



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

İREM NAZLI GÜVEN

EYLÜL/2021

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN
TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

İREM NAZLI GÜVEN

EYLÜL/2021

ÖZET

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

GÜVEN, İrem Nazlı

Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Prof. Dr. Cemal OĞUZ

Eylül 2021, 174 sayfa

Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenleme alanı bulmamış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, sözleşme taraflarının birbirlerine karşı ifa ile yükümlü oldukları arsa paylarının devri ile yapı veya bağımsız bölüm inşası edimleri doğrultusunda eser sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesine benzetilmektedir. Her iki sözleşmenin birleşimi olarak kabul edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar, edimlerinin ifası hususunda bu ifanın, zamansal ve niteliksel olarak sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi halinde hukuki sorunlar ile karşılaşabilmektedir. Yüklenicinin, asli edim borcu olan bağımsız bölüm inşa etme ve bunların teslimine ilişkin ifasını arsa sahibine geciktirmesi de bu sorunların en sık rastlananlarının başında gelmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmede yüklenicinin temerrüde düşmesi şeklinde gerçekleşen hukuki sorunun çözümünde, Türk Borçlar Kanunu'nun temerrüde ilişkin genel hükümleri çerçevesinde yer alan uygulamalar kapsamında incelenmiştir. Yine taraflar arasındaki sözleşmenin ani ya da sürekli edimli sözleşme niteliğinin belirlenmesi de konu açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucunda temerrüde maruz kalan arsa sahibinin başvurabileceği imkânlar, bu imkânlar arasında yer alan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilirliği, yine bu hakkın kullanılması halinde sözleşmenin ne şekilde sona ereceği, sözleşmeden dönme halinde gerek sözleşme tarafları gerek ise

üçüncü kişilerin hukuki durumu ile bu sözleşmeye bağlı olarak kazanmış oldukları hakların akıbeti, çalışmamızda detaylı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Yüklenici temerrüdü, Sözleşmeden dönme, İleriye etkili fesih, Sözleşme geçerliliği, Üçüncü kişilerin durumu.



ABSTRACT

CONTRACTOR'S DEFAULT IN SHARE BASED CONTRACTS

GÜVEN, İrem Nazlı

M.A. in Private Law

Supervisor: Prof. Dr. Cemal OĞUZ

September 2021, 174 pages

Share based construction contracts, which have not been specifically regulated in the Turkish Code of Obligations, are similar to contracts of works and contracts of sale of immovable in line with the transfer of land shares and the construction of a building or independent section, which the contracting parties are obliged to perform against each other. In share based construction contracts, which is accepted as a combination of both contracts mentioned above, the parties may encounter legal problems in the event that this performance is in contradiction with the contract in terms of time and quality. One of the most common of these problems is that the contractor delays the execution as such delaying construction and delivery of the independent section to the land owner, which is the main performance debt, In the solution of the legal problem that occurs in the form of default of the contractor in the contract between the parties, it has been examined within the scope of the applications within the framework of the general provisions of the Turkish Code of Obligations regarding default. It is also important to determine the nature of the contract between the parties as an immediate or permanent contract. However, as a result of the default of the contractor, the possibilities that the land owner may apply, the availability of the right of rescission, which is among these opportunities, the way the contract will end if this right is exercised, the legal status of both the contract parties and third parties in case of rescission of a contract, and the legal status of the

third parties, the status of the rights they have gained, depending on the contract has been examined in our study.

Keywords: Share based construction contracts, Contractor's default, Rescission of a contract, Validation of the contract, Third parties' claims.



TEŞEKKÜR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ve sonuçları konulu yüksek lisans tez çalışması, Prof. Dr. Cemal Oğuz danışmanlığında ele alınmıştır. Sevgili, pek değerli hocamın, tez çalışması süresince vermiş olduğu katkılar ve tarafıma duyduğu güven sonucunda onur duyduğumu belirtmek isterim. Tüm tez çalışması süresince ve akıl danışmam gereken diğer tüm konularda, yanımda olan, olumlu olumsuz herhangi bir olayda çözümün, onda olduğunu bildiğim, manevi ablam olarak gördüğüm canım hocam Dr. Belin Köroğlu Ölmez'e, göstermiş olduğu sabır ve esirgemediği destekleri için sevgi ve teşekkürlerimi sunarım. Kendisi hayatımda olduğu için çok şanslı hissettiğimi ve şayet ileride bir akademik kariyerim olacak ise her konuda örnek aldığım kişinin kendisi olduğunu belirtmek isterim.

Aldığım tüm kararlarda yanımda olan, özellikle de gerek iş hayatım gerek ise eğitim hayatım boyunca aldığım tüm kararlar ile onurlandırmaya çalıştığım, emeklerini hiç bir zaman ödeyemeyeceğim, canım anneme ve canım babama, sevgi ve sabırları için çok teşekkür ederim. Yine hayatımda oldukları için kendimi çok şanslı hissettiğim, birlikte gülüp ağladığım, canım Gamze Gül Dilekçi'ye, dürüstlüğü ve yol göstericiliği ile iş yerimi sevmeme neden olan pek sevgili Pınar Çolakoğlu Baydar'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
TEŞEKKÜR	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ	1
BÖLÜM I	
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ŞEKLİ, TARAFLARI VE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI.....	4
1.1 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI	4
1.1.1 Sözleşmenin Tanımı	4
1.1.2 Sözleşmenin Unsurları.....	5
1.1.2.1 Arsa Sahibinin Arsa Payının Mülkiyetini Devir Borcu	5
1.1.2.2 Yüklenicinin Belirlenen Bağımsız Bölümleri İnşa ve Teslim Borcu	6
1.1.2.3 Arsa Sahibi ve Yüklenici Arasında Anlaşma Bulunması	7
1.2 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	8
1.2.1 Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Niteliği	8
1.2.2 Atipik ve Karma Sözleşme Niteliği.....	8
1.2.3 Sürekli-Ani Edimli Sözleşme Niteliği.....	11
1.2.4 Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olma Niteliği.....	14
1.3 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	15
1.4 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	17
1.4.1 Yüklenici.....	17
1.4.2 Arsa Sahibi.....	18

1.5 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI.....	18
1.5.1 Bağımsız Bölüm İnşa Etme ve Teslim Borcu.....	18
1.5.2 Sadakat ve Özen Borcu.....	23
1.5.3 İşi Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu	26
1.5.4 Gerekli Araç-Gereç ve Malzemeyi Sağlama Borcu	28
1.5.5 İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu	30
1.5.6 Ayıba Karşı Tekeffül Borcu	32
1.5.6.1 Genel Olarak	32
1.5.6.2 Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları.....	33
1.5.6.2.1 Yapı ve Bağımsız Bölümün Teslim Edilmiş Olması	33
1.5.6.2.2 Yapı ve Bağımsız Bölümün Ayıplı Olması.....	34
1.5.6.2.3 Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenemeyen Nedenlerden Ortaya Çıkmış Olması.....	35
1.5.6.2.4 Arsa Sahibinin Ayıplı Yapı ve Bağımsız Bölüm Kabul Etmemiş Olması	36
1.5.6.2.5 Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetlerinin Arsa Sahibi Tarafından Yerine Getirilmiş Olması.....	37

BÖLÜM II

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ KAVRAMI, ŞARTLARI VE KAPSAMI	40
2.1 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜ KAVRAMI	40
2.2 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI	41
2.2.1 İnşaatı Teslim Borcunun Muaccel Olması	42
2.2.1.1 Vadenin Belirlenmiş Olması.....	44
2.2.1.2 Vadenin Belirlenmemiş Olması.....	46
2.2.2 Borcunun İfasının Mümkün Olması	47
2.2.2.1 Yükleniciden Kaynaklı Beklenmedik Olay Nedeniyle İmkânsız Olmaması	52
2.2.2.2 Arsa Sahibinden Kaynaklı Beklenmedik Olay Nedeniyle İmkânsız Olmaması	55
2.2.3 Teslim Borcunun Zamanında İfa Edilmemiş Olması	57
2.2.4 Yüklenici Temerrüdünü Haklı Kılan Nedenin Bulunmaması	59
2.2.4.1 Yüklenicinin İfa Etmemeye İlişkin Defi Hakkına Sahip Olması.....	61

2.2.4.2 Arsa Sahibinin Temerrüde Düşmesi	63
2.2.4.3 İş Değişikliğinin Meydana Gelmesi.....	64
2.2.4.4 Taraflar Arasında Erteleme Anlaşmasının Varlığı	65
2.2.5 Arsa Sahibinin İhtar Çekmesi.....	66
2.2.5.1 Genel Olarak	66
2.2.5.2 İhtarın Aranmayacağı Haller.....	69
2.3 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN KAPSAMI.....	73
2.3.1 Yüklenicinin Kısmi Temerrüdü.....	73
2.3.2 Yüklenicinin İnşaatın Başlangıcı ve Yapımı Aşamasında Temerrüdü....	75

BÖLÜM III

YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI.....	77
3.2 YÜKLENİCİNİN KUSURUNUN TEMERRÜT SONUÇLARINA ETKİSİ	78
3.3 YÜKLENİCİNİN BEKLENMEDİK HALDEN SORUMLULUĞU	79
3.4 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERE ÖZGÜ SONUÇLARI	81
3.4.1 Arsa Sahibinin Seçimlik Haklarını Kullanabilme Şartı: Yükleniciye Tanınan Ek Süre	82
3.4.1.1 Genel Olarak	82
3.4.1.2 Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller.....	83
3.4.2 Arsa Sahibine Tanınan Seçimlik Haklar.....	84
3.4.2.1 Aynen İfa ve Buna Bağlı Talepler	84
3.4.2.1.1 Aynen İfa Talebi.....	84
3.4.2.1.2 Gecikme Tazminatı Talebi	88
3.4.2.1.3 Cezai Şart Talebi	92
3.4.2.2 Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Zararı Talep Hakkı	98
3.4.2.2.1 Müspet Zarar Talebi	98
3.4.2.2.2 Müspet Zararın Hesaplanması.....	101
3.4.2.3 Sözleşmeden Dönerek Menfi Zararı Talep Hakkı	103
3.4.2.3.1 Dönme Hakkının Kullanılması	103
3.4.2.3.2 Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	107
3.4.2.3.2.1 Dönme Hakkının Kullanılması Sonucunda Sözleşme Geçerliliğinin Akıbetine İlişkin Teoriler	107
3.4.2.3.2.1.1 Klasik Dönme Teorisi.....	108

3.4.2.3.2.1.2 Yeni Dönme Teorisi	109
3.4.2.3.2.1.3 Yargıtay'ın Görüşü	110
3.4.2.3.2.2 Dönme Hakkının Kullanılması Halinde Ortaya Çıkacak Hukuki Sonuçlar	111
3.4.2.3.2.2.1 İfası Gerçekleşmemiş Borçların Sona Ermesi	111
3.4.2.3.2.2.2 İfası Gerçekleşmiş Edimlerin İade Edilmesi	111
3.4.2.3.2.2.3 Sözleşmeden Dönülmesi Halinde Üçüncü Kişilerin Durumu	114
3.4.2.3.2.3 Dönme Hakkının Kullanılabilirliği Yönünden İleri Sürülen Görüşler	123
3.4.2.3.2.3.1 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Geriye Etkili Sona Ereceğini Kabul Eden Görüş	124
3.4.2.3.2.3.2 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İleriye Etkili Sona Ereceğini Kabul Eden Görüş	126
3.4.2.3.2.3.3 Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü	128
3.4.2.3.2.3.4 Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz	135
3.4.2.3.3 Menfi Tazminat Talep Hakkı	136
3.4.2.3.3.1 Menfi Zarar Kapsamı ve Belirlenmesi	137
3.4.2.3.3.2 Menfi Zarar İspatı ve Hesaplanması.....	139
SONUÇ.....	143
KAYNAKÇA	151
ÖZGEÇMİŞ.....	161

KISALTMALAR LİSTESİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi:
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
ET.	: Erişim Tarihi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBGK	: İçtihatı Birleştirme Genel Kurulu
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KMYKK	: 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

GİRİŞ

İnşaat sektörünün maliyetli sonuçları ve inşaat meydana getirme faaliyetinin, uzmanlık bilgisi gerektiren faaliyetler kapsamında yer alması, konuta ihtiyaç duyan arsa sahiplerini, sözleşme yapmaya itmektedir. İnşaatın meydana getirilmesinde yeterli teknik bilgi ve beceriye sahip olmayan bununla birlikte ekonomik olarak da bu maliyetli süreci göğüsleyecek imkânı bulunmayan arsa sahibi, mülkiyet hakkına sahip olduğu arsada konut ihtiyacı bir an önce gidermek adına seçtiği kişi yahut kişilerce inşaat sürecinin yürütülmesi adına sözleşme akdedebilir. Arsa sahibinin inşaatın meydana getirilmesinde bilgi ve becerisine güvendiği uzman kişiler, yüklenici olarak isimlendirilirken bu kişiler ile akdedilen sözleşmeler de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Arsa sahibi, bu sözleşme ile sözleşmeyi kurmaktaki asıl amacı olan konut ihtiyacına, bir başka ifade ile bağımsız bölüm elde etme imkânına, yükleniciye devredeceği arsa payları karşılığında sahip olacaktır. Bu kapsamda sözleşme taraflarından arsa sahibinin, devrettiği arsa paylarına karşılık inşa edilen bağımsız bölümlere ücret ödemeksizin sahip olacaktır. Bununla birlikte yüklenicinin ise bağımsız bölüm inşasına konu arsa paylarına herhangi bir bedel ödemeksizin, inşaatı tamamlayarak teslim etmesi halinde malik olacağı yahut bu bağımsız bölümlerin satışından kâr elde edeceği gözetildiğinde bu avantajlı sonuçlar, ilgili sözleşmelerin akdedilme sıklığı ve hızını doğurmuştur.

Günümüzde sıklıkla akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, Hukukumuzda gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerek ise diğer kanunlarda düzenlenmemiştir. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, isimsiz sözleşmelerden kabul edilmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin, arsa payı devrine karşılık inşaat meydana getirme ile bunun teslimi unsurları üzerine kurulmuş olması, bu sözleşmelerin, eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesinin özelliklerini taşıdığı kabulünü doğurmuştur. Bu kabul, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, karma nitelikli sözleşmeler kapsamında yer almasına neden olurken eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesi hükümlerinin de kıyasen bu sözleşmelere de uygulanabileceği yorumlamasına neden olmuştur. Öte yandan arsa payı karşılığı

inşaat sözleşmesinin, müstakil ve karakteristik yapısı dikkate alındığında kıyasen uygulanabilirlik, her zaman mümkün olmamaktadır. Tüm bunlarla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ortaya çıkan hukuki durumlar ve bunlara bağlı olarak gerçekleşen hukuki sorunların çözümü, yine bu sözleşmelerde kıyasen uygulama alanı bulan eser ve taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin hükümler arasında düzenlenmemiş olabilir. Nitekim bu sorunların en başında, yüklenicinin, bağımsız bölüm inşa ve teslim borcunu, geciktirmesi ve teslimi gerçekleştiremeyerek temerrüde düşmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi ve bunun sonucunda ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklar, bu sözleşmelerde kıyasen uygulama alanı bulan eser sözleşmelerinin, ilgili hükümlerinde bu duruma yer verilmemesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun genel borçlu temerrüdü hükümlerine göre çözülmektedir. Bununla birlikte kanunda yer alan özel ve genel düzenlemelerin yetersiz kaldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yaşanan hukuki sorunlar, çoğunlukla Yargıtay kararları çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır.

Sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölüm inşasını tamamlayamayan yahut tamamlamasına rağmen zamanında teslim edemeyen ve temerrüde düşen yükleniciyle birlikte bozulan sözleşme dengesi beraberinde birçok hukuki sorun da ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte yüklenici temerrüdünün hangi koşullarda gerçekleşeceği ile gerçekleşen temerrüt sonucundaki sorumluluk kapsamı belirlenmelidir. Yine temerrütle birlikte sözleşme amacına ulaşamayan ve mağduriyeti kaçınılmaz olan arsa sahibinin, sahip olduğu haklar ile bu haklarını kullanıp kullanamayacağı gerek doktrinde ortaya çıkan görüşler gerek ise Yargıtay kararları ile çözüme kavuşturulmak istenmiştir. Bu kapsamda arsa sahibine tanınan seçimlik haklar ile bu seçimlik haklardan birisi olan sözleşmeden dönme hakkının, kullanılabilirliği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi halinde ise dönmeye bağlanan hukuki sonuçların nasıl uygulanacağı ve bağımsız bölüm ve arsa payı devralan üçüncü kişilerin durumu önem arz etmektedir.

Tez çalışmasında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ve temerrüdün sonuçları yönünden incelemeler ele alınmış olup, konuyla ilgili olarak ileri sürülen doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları çerçevesinde uygulamalara yer verilmiştir.

