyen ÖZ ve BUZ iade borcuna zilyetliğe ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşın AYAN, yükleniciye her halde yaptığı kısım ile orantılı kar payı da verilmesi gerektiğini savunarak arsa sahibinin iadeyle yükümlü olduğu miktarın belirlenmesinde inşaatın tamamlanma

Kanaatimizce arsa sahibinin iade borcunun sebepsiz zenginleşmeden doğan bir iade borcu olduğunun kabulü gerek dönme hakkının niteliği gerekse çıkar dengesi açısından en doğru yaklaşım olacaktır. Zira BK md.61 uyarınca varlığı nihayet bulmuş olan bir sebebe müsteniden verilen şeylerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağından dönme beyanıyla sona eren sözleşmeye dayanılarak verilen şeylerin iadesinin de bu hükümlere tabi olması yerinde olacaktır. Ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri burada kıyasen uygulanacağından iade borcunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Arsa sahibi dönme beyanına kadar kural olarak iyi niyetli sayılacağından, iade borcunun kapsamı dönme beyanına kadar iyi niyetli zenginleşenin iade borcu hükümlerine göre belirlenmelidir²⁰⁰. Ancak yapılan inşaatın arsa sahibinin kullanamayacağı nitelikte olması (örneğin inşaatın düzeltilemeyecek şekilde imar mevzuatına aykırı ya da ayıplı olması gibi nedenlerle yıkılmasının kaçınılmaz olması) halinde arsa sahibinin malvarlığında bir artış olmayacağından arsa sahibinin iade borcunun varlığından söz edilemez. İstisnaen bu durumda inşaat yıkılarak malzemelerin yükleniciye geri verilmesi söz konusu olabilir²⁰¹.

oranı ile birlikte yükleniciye devredileceği kararlaştırılan arsa paylarının değerinin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bunlarla birlikte bu konuda vekâletsiz iş görme hükümlerinin hatta ayıba karşı tekeffül halindeki veya taksitle satımlardaki dönme halinde iadenin kapsamını düzenleyen hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. ÖZ, T.,(Dönme), s.257; ÖZ, T.,(İnşaat) s.153; BUZ, V.,(Dönme), s.201; AYAN, S., s.265.

²⁰⁰KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.327; ÖZ, T.,(Dönme), s.244; ERTAŞ Ş., s. 393-395; REİSOĞLU, S., s.71; KOSTAKOĞLU, C., s.75; KARATAŞ, İ., s.59 .

²⁰¹ÖZ, T.,(Dönme), s.251; KARATAŞ, İ., s.464; AYAN, S., s.258-259.

Şu halde arsa sahibi geri verme zamanında²⁰² mülkiyet hakkına göre elinde bulunan zenginleşme miktarını iadeyle yükümlüdür. Arsa sahibinin iadeyle yükümlü olduğu zenginleşme miktarı; inşaatın tamamlanma oranına göre arsa sahibinin malvarlığında meydana gelen artıştan ibarettir. Bu artışın belirlenmesinde ise yüklenicinin inşaatın yapılan kısmı için yaptığı maliyet giderleri esas alınmalıdır. Böylece arsanın değeri ve yüklenicinin kâr payı dahil edilmeksizin gerçek anlamda inşaatın mevcut durumu itibariyle arsa sahibinin zenginleşme miktarının tespiti mümkün olacaktır²⁰³.

Dönme beyanından önceki döneme ilişkin arsa sahibinin iade borcunun kapsamı bu açıklamalar doğrultusunda belirlenecektir. Dönme beyanıyla birlikte sözleşme baştan itibaren bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmasına karşın yüklenicinin baştan beri haksız inşaat yapmış duruma düşeceği söylenemez. Zira gerekli zaman içerisinde bir hakka dayanarak buna bağlı hukuki sonucu gerçekleştiren(inşaata başlayan) yüklenici, daha sonra sözleşmeden dönülse dahi haksız inşaat yapmış durumuna düşmeyecektir. Buna karşılık dönme beyanından sonra yüklenicinin inşaata devam etmesi halinde, yüklenici kendi malzemesiyle başkasının arsasına haksız inşaat yapan kişi durumuna düşeceğinden dönme beyanından sonraki dönemde haksız inşaata ilişkin MK md.722-724 hükümlerin

²⁰²Alman ve İsviçre hukuklarında oybirliği ile ülkemizce de pek çok yazar tarafından edimin yerine getirildiği andaki değerinin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak ülkemiz gibi enflasyonun varlığını devam ettirdiği yerlerde bu yöntemin adaletsiz sonuçlara yol açacağı düşüncesiyle -kanaatimizce de- geri verme zamanındaki değerinin esas alınması yerinde olacaktır. Bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.220-221; ERTAŞ, Ş., s.394. K.g. ÖZ, T.,(Dönme), s.250-251. KARATAŞ, İ., s.474.

²⁰³ÖZ, T.,(Dönme), s.250. Aynı yönde bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.220.

uygulanması yerinde olacaktır. Bu anlamda dönme beyanından sonra yüklenici kural olarak kötü niyetli sayılacağından arsa sahibi; şartları varsa MK md.722/f.3 uyarınca malzemenin sökülmesini talep edecek veya MK md.723/f.3 uyarınca malzemenin değerini yükleniciye iade edecektir²⁰⁴.

Hemen ifade edelim ki arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sahip olduğu hakların tamamı kendisine ifa edilinceye dek BK md.81 gereğince iade borcunu ifadan kaçınabilir. Ayrıca her iki iade borcunun da para olması halinde taraflar takas hakkını da kullanabilir²⁰⁵. İade borcu sözleşmeden dönülmesiyle birlikte muaccel olacaktır. Bununla birlikte taraflardan birinin iade borcunda temerrüde düşmesi için karşı tarafın ihtarına gerek bulunmaktadır²⁰⁶. İade borcunun nerede ve nasıl ifa edileceği ise BK md.73vd. hükümlerine göre belirlenecektir.

f. Yüklenicinin Alacağını Arsa Payı(Bağımsız Bölüm) Olarak Talep Edip Edemeyeceği Sorunu

Doktrinde temerrüde düşerek inşaatı yarım bırakan yükleniciye inşaatın yapılan kısmıyla orantılı olarak arsa payı verilmesi Sungurbey tarafından savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca inşaatın tamamlanmaması halinde bile yüklenici yapılan kısım ile orantılı olarak arsa payı ve bununla bağlantılı bağımsız bölüm talep edebilmelidir. Sungurbey aksi görüşü‘...sözleşmeyle arsa payı olarak nesnel(ayni) bir

²⁰⁴OĞUZMAN M. K./SELİÇİ Ö./OKTAY-ÖZDEMİR S., s.383 vd.; ÖZ, T.,(Dönme), s.247-249.

²⁰⁵ÖZ, T.,(Dönme), s.255-256; BUZ, V.,(Dönme), s.233; AYAN, S., s.277. Ancak her iki tarafın alacağının bir miktar para olmadığı durumlarda taraflar karşılıklı zenginleşmeyi mahsup gerekçesiyle iadedden kaçınmazlar. Zira kanun tarafından da benimsenen çift talep görüşü uyarınca tarafların alacakları bağımsız birer talep hakkı doğurur. Bkz. ÖZ, T.,(Dönme), s.255.

²⁰⁶BUZ, V.,(Dönme), s.235; AYAN, S., s.257.

yolda kararlaştırılmış olan ücretini göz önünde tutarak ve bu arsa payının kendisine kalacağına güvenerek bu uğurda yıllarca didinip çalışan, büyük emekler harcıyıp masraflar yapan böylece nice güçlükleri yenerek iş sahibinin arsasına kendi malzemesiyle yaptığı inşaatı büyük ölçüde gerçekleştirmiş olan müteahhidi, inşaatın yapılan kısmının yapım değeri diye bir para vererek sözleşmeyle kararlaştırılmış olan bu hakkından tamamen yani inşaatın tamamlanmış olduğu oranda dahi yoksun bırakmaktadır.(...)'demek suretiyle eleştirmiş ve bu çözümün hakkaniyete aykırı olacağını ifade etmiştir²⁰⁷.

Ancak bu görüş doktrinde –kanaatimizce de haklı olarak- eleştirilmiştir. Tandoğan'ın ifade ettiği üzere yükleniciye inşaatın yapılan kısmıyla orantılı olarak arsa payı verilmesi öncelikle dönme hakkının geriye etkili olma niteliği ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca yüklenicinin sözleşmeyi ihlal ederek temerrüde düşmesi halinde arsa payı talep edememesinde hakkaniyete aykırı bir durum da

²⁰⁷SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.485-486. Aynı yönde bkz. ERMAN, H., s.100vd.; SUNGURBEY 'inşaatın yapım değeri'ne yönelik eleştiriyi SELİÇİ' nin müteahhide inşaatın yapılan kısmının yapım değeri diye bir para verilmesinin adilane bir çözüm olduğunu ifade etmesi üzerine getirmiştir. Ayrıca yazar yukarıdaki görüşüyle paralel olarak B.K. md.371'in uygulanacağı hallerde de arsa sahibinin bedeli arsa payı olarak ödemek zorunda olduğunu ifade etmektedir. Bkz. SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.493-494. Yargıtay'ın 'Mahkemece yapılacak iş (...)davalı yükleniciye verilmesi gerekli olan arsa paylarını belirlemek, davalının bina inşası borcunu hangi oranda yerine getirdiği hangi oranda yerine getirmediğini saptamak ve buna göre noksan inşaat oranında davalıya verilmesi gerekli olan arsa payını indirmek ve böylece davalıya düşecek olan arsa payını tespit etmek ancak bu arsa payı dışında müdahalenin önlenmesine karar vermektir(...)' demek suretiyle aynı yönde verdiği bir karar bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 15. H.D. 24.01.1980 tarih ve E.1979/2453, K. 1980/111 sayılı kararı (TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.46).

bulunmamaktadır²⁰⁸. Yazar yükleniciye yapılan kısım ile orantılı olarak arsa payı verilmesinin de bazı sakıncalar doğuracağını ifade etmiştir. Öncelikle sözleşme yapılırken, inşaat bitince ortaya çıkacak bağımsız bölümleri bir değerlendirmeye tabi tutarak denge içerisinde paylaşan tarafların inşaat yarıda kalınca yüklenicinin alacağı bağımsız bölümler bakımından bu dengeyi yeniden kurmaları çok güç veya imkânsız olacaktır. Bunun yanı sıra aralarındaki güvenin tamamen sarsılması nedeniyle sözleşmeyi sona erdiren hatta davacı-davalı konumuna gelen tarafları bir bağımsız bölümün ortak maliki saymak veya kat maliki ya da komşuluk ilişkileri içerisine sokmak son derece sakıncalıdır. Buna karşın sözleşme, dönme beyanı ile sona erdiğinden artık yüklenicinin inşaatın aynen pay almamasının sözleşmenin amacına veya sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmeyeceği de açıktır²⁰⁹.

Kanaatimizce de arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde yüklenici, inşaatın yapılan kısmıyla orantılı arsa payı(bağımsız bölüm) verilmesini talep edememelidir. Bu durumda yükleniciye kural olarak yapılan inşaatın değerinin nakden iade edilmesi yerinde olacaktır²¹⁰.

Kural nakden iade olmakla birlikte bazı durumlarda yükleniciye aynı (arsa payı/bağımsız bölüm olarak) iadenin yapılması da mümkün olmalıdır. Öncelikle arsa sahibinin iadenin aynı olarak yapılmasını açık veya örtülü olarak talep ettiği hallerde iade aynı olarak yapılabilir. Hatta yüklenicinin bu iadeyi reddetmesi halinde bile arsa sahibinin iradesine öncelik verilmesi yerinde olacaktır. Çünkü çoğunlukla orta gelirli arsa sahiplerinin malik oldukları arsa karşılığı birkaç daire sahibi olmak amacıyla bu

²⁰⁸TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.47.

²⁰⁹TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.48-49; AKKAYAN YILDIRIM, A., s. 63-64.

²¹⁰TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.49; ÖZ, T.,(Dönme), s.250; AYAN, S., s.274-275.

tür sözleşmeleri yaptıkları düşünüldüğünde yapılan inşaatın değerinin nakden ödenmesi bu kişilerin sıkıntı yaşamalarına neden olabilecektir. Kaldı ki yüklenici karşısında ekonomik bakımdan daha zayıf olan ve sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olan arsa sahiplerinin bu konudaki iradelerine bir öncelik tanınmasına bir engel de bulunmamaktadır²¹¹.

Ayrıca arsa paylarının baştan yükleniciye devredildiği sözleşmelerde dönme beyanından önce yüklenicinin arsa paylarını iyi niyetli üçüncü kişilere devretmesi durumunda arsa payının arsa sahibine iadesi mümkün olmayacağından bu halde de iadenin arsa payı olarak yapılması menfaatler dengesine daha uygun olacaktır. Zira yüklenici yapılan kısmın bedelini arsa payı olarak zaten almıştır ve geri vermesi mümkün değildir. Yine kısmi dönme hallerinde dönme beyanının kapsamadığı kısım için bedel arsa payı olarak ödenmelidir. Bu gibi iadenin aynen yapılacağı durumda taraflar sadece geri kalan kısımda eksiklik veya fazlalık için nakden iade yapmalıdırlar²¹².

Bu durumlardan ayrık olarak dürüstlük kuralı gereğince yüklenicinin iadenin aynen yapılmasının talep edebileceği veya -bir sonraki başlıkta da irdeleneceği üzere-

²¹¹TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.40; AYAN, S., s.275. AYAN, bu konuda gerekçesini inşaat tamamlansaydı yine arsa payı alacak olan yüklenicinin arsa sahibi tarafından yapılan arsa payı önerisini reddetmesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirebileceği şeklinde ifade etmektedir. Bkz. AYAN, S., s.275.

²¹²ÖZ, T.,(Dönme), s.252; AYAN, S., s.275.

sözleşmeyi sona erdirmenin ileriye etkili sonuç doğuracağı hallerde iade aynen yapılmalıdır²¹³.

H.

Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Etkisi Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

6. Genel Olarak

Yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin etkileri gerek doktrinde gerekse uygulamada uzun ve ayrıntılı incelemelere konu olmuştur. Çünkü inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu sözleşmelerde bile sona ermenin geriye etkili olmasının ve yüklenicinin yalnızca maliyet giderlerini(malzeme ve işçilik masraflarını) talep edebilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu ifade edilmektedir. Zira bazı hallerde yüklenicinin yalnızca maliyetini talep edebilmesi başka bir deyişle hiçbir şekilde yapılan kısım ile orantılı kâr payını talep edememesi arsa sahibinin haksız zenginleşmesine yüklenicinin de mağdur olmasına neden olacaktır. Ancak bu sorun sadece inşaatın büyük bir kısmının yapıldığı sözleşmelerde yüklenicinin kâr payı talep edebilmesine ilişkin bir sorun değil aynı zamanda dönme hakkının kullanılmasının sınırlanıp sınırlanamayacağına, şayet sınırlanabilecekse bunun hangi hükümlere tabi olacağına ilişkin de bir sorundur. Bu sorunda benimsenecek çözüm yöntemi, arsa sahibi ve

²¹³AYAN, S., s.275. AYAN, dürüstlük kuralı uyarınca aynen iadenin yapılması gereken durumlara örnek olarak yüklenicinin arsa payı alacağını iyi niyetli üçüncü kişilere temlik ettiği ve özellikle malvarlığının kötü durumda olduğu haller ile inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu halleri göstermektedir. Yazara göre böyle hallerde hâkim takdir yetkisini kullanarak iadenin aynen yapılmasına karar vermelidir. Bkz. AYAN, S., s.276-277.

yüklenicinin hak ve borçlarını derinden etkileyeceğinden gerek doktrin gerekse uygulamada bu husus ciddi tartışmalara neden olmaktadır²¹⁴.

Yine bu tartışmalar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edim borcu mu yoksa sürekli edim borcu mu doğuran bir sözleşme olmasıyla da yakından ilgilidir. Zira sürekli edim borcu doğuran sözleşmelerin sona ermesi ancak ileriye etkili sonuç doğururken, ani edim borcu doğuran sözleşmelerde sona erme geçmişe yönelik sonuç doğurmaktadır²¹⁵.

Ancak, hemen belirtelim ki, BK md.358/f.1 hükmüne giren durumlarda arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin geçmişe etkili olması hususunda böyle bir tartışma bulunmamaktadır. Zira bu hallerde ya inşaatı hiç başlanmamış ya da inşaatın çok az bir bölümü yapılmış olduğundan sözleşmenin tasfiyesinde büyük zorluk ve hakkaniyete aykırı durumlar ortaya çıkmamaktadır²¹⁶.

7. Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesinin İleriye Etkili Sonuç Doğurması(Fesih Niteliğinde Olması) Gerektiği Görüşü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine sürekli edim borcu doğuran sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini savunan *Sungurbey*, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine bazı hallerde sözleşmenin sona erdirilmesinin fesih niteliğinde olacağını yani ileriye etkili sonuç doğuracağını ifade

²¹⁴Tartışmalar için bkz. SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.457vd.; TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.1vd.; SEROZAN, R., (2007), s.573vd.; SELİÇİ, Ö., (Müteahhidin Sorumluluğu), s.78vd.; KARATAŞ, İ., s.461vd.; AYAN, S.,s.287.

²¹⁵Bu konudaki tartışmalar için bkz. yukarıda § 1 / B,3,b.

²¹⁶TANDOĞAN, H., C. II, s.145,dn.152n; ERMAN, H., s.100; ÖZ, T.,(Dönme), s.202; AYAN, S., s.292; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.64.

etmektedir. Şu halde arsa sahibi her durumda eski hale getirmeyi amaçlayan dönme hakkını kullanamayacağından, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sadece yapılan kısmın değerini ödeyerek de sözleşmeden kurtulamaz. Bu anlamda yazar, arsa sahibinin dönme hakkını kullanmasını sınırlandırmakta ve bu sınırlamayı da eserdeki bozukluklara ilişkin BK md.360/f.2 ve f.3'ün kıyasen uygulanması ile MK md.2 hükmüne dayandırmaktadır. Buna göre nasıl ki ayıp halinde kural olarak dönme mümkün değilse inşaatın büyük bir bölümünün tamamlandığı hallerde de bu kural kıyasen uygulanmalıdır. Yazar, yüklenici temerrüde düşmüş de olsa inşaatın kaldırılmasının aşırı zarara neden olacağı hallerde eksiklik oranında indirim yapılmasının ve yükleniciye yapılan kısım ile orantılı arsa payı verilmesinin hakkaniyete daha uygun olacağını savunmaktadır²¹⁷.

Sona ermenin ileriye etki sonuç doğuracağını kabul eden yazarlardan bir diğeri de *Serozan*' dır. İnşaatı hazırlama faaliyetinin masraflı ve zaman alıcı olması nedeniyle sözleşmenin sürekli-geçici karmaşığı bir sözleşme olduğunu ifade eden yazar, emekçinin yani yüklenicinin emeğinin korunmaya değer olduğu durumlarda sözleşmenin yalnızca feshedilebileceğı, böylelikle yüklenicinin hiç olmazsa fesih anına dek tamamladığı kısma karşılık gelen arsa payına kavuşması gerektiğini ifade

²¹⁷SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.466; AYAN, S., s.288; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.67; ÖZ, T.,(Dönme), s.191. Aynı yönde bkz. AYAN, S., s.294. Bu görüşün eleştirisi için bkz. TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.28vd.; ÖZ, T.,(Dönme), s.210 vd.

etmiştir. Ancak *Serozan* dönme hakkının kullanılıp kullanılmayacağı sorununun her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini de ifade etmiştir²¹⁸.

Yine *Karahasan* da yüklenicinin temerrüde düştüğü hallerde inşaatın sökülüp kaldırılması aşırı zarara neden olarsa arsa sahibinin dönme değil de eseri teslim alıp onarma ya da bedelden indirim istemi yanında kendisine ifanın gecikmesinden dolayı giderim hakkı tanınmasının çıkarlar dengesine daha uygun bir çözüm olacağını ifade etmektedir. Bu çözümü kıyastan bahsetmeksizin BK md.360 ve MK md.2 hükümlerine dayandıran yazar, yüklenicinin kusuru ile temerrüde düştüğü hallerde bu çözümün sakıncalı olacağını da kabul etmektedir²¹⁹.

Aynı görüşte olan *Erman* ise ani-sürekli karmaşığı borç ilişkisi olarak nitelediği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından sürekli borç ilişkisine özgü kuralların göz önünde tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre bazı hallerde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de sözleşme ileriye etkili sona erebilecek bu durumlarda arsa sahibi BK md.106'da ifadesini bulan dönme hakkını kullanamayacaktır. Bu sonuca MK md.2 hükmüne dayanarak varan yazar, BK md.360 hükmünden de yol gösterici olarak yararlanabileceğini ifade etmiştir²²⁰.

²¹⁸SEROZAN, R., (2007), s.175-177; ÖZ, T.,(Dönme), s.191-193; AYAN, S., s.289; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.68-69; Ayrıca bkz. SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.469-470. Bu görüşün eleştirisi için bkz. TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.40-41; KARTAL, B., s.166.

²¹⁹KARAHASAN, M. R., İnşaat-İmar-İhale Hukuku, Ankara 1979, s.269-270; ÖZ, T.,(Dönme), s.193.

²²⁰ERMAN, H., s.100-103; ÖZ, T.,(Dönme), s.194. Ayrıca yazara göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesinin ileriye etkili sonuç doğurmasının kabul edilmesi, yükleniciden satış vaadi sözleşmesi ile daire satın alan üçüncü kişilerin menfaatini koruma bakımından da daha elverişlidir. Bkz. ERMAN, H., s.101-102.

BK md.360/ f.2'nin tamamlanmış eserler için dercedildiği iddiasının doğru olduğunu ifade etmekle birlikte *Kartal*'da BK md.360/ f.3 'ün yollamasıyla ikinci fikranın kıyasen uygulanmasının hak ve adalet kurallarına uygun olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yazar sözleşmenin ileriye etkili sona ermesiyle yüklenicinin ödüllendirilmiş olmayacağını kusurlu ise zaten tazminat ile yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Yine sona ermenin fesih niteliğinde kabul edilmesi halinde olayın tek dava ile çözülebileceğini aksi halde hem sözleşmeden dönme ve tazminat için arsa sahibinin hem de sebepsiz zenginleşme için yüklenicinin ayrı veya karşılık dava açmak zorunda olacağından dava ekonomisi açısından da bu görüşün yerindeliğini savunmaktadır²²¹.

Bu görüş uyarınca özellikle inşaatın kaldırılmasının aşırı zararlara neden olacağı hallerde yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi fesih niteliğinde olmalı başka bir ifadeyle ileriye etkili sonuç doğurmalıdır. Buna göre yüklenicinin alacağı bedel karşılaştırılan arsa payına tekabül eden bedelden inşaattaki eksiklik oranında bir indirim yapılmak suretiyle belirlenmelidir. Şu halde arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirmekle inşaat hangi oranda tamamlanmışsa sözleşmeyle karşılaştırılan bedeli de aynı oranda başka bir ifadeyle inşaatın maliyet giderleri ve kâr payını da içerir şekilde ödemek zorundadır.

8. Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesinin Geriye Etkili Sonuç Doğurması (Dönme Niteliğinde Olması) Gerektiği Görüşü

Bu görüşü savunan yazarların başında *Tandoğan* gelmektedir. Yazara göre eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir ve bu sözleşmenin sona ermesi daima

²²¹KARTAL, B., s.165-167; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.70.

geçmişe yönelik olmalıdır. Bu anlamda inşaat hangi seviyede olursa olsun sözleşme tamamen ortadan kalkacak ve temerrüde düşen yüklenici, edimini yerine getirdiği oranda yalnızca arsa sahibinin malvarlığındaki artış kadar veya yaptığı kısmın objektif değeri kadar nakden iade talep edebilecektir²²². Ayrıca yazar, işi tamamlamayan yüklenicinin beklediği kârdan orantılı bir pay almasını gerektirecek derecede korunmayı hak etmediğini aksi görüşün yüklenicinin ödüllendirilmesi anlamına geleceğini ifade etmektedir. BK md.360/f.2 ve f.3' ün kıyasen uygulanması konusunda ise yazar, bu maddenin ayıplı bir eserin kaldırılmasındaki güçlük ve bundan doğacak aşırı zararın önlenmesini amaçlandığını fakat yüklenicinin temerrüdünün bu durumla aynı yoğunlukta olmadığını beyan etmektedir. Kaldı ki bu madde hükmü sözleşmenin sona ermesini amaçlamamakta ücretten indirim veya onarımla sözleşmenin devamı sağlamaya çalışmaktadır. Bu nedenle bu hükmün kıyasen dahi uygulanması mümkün değildir²²³.

²²²TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.49; AYAN, S., s.287; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.63. TANDOĞAN her ne kadar bu açıklamalarını B.K. md.358/f.1 için yapmış olsa da daha sonraki bir eserinde bu dayanak ve sonuçların hemen hemen aynı gerekçelerle B.K. md.106'da düzenlenen dönme hakkını da kapsayacağını ifade etmiştir. Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Yapmadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (-Zorunlu Yanıt Yanıt-), YHD, C.5, S.4, s.497.