Tezin birinci bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tanımlanmış, sonrasında sözleşmenin unsurları, hukuki niteliği, şekil şartına tabi olup olmadığı ile

yüklenici borçlarına genel hatları ile değinilmiştir. Tezin ikinci bölümünde yüklenici temerrüdü kavramı üzerinde durulmuş, yüklenici temerrüdünden bahsedilmesi için gerekli şartların ne olduğuna değinilmiş ve son olarak yüklenicinin temerrüt kapsamı kısaca incelenmiştir. Tezin son ve üçüncü bölümünde ise yüklenici temerrüdünün genel sonuçları, yüklenici kusurunun temerrüt sonuçlarına etkisi, yüklenicinin temerrüt sırasında gerçekleşen beklenmedik hallerde sorumluluğunun ne olacağı ile yüklenici temerrüdünün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin sonuçları ana başlığı altında arsa sahibinin temerrüt sonucunda hak kazandığı seçimlik hakları olan arsa sahibinin seçimlik hakları olan aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçilmesi suretiyle müspet zarar ve sözleşmeden dönülmesi suretiyle menfi zarar talepleri ile yine arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini dönme hakkını kullanarak sona erdirip erdiremeyeceği, sözleşmeden dönülmesi halinde bu durumun üçüncü kişiler üzerindeki etkileri sözleşmeden dönülmesi halinde bunun hukuki sonuçları, doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

BÖLÜM I

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ŞEKLİ, TARAFLARI VE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

1.1 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

1.1.1 Sözleşmenin Tanımı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, arsa sahibinin, belirli arsa paylarının mülkiyetini devretmeyi üstlendiği buna karşılık yüklenicinin ise devredilen söz konusu arsa paylarının üzerine bağımsız bölüm inşa etme ve teslim borcu altına girdiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır¹.

Arsa payı karşılığı sözleşmeleri, hukukumuzda özel olarak düzenleme alanı bulmamakla birlikte taraf edimleri ve doktrinde karşılaşılan tanımlar dikkate alındığında, bu sözleşmeler, eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesi niteliğine haiz, karma yapıları tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, olarak nitelendirilmektedir². Sözleşme tanımından da anlaşılacağı üzere arsa payı karşılığı

¹ Serkan AYAN (2008), *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 30; Hasan ERMAN (2010), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, s. 1; Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 113; Mustafa GÜR (2017), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik ve Ayıplı İfa Kavramları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 19; Serap HELVACI (1995), “Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması”, *Hayri Domaniç’e Armağan*, İstanbul, s. 289; Şeyma KARAMAN (2009), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 2; Bilal KARTAL (1993), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi*, Matsa Basımevi, Ankara, s. 15; Zekeriya KURŞAT (2017), *İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi Basım, İstanbul, s. 7; Turan ŞAHİN (2012), *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 102.

² Halil AKKANAT (2006), “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 63; Ayça AKKAYAN YILDIRIM (2004), “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, İstanbul, s. 49; Hasan ERMAN 2010, age. s. 1; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 213; İzzet KARADAŞ (2009), *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 25; Özgür Katip KAYA (1993), *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, s. 5; Özer SELİÇİ (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası,

inşaat sözleşmelerinde taraf borçları, para edimi değil, verme ve yapma edimleri olarak ortaya çıkmaktadır³.

Taraflar arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin satış vaadine karşılık yüklenicinin inşa ve teslim taahhüdü şeklinde yapılabileceği gibi, sözleşmenin en başında belirli arsa paylarının tamamının ya da bir kısmının devredilmesi şeklinde de yapılabilmektedir.

1.1.2 Sözleşmenin Unsurları

1.1.2.1 Arsa Sahibinin Arsa Payının Mülkiyetini Devir Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımından da anlaşılacağı üzere arsa sahibinin sözleşme ile kararlaştırılan belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmesi gerekmekte olup bu unsur arsa sahibinin asli edim borcunu oluşturmaktadır⁴. Arsa sahibinin, arsa payları veya bunlara bağlı bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devredilmesine ilişkin bu edimi, onun, yükleniciye olan ücret ödeme borcu karşılığı olarak ortaya çıkmaktadır⁵. Bir başka ifade ile arsa sahibi, yükleniciye olan ücret ödeme borcunu, sözleşme ile kararlaştırılan arsa paylarının ya da bunlara bağlı bağımsız bölümlerin, yükleniciye devredilmesi ile ifa etmektedir. Bununla birlikte arsa sahibinin, arsa paylarının mülkiyetini devretmesi ile bu payların yükleniciye teslimi işlemleri birbirinden farklı durumlar olarak ortaya çıkmaktadır. Sözleşmesinin unsurlarından biri olarak ortaya çıkan ve aynı zamanda arsa sahibinin asli edimi olan arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye devredilmesi durumu, arsa sahibinin yükleniciye olan ücret ödeme borcunu ifa etmesi olarak kabul edilir. Buna karşılık arsa paylarının yükleniciye teslimi ise yüklenicinin işe başlayabilmesi adına gerçekleştirilen bir edim olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda yüklenicinin işe başlayabilmesi ve edimini yerine getirebilmesi adına arsa paylarının tesliminin, sözleşmenin başında gerçekleşmesi önem arz ederken, arsa paylarının mülkiyetinin

İstanbul, s. 4-6; Turgut UYGUR (1993), *Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Adalet Matbaacılık, Ankara, s. 601.

³ İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 36.

⁴ Yasemin DURAK (2015), “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C. 1, s. 208; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN (2016), *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s. 1068.

⁵ Fikret EREN (1996), “İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, *BATİDER*, s. 56.

devri ise sözleşmenin başında ya da inşaatın tamamlanması aşamasında kademeli olarak yapılabilir⁶.

Bununla birlikte yükleniciye teslim edilen arsa paylarının, hukuki ve fiili anlamda inşaat elverişlilik niteliği taşıması gerekmekte aksi durum halinde arsa sahibi, asli edimini tam olarak yerine getirmemiş olacaktır⁷.

Son olarak yükleniciye devredilen ve sözleşme konusu taşınmazı oluşturan arsa paylarının, tapuda kayıtlı olup olmaması gerektiği, doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan baskın görüşe göre tapuda kayıtlı olmayan arsa paylarının, taşınmaz niteliği taşımadığı bununla birlikte bu payların, sözleşme konusu yapılamayacağı ve yine bu paylara ilişkin olarak tapu tahsis belgesi ile inşaat için gerekli izinlerin alınamayacağı gözetildiğinde yükleniciye devredilen arsa paylarının, tapuda kayıtlı olması gerektiği kabul edilmektedir⁸.

1.1.2.2 Yüklenicinin Belirlenen Bağımsız Bölümleri İnşa ve Teslim Borcu

Arsa payı inşaat sözleşmesinin unsurlarından bir diğeri de arsa sahibi tarafından kendisine devredilen arsa paylarını devralan yüklenicinin, bu arsa payları üzerinde bağımsız bölüm inşa etme ve bunları teslim borcu olarak ortaya çıkarmaktadır⁹. Devredilen arsa payları üzerinden bağımsız bölüm inşa etme ve bu bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi, yüklenicinin asli edim borcunu oluşturmaktadır. Buna karşılık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulum amacının tam anlamıyla gerçekleşmesi yönünden yüklenicinin kendisine devredilen arsa payları üzerinde bağımsız bölüm inşasını gerçekleştirmesi ve bunların arsa sahibine teslimi yeterli olmayıp inşa edilen bağımsız bölümlerin ve ana taşınmazın

⁶ Pervin AYAZLI (1987), “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsuruları – Hukuki Özellikleri – Şekil Sorunu)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 44; Bilal KARTAL 1993, age. s. 20.

⁷ Hasan ERMAN 2010, age. s. 2.

⁸ “Somut olayda, dava konusu inşaatın yapıldığı arsada, taraflar, mülkiyet hakkına sahip değillerdir. Davacılar ile davalılardan Hakan'ın murisleri adına olan tapu tahsis belgesi, bir mülkiyet belgesi olmadığından, bu belgeye dayanılarak, o arsa üzerinde tarafların, ruhsat alıp bir inşaat yapmaları - yasal olarak mümkün değildir. ”; Yargıtay 15. H.D. 25.05.2020 Tarih, 2000/834 E., 2000/2568 K, karar için bkz: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2000-834-k-2000-2568-t-25-05-2000>, (ET. 28.06.2021); aksi yönde görüşe göre “Bir arazi parçasının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilmesi için tapulu olması şart değildir. Sözleşmede belirtilen ve taraflarca üzerinde anlaşılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli bulunması yeterlidir”; Nezih SÜTÇÜ (2010), *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri ile Birlikte)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 30. Aynı yönde; Hasan ERMAN 2010, age. s. 2; Bilal KARTAL 1993, age. s. 20; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 5; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1068.

⁹ Burak DOĞAN (2019), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 4.

da kat mülkiyetine çevrilmesi de gerekmektedir. Bu kapsamda kat mülkiyetinin, 634 Sayılı Kat Mülkiyet Kanunu m. 1 gereğince sadece tamamlanmış binalarda söz konusu olabileceği dikkate alındığında yüklenici, bağımsız bölümleri, tamamlanmış ve kullanılabilir nitelikte arsa sahibine teslim etmelidir¹⁰.

1.1.2.3 Arsa Sahibi ve Yüklenici Arasında Anlaşma Bulunması

Arsa payı karşılığını inşaat sözleşmesinin bir diğer unsuru ise sözleşmenin taraflarını oluşturan arsa sahibi ve yüklenici arasında bir anlaşmanın varlığıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, her iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşıdığı dikkate alındığında Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan genel hüküm gereği bu sözleşmelerin kurulması sırasında arsa sahibinin ve yüklenicinin birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarının varlığı ile aranacaktır. Bu kapsamda arsa payı inşaat sözleşmesinin kurulabilmesi, arsa sahibinin, belirli arsa paylarının yükleniciye devrine ilişkin asli edimine karşılık yüklenicinin ise yine asli edimi olan devredilen arsa payları üzerinde bağımsız bölüm inşa etme ve bunun teslimi hususlarında anlaşmış olmaları halinde söz konusu olacaktır¹¹. Tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturan bu hususlar üzerinde anlaşmamış olması halinde ise sözleşme varlığından söz edilemeyecektir¹². Buna karşılık sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturan arsa paylarının devri ile bağımsız bölüm inşa ve bunun teslimi durumları dışında kalan tali hususlar yönünden ise Türk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesi uygulama alanı bulmakla birlikte tarafların tali hususlar üzerinde müzakere etmemiş olması sözleşmenin kurulmasına engel bir durum teşkil etmeyecektir¹³. Tali hususlar yönünden ortaya çıkacak uyumsuzluklar ise TBK m. 2/2 hükmüne gereğince hâkim tarafından işin niteliğine göre çözüme kavuşturulacaktır¹⁴.

¹⁰ Hasan ERMAN 2010, age. s. 3; Bilal KARTAL 1993, age. s. 44.

¹¹ Zeynep AYAR BİRKİN (2019), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 37; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 6; Hasan ERMAN 2010, age. s. 3.

¹² Yalçın ATEŞOĞLU (2018), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin İş Teslim Borcunda Temerrüdü ve Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 8; Bayram ERDAŞ (2011), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 16.

¹³ Fikret EREN 1996, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 57; Bilal KARTAL 1993, age. s. 15; Turgut UYGUR 1993, age. s. 602.

¹⁴ Hasan ERMAN 2010, age. s. 3.

1.2 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.2.1 Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Niteliği

Sözleşme taraflarının, karşılıklı asli edim yükümlülüğüne sahip olduğu ve bu edim yükümlülüklerinin karşılıklı taahhüt şeklinde ortaya çıktığı, edimler arasında karşılıklı ilişki ve değişim imkânının bulunduğu sözleşmeler, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir¹⁵. Bir başka ifade ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, tarafların, birbirlerine karşı alacaklı ve borçlu sıfatına haiz olduğu, sözleşme taraflarının karşılıklı asli edim yükümlülüğü altında olduğu sözleşmeler olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶.

Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, arsa sahibinin, arsa paylarını devretmesine ilişkin asli edimine karşılık yüklenicinin ise devredilen arsa payları üzerinde bağımsız bölüm inşa ve bunun teslim borcu üzerine kurulduğu, bununla birlikte edimler arası sebep ve karşılıklılık ilişkisi varlığı dikkate alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği kabul edilmektedir¹⁷.

1.2.2 Atipik ve Karma Sözleşme Niteliği

Hukukumuzda, sözleşme özgürlüğü ilkesine göre tarafların, emredici kurallara aykırılık teşkil etmemek kaydıyla diledikleri şekilde sözleşme yapabileceği kabul edilmiştir. Sözleşme serbestliği ilkesi çerçevesinde taraflarca yapılan bu sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu ile diğer kanunlarda düzenleme alanı bulmamış olması halinde bu sözleşmeler, “isimsiz sözleşmeler” olarak adlandırılmaktadır¹⁸. Arsa payı inşaat sözleşmeleri de Türk Borçlar Kanunu ve diğer kanunlarda özel olarak düzenleme alanı bulan sözleşmelerden olmaması nedeni ile isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmektedir¹⁹. Kanunlar ile asli edim yükümlülükleri, hüküm ve

¹⁵ Ece ÇETİNTEPE (2020), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 13; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 17.

¹⁶ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 13; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 17.

¹⁷ Fikret EREN 1996, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 51; Hasan ERMAN 2010, age. s. 4; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 36; Turgut UYGUR 1993, age. s. 602.

¹⁸ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 4; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 13.

¹⁹ Hasan ERMAN 2010, age. s. 4; Nezih SÜTÇÜ 2010, age. s. 32.

sonuçları belirtilmeyen, bu isimsiz sözleşmeler, kendi içinde bileşik, kendine özgü yapısı olan ve karma sözleşmeler olarak gruplara ayrılmıştır²⁰.

Bu kapsamda birden fazla aynı veya farklı nitelikteki sözleşmenin ortak amaçla bir araya gelerek muhtevalarını sürdürmesi halinde bileşik sözleşmenin varlığı söz konusu iken²¹ sözleşme unsurları, kanunda düzenlenmemiş ve tipik bir sözleşmeye ilişkin hiçbir unsur barındırmayan sözleşmeler ise kendine özgü sözleşmeler olarak adlandırılmıştır²².

Kanunda düzenleme alanı bulan isimli sözleşmelere ait unsurların, kanunda düzenlenmemiş şekilde bir araya geldiği sözleşmeler ise karma nitelikli sözleşme olarak adlandırılmıştır²³. Karma sözleşmeler kendi içinde farklı türlere ayrılmakla birlikte kanunda düzenlenen farklı tipte sözleşmelerin, asli edimlerinin karşılıklı mübadele içinde olduğu karma sözleşme, çifte tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmiştir²⁴. Bu tür sözleşmelerde tarafların edimleri arasında değiş tokuş ilişkisi söz konusudur²⁵.

Arsa payı inşaat sözleşmesi içeriğine bakıldığında taraf edimlerinden arsa sahibinin, arsa paylarının mülkiyetini devretme borcuna karşılık yüklenicinin bağımsız bölüm inşa etme ve teslim borcu söz konusudur. Bu edimler dikkate alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, kanunda düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi ve eser sözleşmesinin asli edimlerini ihtiva ettiği, bu nedenle bu sözleşmelerin karma nitelikli sözleşmeler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir²⁶. Bununla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, her ne kadar TBK'da düzenlenen bu iki sözleşmenin unsurlarını ihtiva etse de tam anlamıyla eser sözleşmesi ya da taşınmaz satış sözleşmesi olarak nitelendirilememektedir²⁷. Nitekim TBK m. 470'de düzenleme alanı bulan eser sözleşmesine göre yüklenicinin meydana

²⁰ Fahrettin ARAL (2006), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 52; Fikret EREN (2019), *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 192-193; Erden KUNTALP (2013), *Karışık Muhtevalı Akit*, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 28; Haluk TANDOĞAN (2008), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/2, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 69.

²¹ Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 18; Hasan ERMAN 2010, age. s. 5; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 4.

²² Erden KUNTALP 2013, age. s. 10.

²³ Fikret EREN (2017), *Borçlar Hukuku Özel Hükmeler*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 953; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 6.

²⁴ Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 19; Hasan ERMAN 2010, age. s. 5; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 69.

²⁵ Hasan ERMAN 2010, age. s. 6; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 8.

²⁶ Fahrettin ARAL 2006, age. s. 53; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 20; Bilal KARTAL 1993, age. s. 26; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 16; Erden KUNTALP 2013, age. s. 102.

²⁷ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 15; Bilal KARTAL 1993, age. s. 26; Erden KUNTALP 2013, age. s. 127.

getirmeyi üstlendiği esere karşılık iş sahibi, bedel ödeme borcu yükümlülüğü üstlenirken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin yaptığı işe karşılık arsa sahibi, bedel ödeme borcu ile değil arsa paylarının devredilmesi borcu altına girmektedir. Bununla birlikte yine arsa sahibinin yükleniciye gerçekleştireceği arsa paylarının devri sonucunda yüklenicinin bu devre ilişkin karşı edimi, bağımsız bölüm inşası ve bunların arsa sahibine teslim edilmesi şeklinde ortaya çıkar. Bu kapsamda yüklenicinin devredilen arsa paylarına karşılık bir bedel ödeme borcu altına girmediği dikkate alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam anlamıyla bir taşınmaz satış sözleşmesi niteliğinde de kabul edilemeyecektir. Yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taraflarının asli edimleri olan, sözleşmeyi eser sözleşmesine yaklaştıran bağımsız bölüm inşa ve bunun teslimi ile sözleşmeyi taşınmaz satış sözleşmesine yaklaştıran arsa paylarının devredilmesi ile edimler arasındaki değiş tokuş ilişkisinin varlığı dikkate alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, çifte tipli karma sözleşmeler kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilecektir²⁸.