²²³TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.37,39; TANDOĞAN, H., C.II, s.148-153;AYAN, S.,s.288. Bu görüşün eleştirisi için bkz. SUNGURBEY, İ., (MHS. C.IV), s.478 vd.; SUNGURBEY, İsmet, Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin B.K. 360 II/III 'ün Örneksene Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay HGK 'nun Son Kararı Üzerine Notlar, YHD. 1983/1, s.13 vd.; SUNGURBEY, İsmet, Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İş Zamanında Bitiremeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kural Olarak B.K. md.106/108 Çerçevesinde

Yine aynı görüşte olan Öz de inşaat sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler olduğunu kabul ederek bu sözleşmelere tamamlanmış eserler için dercedilen BK md.360 hükmünün uygulanamayacağını ifade etmiştir. Yazara göre aksi görüşün sağlam bir dayanağı bulunmamaktadır ve uygulanması halinde yüklenici gereksiz yere korunmuş, arsa sahibi ise pek çok sorunla karşı karşıya bırakılmış olacaktır. Bu nedenle inşaatın çok ileri seviyede olduğu hallerde dahi sözleşmeden dönme her zaman geçmişe etkili olarak sonuç doğurmalıdır²²⁴. Ancak Öz, yüklenicinin kusurlu olup olmamasına göre bir ayırım yaparak bu kurala bir istisna getirmiştir. Yazara göre kusursuz olarak temerrüde düşen ve bunu da ispatlayan yüklenici -BK md.371 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu- inşaatın yapılan kısmıyla orantılı olarak kararlaştırılan arsa payını isteyebilmelidir²²⁵.

Eser sözleşmelerini ani edimli olarak kabul eden *Seliçi* de burada feshe yer olmadığı görüşündedir. Yazar her ne kadar eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerin sürekli borç ilişkileri göz önüne alınarak düzenlendiğini ifade etmişse de temerrüt bakımından bunu kabul etmemekte ve yüklenicinin yapılan kısım ile orantılı kar payı almaması gerektiği görüşündedir. Ancak *Seliçi*, yeni dönme görüşü taraftarı olduğundan dönmenin sonuçları bakımından sebepsiz zenginleşmeye ilişkin

Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda M.K. md.2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.01.1984 Gün ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not, YHD. 1984/VI, s. 781 vd.; KARTAL, B., s.166.

²²⁴ÖZ, T.,(Dönme), s.211-214. K.g. AYAN, S., s.294.

²²⁵ÖZ, T.,(Dönme), s.220-221; AYAN, S., s.288; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.66.

hükümlerin değil sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kanaatindedir²²⁶.

Bu görüş uyarınca yüklenicinin temerrüdü halinde inşaat hangi seviyede olursa olsun arsa sahibi sözleşmeden dönülebilecek ve sözleşme hiç kurulmamışçasına ortadan kalkacaktır. Temerrüde düşen yüklenici yaptığı kısmın değerini ancak iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu kapsamında arsa sahibinden talep edebilecektir. Bu anlamda dönme beyanına kadar kural olarak iyi niyetli sayılan arsa sahibi elinde kalanı iadeyle yükümlüdür. Bu bağlamda arsa sahibinin asıl borcunun nakdi iade borcu olduğu unutulmamalı, şayet arsa sahibi dönme beyanından önce ayıpları gidermek ya da kira masrafları vs. için harcama yapmışsa bunları düşerek sadece elinde kalanı iade etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir²²⁷.

9. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü

Yargıtay, 1980'li yılların ortalarına kadar bu konuda birbirinden farklı kararlar vermekteyken; 25.01.1984 tarihinde verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararıyla görüşünü ortaya koymuş ve uygulama da bu içtihadı uygun olarak geliştirmiştir²²⁸.

²²⁶ SELİÇİ, Ö.,(Müteahhidin Sorumluluğu), s.77-78; ÖZ, T.,(Dönme), s.189.

²²⁷ AKKAYAN YILDIRIM, A., s.65.

²²⁸ Yargıtay 15. HD çoğunlukla *Sungurbey*'in görüşü çerçevesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde sözleşmenin ileriye etkili sona ereceği ve buna bağlı sonuçların ortaya çıkacağına ilişkin karar vermekte ve B.K. md.360/ f.2 ve f.3'ü kıyasen uygulamaktaydı(Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için ayrıca bkz. TANDOĞAN, H., (Orantılı Ücret), s.8vd.). Ancak 06.10.1982 tarihli Yargıtay H.G.K. kararında bu halde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin geçmişe etkili sonuç

Bu kararın konumuz açısından önemine geçmeden Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ani-sürekli karmaşığı bir sözleşme olarak kabul ettiğini ifade etmeliyiz. Her ne kadar Yargıtay bu sözleşmelerin temelde ani edim borcu doğurduğunu kabul etmekteyse de ifanın uzun bir zaman süreci gerektirmesi nedeniyle sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların niteliği gereği bu sözleşmelere de uygulanması gerektiğinden hareketle bu sonuca varmıştır²²⁹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu bu kararında: '(...)şayet olayın niteliği(müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği(uyuşmazlığın yalnızca BK md.106-108 uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa, sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak olayın niteliği ve özelliğinin BK md.106-108 hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; MK md.2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin(sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de, müteahhidin kusuruna bağlı zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları açısından karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır(...)

doğuracağı kabul edilmiştir. AKKAYAN YILDIRIM, A., s.70-72. Yargıtay İBK' ndan önceki durum için bkz. KARTAL, B., s.167-168;

²²⁹ Karş. yukarıda § 1 / B,3,b,cc.

demektedir²³⁰. Bu kararlarla Yargıtay, somut olayın özelliklerinin ve inşaatın seviyesinin haklı gösterdiği durumlarda MK md.2 uyarınca sözleşmenin ileriye etkili sona ereceğini kabul etmiştir²³¹.

Böylece Yargıtay uygulaması, inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmamış olması halinde sona ermenin geriye etkili olacağı ve dönmeye bağlı sonuçların ortaya çıkacağı buna karşın inşaatın büyük bir kısmının tamamlandığı hallerde sona ermenin ileriye etkili sonuç doğuracağı şeklinde oluşmuştur. Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye etkili sonuç doğuracağı hallerde yüklenici yapılan kısmın bedelini aynen talep edebilecek buna karşılık arsa sahibi de müspet zararının tazminini isteyebilecektir²³².

Burada irdelenmesi gereken bir diğer husus da inşaatın büyük bir kısmının tamamlanıp tamamlanmadığının hangi orana göre belirleneceğidir. Yargıtay

²³⁰Yargıtay İ.B.K. 25.01.1984 tarih ve E.1983/3, K.1984/1 sayılı kararı YKD 1984/4, s. 501; KARATAŞ, İ., s.457-461; KARTAL, B., s.169-172). K.g. SUNGURBEY, İ., (Yargıtay HGK' nun Son Kararı Üzerine Notlar), s.14vd. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHASAN, M. R., C.1, s.545vd.; ÖZ, T.,(Dönme), s.204; KARATAŞ, İ., s.463 vd. Kararın eleştirisi için bkz. KARTAL, B., s.173-174. ÖZ, T.,(Dönme), s.220; ÖZ, T.,(İnşaat) s.156.

²³¹TANDOĞAN, H., C. II, s.157; KOSTAKOĞLU, C., s.748-749; AYAN, S., s.292; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.73-74; KARTAL, B., s.172.

²³²AYAN, S., s.292-293; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.70-74. Bu yönde örnek kararlar için bkz. AKKAYAN YILDIRIM, A., s.70,dn. 131 ve s.71, dn.132-234. Yargıtay yüklenicinin yaptığı işin değerinin belirlenmesinde ayıplı ifadaki bedelde indirim tarzı benimsemektedir. Buna göre sözleşmenin feshi itibarıyla inşaatın tamamlanması için gereken masrafların toplam bedelden düşülmesiyle yükleniciye verilecek oran belirlenmekte ve bedelde indirim arsa payında indirim olarak uygulanmaktadır. AYAN, S.,s.293.

uygulamasının geçmiş yıllarda bu oranı %65'den başlayarak geniş bir yelpazede değerlendirdiği görülmektedir²³³. Ancak son yıllarda Yargıtay 15. HD' nin bu oranı %90-%95 seviyesinde tuttuğunu söyleyebiliriz²³⁴. Ancak burada esas belirleyici nokta, inşaatın dürüstlük kuralı gereğince arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye gelmiş olmasıdır. Buna ilişkin genel geçer bir oran belirlenmesinin mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte *Akkayan*'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere yeknesak uygulamayı sağlamak açısından alt seviyenin belirlenmesi yerinde olacaktır²³⁵.

10.

örüşlerin Değerlendirilmesi Ve Kişisel Kanaat

Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye etkili sonuç doğuracağı görüşünü savunan görüş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu veya bu tür sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini ifade etmektedir²³⁶. Oysa daha önce ifade ettiğimiz üzere biz

²³³DAYINLARLI, K., s.146; AKKAYAN YILDIRIM, A., s 78-79. Bu konuda farklı oranları esas alan kararlar için bkz. AKKAYAN YILDIRIM, A., s.79,dn.157. Buna karşın Yargıtay 15. H.D. 21.10.1999 tarihli kararında inşaatın tamamlanma oranı %93.75 seviyesinde olmasına karşın arsa sahibinin ileriye etkili bile olsa sözleşmeyi feshedemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 15. H.D. 21.10.1999 tarih, E. 1999/2473, K.1999/3735 sayılı kararı(AKKAYAN YILDIRIM, A., s.79). Karş. I. Bölüm dn.143.

²³⁴ERMAN, H., s.107; KOSTAKOĞLU, C., s.750; AYAN, S., s.291, dn.507. Bu oranlamalara ilişkin bkz. AYAN, S.,s.290,dn 506.

²³⁵AKKAYAN YILDIRIM, A., s.79. Kamuya ilişkin sözleşmelerde geçici kabul için bkz. KARATAŞ, İ., s.52.

²³⁶AKKAYAN YILDIRIM, A., s.67-68.

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul etmekteyiz²³⁷.

Ayrıca Yargıtay HGK kararında da ifade edildiği üzere BK md.360 hükmünün kıyas yoluyla uygulanabilmesi için konuya ilişkin yasal bir düzenlemenin mevcut olmaması gerekir. Ancak kanun koyucu genel olarak borçlu temerrüdünü düzenlemiştir. Şu halde olaya BK md.106 çerçevesinde çözüm getirmek olanağı varken kıyasa yolu düşünülmemelidir²³⁸. Zira somut olaya genel temerrüt hükümleri çerçevesinde çözüm getirme olanağının bulunması nedeniyle kanunda boşluk bulunduğunu da söyleyemeyiz. Bu durumda kıyasa başvurarak BK md.360'ı olaya uygulamak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Kaldı ki aksi görüşteki yazarların - haklı olarak- ifade ettiği gibi BK md.360 hükmünün amacı da tamamen farklıdır. Bu hüküm sadece tamamlanmış eserlerde arsa sahibinin ayıplı diye sözleşmeden dönüp yükleniciye yalnızca sebepsiz zenginleşme oranında bir para vererek inşaaata sahip çıkmasını önlemeye ve sözleşmenin devamını sağlamaya yöneliktir²³⁹. Öyleyse sözleşmenin sona erdirilmesinin amaçlandığı durumlarda BK md.360'ın kıyasen dahi uygulanması yerinde olmayacaktır.

Ayrıca sözleşmenin feshi halinde kusurlu olarak temerrüde düşmede yüklenici dahi yapılan kısımla orantılı kâr payını alabilirken, arsa sahibi bir taraftan inşaatı tamamlatmaya çalışıp diğer yandan yükleniciden olumlu zararını tazmin ettirmeye çalışacaktır. Kaldı ki Öz'ün de -haklı olarak- ifade ettiği üzere eksik kalan

²³⁷ Karş. yukarıda § 1 / B,3,b,dd.

²³⁸ Yargıtay H.G.K. 06.10.1982 tarih, E.1982/15-356, K. 1982/817 sayılı kararı. Bu kararın eleştirisi için bkz. SUNGURBEY, İ., (Yargıtay HGK' nun Son Kararı Üzerine Notlar), s.14vd.

²³⁹ ÖZ, T.,(Dönme), s.212-214.

kısmın tamamlanması yeni koşullar altında daha çok harcamayı gerektiriyorsa arsa sahibi ancak vade tarihindeki tamamlama tutarı ile tamamlama tarihindeki tutar arasındaki farkı talep edebileceğinden, arsa sahibi inşaatı tamamlanma masrafları da tamamen tahsil edilemeyecektir²⁴⁰.

Bununla birlikte arsa sahibinin her durumda sözleşmeyi geçmişe yönelik sona erdirmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı da aşikârdır. Bu sınırı Yargıtay'ın kabul ettiği gibi inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu haller olarak belirlemek kanaatimizce de yerinde olacaktır. Her ne kadar Yargıtay'ın 1984 tarihli içtihadının MK md.2'nin ikincil niteliğini²⁴¹ tartışmaksızın oluşturulduğu eleştiriliyor olsa da genel temerrüt kurallarının da somut olaya göre hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması nedeniyle burada dürüstlük kuralının uygulanmasında bir

²⁴⁰ÖZ, T.,(Dönme), s.214-215. K.g. Ayan 264.

²⁴¹ MK md.2'de "Dürüst Davranma" başlığı altında düzenlenen kurallar kanun hükümlerinin katı uygulanmasının getireceği adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçları engelleme ve düzeltme aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu düzenlemenin her olaya doğrudan uygulanması hukuki belirsizliğe ve emniyetsizliğe yol açar. Zira dürüstlük ve hakkın kötüye kullanılması kavramları açık ve tarifi mümkün olan kavramlar olmayıp müphem ve geniş mahiyet arz eden kavramlardır. Bu nedenle MK md. 2 düzenlemesi bir olaya doğrudan değil ancak pozitif bir düzenleme bulunmadığı hallerde veya konuya ilişkin düzenlemenin olaya uygulanması sonucu hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkması halinde bir düzeltme aracı olarak uygulanmalıdır. Bkz. OĞUZMAN, M.K., (Dürüstlük Kuralı), s.407-409; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.75-76. Konumuz açısından bu ilkeye baktığımızda temerrüt hükümlerinin varlığı nedeniyle MK md.2 doğrudan uygulanamayacaktır. Ancak temerrüt kurallarının katı uygulanması sonucu ortaya çıkacak hakkaniyete aykırı durumu engellemek amacıyla MK md.2 ikincil olarak uygulanabilecektir.

sakinca bulunmamaktadır²⁴². Şu halde temerrüt nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erdirilmesi kural olarak dönme niteliğinde olacaktır.

Ancak inşaatın büyük bir kısmının tamamlandığı başka bir ifadeyle inşaatın dürüstlük kuralı gereğince reddedilemeyeceği bir seviyeye geldiği hallerde sözleşme ancak feshedilebilecek böylece sona erme ileriye yönelik sonuç doğuracaktır. Bu istisnai durum dışında arsa sahibi dönme hakkını dilediği gibi kullanabilecek ve bu sona erme sözleşmeyi geçmişe yönelik ortadan kaldıracaktır. Bu halde yüklenici kâr payı isteyemeyeceği gibi ancak zenginleşme oranında maliyet giderlerini talep edebilecektir.

§5 - SÖZLEŞMEDEN DÖNME ÜZERİNE İSTENEBİLECEK TAZMİNAT

C.Menfi Zararın Tazmini

1. Genel Olarak Menfi Zarar

BK md.108/ f.2 ‘Bundan başka(...)alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir’ demektedir²⁴³. Buna göre sözleşmeden dönen arsa sahibi sözleşmenin geçersiz kalmasından doğan zararlarını da yükleniciden talep edebilir. Arsa sahibinin yükleniciden talep edebileceği bu zararın menfi (olumsuz) zarar olduğu genel olarak kabul edilmektedir²⁴⁴. Menfi zarar,

²⁴²SUNGURBEY, İ., (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not), s.788; AKKAYAN YILDIRIM, A., s.75-76.

²⁴³Akdin hükümsüzlüğü ifadesinden akdin sözleşmeden dönme nedeniyle hüküm ifade etmemesi şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. KILIÇOĞLU, A. M., s.541,dn.741.

²⁴⁴TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1296;OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.340; UYGUR, T., s. 645; KARAHASAN, M. R., C.1, s.1527; ÖZ, T., (İnşaat),s.154; KILIÇOĞLU,

sözleşmenin geçerli olarak ifa edileceğine ilişkin güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır. Bu anlamda menfi zarar; müspet zarardan farklı olarak sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararları değil fakat alacaklının sözleşme yapılmasaydı uğramayacak olduğu zararları ifade etmektedir²⁴⁵.

Doktrinde bir görüş menfi ve müspet zararın birbirinden ayrılmasının çok güç olduğunu ifade ederek bu ayrıma karşı çıkmakta ve sözleşmeden dönme halinde de müspet zararın talep edebileceğini kabul etmektedirler²⁴⁶. Yeni dönme görüşünü benimseyen yazarlar da dönme halinde sözleşmenin varlığını devam ettirmesinden yola çıkarak sözleşmeden dönmeyle birlikte müspet zararında tazmin edilebileceğini savunmaktadırlar. Ancak Türk hukukunda²⁴⁷ hâkim olan görüş sözleşmeden

A. M., s.540; DAYINLARLI, K., s.107; KARATAŞ, İ., s.526; AYAN, S.,s.278. Menfi zarar kavramı için bkz. BUZ, V.,(Dönme), s.239 vd.

²⁴⁵EREN, F., (Borçlar) s.1079; UYGUR, T., s. 645; ÖZ, T., (Dönme),s.284; BUZ, V., (Dönme), s.240; KILIÇOĞLU, A. M., s.538; KARATAŞ, İ., s.526-527; DAYINLARLI, K., s.107; KOSTAKOĞLU, C., s.399-400; ERGEZEN, M., s.124. Yargıtay 15. H.G.K. 17.01.1990 tarih, 392/1 sayılı kararı(DUMAN, İ.H., (2008), s.443). ÖZ, sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak zarar ifadesini geçmişe yönelik sona ermiş ve hiç kurulmamış sayılan sözleşmelerin hala yapılmamasından söz edilmesinin yerinde olmadığını ifade ederek eleştirmiştir. Yazara göre sözleşmenin geçerliliğine güvenilmeseydi ifadesi daha doğru ve yeterlidir. Bkz. ÖZ, T., (Dönme),s.284,dn 78.

²⁴⁶TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., s.1298-1299; SEROZAN, R., (2007), s.588vd. Bu görüşler ve bunlara yönelik eleştiriler için bkz. BUZ, V., (Dönme), s.258 vd.; OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.341; ÖZ, T., (Dönme),s.286.

²⁴⁷Alman hukukunda 2002 yılında yapılan değişiklikle sözleşmeden dönme halinde müspet zararın tazmin edilebileceği açık olarak kabul edilmiştir. Bkz. BUZ, V., (Dönme), s.241-243; AYAN, S.,s.278,dn. 456.

dönülmesi halinde müspet zararın istenemeyeceği yönündedir. Buna göre sözleşmeden dönme üzerine arsa sahibi, kira geliri kaybı²⁴⁸ veya ifa etmeme halinde ödenecek olan cezai şartı talep edemez. Zaten -kabul ettiğimiz- aynı etkili dönme görüşü uyarınca da sözleşme geriye yönelik sona ereceğinden sözleşmeye dayanan bir zarar talep edilemeyecektir. Bu halde ancak sözleşme hiç yapılmamış olsaydı doğmayacak olan (menfi)zarar talep edilebilir²⁴⁹.

Sözleşmeden dönme halinde menfi zararın talep edileceğine ilişkin kural emredici değildir. Şu halde taraflar sözleşmeden dönme halinde müspet zararın tazmin edileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşmanın bulunması halinde arsa sahibi sözleşmeden dönse dahi müspet zararlarını talep edebilecektir. Bunun yanı sıra tarafların sözleşmeden dönülse bile ifaya ekli cezai şartın ödeneceğini ya da dönmeye sebep olan tarafın belli miktarda cezai şart talep edebileceğini kararlaştırmaları

²⁴⁸ Arsa sahibinin talep edemeyeceği yapılmakta olan bağımsız bölümlere ilişkin kira kaybıdır yoksa inşaatın tamamlanacağını umarak kiraladığı yere ödediği kira parası veya inşaatın yapıldığı arsa üzerinde bulunan ve kiraya verdiği bağımsız bölümlerden aldığı ve sözleşme nedeniyle yoksun kaldığı kira gelirleri menfi zarar olduğundan yükleniciden talep edilebilir. Bkz. DUMAN, İ.H., (2008), s.451-452.

²⁴⁹ OĞUZMAN, M. K., ÖZ, T., s.417-418; ÖZ, T., (Dönme),s.285-286; BUZ, V., (Dönme), s.158,268; DAYINLARLI, K., s. 148-147; KARATAŞ, İ., s.489,528. Yargıtay da sözleşmeden dönme halinde müspet zararın istenemeyeceği görüşündedir. Bkz. Yargıtay 15. H.D. 13.02.1992 tarih, E.1991/4232, K. 1992/1284 sayılı (DAYINLARLI, K., s.148); Yargıtay 15. H.D. 04.11.2003 tarih, E.1996/5202 sayılı, Yargıtay 15. H.D. 11.06.2001 tarih, 1544/3141 kararları(DUMAN, İ.H., (2008), s.447). Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin M.K. md.2 çerçevesinde ileriye yönelik sonuç doğuracağını kabul ettiğimiz hallerde müspet zararın tazmini mümkündür. Ancak daha önce ifade ettiğimiz gibi bu durumlar bir dönme değil fesih niteliğindedir. Bkz. yukarıda § 4 /C,1,a,cc; KILIÇOĞLU, A. M., s.540, dn.732

halinde de arsa sahibi sözleşmeden dönme üzerine bu müspet zarar kalemlerini talep edebilir²⁵⁰.

5. Menfi Zararın Kapsamı

Menfi zarar kalemlerini, tek tek saymak mümkün olmamakla birlikte dönme hakkına istinaden ortadan kalkan sözleşme uyarınca yapılan giderler nedeniyle uğranılan zarar kalemleri olarak ifade edebiliriz. Bu anlamda menfi zararın kapsamına öncelikle arsa sahibinin -yüklenicinin cebine girmese bile- sözleşmenin ifa edileceği ümidiyle yaptığı giderler(fiili zararlar) girmektedir. Bu giderleri kısaca; sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler (örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapıldığından noter masrafları, harçlar, posta giderleri vs.); sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi için veya karşılık edanın sağlanması için yapılan giderler (örneğin arsa sahibi yükleniciye pay devretmişse buna ilişkin giderler, bu payın iyi niyetli üçüncü kişilere devri halinde bunun geri alınamamasından doğan zararlar veya arsa sahibinin ihtar vb. için yaptığı harcamalar ya da arsa sahibi yüklenicinin inşaatı yapacağı arsadaki evini yıktırmışsa bundan doğan zararlar vs.) ile borç ilişkisinin tasfiyesine ve davaya ilişkin masraflar olarak sayabiliriz²⁵¹.

²⁵⁰ÖZ, T., (Dönme),s.296; KILIÇOĞLU, A. M., s.540; KOSTAKOĞLU, C., s.401; AYAN, S.,s.278-279.

²⁵¹OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.341; EREN, F., (Borçlar) s.1080; UYGUR, T., s. 645; KILIÇOĞLU, A. M., s.538-539; ÖZ, T., (Dönme),s.287-289; BUZ, V., (Dönme), s.243-246; DAYINLARLI, K., s.108; KOSTAKOĞLU, C., s.399-400; KARATAŞ, İ., s.529;ERGEZEN, M., s.125; AYAN, S.,s.279; K.g. SEROZAN, R., (2007), s.584 ve aynı sahifede dn. 150. Fiili zarar

Bunun yanı sıra arsa sahibinin yapma olanağını kaçırdığı başka sözleşmeler dolayısıyla uğradığı zarar başka bir ifadeyle fırsat kayıpları da menfi zarar kapsamında değerlendirilmektedir. Fırsat kaybı sözleşmeden dönme halinde alacaklının daha elverişli koşullarda yapacağı başka bir sözleşme fırsatını kaybetmesinden doğan haksızlığı gidermek amacıyla geliştirilmiştir. Bu terim esasında menfi zararın yoksun kalınan kâr biçiminde ortaya çıkmasından başka bir şey değildir. Bu zarar farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. Ancak en önemlisi arsa sahibi inşaatın tamamlattırılması(veya yüklenici inşaaata hiç başlamamışsa yeni bir sözleşme) için ilkinde oranla daha fazla arsa payı devretmek zorunda kalmış olması halidir. Bu anlamda arsa sahibi, üçüncü bir kişiyle yapılması mümkün olan elverişli bir sözleşmeyi kaçırmış olmasından doğan zararının tazminini de menfi tazminat olarak talep edebilir²⁵². Fırsat kaybına ilişkin bir diğer durum ise arsa sahibinin şayet

kalemleri Yargıtay 15. HD' nin 04.11.2003 tarih, 2130/5206 sayılı kararında da sayılmıştır. Fakat bunların sınırlı sayıda oldukları düşünülmemelidir. Bkz. KARATAŞ, İ., s.530.