Karma nitelikli sözleşmelere uygulanacak hükümler yönünden doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş, bu görüşlerden kıyas görüşü genel olarak kabul edilmiştir²⁹. Kabul edilen kıyas görüşüne göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını muhteva ettiği eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesi hükümlerinin, doğrudan değil kıyas yolu ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanabileceği benimsenmiştir. Kıyas görüşünün uygulanması ile birlikte uygulamada çatışmanın yaşanması halinde ise taraf menfaatlerinin gözetilmesi ile hakkaniyet çerçevesinde hareket edileceği, bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerine başvurulabileceği kabul edilmiştir. Bu hükümlerin yetersiz kalması halinde ise örf adet kuralları veya TMK m. 1 ile hukuk yaratma yoluna başvurulacaktır³⁰.

²⁸ Hasan ERMAN 2010, age. s. 6; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 8; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 16; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 7; M. Turgut ÖZ (1989), *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s. 2.

²⁹ Hasan ERMAN 2010, age. s. 7; Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI (1992), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 46; Bilal KARTAL 1993, age. s. 28; Kemal TUNÇOMAĞ (1977), *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 3. Baskı, İstanbul, s. 15.

³⁰ Mahmut COŞKUN (2017), *İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 26 vd.; Mustafa Duhan DEMİR (2017), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, s. 34 vd.; Hasan ERMAN 2010, age. s. 4; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 11 vd.; İzzet KARADAŞ 2009, age. s.

1.2.3 Sürekli-Ani Edimli Sözleşme Niteliği

Taraflar arasındaki sözleşmenin, sürekli edimli-ani edimli olup olmadığı, borçlunun edimini ifa etmesine bağlı olarak alacaklı menfaatinin gerçekleşme sürecine göre belirlenecektir. Bir başka ifade ile borçlu ediminin yerine getirilmesinin tek seferde ya da zamana yayılmış şekilde olup olmaması bu belirlemede önem taşımakta olup sözleşme buna göre ani edimli sözleşme ya da sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirilmeye tabi tutulmaktadır³¹. Bu kapsamda borçlunun asli edim yükümlülüğü olan ifasının, zaman içinde tek bir seferde yerine getirilebildiği sözleşmeler, ani edimli sözleşme olarak kabul edilmekle birlikte bu nitelikteki sözleşmelerde, edimin ifa anı ile borcun sona erme anı bir olup tek seferde gerçekleşmektedir³². Buna karşılık borçlunun asli edim yükümlülüğünün, zaman içerisinde sürekli davranışlar ile yerine getirildiği sözleşmeler ise sürekli edimli sözleşmeler olarak kabul edilirken buradaki süreklilik, asli edimin, hukuki ve fiili yönleriyle uzun bir zaman süreci içinde yerine getirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır³³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yönünden duruma bakıldığında ise bu sözleşmelerin ani edim-sürekli edim niteliğinden hangisine haiz olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bununla birlikte savunulan görüşler kapsamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, ani edimli veya sürekli edimli sözleşme olduğuna ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Yine ani edimli olmasına karşılık bazı durumlarda sürekli edimli sözleşme hükümlerinin de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden uygulanmasına ilişkin karma nitelikli farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici edimi, bir bütün olarak yapının teslim edilmesinden oluşmaktadır. Buna ilişkin olarak da yüklenici, bu teslim borcunu ifa etmesiyle borcun tek seferde ortadan kalkacağı ve arsa sahibinin menfaatine tek seferde ulaşacağı gözetildiğinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, ani edimli sözleşmeler olarak kabul edilmesi

36; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 46; Erden KUNTALP 2013, age. s. 226-227; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 579.

³¹ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 99-100; Leyla Müjde KURT (2011), *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 46; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1075.

³² Neslihan ASLAN (2016), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayrıptan Doğan Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 15; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 213; Hasan ERMAN 2010, age. s. 8.

³³ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 16; Hasan ERMAN 2010, age. s. 8; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1075.

gerektiği savunulmuştur³⁴. Bu görüşe göre yüklenicinin asli edim konusu bağımsız bölümlerin tamamlanmasına ilişkin ediminin, uzun zaman dilimine yayılması, sözleşmenin sürekli olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmazken, yapının tamamlanmasına kadar olan çalışmalar ise ifa hazırlık süreci kapsamında değerlendirilecektir³⁵. İlgili görüşün temel dayanağına göre yüklenicinin asli edimi olan teslim borcu, sonuca yönelik bir borç olarak kabul edilecek bununla birlikte yüklenicinin teslim borcu ifa etmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaatine kavuşacaktır. Bu kapsamda edimin ifası ile borcun sona erme zamanının aynı anda gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacakken bu durumda yüklenicinin ifa konusu teslimeye yönelik hareketlerin uzunluğu değil arsa sahibinin menfaatine bir zaman aralığında mı yoksa tek bir anda mı kavuştuğu önem arz edecektir³⁶.

Doktrinde yer alan diğer bir görüş³⁷ ise bağımsız bölüm teslimine kadar gerçekleştirilen ve uzun sürece yayılan yüklenici faaliyetlerinin, ifa hazırlığı kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. İlgili görüşe göre; yüklenicinin asli edim borcunun bütünlük arz etmesi ve zamana yayılarak, bölümler halinde meydana getirilmesi ve en sonunda da arsa sahibine teslim edileceği dikkate alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, sürekli edimli sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu görüşün temel dayanağı olarak ise yüklenicinin borcunun ifasına ilişkin faaliyetlerin, zamana yayılıp yayılmadığı kıstas olarak alınmalıdır³⁸. Nitekim yüklenicinin bağımsız bölüm inşa etme fiilinin, uzun zaman aralığına yayılan bir ifa fiili olarak ortaya çıktığı dikkate alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sürekli nitelik taşımaktadır³⁹.

Konuyla ilgili olarak doktrinde yer alan son görüşe göre; ilgili sözleşmelerin, yüklenicinin, bağımsız bölüm inşa etme borcunun ifasının zamana yayılması

³⁴ Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 27; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 12; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 24; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; Hasan ERMAN 2010, age. s. 8; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 2; Mustafa GÜR 2017, age. s. 29; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 580; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 21.

³⁵ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 2; M. Turgut ÖZ (2016), *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 128; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 5.

³⁶ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 15; Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 16; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 24; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 2; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1072.

³⁷ Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 26; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; Hasan ERMAN 2010, age. s. 9; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 24; Bilal KARTAL 1993, age. s. 111; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 17.

³⁸ Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 26; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 25; Hasan ERMAN 2010, age. s. 9; Bilal KARTAL 1993, age. s. 25; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 32; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 17.

³⁹ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 2.

nedeniyle sürekli edimli, tamamlanan bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi yönünden ise ani edimli sözleşmeler kapsamında değerlendirilebileceği bunun sonucu olarak da ani-sürekli karmaşığı edimli sözleşmeler olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁰. Kabul edilen bu görüşe göre yüklenicinin teslim borcunun mahiyetine göre sözleşmenin, ani-sürekli edimli belirlenmesi yapılmalıdır. Her ne kadar bu görüşü savunanlara göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani edimli sözleşmeler olarak kabul edilse de yüklenicinin teslim anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin, zamana yayılması ile teslim anına kadar meydana getirilen yapının, tamamlanma oranı dikkate alındığında teslimine yönelik yüklenici fiillerini, hazırlık faaliyeti kapsamında kabul etmek her zaman hakkaniyet ile bağdaşmayacaktır. Bu durumda sözleşmenin, sürekli edimli sözleşme niteliğini de taşıdığı dikkate alınarak hakkaniyet gereği sürekli edimli sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulması gerekmektedir⁴¹. Nitekim teslim anına kadar gerçekleştirilen yüklenici fiillerinin, teslim amacıyla yapıldığı ve bu süreçte sarf edilen emek göz önünde tutulduğunda bu fiillerin, basit bir hazırlık faaliyeti olarak değerlendirilmesi hakkaniyetle bağdaşmayacağından kanaatimizce de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani-sürekli karmaşığı sözleşmeler olarak nitelendirilmelidir. Ani-sürekli karmaşığı edimli sözleşme görüşü, Yargıtay tarafından da benimsenirken, yine verilen kararlar da inşaatın tamamlanma oranının büyük oranda olması halinde hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda yüklenicinin teslim borcunun, zaman dilimine yayıldığı gözetilerek sürekli edimli sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁴².

⁴⁰ İsmail ATAMULU (2014), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 56; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 25; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; Hasan ERMAN 2010, age. s. 9; Bilal KARTAL 1993, age. s. 24.

⁴¹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 15; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 19; Hasan ERMAN 2010, age. s. 9; Mustafa GÜR 2017, age. s. 30.

⁴² YİBBGK, 25.01.1984 Tarih, 1983/3 E., 1984/1 K “... İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır.”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1983-3-k-1984-1-t-25-1-1984>, (ET. 25.06.2021).

1.2.4 Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olma Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilebilirliği, Türk Medeni Kanunu'nun m. 1009 ile Tapu Kanunu'nun 26. maddesi ve 07.06.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Tapu Sicil Tüzüğü'nün 55/b-c maddesi ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aksi yönde bir düzenlemeye yer verilmemesi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme taraflarından herhangi birinin istemi ile tapu kütüğüne şerh edilebilecektir⁴³. Bununla birlikte taraflar, sözleşmede, şerh hakkını yasaklamış ya da yetki yönünden sınırlamış olabilirler.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi, bağımsız bölüm inşasının gerçekleştirileceği taşınmazın yahut arsa paylarından bir kısmının, arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devredildiği durumlarda önem arz etmektedir. Bu kapsamda şerhin varlığı, arsa sahibi tarafından yapılan bu devir dolayısıyla taşınmazın yahut arsa paylarının yeni maliklerinin, şerh edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yükleniciye karşı sorumlu olmadıklarını yahut sözleşme gereği yükleniciye devredilecek arsa paylarının devrine yanaşmamaları durumunda fayda sağlamaktadır. Bu kapsamda şerh, yüklenicinin karşılaşacağı bu riski bertaraf ederek ona, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel haklarını, arsa paylarının devredildiği bu yeni malik konumundaki üçüncü kişilere karşı ileri sürme imkânı sağlamaktadır⁴⁴. Bununla birlikte şerh öncesinde yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ve sadece bu sözleşmenin tarafı olan arsa sahibine karşı ileri sürme imkânına sahip olduğu kişisel hakları, şerh ile birlikte aynı etki kazanacak taşınmaz üzerinde arsa paylarının devredilmesiyle sonradan hak kazanan yeni maliklere karşı da ileri sürülebilecektir⁴⁵. Öte yandan arsa paylarını devralan yeni malik üçüncü kişi, sözleşmeyle bağlı olmadığı iddiasında bulunamazken, yüklenici ise sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının mülkiyetinin kendisine devredilmesini, arsa payları kendilerine devredilen bu yeni malik üçüncü kişilerden talep edebilecektir⁴⁶.

⁴³ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 113; Safa REİSOĞLU (2007), "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar", *BATİDER*, C. 24, S. 2, s. 8.

⁴⁴ Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 32; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 21; Hasan ERMAN 2010, age. s. 10; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 113; Safa REİSOĞLU 2007, agm. s. 9.

⁴⁵ agm. s. 9.

⁴⁶ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 21; Hasan ERMAN 2010, age. s. 10; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 113.

1.3 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Kanunda düzenleme alanı bulmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli, yine bu sözleşmenin, karma nitelikli sözleşmeler olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran, unsurlarını ihtiva ettiği, eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartı uyarınca belirlenecektir⁴⁷. Hukukumuzda eser sözleşmesinin kurulması, herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamışken, taşınmaz satış sözleşmesi ise TBK m. 237/1 gereğince resmi şekilde kurulmadığı sürece geçerli sayılmamaktadır⁴⁸.

Bu kapsamda karma nitelik taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı, unsurlarını ihtiva ettiği sözleşmelerin şekil şartlarına göre belirleneceği ile birlikte şekil yönünden bu unsurların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği bunun sonucunda da sözleşmenin tamamının resmi şekilde yapılacağı gerek Yargıtay⁴⁹ gerek ise doktrinde kabul görmüştür⁵⁰. Bununla birlikte ilgili tartışmalar, sözleşmenin, sadece arsa paylarının yükleniciye devredilmesine ilişkin kısmı yönünden mi yoksa sözleşmenin tümü yönünden mi resmi şekil şartına tabi tutulup tutulmayacağı çerçevesinde toplanmıştır. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, her ne kadar yüklenicinin bağımsız bölüm inşasına ilişkin edimi yönünden sözleşme, şekil şartına bağlanmamışsa da arsa sahibinin, kendi mülkiyeti kapsamındaki arsa paylarını ve bunların mülkiyet hakkını, yükleniciye devrettiği yahut devretmeyi taahhüt ettiği bu durumda sözleşmenin, resmi şekil şartına bağlı olarak yapılması gerekmektedir⁵¹.

⁴⁷ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 18; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 31; Hasan ERMAN 2010, age. s. 17.

⁴⁸ Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; Hasan ERMAN 2010, age. s. 15; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 116; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 36, 45; Bilal KARTAL 1993, age. s. 16; Turgut UYGUR 1993, age. s. 603; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1077.

⁴⁹ Yargıtay 23. H.D., 12.05.2016 T, 2015/349 E., 2016/3087 K. Sayılı Kararında; “*Taraflar arasında 17.07.2013 günlü ön sözleşme ileride yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Mahkeme kararında belirtildiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri TMK'nın 706, TBK'nın 237, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca resmi şekilde düzenlenmeleri zorunludur. TBK'nın 29. (BK m. 22) maddesi uyarınca belirtildiği üzere bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin yapılacak ön sözleşmeler ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır. Somut uyumsuzluğa konu cezai şartın düzenlendiği sözleşme adi yazılı olup, TBK'nın 29. maddesine aykırı, resmi şekle uygun olarak düzenlenmiş değildir.*” karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2015-349-k-2016-3087-t-12-5-2016>, (ET. 24.09.2021).

⁵⁰ Hüseyin ALTAŞ (2002), *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 47; Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 955.

⁵¹ Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; Hasan ERMAN 2010, age. s. 17; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 45; Bilal KARTAL 1993, age. s. 16; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 20.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına ilişkin olarak TMK m. 706, TBK m. 237 ve Tapu Kanunu m. 26 düzenlemeleri dikkate alınacaktır.

Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin bağımsız bölüm inşasını tamamlaması ve bunların teslimi sonucunda arsa sahibinin, arsa paylarının mülkiyetini devrinin vaadi şekilde de kurulmuş olabilir. Bu takdirde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi içeren sözleşme niteliğine haiz olduğundan bu sözleşme noterlerce düzenleme şekline tabi tutulacaktır⁵². Resmi şekil şartı, sözleşmenin, taşınmaz satış sözleşmesi niteliğine haiz olduğu ve taşınmaz mülkiyeti devrinin gerçekleştiği durumlarda kural olarak tapuda tescil ile tapu sicil müdürlüğü tarafından gerçekleştirilecekken sözleşmenin taşınmaz satış vaadi unsurları içermesi halinde ilgili sözleşme Notelik Kanunu m. 60 gereğince noter tarafından düzenleme biçiminde de kurulabilecektir⁵³.

Resmi şekil şartına tabi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu şekil şartı, geçerliliğe ilişkin olup, sözleşmenin bu şekil şartına aykırı düzenlenmesi halinde TBK m. 12/2 gereği sözleşme geçersiz sayılacaktır⁵⁴. Sözleşme geçersizliğinin mahiyeti, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bu geçersizliğin, kesin hükümsüzlük veya kendine özgü geçersizlik olarak nitelendirilebileceği yönünde görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde baskın olan ve Yargıtay tarafından da benimsenen kesin hükümsüzlük görüşüne göre; şekil şartına aykırı düzenlenen sözleşme, en baştan itibaren geçersiz olacak, hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu durumda sözleşmenin geçersizliği herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re'sen dikkate alınabilecektir⁵⁵. Buna karşılık bir diğer görüş olarak ortaya çıkan kendine özgü geçersizlik görüşüne göre ise şekle aykırılığın sadece bundan zarar görenler tarafından ileri sürülebileceği savunulmuştur. Bu kapsamda şekil eksikliği sadece sözleşme tarafları ve onların külli halefleri tarafından ileri sürülebilecek, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmayacaktır⁵⁶. Sözleşmenin şekil şartına aykırı olarak kurulmuş olması halinde TBK m. 12/2 gereği geçersiz olacağı

⁵² Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; Hasan ERMAN 2010, age. s. 15; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 34; Safa REİSOĞLU 2007, agm. s. 10.

⁵³ Hasan ERMAN 2010, age. s. 17; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 24; Bilal KARTAL 1993, age. s. 42; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 23.

⁵⁴ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 46; Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 10; Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 182; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 34; Bilal KARTAL 1993, age. s. 64.

⁵⁵ Hasan ERMAN 2010, age. s. 21; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 116-117; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 59.

⁵⁶ Hasan ERMAN 2010, age. s. 23.

ve ilgili maddenin emredici hüküm niteliğinde olduğu dikkate alındığında kanaatimizce de şekil şartının hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gerekecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil şartına aykırı olarak yapılması halinde her ne kadar sözleşme kural olarak geçersiz kabul edilse de taraf edimlerinin tamamının ya da önemli bir bölümünün ifa edilmesi gibi bazı hallerde sözleşmenin geçersiz sayılmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır⁵⁷. Bu kapsamda tarafların, edimlerini aralarındaki sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle ifa ettiği veya şekle aykırılığı kasıtlı yaratan tarafın sonradan bu şekle aykırılık iddiasında bulunarak sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi durumlarının TMK m. 2 gereğince hakkın kötüye kullanımı kabul edilmiştir⁵⁸. Nitekim sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmasına karşılık bu uygulama mutlak bir uygulama kabul edilmemekle birlikte her somut olay özelliği ve dürüstlük kuralları değerlendirilerek karar verilecektir⁵⁹.