²⁵²OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.418;EREN, F., (Borçlar) s.1080; UYGUR, T., s. 645-646; KILIÇOĞLU, A. M., s.539; REİSOĞLU, S., s. 341;ÖZ, T., (Dönme),s. 289-290; ÖZ, T., (İnşaat), s.155; BUZ, V., (Dönme), s.246-252; DAYINLARLI, K., s.108,147; KOSTAKOĞLU, C., s.400-401; KARATAŞ, İ., s. 529; AYAN, S.,s.279; ERGEZEN, M., s.125. Arsa sahibinin bağımsız bölüm daha önce teslim edilmiş olsaydı daha uygun bir fiyata satacağını ifade ederek aradaki farkı talep etmesinin bu anlamda kazanç kaybı(kaçırılan fırsat) olarak değerlendirilemeyeceğine dikkat etmek gerekir. Zira bu durumda sözleşme zamanında ifa edilseydi doğmayacak olan zarar(müspet zarar) kapsamına giren bir yoksun kalınan kar talebi söz konusu olmaktadır. Sözleşmeden dönme halinde müspet zararın tazmin edilemeyeceğini daha önce ifade etmiştik. Bkz. yukarıda. §5/ A, 1; Kaçırılan fırsatlara ilişkin olarak Yargıtay bir kararında '(...)sözleşmeden haklı nedenlerle dönen davacı iş sahibinin isteyebileceği menfi zarar, davacı yüklenici yerine sözleşmenin yapıldığı tarihte ona en yakın teklifte bulunan bir başka yüklenicinin önerdiği fiyatla(veya yüklenicinin teklifine bir

yüklenici ile sözleşme yapmamış olsaydı arsadan yarar elde edeceği hallerdir. Örneğin arsa sahibi arsayı zirai olarak değerlendirmesinden veya arsadaki bağımsız bölümlerinden elde edeceği kira gelirlerinden ya da inşaata vakit ayırması nedeniyle kendi mesleki vs. faaliyetlerinden elde edeceği gelirlerden mahrum kalması bu duruma örnek teşkil edebilir. Ancak Buz'un da haklı olarak ifade ettiği üzere bu iki fırsat kaybının da aynı anda gerçekleşmesi mümkün değildir. Zira arsa sahibi hem bu yüklenici olmasaydı başka bir yüklenici ile sözleşme kuracağını hem de hiç sözleşme kurmasaydı gelir elde edeceğini ifade ederek menfi tazminat talep edemez²⁵³.

Şu halde menfi zararın sözleşmeye güvenen arsa sahibinin sözleşmenin hüküm ifade etmemesi halinde malvarlığının aldığı durum ile sözleşme hiç

başkasının vereceği en yakın teklif ile) kalan işin yapılması halinde ödenecek bedel ile kalan iş için yeni yükleniciye ödenmek zorunda kalınan bedel arasındaki farktır(...) İkinci ihalenin geç yapılması nedeniyle zararın artmasına davacının sebep olmaması gerekir. İkinci ihaleye geç çıkarma varsa ihalenin uygun(makul) süre içinde yapılması halinde ödenecek bedel dikkate alınır(...)Sözleşmeden cezalı süreden sonra dönülmüşse iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan bu süreyle sınırlı olarak gecikme cezasını isteyebilir(...)demektedir. Yargıtay 15. H.D. 25.03.1998, K. 1998/1178 sayılı kararı(REİSOĞLU, S., s.341 dn.30). Aynı yönde 'iş sahibinin yüklenici tarafından üstlenilen işin yerine getirileceği inancıyla onunla sözleşme yaptığı tarihte bir başkasıyla sözleşme yapma imkânı varken, bu imkânı kaçırmaması ve bu kez de yüklenicinin işi yapmamasından dolayı işin bir başka kimseye yaptırılması nedeniyle aradaki farktan doğan zarardır(...)' Yargıtay 15.H.D. 01.02.1996 tarih, E. 310, K.535 sayılı kararı(Kazancı Hukuk Otomasyonu). Benzer bir karar için bkz. Yargıtay 15. H.D. 12.03.2007 tarih, E.2006/182, K. 2007/1541 sayılı kararı(AYAN, S.,s.278, dn.455).

²⁵³ÖZ, T., (Dönme),s.290; BUZ, V., (Dönme), s.290; ERGEZEN, M., s.125.

kurulmamış olsaydı malvarlığının alacağı durum arasındaki farkı kapsayacağını ifade edebiliriz²⁵⁴.

Sözleşmeden dönme halinde alacaklı gecikmeden doğan zararlarının tazminini talep edemez. Zira gecikme zararı sözleşmenin geç ifa edilmesinden doğan zarardır. Oysa sözleşmeden dönme ile sözleşme geçmişe etkili sona ermekte ve ifa söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle sözleşmeden dönme halinde gecikme zararının tazmini de söz konusu olamayacaktır. Yine aksine hüküm yoksa sözleşmede kararlaştırılan gecikme cezası(ifaya ekli cezai şart) ve nama ifa bedeli de müspet zarar kapsamına girdiğinden sözleşmeden dönme halinde talep edilemez²⁵⁵.

Bir görüş menfi zararın müspet zarar miktarını aşamayacağını kabul etmektedir²⁵⁶. Ancak doktrinde hâkim görüş böyle bir sınırlamayı reddederek her iki zarar türünün farklı yöntemlerle hesaplanan ve farklı illiyet bağına dayanan ayrı zararlar olduklarını ifade etmektedir. Bu nedenle menfi zarar miktarının dönülen sözleşmenin getireceği kar yoksunluğu miktarını dahi aşması mümkün olacaktır²⁵⁷.

²⁵⁴OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.340; EREN, F., (Borçlar) s.1079; ÖZ, T., (Dönme),s.284; BUZ, V., (Dönme), s. 240-241; DAYINLARLI, K., s.147; KARATAŞ, İ., s.153; ERGEZEN, M., s.124.

²⁵⁵EREN, F., (Borçlar) s.1081; ÖZ, T., (Dönme),s.295; KARATAŞ, İ., s.539; DUMAN, H.,(2008), s.451. Yargıtay 15. H.D. 14.02.1996, K. 1996/821 sayılı kararı(REİSOĞLU, S., s.341,dn. 30).

²⁵⁶UYGUR, T., s. 646; REİSOĞLU, S., s. 341. Yargıtay kararları için bkz. REİSOĞLU, S., s. 341,dn. 31.

²⁵⁷OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.342; EREN, F., (Borçlar) s.1081; BUZ, V., (Dönme), s.278. Konuya ilişkin görüşler için ayrıca bkz. BUZ, V., (Dönme), s.277-280.

6. Menfi Zararın Belirlenmesi ve İspat

Menfi zararın belirlenmesi konusunda en önemli hususlardan birisi kuşkusuz zararın ispatı hususudur. Borçlunun tazminata mahkûm edilmesi için kural olarak alacaklının borca aykırılık yüzünden uğradığı zararı ispat etmesi gerekir. Bu bağlamda menfi zararı talep eden arsa sahibi öncelikle sözleşme hiç kurulmamış olsaydı yapmayacak olduğu masrafları ispatla mükelleftir. Bu anlamda menfi zararı oluşturan fiili zararların ispatı kolaydır. Zira arsa sahibi malvarlığında meydana gelen azalmayı ve bu azalma ile temerrüde düşen yüklenici arasında uygun illiyet bağı olduğunu ispatlaması yeterlidir²⁵⁸.

Ancak menfi zararın ispatında fırsat kayıplarının yani kaçırılan fırsatların ispatı daha zordur. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kaçırılan fırsatlar farazi zararlar olup tam olarak ispatı mümkün değildir. Bu nedenle sözleşen yüklenici olmasa idi başka bir yüklenici ile sözleşme yapacağını ispatlayan arsa sahibinden sözleşmeye güven yüzünden reddettiği somut bir sözleşme teklifini kanıtlaması beklenmemeli ancak böyle bir teklifin hayatın olağan akışına uygunluğu ve gerçekleşme ihtimalinin yüksekliği değerlendirilmelidir²⁵⁹. Böyle bir durumda arsa

²⁵⁸BUZ, V., (Dönme), s.252; KARATAŞ, İ., s.541.

²⁵⁹AYAN, S.,s.279; DUMAN, İ.H., (2008), s.445-446, 453. K.g. OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.341; ÖZ, T., (Dönme),s.290; KARATAŞ, İ., s.527. Her ne kadar Yargıtay son yıllarda somut sözleşmenin ispatı şartını aramamaktaysa da (bkz. Yargıtay 15. H.G.K. 17.01.1990 tarih, E.13-392 K.1 sayılı; Yargıtay 13. H.D. 24.06.1987 tarih, 2599/3778 sayılı kararları, BUZ, V., (Dönme), s.255,dn.46); somut delil arayan (bkz. Yargıtay 15. H.D. 16.11.1992, 1606/5313 sayılı kararı, DUMAN, İ.H., (2008), s.454-455) hatta arsa sahibinin yapılmayan işi bir başka yükleniciye vermesi ve parasının da yeni yükleniciye ödenmiş olması şartını arayan kararları(bkz. Yargıtay 15. H.D. 08.12.1999 tarih, 4290/4536 sayılı kararı, KARATAŞ, İ., s.527) da bulunmaktadır.

sahibinden kendisine yapılmış somut bir teklifin varlığını ispatlamasını beklemek, onu gereksiz yere zor durumda bırakmaktan başka bir işe yaramayacaktır. Bu nedenle başka bir sözleşme yapacağını ispatlayan arsa sahibi somut bir sözleşme teklifini ispatlayamasa bile daha iyi şartlarda bir sözleşme yapabilme ya da inşaatı daha iyi şartlarda tamamlatabilme imkânına sahip olduğu hususunda ciddi bir kanaat oluşturmuşsa, sözleşmenin yapıldığı sıradaki ortalama piyasa koşulları ile sözleşmeden dönüldüğü tarihteki ortalama piyasa koşulları arasındaki farkı menfi tazminat olarak talep edebilmelidir²⁶⁰.

Kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin fırsat kaybının belirlenmesinde yalnızca inşaatın tamamlanmayan kısmı esas alınmalıdır. Buna göre arsa sahibi, inşaatın kalan kısmına tekabül eden arsa payı değerinden daha yüksek bir bedeli bu kısmı tamamlatmak için ödemek zorunda kalıyorsa aradaki farkı menfi zarar olarak talep edebilmelidir. Mesela sözleşmeden dönme tarihinde inşaatın tamamlanma oranı %70, yükleniciye devredilmesi kararlaştırılan arsa paylarının toplam değerinin 500.000-TL olduğu bir sözleşmede tamamlanmayan kısma tekabül eden arsa payı değeri 150.000-TL'dir. Bu durumda inşaatın tamamlanması için gereken masraflar 150.000-TL'yi aşıyorsa, arsa sahibi bu aşan kısmı fırsat kaybı olarak talep edebilir. Çünkü arsa sahibi yüklenici olmasaydı başka bir yüklenici ile sözleşmenin kurulduğu piyasa koşullarında başka bir sözleşme kurabilirdi. Ancak

²⁶⁰BUZ, V., (Dönme), s.254; AYAN, S.,s.280; DUMAN, İ.H., (2008), s.453. K.g. OĞUZMAN, M. K.,/ÖZ, T., s.341; ÖZ, T., (Dönme),s.290; ERGEZEN, M., s.125. Bununla birlikte arsa sahibinin B.K. md.358 uyarınca yüklenicinin işe zamanında başlamaması nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde fırsat kaybının kolay kolay ortaya çıkmayacağı da dikkatten kaçmamalıdır. Bkz. AYAN, S.,s.280.

burada sözleşmenin yapıldığı sırada piyasadaki ortalama sözleşme koşulları ile sözleşmeden dönüldüğü tarihte piyasadaki ortalama koşullar arasındaki farkın arsa sahibi tarafından ispatlanması gerektiğini yinelemek isteriz²⁶¹.

Ancak arsa sahibinin gerçek zararının miktarının belirlenmesi her zaman kolay değildir. Yüklenicinin kusurunun ağır olduğu veya arsa sahibinin zararını tam olarak ispatlayamadığı durumlarda BK md.98/ f.2'de yapılan atıf gereği haksız fiilin zarar miktarını tayin hususundaki esaslar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanabilecektir. Bu anlamda hâkim BK md.42 - 44 gereği alacaklı tarafından varlığı ispat edilen zararın ispat edilemeyen miktarını takdir edebilecektir²⁶².

Sözleşmeden dönen arsa sahibi dönülen sözleşmeyi yapmakla bir taraftan zarara uğrarken diğer taraftan bazı yararlar da elde etmiş olabilir. Bunun yanında yüklenicinin borca aykırı davranışı arsa sahibinin malvarlığında bir artışa neden olabileceği gibi malvarlığında meydana gelecek bir azalmayı da engellemiş olabilir. Örneğin arsa sahibi yüklenici ile sözleşme kurmakla inşaatın yapıldığı arsaya birtakım harcamalar yapmaktan kurtulmuş olabilir ya da yüklenicinin yeni inşaat için yıktığı eski binadan çıkan kalıntıları satarak gelir elde etmiş olabilir. Bu gibi hallerde

²⁶¹Benzer görüş için bkz. ÖZ, T., (Dönme),s.155; KARATAŞ, İ., s.532; AYAN, S.,s.281. Yargıtay'ın hesaplamasına ilişkin bkz. Yargıtay 15. H.D. 11.12.1996 tarih, 6203/6597 sayılı kararı (KARATAŞ, İ., s.541).

²⁶²OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.346; UYGUR, T., s. 646; ÖZ, T., (Dönme),s.300-301; BUZ, V., (Dönme), s.276. Zararın somut olarak belirlenmesine ilişkin bkz. AŞÇIOĞLU, Çetin, İnşaat Sözleşmelerinde Kanıtlar ve Bilirkişi Sorunu, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer 18-29 Mart 1996), BATİDER Yayını, Ankara 1996 S. 335-336.

denkleştirme yapılmalı başka bir ifadeyle menfi zarar hesaplanırken bu gelirler menfi zarardan düşülmelidir²⁶³.

Menfi zararın tespitinde ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi açısından alacaklının ortak kusuru da indirim sebebi olarak göz önüne alınmalıdır²⁶⁴. Yüklenicinin az kusurlu veya çok kusurlu olması tazminatın miktarı açısından önemli olabilir²⁶⁵. Ayrıca zararın tespitinde esas alınacak tarih hüküm tarihi olup sözleşmenin kurulduğu veya sözleşme eden dönüldüğü tarih değildir²⁶⁶.

D.Menfi Tazminat Talebinde Kusur Koşulu

3. Genel Olarak

Dönme hakkının kullanılmasının en önemli sonuçlarından biri de ifade edildiği gibi arsa sahibinin bu nedenle uğradığı zararın tazminini talep edebilmesidir. Ne var ki bu talep diğerlerinden farklı olarak yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olmasına bağlıdır. Zira BK md.108/f.2 ‘(...) borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir’ demektedir. Buna göre arsa sahibinin menfi zararlarını talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması

²⁶³ÖZ, T., (Dönme), s.300; BUZ, V., (Dönme), s.272-273.

²⁶⁴EREN, F., (Borçlar) s.1081. Ayrıca menfi zararın sınırlanması bakımından doktrinde illiyet bağı teorisi, normun konulma amacı teorisi ve son yıllarda gittikçe daha çok taraftar toplayan ve borçlunun borca aykırı davranışının ancak öngörebileceği sonuçlarıyla sorumlu olması esasını benimseyen zararın öngörülebilirliği teorisi kıstas olarak kullanılmaktadır. Söz konusu teorilere ilişkin bkz. ÖZ, T., (Dönme), s.298 vd.; BUZ, V., (Dönme), s.280 vd.

²⁶⁵ÖZ, T., (Dönme), s.277. K.g. KARATAŞ, İ., s.496.

²⁶⁶EREN, F., (Borçlar) s.1081; ÖZ, T., (Dönme),s.298; BUZ, V., (Dönme), s.275.

gerekir. Ancak kural olarak yüklenici temerrüde düşmede kusurlu sayıldığından yalnızca kusursuz olduğunu kanıtlayan yüklenici bu sorumluluktan kurtulabilir²⁶⁷.

Aslında Borçlar Kanunumuz yüklenicinin temerrüde düşebilmesi ve arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olmasını aramamıştır. Buna göre vadede teslimin yapılmaması üzerine ihtarla birlikte yüklenici -kusursuz dahi olsa- temerrüde düşer ve temerrüt üzerine arsa sahibi -gerekliyorsa-mehil tayin etmek suretiyle sözleşmeden dönebilir. Görüldüğü gibi kusur temerrüde düşmenin veya sözleşmeden dönmenin bir koşulu olmayıp sadece temerrüdün sonuçları açısından önem taşımaktadır²⁶⁸.

Bununla birlikte doktrin ve uygulamada menfi tazminatın talep edilebilmesi açısından yalnızca yüklenicinin kusuru değil aynı zamanda arsa sahibinin kusuru da önem taşıyacağı ifade edilmektedir. Buna göre tazminat talebi kural olarak kusur koşuluna bağlı olduğundan tazminat isteyen tarafın kusursuz olması gerekmektedir. Zira bir tarafın az kusurlu diğer tarafın çok kusurlu olmasının bir önemi olmayacak, az kusurlu olan taraf da sözleşmenin sona ermesine kusuruyla –veya taraflar ortak kusurlarıyla- sebebiyet vermiş sayılacaktır. Bu anlamda ancak sözleşmeden dönen ve dönme hakkını kullanmakta haklı olan arsa sahibi menfi tazminat talep edebilir. Buna karşın yüklenicinin temerrüde düşmesinde veya sözleşmenin sona ermesinde arsa

²⁶⁷OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T., s.418; EREN, F., (Borçlar) s.1081; UYGUR, T., s. 645; ÖZ, T., (Dönme),s.284; REİSOĞLU, S., s.342; DAYINLARLI, K., s.107; DUMAN, İ.H., (2008), s.449; ERGEZEN, M., s.124.

²⁶⁸ÖZ, T., (Dönme),s.271; KILIÇOĞLU, A. M., s.541; AKKANAT, H., s.44-45.

sahibi de kusurluysa arsa sahibi yükleniciden tazminat talep edemeyecektir²⁶⁹. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira arsa sahibinin daha az kusurlu olduğu veya ortak kusurun bulunduğu hallerde tazminat istemini engellemek yerine tazminatın kapsamını belirlerken -BK md.98 atfıyla BK md.43-44'ü uygulayarak- bu hususu dikkate hakkaniyete daha uygun olacaktır.

4. Kusurun Belirlenmesi

Menfi tazminat borcunun doğabilmesi kusur şartına bağlı olduğundan - özellikle yüklenicinin kusursuzluğunu iddia ettiği hallerde- kusurun belirlenmesi önem arz etmektedir.

Borçlar Kanunumuz yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde BK md.356/f.1'in yollamasıyla BK md.321/f.3 hükmünün uygulanacağını düzenlemiştir. Buna göre yüklenicinin o iş için gerekli olup arsa sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi, nitelik ve yeteneklere sahip olduğu varsayılacak ve özen borcu buna göre belirlenecektir. Ancak doktrinde yüklenicinin sorumluluğunun işçiye ilişkin bu sorumluluktan daha ağır olması gerektiği kabul edilmektedir. Şu halde arsa sahibi tarafından bilinmesi gereken bir durumda bile, yüklenicinin kusuru bu iş için gereken

²⁶⁹KARATAŞ, İ., s.495-497,536. 'Sözleşmeden dönen iş sahibinin B.K. md.108 uyarınca menfi zararını isteyebilmesi için öncelikle kusursuz olması gerekir. aksi taktirde talepte bulunamaz' Yargıtay 15. H.D. 25.03.1998, K. 1998/1178 sayılı kararı(DAYINLARLI, K., s.107, dn.170). '(...)tazminat borcunun doğması için temel koşul kusur olduğundan tazminat isteyen tarafın da kusursuz olması kuraldır(...)' Yargıtay 15. H.D. 06.12.2006 tarih, E.2006/4522, K.2006/7157 sayılı kararı(KARATAŞ, İ., s.496).

uzmanlığa sahip bir kişinin(dürüst ve makul başka bir yüklenicinin)davranışına göre belirlenmelidir²⁷⁰.

Menfi zarar talebinde kusur esas olarak, sözleşmeden dönmeye neden olan sözleşme ihlalinde yani konumuz açısından yüklenicinin temerrüde düşmesinde aranacaktır. Şayet yüklenici temerrüde düşmede kusurlu ise artık yüklenicinin, zararı oluşturan malvarlığı kayıplarını önleyip önlemeyeceği hususu önem taşımayacaktır. Zira önemli olan yüklenicinin temerrüde düşerken(zarar verici davranışta bulunurken) kusurlu olduğunun başka bir ifadeyle özen borcunu ihlal ettiğinin söylenebilmesidir²⁷¹.

Genel olarak yükleniciler tüm inşaat işlerinde yardımcı kişiler kullanmaktadırlar. Zaten yüklenicinin inşaatı tek başına yapması da mümkün değildir. Temel kural kusur sorumluluğu olmakla birlikte yüklenicinin inşaatın yapılmasında BK md.100 uyarınca ifa yardımcıları kullandığı durumlarda bu kişilerin sebep oldukları zararlardan, zararın doğmasında yüklenici veya ifa yardımcısının herhangi bir kusuru bulunmasa dahi yüklenici sorumludur. Bu hüküm tam bir kusursuz sorumluluk halini düzenlemekle birlikte yükleniciye kurtuluş kanıtı getirme olanağı da tanımıştır. Buna göre ifa bizzat yüklenici tarafından gerçekleştirilseydi zarardan yüklenicinin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı hallerde yüklenici bu sorumluluktan kurtulabilecektir²⁷².

²⁷⁰YAVUZ, C., s.327-328; ÖZ, T., (Dönme), s.277. Yüklenicinin özen borcunu ihlali niteliğindeki davranışları için bkz. ÖZ, T., (Dönme), s.278 vd.; EREN, F., (İnşaat Sözleşmeleri) s.76-77.

²⁷¹ÖZ, T., (Dönme), s.277, dn 39.

²⁷²ÖZ, T., (Dönme), s.271-272; KARATAŞ, İ., s.492, dn.373; ERGEZEN, M., s.124. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. ÖZ, T., (Dönme), s.271-274. Bu kusursuz sorumluluk türünün yanı sıra

Sözleşmenin ihlal edilmediğine ilişkin ispat yükü BK md.108/f.2 hükmü uyarınca yükleniciye aittir. Bu hüküm ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu hallerde(BK md.358) de uygulanacaktır. Buna göre yüklenicinin menfi tazminat talebinden kurtulması için öncelikle kusursuz olduğunu ispatlaması gerekir. Bunun nedeni zarara yol açan ve sözleşmeyi ihlal eden nedenin (temerrüde düşmenin) nasıl ve hangi koşullarda gerçekleştiğinin yüklenici tarafından çok daha iyi bilinebilecek olmasıdır. Bu durumda yüklenici temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat etmediği sürece arsa sahibinin menfi zararlarını tazmin etmek zorundadır. Arsa sahibi ise yalnızca uğradığı zarar ile bu zararın miktarını ispatla mükelleftir²⁷³.

§6 - ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DÖNÜLMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

D.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönülmesinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkeme kural olarak HUMK 1-8. Maddeleri uyarınca belirlenecektir. Buna göre değeri 7.780-TL'yi²⁷⁴ geçmeyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan

yüklenici sağladığı malzemedeki ayıpların d oğrudan yol açtığı zararlardan da (B.K. md.357 f.1 ve md.205/ f.2 uyarınca) kusursuz olarak sorumludur. Bu konuya ilişkin bkz. ÖZ, T., (Dönme), s.274-276.

²⁷³ÖZ, T., (Dönme), s.282; KARATAŞ, İ., s.498.

²⁷⁴Her yıl belirlenen Sulh/Asliye Hukuk Görev Sınırına ilişkin 01.01.2011 tarihinden geçerli olmak üzere belirlenen parasal sınır 7.780,00-TL'dir. Bkz.<http://blog.hukukokulu.com/2011-sulh-hukuk-asliye-hukuk-siniri.html>(01.03.2011).

uyuşmazlıklara Sulh hukuk mahkemeleri, bu miktarı aşan davalara ise Asliye Hukuk Mahkemeleri bakmakla görevlidir²⁷⁵. Ancak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK) uyarınca değeri her ne olursa olsun çekişmesiz yargı davaları(md.382) ile HMK. md.4'te sayılan davalara Sulh Hukuk mahkemeleri, bunun dışındaki tüm dava ve işlere Asliye Hukuk mahkemeleri bakmakla görevli hale gelecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan davalar kural olarak çekişmesiz yargı davası olmayacağından ve HMK. md.4'te sayılan dava türlerine de girmediğinden yeni düzenlemeye göre bu davalara bakmakla yalnızca Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğunu söyleyebiliriz.

Bununla birlikte gerek yüklenicinin gerekse arsa sahibinin tacir olması da muhtemeldir. Zira TTK md.12/b.3 bağlamında inşaat işleri ticari nitelikte bir iş sayılmakta ve böyle bir ticari işle iştigal eden kimselere de tacir denilmektedir. Yine TTK md.21/f.1 bir tacirin borçlarının ticari olmasının esas olduğunu, TTK md.21/f.2 ise 'Taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır' demek suretiyle tacir olan tarafın yapacağı sözleşmenin diğeri için de ticari iş sayılacağını düzenlemektedir. Bu anlamda her iki taraf için de ticari işlerden doğan ticari davalara bakmakla TTK md.4 uyarınca ticaret mahkemeleri görevlidir. Buna göre şu andaki düzenleme uyarınca gerek arsa sahibi ve yüklenicinin tacir olmasından, gerekse TTK md.21/f.2 uyarınca taraflardan biri için ticari olmakla diğeri içinde ticari sayılan bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan davaların değeri 7.780,00TL'den fazla ise Asliye Ticaret Mahkemeleri(bu mahkemelerin bulunmadığı yerlerde ticaret mahkemesi

²⁷⁵KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 17.