1.4 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

1.4.1 Yüklenici

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi konusu yapı veya bağımsız bölümleri meydana getirme ve bunların teslimi ile yükümlü olan kişi yüklenicidir⁶⁰. Sözleşme taraflarından biri konumunda olan yüklenici, gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi bu kişilerin bir araya gelerek oluşturdukları topluluklar da olabilir⁶¹. Taraflar arasındaki sözleşmenin, yüklenicinin, şahsi özelliklerinin ve kişisel becerisinin dikkate alınmaksızın kurulması halinde, meydana getirme faaliyetleri yüklenici dışında başkaca kişiler tarafından da yerine getirebilecektir. Bu durumda yüklenici, hala sözleşmenin tarafı konumundadır. Bununla birlikte meydana getirme faaliyetlerini gerçekleştiren kişiler, bu faaliyetleri yüklenici nam ve hesabına yapmış gibi kabul edilirken, yüklenici de yardımcı kişilerin faaliyetlerinden sorumluluğa ilişkin TBK m. 116 gereğince bu faaliyetleri kendisi gerçekleştirmiş gibi sorumlu olacaktır. Öte yandan sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölüm meydana

⁵⁷ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 49; Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 11; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 27 vd.

⁵⁸ M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 122.

⁵⁹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 21.

⁶⁰ Mustafa KIRMIZI (2014), *Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara, s. 106; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 95; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA (2016), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 503.

⁶¹ Kemal DAYINLARLI (2008), *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, s. 23; İlker Hasan DUMAN (2005), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Ankara, s. 101; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 15.

getirilmesi, yüklenicinin tek başına gerçekleştireceği faaliyetler ile mümkün olmayabilir. Bu durum, yükleniciyi, meydana getirme faaliyetlerinin yürütülmesi hususunda ifa yardımcıları yahut alt yüklenicilere başvurmaya yöneltebilir⁶². Sözleşme tarafı yüklenicinin, meydan getirme ifasında alt yüklenicilere başvurması, bu kişiler ile yüklenici arasında yapılacak ayrı bir sözleşme ile mümkün olmaktadır. Bu kapsamda alt yüklenici, sözleşmede taraf konumunda yer alan asıl yüklenicinin, yine bu sözleşmeden doğan meydana getirme borcunun ifasının kendi nam ve hesabına yerine getirilebilmesi adına başvurduğu ve sözleşme akdettiği kişilerdir⁶³. Bu kapsamda alt yükleniciler, sözleşmenin diğer tarafı olan arsa sahibine karşı meydana getirme ifası yönünden borç altına girmezken arsa sahibi de bu ifa yönünden alt yükleniciye başvurma imkânına sahip olmayacaktır⁶⁴.

1.4.2 Arsa Sahibi

Sözleşme taraflarından arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümün meydana getirme işleminin gerçekleştirebilmesi için yükleniciye başvuran bunun sonucunda da arsa payı devri ya da bedel ödeme borcu altına giren gerçek ya da tüzel kişilerdir⁶⁵. Sözleşme taraflarından arsa sahibi, inşaatın meydana getirilmesi ve buna bağlı diğer tüm işlemlerde teknik bilgi ve beceriye sahip olmamakla birlikte bu işi yürütecek maddi imkânı bulunmayan bunun sonucunda da sözleşmenin diğer tarafı yükleniciyle bu işi yürütmeyi seçen kişidir⁶⁶.

1.5 ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

1.5.1 Bağımsız Bölüm İnşa Etme ve Teslim Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taraflarından yüklenici, sözleşmede taahhüt edildiği şekilde bağımsız bölüm inşa etme ve bu bağımsız bölümlerin teslimi arsa sahibine gerçekleştirmelidir⁶⁷. Yüklenicinin bağımsız bölüm inşa borcuna ilişkin olarak TBK m. 470’de “meydana getirilme” kavramı ile yeni bir eserin imal

⁶² Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 23; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. 496.

⁶³ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 607.

⁶⁴ Arda Sinan ATABEKOĞLU (2014), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, s. 20.

⁶⁵ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 20; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 106; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 504.

⁶⁶ Pervin AYZALI 1987, agm. s. 43.

⁶⁷ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 340; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 97.

edilmesinin yanı sıra mevcut eserin değiştirilmesi ile onarım gibi diğer durumlar da kastedilmektedir⁶⁸. Bununla birlikte yüklenicinin borcunu ifa ettiğinin kabulü için bağımsız bölümlerin meydana getirilmiş olmasının yanı sıra arsa sahibini kat mülkiyeti sağlayabilmesi ve menfaatinin tam anlamıyla gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için ana taşınmazın da tamamlanarak teslim edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yüklenicinin asli edimi olan inşa ve teslim borcunu tam olarak yerine getirildiğinin kabul edilmesi için bağımsız bölümlerin tam, eksiksiz şekilde ve zamanında arsa sahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir⁶⁹. Nitekim bağımsız bölümlerin, sözleşmede kararlaştırılan haliyle tamamlanarak eksiksiz ve zamanında teslim edilmesi anında arsa sahibi, menfaatine kavuşmuş sayılacak ve yüklenici borcunu tam olarak ifa etmiş sayılacaktır⁷⁰.

Yüklenicinin teslim borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden uygulama alanı bulan eser sözleşmelerinin, yüklenici borçlarına ilişkin TBK m. 473-478 arasındaki hükümlerinde açıkça düzenlenmemişse de kanun koyucu tarafından ilgili hükümlerde “teslim için belirlenen günü” (TBK m. 473/I), “eserin tesliminden sonra” (TBK m. 474/I), “teslim tarihinden başlayarak” (TBK m. 478/I), “eserin teslimi anında” (TBK m. 479/I) gibi ibarelere yer verilmiş ilgili borç zımmin kabul edilmiştir⁷¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin, tamamlanmış bağımsız bölümleri teslim borcuna karşılık, arsa sahibinin tamamlanan bağımsız bölümleri

⁶⁸ Yusuf BÜYÜKAY (2013), *Eser Sözleşmesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 509; Murat AYDOĞDU ve Nalan KAHVECİ (2017), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 760; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 35.

⁶⁹ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 65; Fikret EREN 2017, *Borçlar Özel*, s. 621; Hasan ERMAN 2010, age. s. 33; Bilal KARTAL 1993, age. s. 74; Cengiz KOSTAKOĞLU (2008), *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s. 631.

⁷⁰ Hasan ERMAN 2010, age. s. 33; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 340; Mustafa GÜR 2017, age. s. 33 vd.; Bilal KARTAL 1993, age. s. 67; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 54; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 471; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 5; Müge ÜREM (2017), *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 49.

⁷¹ Fahrettin ARAL 2006, age. s. 345; Fikret EREN 2017, *Borçlar Özel*, s. 621; Hasan ERMAN 2010, age. s. 29; Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT (2017), *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 29; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 118; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 54; Köksal KOCAAĞA (2014), *İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 118; Hasan Seçkin OZANOĞLU (1999), “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklene Cezai Şart (Gecikme Cezası Kayıtları)”, *GÜHFD*, C. 3, S. 1-2, s. 65; Muammer ÖZTÜRK ve Zeki GÖZÜTOK (2018), *Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 133; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 5; Zarife ŞENOCAK (2002), *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, s. 26; Müge ÜREM 2017, age. s. 49.

tesellümü bir başka ifade ile teslim alması davranışında bulunması gerekmektedir⁷². Teslim ve tesellüm kavramları, birbirinin karşıtı olmakla birlikte aynı anda gerçekleşmektedir⁷³. Yine yüklenicinin, tamamlanan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesi halinde arsa sahibinin, bu bağımsız bölümleri tesellümü ile kabulü de aynı anlamına gelmemektedir⁷⁴. Arsa sahibinin tesellümü, bağımsız bölümlerin teslimi anında yüklenicinin, ayıplı ifasına karşılık seçimlik hakların kullanabileceği an olarak ortaya çıkarken, kabul ise bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun olarak teslim alındığına yönelik irade beyanı olup⁷⁵ bu kabul beyanı ile birlikte arsa sahibi ayıptan doğan haklarını artık kullanılamaz hale gelmektedir⁷⁶. Bir başka ifade ile arsa sahibinin kabulü, teslim alınan yapı veya bağımsız bölümlerin sözleşmede taahhüt edilen şekilde teslim edildiği ve teslim edilen bu yapı veya bağımsız bölümler yönünden artık ayıp iddiasında bulunamayacağı yönünde bir irade açıklamasıdır. Tüm bunlara karşılık yüklenici tarafından tamamlanarak teslim edilen yapı ya da bağımsız bölümlerin ayıplı olması da arsa sahibinin, bunları tesellümüne engel değildir⁷⁷. Nitekim arsa sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirebilmesi onun yapı veya bağımsız bölümü tesellümü bir başka ifade ile teslim alması ile mümkün olabilecektir⁷⁸. Zira tesellüm ayıptan doğan sorumluluğunun şartlarından biri kabul edilmekle birlikte arsa sahibinin ayıptan doğan haklarının da doğuş anı tesellüm ile gerçekleşecektir⁷⁹. Arsa sahibinin fiili hâkimiyetine bırakılan ve yapı veya bağımsız bölümler üzerinde gerekli kontrolleri yapması ve sözleşme ile kararlaştırılan vasıfların taşıdığı kanaati ile yapı veya bağımsız bölümleri kabul etmesi halinde yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğu ortadan kalkarken, tesellüm ise arsa sahibinin ilgili bağımsız bölümleri teslim

⁷² Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 69; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 29; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 72; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 166; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 35.

⁷³ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 25; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 29; Köksal KOCAAĞA 2014, İnşaat, s. 120.

⁷⁴ Hasan ERMAN 2010, age. s. 31; Emre GÖKYAYLA (2009), *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 193; Köksal KOCAAĞA 2014, İnşaat, s. 120; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 37; Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 81; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 88.

⁷⁵ Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 621.

⁷⁶ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 29; Mustafa GÜR 2017, age. s. 35; Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT 2017, age. s. 31; Burçak S. SARIKAYA (2016), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 24.

⁷⁷ Sendi YAKUPPUR (2009), *Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, On iki Levha Yayınları, İstanbul, s. 67.

⁷⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 30.

⁷⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 65; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 361; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 50.

aldığına ilişkin olup yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna etki etmemekle birlikte sadece arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesine engel olmaktadır⁸⁰.

Yüklenici teslimi, yapı veya bağımsız bölümlerin, taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde tamamlanması ile arsa sahibinin veya yetkili temsilcisinin zilyetlik ve tasarruf alanına geçirilmesi ile gerçekleşmektedir⁸¹. Bu kapsamda arsa sahibinin taşınmazı kapsamında yer alan arsa üzerine yapılan yapı veya bağımsız bölümlerin teslimi, bunların tamamlandığına dair bildirim arsa sahibine yapılması gerekmektedir⁸². Buna karşılık bildirim yapıldığı halde arsa sahibinin, yapı veya bağımsız bölümler üzerinde fiili hâkimiyetini sağlayamaması ya da fiili hâkimiyeti engelleyen durumların söz konusu olması halinde teslim borcunun ifasının gerçekleşmemiş olacağı kabul edilmektedir⁸³. Yine yapı veya bağımsız bölümün tamamlandığına ilişkin bildirim, yüklenici tarafından yapılmamasına karşılık arsa sahibinin, bunlar üzerinde zilyetliği kazandığı durumlarda da teslimin gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekecek ve bildirim aranmayacaktır⁸⁴. Buna karşılık yapı veya bağımsız bölümlerin tamamlandığının, arsa sahibince anlaşılmadığı durumlarda ise teslim söz konusu olabilmesi, yapılacak olan bildirimle bağılı olarak gerçekleştirilecektir⁸⁵.

Yüklenicinin teslim borcuna yönelik bir başka husus da teslim borcunun ifasının, yapı ve bağımsız bölümlerin tamamlanarak teslim edilmesi halinde gerçekleşeceğidir⁸⁶. Bu kapsamda yapı veya bağımsız bölüm objektif ölçülere göre kullanılabilir nitelik taşıdığı durumlarda tamamlanmış inşaatın varlığından söz edilebilecektir⁸⁷. Arsa sahibi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği sürece bu kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir⁸⁸.

Yine teslim yönünden dikkate alınacak bir başka husus da yapı veya bağımsız bölümde var olan ayıbın teslim kuralı olarak etki etmeyeceğidir⁸⁹. Nitekim yapının

⁸⁰ Hasan ERMAN 2010, age. s. 32.

⁸¹ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 35; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 497.

⁸² Serkan AYAN 2008, age. s. 52; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 77; Dilara SEPTİOĞLU (2020), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 53.

⁸³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 78.

⁸⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 79.

⁸⁵ M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 129.

⁸⁶ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 68; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 68; Bilal KARTAL 1993, age. s. 74; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 70.

⁸⁷ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 68.

⁸⁸ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 68; Serkan AYAN 2008, age. s. 63; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 68; Bilal KARTAL 1993, age. s. 74; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 70.

⁸⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 68; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 30.

ayıplı olması ile tamamlanmış olması farklı kavramlar⁹⁰ olmakla birlikte teslim edilen yapının, onarım ve değişim gerektirdiği durumlarda ayıbın varlığından, eklemeler gerektirdiği takdirde de tamamlanmamış yapı durumunun varlığından söz edilecektir⁹¹.

Yüklenicinin teslim borcunun ifa zamanı, sözleşmede taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Bu kapsamda taraflar, teslim tarihini, belirli bir takvim günü olarak belirlemiş olabilecekleri gibi yükleniciye tanınan maksimum sürenin varlığı halinde bu süre bitimi şeklinde de belirleyebileceklerdir⁹².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar, yüklenicinin teslim borcunun yerine getirilmesi hususunda sözleşmede bir takım belirlemeler yapmış olabilirler. Bu kapsamda teslim, sözleşmede belirlenen şartlar çerçevesinde yerine getirilmediği takdirde gerçekleşmemiş sayılacaktır⁹³. Tarafların belirledikleri şartlara ilişkin uygulamada en çok karşılaşılan durum yapı kullanma izin belgesinin alınması şartı olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁴. Yapı kullanma izin belgesine ilişkin olarak İmar Kanunu m. 31 dikkate alındığında yapı kullanma izninin verilmiş tarihinin, teslim tarihi olarak kabul edilip edilmeyeceği yönünde de Yargıtay uygulamalarında farklı kararlar ortaya çıkmıştır. Yargıtay eski tarihli kararlarında⁹⁵ yapı kullanma izninin alınmaması halinde teslimin de gerçekleşmeyeceğine hükmedilirken daha sonradan yapı kullanım izni alınmadan önce yapılan teslimin geçerli olacağı yönünde kararlar verilmiş ve son dönem kararlarında ilk görüşünde bağlı kalarak teslimin izne bağlı olduğuna hükmedilmiştir⁹⁶. Kanaatimizce de yüklenici teslim borcu ifasının şarta

⁹⁰ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 30; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 52.

⁹¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 81; Hasan ERMAN 2010, age. s. 30; Mustafa GÜR 2017, age. s. 36 vd.; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 171; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 63; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 67.

⁹² Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 75; Bilal KARTAL 1993, age. s. 75; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 75; Mehmet Deniz YENER (2011), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, s. 10.

⁹³ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 31.

⁹⁴ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 51; Hasan ERMAN 2010, age. s. 66; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 42; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 25.

⁹⁵ “İnşaat yapımının kamu düzeni ile ilgili olduğu, imar mevzuatı gereğince öncelikle inşaat yapılacak yerin imara açılması ve yetkili makamlarca inşaat yapım izni verilmesi ile yeni ruhsat alımının gerektiği, dava tarihinde bile inşaat yapılacak arsanın yapıma uygun hale gelmediği anlaşıldığından davalı yüklenicinin ruhsat alınamayan bir yere kaçak olarak inşaat başlamanın mümkün bulunmadığı, inşaatın, ruhsat alınabileceği tarihe kadar geçen süredeki gecikmelerden tarafların sorumlu tutulmalarının mümkün olmadığı”, Yargıtay 15.H.D 09.10.2009 T. 2008/4832 E. 2009/5195 K., karar için bkz https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hd-e-2012-5813-k-2012-7335-t-12-12-2012_ (ET. 28.06.2021).

⁹⁶ YHGK., 21.12.2016 T., 2016/2582 E., 2016/3769 K., “Özel Dairece karar önce davacıya isabet eden bağımsız bölümlerin, sözleşmede belirtilen süreden önce teslim edildiği ve tazminat sorumluluğunun doğmadığı gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiş; davacı vekilinin karar

bağlandığı bu gibi durumda şartın gerçekleşmemiş olması halinde teslimin de gerçekleşmeyeceğinin kabulü yerindedir.

1.5.2 Sadakat ve Özen Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, iş görme borcu kapsamında kabul edilen yapı veya bağımsız bölüm inşa etme borcunu yerine getirirken arsa sahibinin yararı gözeterek, ona zarar vermeden hareket etmelidir⁹⁷. Bu durum, yüklenicinin sadakat ve özen borcu olarak kabul edilmektedir⁹⁸. Yüklenicinin sadakat ve özen borcu, TBK m. 471’de düzenlenmiştir. Temel dayanağı dürüstlük kuralı olan özen ve sadakat borcu, yüklenicinin en önemli borçlarından biri olmakla birlikte yüklenici iş görme borcunu yerine getirirken özverili davranmalı, arsa sahibini zarara uğratabilecek hareketler kaçınılmalı ve zararı meydana getirecek durumları engellemek zorundadır⁹⁹. Bir başka ifade ile yüklenici, sözleşmeden kaynaklı meydana getirme ve teslim borçlarını yerine getirirken arsa sahibinin malvarlığına zarar verebilecek her türlü eylemden kaçınılmalı, arsa sahibine karşı olan iş görme borcunu yerine getirirken, sözleşme dolayısıyla kendisine duyulan güven çerçevesinde yapı veya bağımsız bölümleri inşa etmekle yükümlüdür¹⁰⁰.

düzeltilme itirazı üzerine bu kez sözleşmenin 3. maddesi çerçevesinde yapı kullanma izin belgesi alma yükümlülüğünün davalıya bırakıldığı ve süreyle sınırlandırıldığı, ancak yüklenicinin bu edimini yerine getirmeyerek anılan madde çerçevesinde kira bedelinden sorumlu olduğu belirtilerek davacının 30.03.2009 tarihli ihtarnamesi ile ihtarnamenin keşide edildiği tarihe kadar hesapladığı kiranın ödenmesini istediği, dava dilekçesinde de belirtilen ihtarnameye dayanarak ve fazla haklarını saklı tutarak 10.000 TL'nin tahsilini talep ettiği ancak davalı yüklenicinin sözleşmeyle belirlenen 08.01.2008 tarihi itibarıyla yapı kullanma iznini almadığı gözetildiğinde 08.01.2008 tarihi ile taleple bağlı kalınarak davacının davalıya gönderdiği ihtarname tarihi olan 30.03.2009 tarihine kadar dönem için kira hesabı yapılması gerektiğinden söz edilerek hükmün değişik gerekçe ile ve davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir.”; karar için bkz <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2016-2582-k-2016-3769-t-21-12-2016>, (ET. 28.06.2021); Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 76 vd.; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 51; Hasan ERMAN 2010, age. s. 66; Mustafa GÜR 2017, age. s. 24; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 196; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 81; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 25 vd.

⁹⁷ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 29; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 31; Naz AYDIN (2020), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Hükümleri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 45; Nezih SÜTÇÜ 2010, age. s. 576.

⁹⁸ Murat AYDOĞDU ve Nalan KAHVECİ 2017, age. s. 767; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 42-43; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 47-48; Yaşar Engin SELİMOĞLU (2017), *İstisna (Eser) Sözleşmesi*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 85; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 49; Turgut UYGUR 1993, age. s. 117; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 524.

⁹⁹ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 23; Murat AYDOĞDU ve Nalan KAHVECİ 2017, age. s. 767; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 35; Emre GÖKYAYLA (2002), “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, s. 787-803; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 50.

¹⁰⁰ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 58; Fikret EREN 1996, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 73; Bilal KARTAL 1993, age. s. 67; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 47; Eyüp İPEK (2007), “Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Özen Borcu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 2, s. 542; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 495.

Yüklenicinin sadakat ve özen borçları birbirlerinin uzantısı olmakla birlikte bu iki borç birbiriyle sıkı ilişki içindedir¹⁰¹. Sadakat borcu, özen borcunun üst kavramı olmakla birlikte özen borcu, sadakat borcunun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰².

Yüklenicinin sadakat borcunun kapsamı, arsa sahibinin yararına hareket etmesi bir başka ifade ile onun zararına neden olabilecek hareketlerden kaçınması şeklindeki davranışlarından oluşmaktadır¹⁰³. Bir başka ifade ile sadakat borcu, yüklenicinin arsa sahibinin tüm çıkarlarını gözetmesi ve sözleşme dolayısıyla sahip olduğu haklarını kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaması yükümlülüğü olarak da tanımlanabilir¹⁰⁴. Bununla birlikte yüklenicinin bu borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ve sözleşmeye bağlı iş görme ediminin, güven esasına dayanmasının gereğidir¹⁰⁵.

Bununla birlikte yüklenicinin sadakat borcu, yüklenicinin ifa süreci ile sınırlı bir borç olmamakla birlikte yüklenici, sözleşmenin kurulma öncesinde¹⁰⁶, kurulması anında ve sözleşmenin yerine getirilmesi sonrası içinde bu borç ile yükümlüdür¹⁰⁷.

Sadakat borcunun farklı yansımalarına, eser sözleşmelerine ilişkin hükümler olan TBK m. 472/2 ve m. 472/3'te yer verilmiştir¹⁰⁸. Yüklenicinin sadakat borcuna ilişkin ilk durum, yüklenicinin iş görme edimi gerçekleştirilmesi için gerekli olan malzemenin, arsa sahibi tarafından sağlandığı durumlarda ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹. TBK m. 472/2'de yer alan hükme göre malzemenin arsa sahibi tarafından sağlanması halinde yüklenici, malzemenin kullanımı yönünden özen gösterme ve hesap verme yükümlülüğüne tabi olacaktır. Her ne kadar kanunda ilgili düzenlemeye yer verilmişse de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çoğunlukla yapı ve bağımsız bölüm inşasında kullanılacak malzemenin yüklenici tarafından temin edilmesi

¹⁰¹ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 58; Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 29; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 133; Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 42; Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 624; Hasan ERMAN 2010, age. s. 32; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 47; Turgut UYGUR 1993, age. s. 346 vd.

¹⁰² Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 30; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 68.

¹⁰³ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 29; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 31; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 35; İsa ENLİ (2017), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 42; Emre GÖKYAYLA 2002, Sadakat ve Özen Borcu, s. 785; Bilal KARTAL 1993, age. s. 67; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 87.

¹⁰⁴ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 30; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 86.

¹⁰⁵ Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 73; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 495.

¹⁰⁶ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 69; Emre GÖKYAYLA 2002, Sadakat ve Özen Borcu, s. 785.

¹⁰⁷ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 87.

¹⁰⁸ Hasan ERMAN 2010, age. s. 37-38; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 49.

¹⁰⁹ Hasan ERMAN 2010, age. s. 37; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 49.

şekilde kurulduğu dikkate alındığında ilgili düzenlemeye uygulamada pek sık rastlanılmamaktadır¹¹⁰.

Yüklenicinin sadakat borcuna ilişkin bir diğer durum ise arsa sahibi tarafından gösterilen arsanın ya da temin edilen malzemenin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde arsa sahibine karşı bu durumu derhal bildirmek yükümlülüğü altında olmasıdır. Yüklenicinin bu bildirim yükümlülüğü TBK m. 472/3'te düzenlenmiştir. Bu kapsamda arsa sahibi tarafından sağlanan arsa ve malzemenin yükleniciye teslimi sırasında yüklenici, inşaya engel durumun olup olmadığı konusunda gerekli kontrolleri yapmalı, engel durumun varlığı söz konusu ise bunu derhal arsa sahibine bildirmelidir¹¹¹. Bununla birlikte kanunda yer verilen durumlar dışında sözleşmenin gereği gibi ve süresinde ifa edilmesine engel olan durumların varlığı halinde yüklenicinin bildirim yükümlülüğü, bu gibi durumlar içinde geçerli olup yüklenici yine bildirim yaparak arsa sahibini uyarması gerekmektedir¹¹².

Yüklenicinin sadakat borcu kapsamında değerlendirilen bir başka durum da yapı veya bağımsız bölüm inşası sırasında edinilen bilgilerin veya inşaa için kendisine teslim edilen plan ve projelerin, yüklenici tarafından daha sonradan başka projelerde kullanılmasının engellenmesine ilişkin olup yüklenicinin bu yükümlülüğü, sözleşme sona erdikten sonra da devam etmektedir¹¹³.

Yüklenicinin sadakat borcunun yanı sıra sadakat borcuyla sıkı sıkıya bağlı ve bu borcun sonucu olarak ortaya çıkan özen borcu da söz konusudur¹¹⁴. Yüklenicinin sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirirken özenli davranması gerekmekte olup bu özen ifa konusu teslimi yönelik tüm fiilleri kapsamaktadır¹¹⁵. Bu kapsamda yüklenici, yapı ya da bağımsız bölümü özenle inşa etmelidir¹¹⁶. Bununla birlikte özen borcu, sözleşmenin en başında alınması gereken tedbirler ile sınırlı olmamakla birlikte yüklenicinin yapı ve bağımsız bölüm teslimine kadar gerçekleşen tüm

¹¹⁰ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 60; Hasan ERMAN 2010, age. s. 37; Bilal KARTAL 1993, age. s. 67.

¹¹¹ Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 77; Hasan ERMAN 2010, age. s. 37; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 18; Bilal KARTAL 1993, age. s. 67; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 47; Köksal KOCAAĞA 2014, İnşaat, s. 94; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 121; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 108; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 37 vd.

¹¹² Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 49.

¹¹³ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 145; Özgür Katip KAYA 1993, age. s.48; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 655; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 121; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 108; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 50; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 39; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 497.

¹¹⁴ M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 105.

¹¹⁵ Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 321.

¹¹⁶ Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 48; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 105.

fiillerini kapsar şekilde sürecelecektir¹¹⁷. TBK m. 471/1-2'de yüklenicinin özen borcu ve özen borcunun belirlenmesinde dikkate alınacak kıstaslar ile ilgili borç somutlaştırılmaya çalışılmıştır¹¹⁸. İlgili hükme göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşme taraflarından yüklenicinin, arsa sahibine göre daha donanımlı teknik bilgiye sahip olması, basiretli davranma kıstasına yer verilmiştir¹¹⁹. Bu durumda yükleniciden, yapı ve bağımsız bölüm inşa etme borcunu yerine getirirken mesleki ve teknik bilgisi ile gerekli tüm özeni göstermesi ile benzer işlerde çalışan yetenekli ve becerikli bir yüklenicinin göstereceği özeni dikkate alarak basiretli bir yüklenici gibi davranmış olması aranacaktır¹²⁰. Bununla birlikte yüklenicinin özen borcunun kapsamı, inşa edilecek yapının ifası sırasında bilinen teknik ve mesleki kurallara göre belirlenecek olup bu belirlemelerde yapının temeli, inşası, malzeme ve araç kullanımı ile alınacak kıstas olarak kabul edilecektir¹²¹. Son olarak yüklenicinin özen borcu işe başlama anından teslim kade kadar olan tüm süre zarfını kapsamakta olup sadakat borcundan farklı olarak yüklenicinin bu borcu teslim ile birlikte sona ermektedir¹²².

1.5.3 İş Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu

TBK m. 471/3 gereğince yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölüm meydana getirmede borcunun, şahsen yerine getirmesi gereken borç olduğu kaide olarak kabul edilirken yüklenici bu borcunu şahsen yerine getirmekle yükümlü tutulmuştur¹²³. Bununla birlikte hükmün devamında yüklenicinin kişisel özelliklerinin yapının

¹¹⁷ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 75; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 321.

¹¹⁸ Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 42 vd.; Hasan ERMAN 2010, age. s. 40; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 110; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 120; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 54 vd.; Aydın ZEVLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 499.

¹¹⁹ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 70; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 36; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 319.

¹²⁰ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 61-62; Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI (2014), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 381; Fikret EREN 2017, *Borçlar Özel*, s. 524; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 45.

¹²¹ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 381; Cemre BEDİR (2015), "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Özen ve Sadakat Borcu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 3, s. 158; Emre GÖKYAYLA 2002, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 791; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 118; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 56.

¹²² Burak DOĞAN 2019, agt. s. 37; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 73; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 351; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1004; Aydın ZEVLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 497.

¹²³ Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 43; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 64; Ahmet KILIÇOĞLU (1975), "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", *AÜHFD* C. 32, S. 1-4, s. 187; Haluk TANDOĞAN (2010), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 72.

meydana getirilmesi sürecinde önem arz etmediği durumlarda yapının, yüklenici tarafından şahsen meydana getirileceği kuralına istisna getirilmiş, meydana getirme işleminin, üçüncü kişilere bırakılabileceği kabul edilmiştir¹²⁴. İlgili kanun hükmü ile getirilen düzenleme, arsa sahibinin, yüklenici şahsına ve onun kişisel özelliklerine duyduğu güven çerçevesinde sözleşme ilişkisine girmiş olduğuna dayanak teşkil etmektedir¹²⁵. Yine ilgili hüküm ile edimin kişisel nitelikte bir edim olduğu karine olarak kabul edilmişse de¹²⁶ yüklenicinin inşaatı meydana getirme ediminin kişisel nitelikte olduğunun kabulü, günümüz koşullarında ihtiyaç duyulan iş bölümü dikkate alındığında fiziki olarak imkânsız olduğundan iş hayatının gerekleri ile örtüşmemektedir¹²⁷. Nitekim kanun koyucu da ilgili hükümde işin mahiyetine göre belirleme yapılarak yüklenici kişisel becerilerinin önem arz etmediği durumlarda yüklenicinin, işi başkasına yaptırabileceğine yer vererek işin, bizzat yüklenici ya da onun şahsi denetimi altındaki kişilerce meydana getirilmesi kuralına istisna uygulama öngörmüştür¹²⁸.

Buna göre yapının meydana getirilmesi, sadece yüklenicinin maddi ve fikri yeteneklerine bağlı ise yüklenici borcunu şahsen ifa edecekken bu durumun söz konusu olmaması halinde ise yüklenici işi kendi yönetimi altındaki kişilere yaptırabilecektir¹²⁹. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapı veya bağımsız bölümlerin inşa aşamaları dikkate alındığında bunların, tek bir kişi tarafından meydana getirilmesi mümkün olmamakla birlikte¹³⁰, yüklenici, inşa borcunu kendi yönetimi altındaki birçok kişiyi bir araya getirerek ifa edebilmelidir¹³¹. Yapı ve bağımsız bölüm inşasının, yüklenici yönetimi altında olan yardımcı kişilerce gerçekleştirilmesi halinde bu kişiler, yükleniciye bağlı çalışan ve

¹²⁴ Ahmet KILIÇOĞLU 1975, Yaptırma Borcu, s. 185; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 50.

¹²⁵ Fahrettin ARAL 2006, age. s. 326; Bilal KARTAL 1993, age. s. 71; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 42.

¹²⁶ Fahrettin ARAL 2006, age. s. 326; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 42; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 72.

¹²⁷ Fahrettin ARAL 2006, age. s. 326; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 42; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 72.

¹²⁸ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 42; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 42;

¹²⁹ Yasemin DURAK 2015, agm. s. 223; Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 609; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 323; Ahmet KILIÇOĞLU 1975, Yaptırma Borcu., s. 186; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 27; Aydın ZEVLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 508. .

¹³⁰ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 24.

¹³¹ Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 50; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 110.

ona karşı sorumlu kişiler olup yüklenici, bu yardımcı kişilerin çalıştırılması, denetlenmesi konusunda gereken özeni göstermek zorundadır¹³².

TBK m. 471/3'te yer alan düzenlemenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de kıyasen uygulanacağı dikkate alındığında yüklenici, kişisel becerisinin, yapı veya bağımsız bölüm inşasında önem arz etmediği durumlarda bu edimini ifa ederken, işin tamamını ya da bir kısmını alt yükleniciye de devredebilir¹³³. Zira TBK m. 471/3'te ile getirilen bu istisnai durum dikkate alındığında yüklenicinin şahsen ifasının emredici nitelikte olmadığı¹³⁴, taraflarca bu durumun aksinin kararlaştırılabileceği açıktır. Yapı veya bağımsız bölüm inşa etme ediminin, yüklenici tarafından alt yükleniciye devredildiği durumlarda alt yüklenici, meydana getirme borcunun yerine getirilmesine ilişkin faaliyetlerin, tamamen veya kısmen bırakıldığı, işin uzmanı olan ve yükleniciden bağımsız hareket eden ifa yardımcısı olarak kabul edilmektedir¹³⁵. Bununla birlikte alt yüklenici, asıl arsa payı karşılığı sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte arsa sahibi ve alt yüklenici birbirlerine karşı talepte de bulunamayacaktır¹³⁶.

1.5.4 Gerekli Araç-Gereç ve Malzemeyi Sağlama Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin yapı ve bağımsız bölüm inşa borcunun yerine getirilebilmesi, araç ve gerecin sağlanması ile mümkün olabilmektedir. Temin edilecek araç ve gereçlerden anlaşılması gereken, inşaatın sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesinde gerekli olan tüm vasıtalar¹³⁷. İnşanın meydana getirilmesi sırasında kullanılan, araç-gereç ile malzeme kavramları, birbirinden farklı kavramlar olmakla¹³⁸ birlikte yapı ve bağımsız bölüm tamamlandıktan sonra bunlardan ayrılamayan maddi şeyler, malzeme olarak tanımlanmaktadır¹³⁹. Araç-gereç ise yapı veya bağımsız bölüm inşasında kullanılan ve inşaatın tamamlanması sonrasında inşaattan ayrılabilen ve yüklenici tarafından

¹³² Fahrettin ARAL 2006, age. s. 326; Hasan ERMAN 2010, age. s. 39; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 50; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 110; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 29.

¹³³ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 38; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 39.

¹³⁴ Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 617.