Baskı, Ankara 2006, s. 131; KOSTAKOĞLU, C., s.189; AYAN, S.,s.316.

sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemeleri), değeri bu parasal sınırdan düşük olanlara ise yine Sulh Hukuk Mahkemeleri bakmakla görevlidir²⁷⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girip girmediği ise tartışmalıdır. Zira bu kanunun 3. maddesinde mal kavramının ‘...alış-verişe konu olan(...) konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları...’; hizmet kavramının ise ‘...bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti..’ ifade ettiği düzenlenmektedir. Yine aynı maddede ‘tüketici bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi...’ olarak tanımlanmaktadır. Bu madde hükümleri karşısında arsasına salt kendi kullanımı için konut yaptıran bir arsa sahibinin tüketici olduğunu söylememiz yanlış olmayacaktır.

Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle arsa sahibinin kendi kullanımını aşacak miktarda bağımsız bölüm yapılması söz konusudur. Bu durumda arsa sahibinin tüketici olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşın kendi kullanımı amacıyla yükleniciden bağımsız bölüm edinen üçüncü kişiler tüketici olarak kabul edilmektedirler.

Bunun yanı sıra yalnızca yüklenicinin temerrüdünden veya temerrüt nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından doğan davalara yine genel mahkemelerde bakılacaktır. Zira 4077 sayılı kanunda temerrüde ilişkin

²⁷⁶ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 63-65, 102-103; KURU, B.,/ARSLAN, R.,/YILMAZ, E., s.214; KOSTAKOĞLU, C., s.190; DUMAN, İ.H., (2008), s.95. Bu tür davalar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 4. ve 382. maddelerinde sayılan davalardan olmadığından, bu davalara 01.10.2011 tarihinden itibaren yalnızca Asliye Ticaret veya bu mahkemelerin olmadığı yerlerde Asliye Hukuk mahkemeleri bakmakla görevli olacaktır.

herhangi bir hüküm bulunmamaktadır²⁷⁷. Ancak bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tüketici kanunu kapsamında değerlendirilirse bu tüketici işleminden doğan tüm uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinin görev alanında olacağından bu davalara da tüketici mahkemesinde bakılabilecektir²⁷⁸.

Ayrıca HMK uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciden pay satın alan üçüncü kişilerin açacakları cebri tescil davaları ile sözleşmeden dönme halinde arsa sahibinin açacağı tapu iptal ve tescil(tescilin düzeltilmesi) davalarında görevli mahkeme Asliye Hukuk mahkemesidir²⁷⁹. Hemen ifade edelim ki yüklenicinin yaptığı binadan konut olarak kullanmak amacıyla bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin yükleniciye karşı açacakları davada görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu hususunda şüphe yoktur²⁸⁰.

E.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönülmesinden Doğan Davalarda Yetkili Mahkeme

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de genel kural uyarınca yetkili mahkeme ilk olarak davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Bunun yanı sıra HUMK md.10 sözleşmeden doğan davalar için iki özel yetki kuralına da yer vermiştir.

²⁷⁷AYAN, S.,s.318.

²⁷⁸AYAN, S.,s.318; KURU, B./ ARSLAN, R./YILMAZ, E., s.932. Bu davalar Tüketici Kanunu kapsamında değerlendirileceğinden bu davalardan harç alınmayacağı gibi sözleşmedeki bazı şartlar da haksız şart olarak nitelenebilecektir. Bkz. AYAN, S.,s.318. Ayrıca bkz. Yargıtay 13 H.D. 05.01.2005 tarih, E.2004/12565, K.2005/137 sayılı kararı.

²⁷⁹Yargıtay'ın aksi yönde bir kararı için bkz. Yargıtay HGK. 05.10.2005 tarih, 14-490/563 sayılı kararı(AYAN, S.,s.319,dn.591).

²⁸⁰AYAN, S.,s.319-320.

Öncelikle sözleşmeden doğan bir dava; davalı veya vekilinin davanın açıldığı tarihte orada bulunmaları şartıyla sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde açılabilir. Yine bu dava sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesinde de açılacaktır²⁸¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin yerine getirileceği yer yüklenici açısından inşaatın yapılacağı arsanın bulunduğu yerdir. Arsa sahibinin borcu da arsa paylarının tapu sicilinde devri olduğundan bu borcun ifa yeri de yine arsanın bulunduğu yerdir. Bu anlamda sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesi, arsanın bulunduğu yerdeki mahkeme olacaktır. Bunun yanı sıra yükleniciden arsa payı alacağı temlik eden üçüncü kişilerin açacakları cebri tescil davaları ile arsa sahibinin sözleşmeden dönme üzerine açacağı tapu iptal ve tescil(tescilin düzeltilmesi) davaları gayrimenkulün aynına ilişkin davalar olduklarından bu davalarda yetkili mahkeme, HUMK md.13 uyarınca arsanın(taşınmazın) bulunduğu yer mahkemesidir. Buradan hareketle bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin tüm davaların arsanın bulunduğu yerde açılacağını söylemek de doğru olmayacaktır. Çünkü arsa sahibinin menfi tazminat, cezai şart ya da gecikme tazminatı alacağına ilişkin davalar para alacağı niteliğinde olduğundan bu davalarda, BK md.73 uyarınca alacaklının ödeme zamanındaki ikametgahı mahkemesi yetkili olacaktır²⁸².

Ayrıca tüketici mahkemesinin görev alanına giren davalarla ilgili olarak 4077 sayılı kanun md.23/f.3 özel bir yetki kuralına da yer vermiştir. Buna göre tüketici

²⁸¹ KOSTAKOĞLU, C., s.190; DAYINLARLI, K., s.212.Ayrıca bkz. Yargıtay 15 HD. 25.2.1997 tarih, 1997/825-1020 sayılı (YKD, S.1, Y.1998,s.72); Yargıtay 15 HD. 070.7.1997 tarih, 1997/2841-3456 sayılı kararları (YKD. S.10, Y.1997, s.1582).

²⁸²KOSTAKOĞLU, C., s.190; DAYINLARLI, K., s.213; AYAN, S.,s.322.

mahkemesinin görev alanına giren davalarda tüketicinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Ancak mülkiyetin aynına ilişkin HUMK md.13 kamu düzenine ilişkin ve kesin olduğundan bu hüküm uygulanamayacaktır²⁸³.

F. Tahkim

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine tahkim kaydının konulması da mümkündür. Ancak HUMK md.518 yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan meselelerde tahkimin geçerli olmayacağını düzenlemiştir. Buna göre taraflar serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda tahkime başvuramayacaklardır. Her ne kadar doktrinde gayrimenkul mülkiyetine ilişkin davalarda da tahkim sözleşmesi yapılabileceği ifade edilse de bu hükmü esas alan Yargıtay, gayrimenkul mülkiyetine ilişkin davalarda tahkim sözleşmesi yapılamayacağını kabul etmektedir. Bu görüş tapu kayıtlarının kamu düzenine ilişkin olmasına dayanmaktadır. Buna göre hakem kararları ile tapu kayıtlarının iptal veya tesciline olanak bulunmamaktadır²⁸⁴. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa payının ve bağımsız bölümlerin devrine ilişkin tahkim anlaşması sonuç doğurmayacaktır. Buna karşın menfi tazminat veya cezai şart alacağı gibi diğer konularda tahkim sözleşmesi geçerli olacaktır²⁸⁵.

²⁸³ Yargıtay 14. HD. 24.11.2008 tarih, 13492/14592 sayılı kararı.

²⁸⁴ KOSTAKOĞLU, C., s.191. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. AYAN, S.,s.320,dn. 597.

²⁸⁵ KOSTAKOĞLU, C., s.191; AYAN, S.,s.320-321.

§7- ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE DÖNMEYEN DOĞAN HAKLARA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

A. Arsa Sahibinin Taleplerinin Bağlı Olduğu Zamanaşımı Süreleri

BK md.126 uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan istihkak talepleri dışındaki bütün talepler kural olarak muaccel olmasından itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Aynı maddenin 4. bendi ise bu kurala bir istisna getirmiştir. Bu hüküm ‘(...)müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş(...) olması sebebiyle açılacak davalar(...)’ demek suretiyle bu davaları 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutmuştur. Buna göre yüklenici temerrüde düşmede kasıtlı veya ağır kusurluysa bundan doğacak davalar on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Buna karşın yüklenicinin daha hafif kusurunun bulunduğu veya kusursuz olduğu hallerde zamanaşımı süresi beş yıl olacaktır²⁸⁶. Yine 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.147/b.6; ‘Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar’ın beş yıllık zamanaşımı süresine bunun dışındaki taleplerin ise md.146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağını düzenlemiştir. Bu anlamda mevcut düzenleme ile bu düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır.

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesiyle sözleşmenin geçmişe yönelik sona ereceğini ifade etmiştik. Sözleşmenin ortadan kalkması üzerine iadeye ve menfi tazminata ilişkin talepler ortaya çıkacaktır. Ancak bu taleplere ilişkin kanunda

²⁸⁶OĞUZMAN, M. K., /ÖZ, T., s.469; EREN, F., (Borçlar) s.1239; KILIÇOĞLU, A. M., s.650;REİSOĞLU, S., s.374; AYAN, S.,s.313.

herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bununla birlikte BK md.125; kanunda hüküm bulunmayan konularda on yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olacağını düzenlendiğinden iade borcu ve menfi zarar taleplerinin de on yıllık zamanaşımı süresine bağlı olduğu kabul edilmektedir²⁸⁷. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuda on yıllık zamanaşımını uygulamaktadır²⁸⁸.

B. Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı

Kural olarak zamanaşımı süresi borcun muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar. Zamanaşımı süreleri hesaplanırken saat, dakika değil gün nazara alınır ve alacağın muaccel olduğu gün hesaba katılmaz. Bir alacak hakkında zamanaşımı son günün kullanılmadan geçmesi ile dolmuş olur(BK md.130)²⁸⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de arsa sahibinin bu sözleşmeden doğan bütün taleplerine ilişkin zamanaşımı süreleri bu talep hakkının muaccel olmasıyla birlikte işlemeye başlayacaktır. Ancak gecikmeden doğan zarar ve cezai şart miktarı kural olarak zamanla artacağından her bir zarara ilişkin zamanaşımı süresi de bu zararın doğumundan itibaren işlemeye başlayacaktır. Başka bir ifadeyle bu zararlar farklı tarihlerde doğacağından her bir zarar ayrı ayrı muaccel olacak ve bunlara ilişkin zamanaşımı süreleri de muacceliyetten itibaren ayrı ayrı işlemeye başlayacaktır²⁹⁰.

²⁸⁷OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T., s.467;EREN, F., (Borçlar) s.1239; KILIÇOĞLU, A. M., s.649;REİSOĞLU, S., s. 373; BUZ, V., (Dönme), s. 275; DAYINLARLI, K., s.108.

²⁸⁸Bu konuda bkz. REİSOĞLU, S., s. 341, dn 29.

²⁸⁹OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T., s.471;EREN, F., (Borçlar) s.1239; KILIÇOĞLU, A. M., s.648,651;REİSOĞLU, S., s.375-376.

²⁹⁰OĞUZMAN, M. K., /ÖZ, T., s.469-470;AYAN, S.,s.314.

Arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmeden dönmesi üzerine bundan doğacak haklara(iade ve menfi tazminat alacağına) ilişkin zamanaşımı sürelerinin başlangıcı bu alacakların muaccel olduğu an yani dönme hakkının kullanıldığı tarihtir²⁹¹.

Araştırmamızda kabul etmiş olduğumuz aynı etkili dönme görüşü uyarınca dönme beyanı üzerine daha önce yapılan devirler geçersiz hale geleceğinden arsa sahibinin yükleniciden ve yüklenicinin devrettiği kötü niyetli üçüncü kişilerden arsa paylarının iadesine yönelik talebi istihkak niteliği taşımaktadır. Bu durumda arsa sahibinin yüklenici ve bu üçüncü kişilere yönelik mülkiyet hakkından doğan bu talebi herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı değildir²⁹².

²⁹¹OĞUZMAN, M. K., / ÖZ, T., s. 418; REİSOĞLU, S., s.375; BUZ, V., (Dönme), s. 275; AYAN, S.,s.315.