¹³⁵ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 44; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 77; Fahrettin ARAL 2006, age. s. 330.

¹³⁶ Neslihan ASLAN 2016, agt. s.34 vd.; Hasan ERMAN 2010, age. s. 41; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 12; Bilal KARTAL 1993, age. s. 73; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 51.

¹³⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 51.

¹³⁸ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 61; Hasan ERMAN 2010, age. s. 48.

¹³⁹ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 61; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 39; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 63.

geri alınabilen teçhizatlardır¹⁴⁰. TBK m. 471/4 gereğince yapı ve bağımsız bölüm inşasında kullanılacak olan araç-gereç temini, taraflar arasında aksine bir anlaşma bulunmadıkça yüklenici tarafından sağlanacaktır¹⁴¹. Bununla birlikte gerekli araç-gerece sahip olmayan yüklenici, masrafları kendisine ait olmak üzere bu araç-gereçleri satın almak yahut kiralarak temin etmekle yükümlüken¹⁴², inşaatın tamamlanması için gerekli olmayan araç-gereç temini, yükleniciden talep edilemeyecektir. Yine yüklenici tarafından kullanılan araç – gereçlerin işin gecikmesine veya ayıba neden olması halinde yüklenici arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır¹⁴³.

Yapı veya bağımsız bölüm inşasında kullanılacak araç-gereç teminin, aksine anlaşma olmaması halinde yüklenici tarafından sağlanacağına ilişkin düzenleyici hükme karşılık inşada kullanılacak olan malzemenin kim tarafından temin edileceği TBK’da açıkça düzenlenmemiştir¹⁴⁴. Bu kapsamda her ne kadar doktrinde¹⁴⁵ ilgili kanun hükmü lafzının zıt anlamından malzeme sağlama borcunun, arsa sahibine ait olacağı kabul edilmekteyse de uygulamadaki durum dikkate alındığında malzemenin çoğunlukla yüklenici tarafından sağlandığı görülmektedir¹⁴⁶. Yapı veya bağımsız bölüm inşasında kullanılacak malzeme, inşaatın meydana getirilmesinde ihtiyaç duyulan ve inşaat ile birleşip bütünleşen tüm maddelerdir¹⁴⁷. Bununla birlikte TBK m. 472’de malzeme temininin, arsa sahibi ve yüklenici tarafından sağlandığı durumları ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda TBK m. 472/1’de yer alan düzenleme gereğince inşa için gerekli malzemenin yüklenici tarafından sağlanması ve malzemenin ayıplı çıkması halinde yüklenicinin, arsa sahibine karşı bir satıcı gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında ise

¹⁴⁰ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 61; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 39; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 328; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 114; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 135; Aydın ZEVLİLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 504.

¹⁴¹ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 375; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 62; Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 616; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 51; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 63; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 122; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 26 vd.; Turgut UYGUR 1993, age. s. 125; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 33; Aydın ZEVLİLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 513.

¹⁴² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 63.

¹⁴³ İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 191-193; Bilal KARTAL 1993, age. s. 68; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 64; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 109.

¹⁴⁴ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 377; Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 26; Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 611; Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT 2017, age. s. 53; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 63; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 122; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 34; Aydın ZEVLİLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 513.

¹⁴⁵ Fahrettin ARAL 2006, age. s. 333; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 24.

¹⁴⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 52.

¹⁴⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 52.

malzemenin arsa sahibi tarafından sağlandığı durumlarda ise yüklenici, malzeme konusunda, özenle kullanma, hesap verme ve artan malzemeyi iade gibi yükümlülükleri söz konusudur. Bu kapsamda ilgili maddenin birinci fıkrasına göre yüklenici, malzeme seçerken özenli davranmalı ve seçilen malzemenin inşaatın meydana getirilmesi yönünden uygun nitelik taşıması ile en azından orta kalitede olması gerekmektedir¹⁴⁸. Nitekim yüklenici tarafından sağlanan malzemenin aksi nitelikleri taşıması ve malzemenin ayıplı çıkması halinde yüklenici, satış sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin olan TBK m. 219 vd. gereğince sorumlu olacakken, arsa sahibi de TBK m. 475'te düzenlenen seçimlik haklara başvurma imkânına sahip olacaktır¹⁴⁹. Yine inşaat meydana getirilmesi yönünden gerekli malzemenin, arsa sahibi tarafından sağlandığı ve bu malzemenin ayıp içermesi halinde ise TBK m. 472/3 gereğince yüklenici bu durumu derhal arsa sahibine bildirmekle yükümlü tutulmuştur¹⁵⁰. Bu kapsamda, yüklenici, arsa sahibi tarafından kendisine sağlanan malzeme konusunda gerekli muayene ve incelemeyi yapacak, herhangi bir ayıp durumunun tespit edilmesi halinde de bunu arsa sahibine derhal bildirecektir. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda ise ortaya çıkan zararlardan yüklenici sorumlu olacaktır¹⁵¹.

1.5.5 İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

Yüklenicinin teslim borcunun ifası, onun, teslim borcunun konusunu oluşturan yapı veya bağımsız bölüm inşasına zamanında başlaması ve devam etmesine bağlıdır¹⁵². Bu kapsamda işe zamanında başlama ve devam borcu, yüklenicinin borçlarından biri olarak ortaya çıkmaktadır¹⁵³. Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin, işe başlama veya teslim zamanı belirlenmiş olabileceği gibi bazı durumlarda ise taraflar, bu hususta herhangi

¹⁴⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 39.

¹⁴⁹ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 377; Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 27; Hasan ERMAN 2010, age. s. 43; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 108 vd.; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 52.

¹⁵⁰ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 377; Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 618; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 71; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 110 vd.; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 52; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 37.

¹⁵¹ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 27; Turgut UYGUR 1993, age. s. 472; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1018.

¹⁵² İsmail ATAMULU 2014, age. s. 29; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 28; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 53; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 547; Özge YÜCEL (2008), "Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu", *AÜHF*, C. 57, S. 3, s. 779-780; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 547-548.

¹⁵³ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 66.

belirleme de yapmamış olabilir. İşe zamanında başlama ve devam borcu, taraflar arasındaki sözleşmede bu tarihlerin belirlenmiş olup olmamasına göre farklılık göstermektedir¹⁵⁴. Yüklenicinin işe başlama tarihinin sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde yüklenici, bu tarih itibariyle işe başlamakla yükümlüdür¹⁵⁵. Öte yandan taraflar sözleşmede yüklenicinin, işe başlama zamanı belirlememiş olmakla birlikte teslim tarihi kararlaştırmış olabilir. Bu kapsamda yüklenici, en geç, kararlaştırılan teslim vadesinde eserin teslimine izin veren son günde işe başlamalıdır¹⁵⁶. Buna karşılık yüklenicinin, haklı nedeni olmaksızın belirtilen tarihte işe başlamaması bunun sonucunda da yapı veya bağımsız bölümün tamamlanamadığı durumlarda, TBK m. 473/1 ile arsa sahibine sözleşmeden erken dönme imkânı sağlanmıştır. İlgili hükümden de anlaşıldığı üzere sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinde yapı veya bağımsız bölüm inşasının yüklenici tarafından tamamlanamayacağına anlaşılması ve buna neden olan gecikmenin arsa sahibinden kaynaklanmayan bir nedenle ortaya çıkması halinde arsa sahibi, kararlaştırılan teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönebilecektir¹⁵⁷.

İşe başlama ve teslim tarihlerinin sözleşmede kararlaştırılmamış olması durumunda ise yüklenici, sözleşmenin kurulması itibariyle işe derhal başlamalıdır¹⁵⁸. Yükleniciden talep edilebilen bu derhal işe başlamanın dayanağı, TBK m. 90

¹⁵⁴ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 29; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 44 vd.; Hasan ERMAN 2010, age. s. 76; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 333; Serap HELVACI 1995, agm. s. 234; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 53; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 194; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 55; Müge ÜREM 2017, age. s. 54; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 519.

¹⁵⁵ Sami Sinan AKKURT (2008), “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 42; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 134; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 53; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 65; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 49; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 83.

¹⁵⁶ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 66; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 56.

¹⁵⁷ Yargıtay 15. HD., 1.5.1997 T., 1997/1967 E., 1997/2324 K.: “*inşaat ruhsatının 27.12.1993’te alındığı açıklanmıştır. İnşaatın tesliminin gerektiği tarih buna göre değerlendirilip 24 ayın ilave edilmesi halinde işin 27.12.1995’te bitmesi gerekmektedir. Hal böyle iken inşaatın % 1.5 seviyesinde bulunduğu ve kalan sürede de inşaatın bitirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı yanca başkaca inşaatın gecikmesine etkili bir sebep gösterilmemiş ve kanıtlanmamıştır. Bu durumda teslim için gerekli süreyi beklemeden ve davalıya yeni bir ihtar çekmeden akdin feshedilmesi BK’nun 358/1 maddesine uygun bulunmaktadır.*”; karar için bkz. Hasan ERMAN 2010, age. s. 76.

¹⁵⁸ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 83; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 130; Köksal KOCAĞA 2014, İnşaat, s. 91; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 56; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 79; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 103-108.

düzenlemesinin kıyasen uygulanabilirliğidir. Bu kapsamda yükleniciye, yapı veya bağımsız bölüm inşası için gerekli hazırlık süresinin tanınması gerekmektedir¹⁵⁹.

1.5.6 Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

1.5.6.1 Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, bağımsız bölüm inşa etme ve bunun teslimi borcunu, sözleşmede taahhüt edildiği şekilde yerine getirmesi gerekmektedir¹⁶⁰. Bu kapsamda yüklenici, inşası tamamlanan ve teslimi gerçekleştirilen bağımsız bölüm veya yapıyı, arsa sahibine, sözleşmede taahhüt edildiği şekilde ve dürüstlük kuralı çerçevesinde taşıması gereken niteliklere haiz olarak bir başka ifade ile ayıpsız şekilde teslim etmelidir¹⁶¹. Ayıp, yapı veya bağımsız bölümün, sözleşmede taahhüt edildiği şekilde ve dürüstlük kuralı gereği arsa sahibinin, aradığı niteliklere sahip olmaması ile yapıdan yararlanma kalitesini düşüren etkenlerin varlığı halinde ortaya çıkmaktadır¹⁶². Buna karşılık yapı veya bağımsız bölümün, sözleşmede kararlaştırılan ve taşıması gereken niteliklere haiz olmaması, dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçülere yahut yapının kullanım amacına aykırılık taşıdığı durumlarda teslim edilen yapı veya bağımsız bölüm, ayıplı kabul edilecek¹⁶³ ve yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu söz konusu olacaktır¹⁶⁴.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu, asli edim borcu olan bağımsız bölüm inşa ve teslim borcunun, tamamlayıcısı niteliğinde bir borç olup¹⁶⁵, yüklenici sorumluluktan yapı veya bağımsız bölümün teslimi ile değil teslim edilen bu yapı veya bağımsız bölümün, aynı zamanda ayıplı olmaması halinde kurtulabilecektir¹⁶⁶. Teslimi gerçekleşen yapı veya bağımsız bölümün ayıp içermesi, yüklenicinin ayıba

¹⁵⁹ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 391; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 29; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 67; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 304; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 56.

¹⁶⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 81.

¹⁶¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 81.

¹⁶² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 82; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 92; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 165; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 92.

¹⁶³ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 352; Mustafa GÜR 2017, age. s.136; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 92; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 165; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 128; Nezih SÜTÇÜ 2010, age. s. 696; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 92; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 533.

¹⁶⁴ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 69; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 9; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 92; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 92; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 550.

¹⁶⁵ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 39; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 41; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 10; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 41.

¹⁶⁶ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 69; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 121; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 53; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 85; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 30.

karşı tekeffül borcunu doğururken ve yüklenici, eser sözleşmelerinde ayıba ilişkin sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 474-478 arası hükümler çerçevesinde bu ayıptan sorumlu olacaktır¹⁶⁷.

1.5.6.2 Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun gündeme gelebilmesi için yapı veya bağımsız bölümün arsa sahibine teslim edilmiş olması, teslim edilen yapı ve bağımsız bölümlerin ayıplı olması, ayıbın arsa sahibine yüklenemeyen nedenlerden ortaya çıkması, arsa sahibi tarafından ayıbın kabul edilmemiş olması ve son olarak gözden geçirme ve bildirim külfetinin, arsa sahibi tarafından yerine getirilmiş olması şartlarına bağlanmıştır¹⁶⁸.

1.5.6.2.1 Yapı ve Bağımsız Bölümün Teslim Edilmiş Olması

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun varlığından söz edebilmek için aranan ilk şart, inşası tamamlanan yapı veya bağımsız bölüm tümüyle arsa sahibine teslim edilmiş olmasıdır¹⁶⁹. Nitekim ayıbın, arsa sahibi tarafından teslimi gerçekleşen yapı veya bağımsız bölümün gözden geçirilmesi ile tespit edilebileceği dikkate alındığında yüklenici, yapı veya bağımsız bölüm teslimini gerçekleştirmiş olmalıdır¹⁷⁰. Bununla birlikte yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu, teslim borcunu tamamlar nitelikte olup yüklenici, teslim ettiği yapı veya bağımsız bölümdeki ayıp nedeni ile arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır¹⁷¹. Bu kapsamda tamamlanan yapı veya bağımsız bölüm teslimi, arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını yükleniciye

¹⁶⁷ Murat AYDOĞDU ve Nalan KAHVECİ 2017, age. s. 773; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 54; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 121; Nezh SÜTÇÜ 2010, age. s. 696.

¹⁶⁸ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 54; Mustafa Cahit GÜNEL (2004), "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar", *Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan*, İstanbul, s. 413; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 46; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 30; Ayhan UÇAR (2003), *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 35; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 52.

¹⁶⁹ Mustafa ARIKAN (2005), "Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, s. 40; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 70; Murat AYDOĞDU ve Nalan KAHVECİ 2017, age. s. 666; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 102; Hasan ERMAN 2010, age. s. 121; Bilal KARTAL 1993, age. s. 77; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 577; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 134; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 32; Ayhan UÇAR 2003, age. s. 42; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1024 vd.

¹⁷⁰ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 56; Mustafa Cahit GÜNEL 2004, agm. s. 413; Bilal KARTAL 1993, age. s. 77; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 56; Kemal KANBER (1997), "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, s. 37 vd.; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 104; Ayhan UÇAR 2003, age. s. 89.

¹⁷¹ Haluk BURCUOĞLU (1990), "Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülünden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, s. 287; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 60; Ayhan UÇAR 2003, age. s. 35.

karşı ileri sürebilmesi yönünden zaruri bir şart olup yüklenici, dürüstlük kuralı çerçevesinde inşaatı tümüyle tamamlayıp arsa sahibine teslim etmelidir¹⁷².

1.5.6.2.2 Yapı ve Bağımsız Bölümün Ayıplı Olması

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için aranan bir diğer şart ise teslim edilen yapı veya bağımsız bölümün ayıplı olmasıdır¹⁷³. Yapı veya bağımsız bölümün ayıplı olup olmadığının tespiti, teslim edilen yapı veya bağımsız bölümün, sözleşmede taahhüt edilen nitelikleri taşıyıp taşımadığına veya dürüstlük kuralına gereği bir ifade aranacak kriterlere sahip olup olmamasına bakılarak yapılacaktır¹⁷⁴.

Yüklenicinin edimini, gereği gibi ifa etmediği veya özen borcuna aykırı davranarak kötü ifa ettiği durumda ayıplı ifanın varlığı söz konusu olacaktır¹⁷⁵. Bununla birlikte ayıba karşı tekeffül hükümleri ve yüklenici temerrüdü hükümlerinin uygulanma alanının belirlenmesi yönünden ayıplı ifa ile eksik ifa birbirine karıştırılmamalıdır¹⁷⁶. Bu iki kavram birbirinden farklı¹⁷⁷ olup ayıplı ifade, tamamlanmış ancak sözleşmede kararlaştırıldığı gibi olmayan¹⁷⁸ ya da dürüstlük kuralı gereğince yapı veya bağımsız bölümde bulunması gereken nitelikleri karşılamayan, daha kötü olan bir iş söz konusudur¹⁷⁹. Ayıplı ifanın varlığı halinde yüklenici, ayıba karşı tekeffül borcu hükümleri neticesinde sorumlu olacakken arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü hükümlerine başvuramayacaktır¹⁸⁰. Nitekim yapı veya bağımsız bölüm ayıplı da olsa tamamlanarak teslim edilmiştir. Yüklenicinin eksik ifası ise, taraflar arasındaki sözleşme gereği yapılması gereken işin, tamamlanmaması halinde ortaya çıkmaktadır¹⁸¹. Bu kapsamda yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği borçlandığı edimlerin tümünü yerine getirmemiş

¹⁷² Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 102; Bilal KARTAL 1993, age. s. 77; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 447.

¹⁷³ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 42; Hasan ERMAN 2010, age. s. 121; Bilal KARTAL 1993, age. s. 79; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 161.

¹⁷⁴ Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 79; Hasan ERMAN 2010, age. s. 121; Mustafa Cahit GÜNEL 2004, agm. s. 412; Kemal KANBER 1997, agm. s. 39; Bilal KARTAL 1993, age. s. 76 vd.; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 56; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 165; Zariye ŞENOCAK 2002, age., s. 92 vd.; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 161; Ayhan UÇAR 2003, age. s. 126; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 53; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1025.

¹⁷⁵ Naz AYDIN 2020, agt. s. 86; Hasan ERMAN 2010, age. s. 121.

¹⁷⁶ M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 194.

¹⁷⁷ Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 448; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 72; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 194.

¹⁷⁸ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 70; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 72.

¹⁷⁹ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 70; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 72.

¹⁸⁰ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 43.

¹⁸¹ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 103; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 82.

olup arsa sahibi ise bu edimden gereği gibi yararlanamamaktadır¹⁸². Eksik ifanın varlığı halinde, ayıp hükümleri değil, ifanın tam olarak yerine getirilmemesi sebebiyle temerrüt hükümleri uygulanacaktır¹⁸³.

1.5.6.2.3 Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenemeyen Nedenlerden Ortaya Çıkması Olması

Yüklenicinin, ayıba karşı tekeffül borcunu bir diğer şartı ise teslim edilen yapı veya bağımsız bölümde tespit edilen ayıbın, arsa sahibine yüklenemeyecek bir sebepten doğması bir başka ifade ile arsa sahibinden kaynaklanmaması gerekmektedir¹⁸⁴. Bu takdirde yapı veya bağımsız bölümdeki ayıbın, arsa sahibinin talimatından doğması yahut herhangi bir sebeple arsa sahibine yüklenebilecek bir sebebe dayanması halinde TBK m. 476 gereğince yüklenici ayıba karşı tekeffül borcundan kurtulurken arsa sahibi de yüklenicinin sorumluluğuna gidemeyecektir. Bununla birlikte arsa sahibi, yükleniciye, işin yapılmasına veya işte kullanılacak malzemeye ilişkin talimat vermiş olabilir. Bu durumda kendisine talimat verilen yüklenici, TBK m. 476'da yer verilen "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın" gereğince, malzemenin ayıplı olduğunu anlar anlamaz bu durumu derhal arsa sahibine bildirmekle yükümlü kılınmıştır¹⁸⁵. Yüklenici, bu bildirim yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde inşaattaki ayıptan sorumlu olacaktır¹⁸⁶. Bununla birlikte yüklenicinin bildirim yükümlülüğü yerine getirmesine karşılık arsa sahibinin, talimatlarında ısrarcı olması yahut ayıba neden olacağı bildirildiği halde malzemenin kullanımında yükleniciyi zorladığı durumlarda yüklenicinin, ayıptan doğan sorumluluğuna başvurulamayacaktır¹⁸⁷. Tüm bunlarla birlikte yapı veya bağımsız bölümde var olan ayıbın, arsa sahibinin talimatı ya da yine onun kusuruyla illiyet bağı içinde olduğu durumlarda yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğu ortadan kalacaktır¹⁸⁸.

¹⁸² Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 103; Nagehan KIRKBEŞOĞLU (2019), *Yüklenicinin İfa Engelleri*, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, s. 94; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 82; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 126.

¹⁸³ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 340; Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2019, age. s. 94; Sema Deniz ÖZKAN (2015), "Eser Sözleşmesine Eksik İfa", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 6, s. 222.

¹⁸⁴ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 400; Hasan ERMAN 2010, age. s. 160; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 61; M. Turgut ÖZ 2016, *İnşaat*, s. 197; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 189; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 549.

¹⁸⁵ Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2019, age. s. 95.

¹⁸⁶ Fikret EREN 2017, *Borçlar Özel*, s. 645; Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2019, age. s. 95.

¹⁸⁷ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 74 vd.; Hasan ERMAN 2010, age. s. 160; M. Turgut ÖZ 2016, *İnşaat*, s. 197; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 208.

¹⁸⁸ Fikret EREN 2017, *Borçlar Özel*, s. 646.

1.5.6.2.4 Arsa Sahibinin Ayıplı Yapı ve Bağımsız Bölüm Kabul Etmemiş Olması

Arsa sahibinin, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğa başvurabilmesi, kendisine teslim edilen ayıplı yapı veya bağımsız bölümün, kabul edilmemiş olmasına bağlıdır¹⁸⁹. Arsa sahibi tarafından yapılan bu kabul, açık veya örtülü şekilde olabileceği gibi arsa sahibi bu kabul beyanı, yükleniciyi ilgili ayıplardan sorumlu tutma hakkından feragat ettiğine dair irade açıklaması olarak ortaya çıkmaktadır¹⁹⁰. Yapı veya bağımsız bölümün ayıplı olarak kabul edilmesi halinde arsa sahibi, bu kabul beyanını, daha sonradan geri alamayacağı gibi iptal de edemeyecektir¹⁹¹. Buna karşılık ayıplı yapı veya bağımsız bölümün arsa sahibi tarafından fiilen teslim alınması ya da bunların zilyetliğinin, arsa sahibine geçmesi halinde bu durum, arsa sahibinin ayıplı yapı veya bağımsız bölümü kabul ettiği anlamına gelmemektedir¹⁹². İşin teslimi ve teslim edilen yapı veya bağımsız bölümün zilyetliğin geçmesi ile bunların kabulü birbirinden farklı kavramlardır. Arsa sahibinin kabulü, teslim edilen yapı veya bağımsız bölümün, sözleşmede taahhüt edildiği şekilde ve ayıpsız olarak teslim edildiği yönünde bir irade açıklaması olup arsa sahibi, bu irade beyanını açıklaması halinde ayıptan doğan tüm haklarından feragat etmiş sayılacaktır¹⁹³. Yapı veya bağımsız bölümün açıkça ya da örtülü kabulü ile yüklenici, TBK m. 477/1 gereğince sorumluluktan kurtulacaksa da ilgili hükmün devamı dikkate alındığında yüklenici sorumluluğu, alenen gizlenen yahut ilk bakışta göze çarpmayan veya usule uygun olarak muayene sonucu fark edilmeyen, gizli ayıpların varlığı halinde devam etmektedir. Buna göre yapı veya bağımsız bölümde var olan ve basit bir inceleme ile fark edilen açık ayıpların, arsa sahibi tarafından kabul edilmesi, yükleniciyi sorumluluktan kurtulur¹⁹⁴. Öte yandan ayıbın, usule uygun olarak gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek şekilde gizli ayıp olması halinde arsa sahibinin kabul beyanında bulunsa dahi yüklenici bu ayıplar yönünden sorumlu kalmaya devam edecektir¹⁹⁵. Bununla birlikte arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümdeki gizli ayıbı

¹⁸⁹ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 81; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 47; Hasan ERMAN 2010, age. s. 162; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 198.

¹⁹⁰ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 81; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 61; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 203.

¹⁹¹ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 81; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 61; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 203.

¹⁹² Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 81.

¹⁹³ Hasan ERMAN 2010, age. s. 163; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 61.

¹⁹⁴ Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2019, age. s. 96.

¹⁹⁵ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 104; Hasan ERMAN 2010, age. s. 164; Aydın ZEVLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 550.

öğrenir öğrenmez derhal yükleniciye bildirme yükümlülüğü¹⁹⁶ altında olup bildirim yükümlülüğünün yerine getirmediği takdirde inşaat ayıplı haliyle kabul edilmiş sayılacak¹⁹⁷ ve yüklenici sorumluluktan kurtulacaktır¹⁹⁸.

1.5.6.2.5 Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetlerinin Arsa Sahibi Tarafından Yerine Getirilmiş Olması

Son olarak yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan sorumluluğu, yapı veya bağımsız bölüm kendisine teslim edilen arsa sahibinin, muayene ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmesi şartına bağlanmıştır. Yapı veya bağımsız bölümlerin tesliminin gerçekleştirildiği arsa sahibi, TBK m. 474/1 gereğince teslimden itibaren imkân bulur bulmaz yapı veya bağımsız bölümleri gözden geçirmeli ve gözden geçirme sonrasında tespit ettiği ayıpları, uygun süre içinde yükleniciye bildirmelidir. İlgili muayene ve bildirim yükümlülükleri kapsamında; arsa sahibi, ilk olarak teslim alınan yapı veya bağımsız bölümün muayenesi yapmalı, yapı veya bağımsız bölümü gözden geçirmelidir¹⁹⁹. Arsa sahibinin bu yükümlülüğü, yapı veya bağımsız bölümün teslimi ile başlayacaktır²⁰⁰. Muayene veya gözden geçirme yükümlülüğünün yerine getirileceği zaman kavramı “imkân bulunur bulunmaz” olarak belirtilmiş olup²⁰¹ imkân bulur bulmaz kriteri ise her somut olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilecektir²⁰². Nitekim gözden geçirme işleminin yapılacağı bağımsız bölümlerin fazlalığı ve kapsamı, arsa sahibini, gözden geçirme konusunda uzman kişilere başvurmak zorunda bırakmış olabileceği gibi yine arsa sahibi, ayıbın tespitini mahkemeden de istemiş olabilir. Bu gibi durumlarda “imkân bulur bulmaz” kriteri, her bir durum için ayrıca değerlendirilmelidir. Muayene ve gözden geçirme yükümlülüğü yerine getirmeyen arsa sahibi, yükleniciye karşı

¹⁹⁶ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 403; Hasan ERMAN 2010, age. s. 166; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 60; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 183.

¹⁹⁷ Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 57; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1032.

¹⁹⁸ Tunay KÖKSAL ve Müjde MÜMİNOĞLU GÜNERİ (2019), *FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 285.

¹⁹⁹ Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2019, age. s. 97.

²⁰⁰ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 403; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 57; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 298; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 199; Kemal TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 1018; Turgut UYGUR 1993, age. s. 530; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN 2016, age. s. 1029; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 551.

²⁰¹ Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2019, age. s. 97.

²⁰² Ahmet KILIÇOĞLU (2019), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, s. 466; Ayhan UÇAR 2003, age. s. 142; Aydın ZEVKLİLER ve Emre GÖKYAYLA 2016 s. age. s. 551.

ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvuramayacaktır²⁰³. Arsa sahibine getirilen bu yükümlülük, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu, ivedi olarak öğrenmesi ve bunun telafisi yönünden harekete geçmesi hususunda önem taşımaktadır²⁰⁴. Yine arsa sahibi, kendisine teslimi gerçekleşen yapı veya bağımsız bölümlerde ayıbı tespit etmesi halinde yükleniciye bu ayıpları bildirmelidir. Arsa sahibinin bildirim yükümlülüğü, ayıbın, açık ya da gizli olması fark etmeksizin her iki durumda da geçerli olup²⁰⁵, herhangi bir şekilde de tabi değildir²⁰⁶. Buna karşılık ayıbın açık veya gizli olması, bildirim ne zaman yapılacağı hususunda önem arz etmektedir. Bir başka ifade ile teslim edilen yapı veya bağımsız bölümde var olan ayıbın türü, bildirim ne zaman yapılacağı konusunda belirleyicidir. Teslim edilen yapı veya bağımsız bölümdeki ayıbın açık ayıp niteliği taşıdığı hallerde arsa sahibi, bu ayıbı, TBK m. 474/1 gereğince somut olayın özelliğine göre makul, dürüst ve orta zekâlı üçüncü kişinin ayıbı bildireceği uygun süreyi dikkate alarak bildirmekle yükümlüdür²⁰⁷. Yapı veya bağımsız bölümdeki ayıbın gizli ayıp olması halinde ise TBK m. 477/3 gereğince, arsa sahibi, bu ayıbı fark eder etmez, gecikmeksizin yükleniciye bildirmelidir. Aksi durumda, arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümleri ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılacaktır. Bu kapsamda yapı veya bağımsız bölümde tespit edilen ayıbın, açık ayıp olması halinde yükleniciye yapılacak bildirim süresi, olağan gözden geçirme süresi bittikten sonra başlayacakken, gizli ayıbın varlığı halinde ise bildirim gecikmeksizin yapılmış olmasına bakılacaktır²⁰⁸. Tüm bunlarla birlikte kanun koyucu gerek TBK m. 474'te gerek ise TBK m. 477'de gözden geçirme ve bildirim külfetlerini kesin sürelerle bağlamamış “imkân bulur bulmaz”, “uygun süre içinde” ve “gecikmeksizin” ibarelerini kullanmayı tercih etmiştir. TBK m. 474'te yer alan gözden geçirme külfeti yönünden öngörülen “imkân bulur bulmaz” ibaresiyle somut olayın özellikleri dikkate alınarak arsa sahibine, gözden geçirme işlemini özenle yapması ve açık ayıpların tespit edilebilmesi için yeterli süre tanınmalıdır. Yine açık ayıpların bildirilmesine ilişkin olarak getirilen “uygun süre” düzenlemesi de gerek başlangıç gerek ise sürecin uzunluğu yönünden belirsizlik

²⁰³ Nezh SÜTÇÜ 2010, age. s. 802.

²⁰⁴ Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 297.

²⁰⁵ Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2019, age. s. 97.

²⁰⁶ Neslihan ASLAN 2016, agt. s. 89; Naz AYDIN 2020, agt. s. 94.

²⁰⁷ Fikret EREN 2017, Borçlar Özel, s. 654.

²⁰⁸ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 56, Köksal KOCAAĞA 2014, İnşaat, s. 158; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 202.

taşımaktadır. Bu durumda da her somut olayın özelliği dikkate alınarak uygun süre belirlenmelidir²⁰⁹.



²⁰⁹ Hasan ERMAN 2010, age. s. 132; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 153.

BÖLÜM II

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ KAVRAMI, ŞARTLARI VE KAPSAMI

2.1 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜ KAVRAMI

Taraflar arasındaki borcun ortadan kalkabilmesi için borçlu, borcunu tam ve eksiksiz olarak yerine getirmeli, bir başka ifade ile borcunu “ifa” etmelidir²¹⁰. Bir borca aykırılık durumu olarak ortaya çıkan temerrüt ise ifası imkânsız olmayan, muaccel durumdaki borçların, borçlusu tarafından, objektif olarak yerine getirilmemesi durumu olarak ortaya çıkmaktadır²¹¹. Sözlük anlamında “direnme” olarak kabul edilen temerrüt kavramı²¹², ifa konusu edimin, taraflarca kararlaştırılan zamanda, borçlusu tarafından, ifa edilmemesi durumu olarak da tanımlanabilir²¹³. Bir başka ifade ile temerrüt, ifası mümkün ve muaccel olmasına karşılık borçlunun, asli ve yan edimlerini, zamanında ifa edememesi veya geç ifa etmesi durumudur²¹⁴. Bu kapsamda bazı durumların varlığı halinde borçlunun, borcun ifasında yaşadığı gecikmeler, onun temerrüdüne neden olmaktadır²¹⁵. Vadesi gelmiş, ifa edilebilir nitelikteki borcun, borçlusu tarafından, vadesinde ifa edilmemesi halinde ihtarın gerekli olduğu durumlarda alacaklı tarafından yapılacak ihtar ile ihtar gerekmeyen bir durumda ise teslim tarihinin geçmesiyle borçlu temerrüde düşecektir²¹⁶.

²¹⁰ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 54.

²¹¹ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 395; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 87; Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 55 vd.; Ayşe HAVUTÇU (1995), *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, s. 23; Mahmut KİZİR (2012), *Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 25; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 84.

²¹² Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 57; Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 55.

²¹³ Mahmut KİZİR 2012, age. s. 21.

²¹⁴ Ali Naim İNAN ve Özge YÜCEL (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 618; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 7.

²¹⁵ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 184; Fikret EREN 2019, *Borçlar Genel*, s. 1113-1114; Tamer İNAL (2014), *Borca Aykırılık*, Dönme ve Fesih, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 356; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 74.

²¹⁶ Fikret EREN 2019, *Borçlar Genel*, s. 1116-1121; Ahmet KILIÇOĞLU (2018), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, s. 874; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 390; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 10; Safa REİSOĞLU 2007, agm. s. 367; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 74; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 7.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici ifası, inşa edilen yapı ve bağımsız bölümleri, taraflarca kararlaştırıldığı şekilde arsa sahibine teslimi ile gerçekleşecektir. Bununla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüdü, asli edim borcunun konusu olan yapı veya bağımsız bölümleri, tesliminin muaccel olduğu, ifa imkânsızlığının bulunmadığı ve ifayı yerine getirmemesinde de haklı bir dayanağı olmadığı halde ifadan kaçınması bir başka ifade ile tamamlayarak arsa sahibine teslim edememesi durumu olarak ortaya çıkmaktadır²¹⁷.

Bir borca aykırılık durumu olarak ortaya çıkan temerrüt, kötü ifa ve kusurlu imkânsızlık şeklinde karşımıza çıkan diğer borca aykırılık türlerinden farklı bir kavram olmakla²¹⁸ birlikte bu farklılık, borçlu ifasının, zamansal ve niteliksel olarak farklı şekillerde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır²¹⁹. Bu kapsamda temerrüdün aksine kötü ifade, gerçekleşen bir ifa söz konusu olmakla birlikte bu ifa, sözleşme amacını karşılar nitelik içermemektedir. Kusurlu imkânsızlık halinde ise ifa, borçlunun kusuru ile sonradan imkânsız hale gelmiş ve bu nedenle yerine getirilemez iken temerrüt durumunda ise ifa, mümkün olduğu halde borçlu tarafından zamana aykırı olarak yerine getirilmemiştir²²⁰. Nitekim temerrüt halinde ifa mümkündür ancak zamansal olarak gecikmiştir²²¹. Tüm bunlarla birlikte temerrüt ve kusurlu imkânsızlık halleri aynı anda var olamayacağı gibi temerrüt durumunda, borçlunun kusuru aranmazken²²² kusurlu imkânsızlığın varlığı halinde borçlunun kusurlu olup olmadığına dikkate alınacaktır.