²⁹²ÖZ, T.,(Dönme), s.258; AYAN, S.,s.316.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz malların değerinin sürekli arttığı ve inşaat sektörünün hızla geliştiği ülkemizde sosyo-ekonomik ihtiyaçların ortaya çıkardığı bir sözleşme türüdür. Ülkemizde yaygın olarak akdedilen bu sözleşme türü hukukumuzda diğer hukuk sistemlerinden farklı bir gelişme göstermiş ve ülkemize özgü hukuki sorunların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini; yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapması taahhüdü karşılığında, arsa sahibinin de arsanın belirli veya belirlenebilir paylarının mülkiyetini yükleniciye devrini taahhüt ettiği sözleşme türü olarak tanımlayabiliriz. Bu sözleşme türü inşaat sözleşmesinin, inşaat sözleşmesi de eser(istisna) sözleşmesinin özel bir türüdür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen, çift tipli karma sözleşmelerdendir. Arsa sahibinin borcu da belirli arsa paylarının yükleniciye devri başka bir deyişle taşınmaz devri olduğundan bu sözleşmelerin resmi şekilde yapılması geçerlilik şartı olarak aranmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın tamamlanmasının uzun bir süreyi gerektirmesi bu sözleşmelere sürekli borç ilişkisi niteliği kazandırmaz. Zira inşaat tam olarak hazırlanıp teslim edilmedikçe arsa sahibinin menfaati gerçekleşmeyecek ve sözleşme ifa edilmiş sayılmayacağından bu sözleşmeler kural olarak ani edimli borcu doğuran sözleşmelerdendir. Ancak inşaatın kısım kısım yapılarak arsa paylarının peyderpey yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çeşidi esasında art arda teslimli sözleşme niteliği taşımaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüde düşmesi için; borcun muaccel olması, borcun ifasının gecikmeye rağmen mümkün olması, yüklenicinin henüz inşaatın teslimini gerçekleştirmemiş olması ve arsa sahibinin yükleniciye teslim borcunu yerine getirmesi için ihtarda bulunmuş olması gerekmektedir. Arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü üzerine BK. md.106-108'de ifade edilen haklarını kullanabilecektir. Sözleşmeden dönme hakkı da bu haklardan birisidir. Arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kural olarak uygun bir ek süre (mehil) vermek ve mehilden sonra derhal bildirmek suretiyle kullanabilecektir.

Yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibi sözleşmeyi ileriye yönelik sona erdirebileceği(feshedebileceği) gibi sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Sözleşmeden dönme hakkı: tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin kurulmasından önceki durumun yeniden tesisini sağlayan tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan ve şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir haktır. Kabul ettiğimiz aynı etkili dönme görüşü uyarınca sözleşmeden dönme üzerine sözleşme geçmişe yönelik ortadan kalkmaktadır. Bu anlamda sözleşmeden dönme hem tarafları henüz yerine getirilmemiş edimlerden kurtarmakta hem de daha önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğurmaktadır. Sözleşmenin geçmişe yönelik ortadan kalkması yapılan tasarruf işlemleri bakımından da geçerlidir. Bu nedenle arsa sahibi kural olarak daha önce yükleniciye devretmiş olduğu arsa paylarını istihkak davası ile geri isteyebilecektir. Ancak söz konusu payları yükleniciden iyi niyetle edinen üçüncü kişiler varsa bu kişilerin hakları da korunacaktır.

Sözleşmeden dönme üzerine tarafların aldıklarını aynen geri vermeleri gereklidir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, üzerine inşaat yapılan

taşınmaz arsa sahibinin mülkiyetinde olduğundan bütünleyici parça kuralı gereğince, yapılan bu inşaat da arsa sahibinin mülkiyetine geçecektir. Bu bağlamda inşaatın sökülerek yükleniciye verilmesi mümkün olmayacağından arsa sahibinin inşaatın değerini geri vermesi gerekecektir. Şu halde arsa sahibinin geri verme borcu, inşaat seviyesinin çok ilerlediği ve yapılan inşaatın değerinin arsa payı olarak geri verilmesi sonucuna vardığımız istisnai durumlar dışında kural olarak para borcu niteliği taşıyacaktır. Bunun yanı sıra arsa sahibinin her durumda sözleşmeyi geçmişe yönelik sona erdirmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı da aşikârdır. Bu nedenle Yargıtay'ın kabul ettiği gibi inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu hallerde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ancak ileriye yönelik sona erebileceği(feshedilebileceği)nin kabulü yerinde olacaktır.

Arsa sahibi sözleşmeden dönmeyle birlikte sözleşme yapılamasaydı uğramayacak olduğu zararın(menfi zararın) da tazmini talep edebilir. Menfi zarar genel olarak sözleşmenin ifa edileceği ümidiyle yapılan giderleri, sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi için veya karşılık edanın sağlanması için yapılan giderleri ve borç ilişkisinin tasfiyesine ve davaya ilişkin masrafları ifade etmektedir. Bu anlamda menfi zarar sözleşmeye güvenen arsa sahibinin sözleşmenin hüküm ifade etmemesi halinde malvarlığının aldığı durum ile sözleşme hiç kurulmamış olsaydı malvarlığının alacağı durum arasındaki farkı kapsamaktadır. Ne var ki bu talep yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olmasına bağlıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan istihkak dışındaki talepler kural olarak muaccel olmasından itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak yüklenicinin temerrüde düşmede kasıtlı veya ağır kusurlu olduğu durumlarda bu taleplere ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır. Ayrıca Borçlar Kanunumuzda iade

borcu ve menfi tazminattan doğan taleplere ilişkin herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden bu taleplerin genel kural uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine bağlı olduğu kabul edilmektedir. Yine bu sözleşmelerde arsa sahibinin sözleşmeden doğan bütün taleplerine ilişkin zamanaşımı süreleri kural olarak talep haklarının muaccel olmasıyla işlemeye başlayacaktır.

KAYNAKÇA

AKKANAT, Halil: İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000 s. 1-49).

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, İstanbul 2004, s.49-86.

ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması(B.K. md. 368), Ankara 2002.

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2006.

AŞÇIOĞLU, Çetin: İnşaat Sözleşmelerinde Kanıtlar ve Bilirkişi Sorunu, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer 18-29 Mart 1996), BATİDER Yayını, Ankara 1996.

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005.

AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.

BECKER, Herman: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, md.184-551, Çeviren Suat Dura, Bern 1934, md.363.

BUZ, Vedat: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.(Dönme)

- BUZ, Vedat:** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.(Yenilik Doğuran Haklar)
- DAYINLARLI, Kemal:** İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 4. Baskı, Ankara 2008.
- DUMAN, İlker Hasan:** İnşaat Hukuku Açıklamalı İçtihatlı 2. Baskı, Ankara 2008.(2008)
- EREN, Fikret:** İstisna Sözleşmesinin Sona Ermesi (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer 18-29 Mart 1996, BATİDER Yayını, 2. Tıpkı Basım, Ankara 1996 s. 49-58).(İnşaat Sözleşmeleri)
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul 2003.(Borçlar)
- ERGEZEN, Muaz:** İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.
- ERMAN, Hasan:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007.
- ERMAN, Hasan:** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü(Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündükleri), İBD, C.58, S.4-5-6.
- ERTAŞ, Şeref:** Bir Sözleşmenin Haklı veya Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan Ankara 2008 s.391-399.
- GAUCH, Peter:** System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss., Freiburg 1968.
- GAUCH, Peter:** Der Werkvertrag, 3. Auflage, Zurich 1985.
- GÜMÜŞ, M. Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008.(Borçlar)

HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

İNAL, Tamer: Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004.

KAPLAN, İbrahim: İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku C.1, İstanbul 1997.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, İstanbul 1997.

KARATAŞ, İzzet: Eser (İnşaat) Sözleşmeleri Yenilenmiş 2.Baskı, Ankara 2009.

KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2007.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFD. 1981.

KIRCA, Çiğdem: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, 15 Aralık 2006, BTHAE yayınları, s.75-99.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008.

KOLLER, Alfred: Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrech, Band VI, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3.Teilband, 1.Unterteilband, Der Werkvetrag Art. 363-366, Bern 1998.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Baskı, Ankara 2006.

KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

KURU, Baki / YILMAZ, Ejder / ASLAN, Ramazan: Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 17. Baskı, Ankara 2006.

OĞUZMAN, M. Kemal /SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Eklemeler Yapılmış 10. Bası, İstanbul 2004.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geliştirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2006.

OĞUZMAN, Kemal: Dürüstlük Kuralına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirisi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65.Yaş Armağanı, Ankara 1988 s.407-415.

ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2007.(İnşaat)

ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.(Dönme)

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 30. Bası, Ankara 2009.

ÖZYÖRÜK, Sezer: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1998.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, İstanbul 2006.

SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.(Müteahhidin Sorumluluğu)

SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.(Sürekli Borç İlişkileri)

SEROZAN, Rona: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s.195-207. (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi)

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007. (2007)

SİRMEN, Lale: 2005-2006 yılı Eşya Hukuku Ders Notları, VI. Fasikül.

SUNGURBEY, İsmet: Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi, Medeni Hukuk Sorunları C. IV, İstanbul 1980, s.425-496 ve eki s. 627-640.(MHS. C.IV)

SUNGURBEY, İsmet: Yapıt sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat sözleşmelerinde Ismarlananın Kusuruyla İş Zamanında bitiremeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin Ismarlayanca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kural Olarak BY.106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.01.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not, YHD. 1984/VI, s. 781-795. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not)

SUNGURBEY, İsmet: Yapıt sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin Bk. 360 II/III 'ün Örneksene yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay HGK.'nun Son Kararı Üzerine Notlar, YHD. 1983/1.(Yargıtay HGK'nun Son Kararı Üzerine Notlar)

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/I, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş, 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2008.

TANDOĞAN, Haluk: Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER 1981/1, s.1-49.(Orantılı Ücret)

TANDOĞAN, Haluk: Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Yapmadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu - Zorunlu Yanıt Yanıt-, Y.H.D. C.5, S.4.(Zorunlu Yanıt Yanıt)

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), C.II, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1987.

TEKİNAY, S. Sulhi /AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, C.II, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1985.

UÇAR, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, S. 1-4, 2001.

UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser Sözleşmesi Ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2008.

ÖZET

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapma taahhüdü karşılığında, arsa sahibinin arsanın belirli veya belirlenebilir paylarının mülkiyetini yükleniciye devrini taahhüt ettiği tam iki tarafa borç yükleyen çift tipli karma bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğurur. Bu sözleşme arsa sahibi açısından devir borcu içerdiğinden bu sözleşmelerin resmi yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartıdır. Kural olarak bu şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersizdir ancak şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hallerde sözleşme geçerli kabul edilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde borcun muaccel olmasına rağmen inşaatın tamamlanmamış veya tamamlanmasına karşın teslim edilmemiş olması halinde arsa sahibinin ihtarıyla yüklenici temerrüde düşer. Arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü üzerine BK. md.106-108’de ifade edilen haklarını kullanabilecektir. Bu haklardan biri olarak sözleşmeden dönme hakkı kural olarak yükleniciye uygun bir ek süre(mehil) vermek ve mehilden sonra derhal bildirmek suretiyle kullanılabilir.

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmeyi geçmişe yönelik ortadan kaldıran bu anlamda tarafları henüz yerine getirilmemiş edimlerden kurtaran ve daha önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğuran bir haktır. Ancak arsa sahibinin bu hakkını kullanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı hallerde örneğin inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu hallerde arsa payı karşılığı

inşaat sözleşmesinin ancak ileriye yönelik sona erebileceği(feshedilebileceği)nin kabulü yerinde olacaktır.

Sözleşmenin geçmişe yönelik ortadan kalkması üzerine arsa sahibi yüklenicinin kusurlu olması halinde sözleşme yapılamasaydı uğramayacak olduğu zararın(menfi zararın) da tazmini yükleniciden talep edebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan bütün talepler kural olarak muaccel olmasından itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak yüklenicinin temerrüde düşmede kasıtlı veya ağır kusurlu olduğu durumlarda bu taleplere ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır.

ABSTRACT

Contract of construction in return for land share; is a binary typed, mixed contract charging obligation to both parties; that landowner subscribes to transfer the ownership of determinate or determinable shares of land, in return for contractor's commitment for building a construction on land of landowner.

Contract of construction in return for land share carries out an debtor-creditor relationship with sudden performance. Concluding these contracts in official written form is a validity requirement because of containing obligation of transfer for the purposes of land owner. As a rule, contracts of construction in return for land share not concluded in that form are invalid but contract is accepted valid in cases of that submitting contradiction to form of validity is in the nature of abusement of rights expressly.

In contract of construction in return for land share, contractor defaults with notice of land owner in the event of incompleted construction despite of due debt or not delivered despite of being completed. Landowner shall enjoy his rights stated in articles 106-108 of Code of Obligations after default of contractor.

Right of revocation of contract, one of these rights, generally can be enjoyed provided that giving appropriate extra fixed time limit and announcing promptly after fixed time limit. Right of revocation of contract is a right which terminates contract retroactively. Correspondingly, this condition release parties from performances not done yet and debts in return for performances done before. But, in cases that the land owner enjoy this right carry out results in conflict with equity, for example in conditions large part of the construction is completed, contract of construction in

return for land share shall be appropriate to accept that can only be
revocated/terminated forward.

After retroactive termination of contract, land owner shall request contractor
to compensate damages wouldn't carried out whether contract was done in condition
of faulty of contractor.

As a rule, all requests arising out of contract of construction are subject to five
years statute of limitation period after being due debt. But in cases that the contractor
is intentional or heavy faulty at becoming default, statute of limitation period related
to these requests is 10 years.