2.2 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

Arsa payı karşılığı sözleşmelerinin kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler olması ve bu sözleşmelerin karma yapısı gereğince eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden de uygulama alanı

²¹⁷ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 56; Yasemin DURAK 2015, agm. s. 230; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 36.

²¹⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 55.

²¹⁹ Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 55.

²²⁰ Halil AKKANAT (2000), "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta Basım, İstanbul, s. 4; Mahmut KİZİR 2012, age. s. 30 vd.

²²¹ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1222.

²²² Halil AKKANAT 2000, İfada Gecikme, s. 3; Serkan AYAN 2008, age. s. 234; Gamze BAŞARA TURAN (2010), "Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi", *Çankaya University Journal of Law*, C. 7, S. 1, s. 4 vd.; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 203; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1098-1099; Hasan ERMAN 2010, age. s. 79; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 29; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 85 vd.; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 154; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 142; Şemsi Barış ÖZÇELİK (2014), "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları", *AÜHFD*, C.63, S.3, Eylül 2014, s. 571 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 74; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 37 vd.

bulacağını belirtmiştik. Bununla birlikte TBK m. 470-486 aralığında eser sözleşmelerine ilişkin hükümlere yer verilmişse de yüklenicinin temerrüdü ve bunun hukuki sonuçlarına ilişkin düzenlemeler eser sözleşmelerine ilişkin hükümler kapsamında yer almamaktadır²²³. Bu durum arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde gündeme gelen yüklenici temerrüdü ve bunun hukuki sonuçlarının, TBK m. 117-125 arasında yer alan temerrüde ilişkin genel hükümlerine göre çözümlenmesi sonucunu doğurmuştur²²⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüdünün varlığı²²⁵ yüklenicinin inşaatı teslim borcunun muaccel olması, borcun ifasının mümkün olması, teslim borcunun zamanında ifa edilmemiş olması, yüklenici temerrüdünü haklı kılan bir nedeninin bulunmaması gibi maddi şartlar ile arsa sahibinin ihtarda bulunması gibi şekli şartlara bağlanmıştır²²⁶.

2.2.1 İnşaatı Teslim Borcunun Muaccel Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüdünün ileri sürülebilmesinin ilk şartı, yüklenicinin inşaatı teslim borcunun, muaccel bir borç olmasıdır²²⁷. Borcun muaccel olması, yüklenici tarafından borçlanılan yapı veya bağımsız bölümlerin tamamlanmasına ve teslimine ilişkin borcun, alacaklısı arsa sahibi tarafından, talep edilebilme, dava edilebilme anlaşılmaktadır²²⁸. Bir başka ifade ile muaccel borç ile alacaklısı tarafından talep edilmesine, kanuni veya akdi bir engeli olmayan borç kastedilmektedir²²⁹. Yüklenici temerrüdünün, muaccel borçlar yönünden mümkün olacağı yine TBK m. 117'de düzenlenmiştir. Bu kapsamda teslim

²²³ Haluk BURCUOĞLU 1990, agm. s. 287; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 85.

²²⁴ Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 111; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 56; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 37; Hasan ERMAN 2010, age. s. 78; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 370; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s.69; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 208; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 88; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 73; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 55.

²²⁵ Hasan ERMAN 2010, age. s. 61.

²²⁶ Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 633-635; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 86.

²²⁷ Serkan AYAN 2008, age. s. 100; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 57; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 57; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1116; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 40; Hasan ERMAN 2010, age. s. 61; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 24; Mustafa Reşit KARAHASAN (1997), *İnşaat İmar İhale Hukuku*, C. 1, Beta Basım Yayın, İstanbul, s. 491; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 875; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 87; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 143; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 222; Turgut UYGUR 1993, age. s. 637.

²²⁸ Halil AKKANAT 2000, İfada Gecikme, s. 9 vd.; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 97; Vedat BUZ (1998), *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 107; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 61; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1116; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 24 vd.; Mahmut KIZİR 2012, age. s. 56; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 126; Turgut UYGUR 1993, age. s. 181.

²²⁹ Serkan AYAN 2008, age. s. 94; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 40; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 142.

borcunu yerine getirmeyen yüklenicinin temerrüdünden söz edilebilmesi için teslim borcunun muaccel olması gerekmektedir²³⁰. Nitekim muaccel olmayan borç yönünden teslim borcunun da doğmayacağı düşünüldüğünde yüklenici temerrüdünden de bahsedilemeyecektir²³¹.

Borcun ifa edilebilirliği ile muaccel olması kavramları birbirinden farklı kavramlar olup birbiriyle aynı anlama gelmemektedir²³². Borcun ifa edilebilirliği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden incelendiğinde yüklenicinin, borçlanılan edimini yani tamamlama ve teslim borcunu ifa edebilme yetkisi olarak ortaya çıkarken ifa edilebilir borç, muaccel borç anlamına gelmemektir²³³. Bu kapsamda arsa sahibi, teslim borcu muaccel olmadıkça edimin ifasını, talep ve dava hakkının sahip olmazken, temerrüt hükümlerine de başvuramayacaktır²³⁴.

Borçlunun borcunun muaccel olması, vadenin bir başka ifade ile ifa zamanının gelmesi halinde mümkün olacaktır. Bu kapsamda ifa zamanının, taraflarca belirlenmediği hallerde Türk Borçlar Kanunu m. 90 düzenlemesi ile taraflar arasındaki borcun, doğduğu anda muaccel olacağı kural olarak kabul edilmiştir. İlgili kanun hükmü gereğince alacak ve alacağı talep hakkı kural olarak aynı anda doğacaktır. Buna karşılık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatı meydana getirme ediminin zamana yayıldığı dikkate alındığında²³⁵, ilgili hüküm bu sözleşmelerde uygulama alanı bulamayacaktır. Bu takdirde taraflarca sözleşmede teslim vadesinin belirlenmediği durumlarda, yüklenicinin borcunun muaccel olabilmesi için, işin mahiyeti gereği makul bir sürenin geçmesi gerekecektir²³⁶. Bu kapsamda yüklenicinin teslim borcunun muaccel olacağı zaman, tedbirli ve deneyimli bir yüklenicinin olağan çalışma hızıyla inşaatı bitirebileceği

²³⁰ Naz AYDIN 2020, agt. s. 60; Tunay KÖKSAL ve Müjde MÜMİNOĞLU GÜNERİ 2019, age. s. 249.

²³¹ Naz AYDIN 2020, agt. s. 60.

²³² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 87.

²³³ Halil AKKANAT 2000, İfade Gecikme, s. 9; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s.24; Mahmut KİZİR 2012, age. s. 57; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 89.

²³⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 101; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1116; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 860; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 90; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 143.

²³⁵ Yargıtay İBBGK, 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.;“inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir.” karar için bkz.

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1983-3-k-1984-1-t-25-1-1984>, (ET. 27.09.2021).

²³⁶ Hasan ERMAN 2010, age. s. 62; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 143; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 66.

süre dikkate alınarak belirlenmelidir²³⁷. Bununla birlikte taraflar, aralarında akdedilen sözleşme, kanun hükmü veya hukuki ilişkinin mahiyeti ya da işin niteliği gereği borcun muaccel olma zamanını, bir başka ifade ile alacağın talep edilebilme anını belirleyebilir²³⁸. Tarafların, aralarında var olan sözleşmede, ifa zamanına bir başka ifade ile teslim zamanına ilişkin bir belirleme yapmış olması yahut işin niteliğinden tespit edilen bir teslim vadesinin varlığı halinde arsa sahibinin alacak hakkı, sözleşmenin kuruluş tarihi itibari ile var olacakken, alacağı talep hakkı ise ifa-teslim tarihi itibariyle muacceliyetin gerçekleşmesi ile söz konusu olacaktır²³⁹. Bu kapsamda yüklenici, muaccel olmayan bir borç için ifaya zorlanamayacağı gibi arsa sahibinin de muacceliyeti gelmemiş borcun ifasını talep hakkı ve dava hakkı da bulunmamaktadır²⁴⁰.

Tüm bunlarla birlikte taraflar aksini kararlaştırmadıkça borçluya, edimin ifasını, vade tarihinden önce gerçekleştirebilme imkânı tanınmıştır. Borçlunun erken ifası, TBK m. 96'da düzenlenmiştir. İlgili hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden uygulanması halinde de yüklenici, teslim borcunun ifa zamanı bakımından seçim hakkına sahip olup teslim borcunun ifasını, teslim vadesi henüz gelmemiş olsa da erken ifa edebilir. Yüklenicinin teslim borcunun zamanı bir başka ifade ile borcun muaccel olacağı zaman, taraflarca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış olabileceği gibi taraflar, teslim borcunun muaccel olacağı zaman yönünden aralarında herhangi bir belirleme yapmamış da olabilir²⁴¹.

2.2.1.1 Vadenin Belirlenmiş Olması

İfa konusu yapı ve bağımsız bölümlerin mali değeri ve bunların tesliminde meydana gelecek gecikmeler dikkate alındığında ortaya çıkacak zararın büyüklüğü dikkate alındığında taraflar, yüklenicinin teslim borcunun muaccel olacağı tarihi, çoğunlukla sözleşmede belirleme yoluna gitmektedir. Yüklenicinin, inşaatın tümünü tamamlayarak teslim borcunu ifa edeceği tarihin, taraflarca belirlendiği bu

²³⁷ M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 154; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 129.

²³⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 88; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 60.

²³⁹ Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 60; Muammer ÖZTÜRK ve Zeki GÖZÜTOK 2018, age. s. 308-309.

²⁴⁰ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1116.

²⁴¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 95 vd.; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 201; Hasan ERMAN 2010, age. s. 61; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 90 vd.; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 142 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 71; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 9 vd.

durumlarda yüklenicinin teslim borcu, belirlenen bu tarihte muaccel olmaktadır²⁴². Taraflar, teslim borcunun muaccel olacağı tarihi, sözleşmenin kurulma aşamasında belirleyebileceği gibi sözleşme kurulduktan sonra da belirleme imkânına sahiptirler²⁴³.

Taraflar, yüklenicinin teslim zamanını, bir başka ifade ile borcun muaccel olacağı zamanı, belirli bir takvim günü olarak kararlaştırabilecekleri gibi teslim zamanı, sözleşme kuruluş anından itibaren başlayacak belirli bir sürenin bitimi şeklinde de kararlaştırmış olabilir²⁴⁴. Bu kapsamda taraflarca belirlenen teslim tarihinin, net bir takvim günü olarak belirlenmiş olması halinde, yüklenicinin teslim borcu bu tarihte muaccel olacakken²⁴⁵, teslim tarihinin açık bir süre olarak belirtilmesi durumunda ise yüklenicinin teslim borcu, bu sürenin dolduğu anda muaccel olacaktır²⁴⁶. Bu kapsamda yüklenicinin, ifa konusu teslimi, bu süre dolmadan istediği herhangi bir zamanda gerçekleştirebilme imkânı söz konusuysen, buna karşılık arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümlerin kendisine teslim edilmesini, bu sürenin dolduğu tarih itibari ile talep edebilecektir²⁴⁷. Bununla birlikte taraflar, teslim borcunun başlangıç zamanını, ileride gerçekleşecek bir olaya da bağlı olarak da belirlemiş olabilirler²⁴⁸. Yüklenicinin teslim borcunun muaccel olacağı zamanın, belli bir olaya bağlandığı bu gibi durumlar çoğunlukla yapı inşası için gerekli ruhsat alımı, yapı ve bağımsız bölüm inşasında kullanılacak malzeme temini şeklinde ortaya çıkmaktadır²⁴⁹. Bu takdirde bu gibi bir durumda yüklenicinin, teslim borcunun yerine getireceği zamana ilişkin başlangıç süresi, sürenin başlangıcı için gerçekleşmesi öngörülen olayın, fiilen gerçekleşmesi ile işlemeye başlayacak ve teslim süresinin son günü, teslim vade tarihi kabul edilecektir²⁵⁰. İlgili duruma örnek olarak taraflar

²⁴² Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 60.

²⁴³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 89.

²⁴⁴ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 185; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 58; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 41; Hasan ERMAN 2010, age. s. 62; Mustafa Reşit KARAHASAN 1997, age. s. 442; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 89-90; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 6-7; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 162; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 336; Turgut UYGUR 1993, age. s. 1073.

²⁴⁵ Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 41; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 89-90.

²⁴⁶ Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 41; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 89-90.

²⁴⁷ Halil AKKANAT 2000, İfade Gecikme, s. 11; Serkan AYAN 2008, age. s. 95 vd.; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 201; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 91; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 66; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 154; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 142; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 66; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 75 vd.; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 9.

²⁴⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 97; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 90; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 66.

²⁴⁹ Serkan AYAN 2008, age. s. 97; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 66; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 66.

²⁵⁰ Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 327-328.

arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölüm teslim tarihinin, malzeme temininden altı ay sonra gerçekleşeceğinin belirlenmiş olması halinde teslim için öngörülen bu altı aylık sürenin başlangıcı, arsa sahibinin yükleniciye malzemeleri teslim etmesi anında başlayacakken, altı aylık sürenin son günü ise yüklenicinin teslim borcunun muaccel olduğu tarih olarak kabul edilecektir²⁵¹.

Tüm bunlarla birlikte taraflarca sözleşme ile belirlenen teslim borcunun muacceliyet tarihi, yine tarafların, sözleşmede, belirli durumların varlığı halinde teslim süresinin uzayacağı ya da kısalacağına ilişkin hükümlere yer vermiş olmaları ya da teslim süresine etki edecek hallerin varlığı durumunda da değişebilecektir²⁵².

2.2.1.2 Vadenin Belirlenmemiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunun muaccel olacağı zaman yönünden taraflarca herhangi bir belirleme yapılmamış olabilir²⁵³. Tarafların, sözleşmede bu yönde bir belirleme yapmamış olması, yüklenicinin, bağımsız bölümleri, dilediği zamanda teslim edebileceği anlamına gelmemektir²⁵⁴. Bu durumda yüklenicinin teslim borcunun muaccel olacağı zaman, söz konusu işin özelliği, yapılan hazırlık süreci ve diğer tüm şartlar dikkate alınarak tespit, teslim konusu inşaatın tamamlanma süresi göz önünde bulundurularak tespit edilecek makul süre sonunda gerçekleşecektir²⁵⁵. Buna karşılık arsa sahibinin, yüklenici temerrüdü hükümlerine başvurabilmesi de, belirlenen makul sürenin sonunda yükleniciye yapılacak ihtar şartına bağlı olup²⁵⁶, dürüstlük kuralı gereği arsa sahibi tarafından borcun muaccel olduğu yükleniciye bildirilmelidir²⁵⁷.

²⁵¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 91.

²⁵² Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 205; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 96; Rona SEROZAN (2009), *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 60.

²⁵³ Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 42.

²⁵⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 93.

²⁵⁵ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 185; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 42; Hasan ERMAN 2010, age. s. 62; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 93; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 7-8; Muammer ÖZTÜRK ve Zeki GÖZÜTOK 2018, age. s. 309; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 154-155; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 143; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 66; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 72; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 11-12.

²⁵⁶ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 61.

²⁵⁷ İsa ENLİ 2017, age. s. 100.

2.2.2 Borcunun İfasının Mümkün Olması

Hukukumuzda, borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması, söz konusu borcun ifa edilebilirliğine bağlanmıştır²⁵⁸. Bir başka ifade ile borçlu temerrüdünün varlığından söz edebilmek için ifa tarihinde söz konusu borcun ifasının mümkün olması gerekmektedir²⁵⁹. Bununla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüdü hükümlerinin uygulanabilmesi, yüklenici tarafından gerçekleştirilecek yapı ve bağımsız bölüm teslim borcunun ifasının mümkün olduğu durumlarda söz konusu olabilecektir²⁶⁰. Bu kapsamda imkânsız hale gelmiş teslim borcunun varlığı halinde bu borcun ifası yönünden yüklenici temerrüdüne gidilememektedir²⁶¹. Bir başka ifade yüklenici temerrüdü hükümleri, ifa imkânı bulunan muaccel borçlar yönünden uygulanabilir olmakla birlikte sözleşmede, yüklenici tarafından borçlanılan teslim borcunun ifasının, imkânsız olması ve bu imkânsızlığa bağlı olarak teslimin gerçekleştirilememesi halinde yüklenici temerrüdü hükümlerine başvurulamayacaktır²⁶².

İmkânsızlık, bir borcun ifasının, cebri icra ile dahi talep edilememesi bir başka ifade ile borcun konusunu oluşturan edimin, hiçbir surette ifa edilememesi ya da ifa edilemez hale gelmesidir²⁶³. Bu kapsamda imkânsızlık, bir ifa engeli olarak da adlandırılmaktadır²⁶⁴.

İmkânsızlık halleri, sözleşmenin kuruluş esnasında var olabileceği gibi taraflar arasındaki sözleşme kurulduktan sonrada ortaya çıkmış olabilir²⁶⁵. Öte yandan yüklenicinin teslim borcunun ifası, sözleşme kurulması öncesinde

²⁵⁸ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 63; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1115.

²⁵⁹ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 58; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 187; Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 111; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 62; Hasan ERMAN 2010, age. s. 64; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 131; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 155; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 223-224; Turgut UYGUR 1993, age. s. 636; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 82; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 13.

²⁶⁰ Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 93; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 131; Burçak S. SARIKAYA 2016, agt. s. 56.

²⁶¹ M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 155.

²⁶² Halil AKKANAT 2000, İfada Gecikme, s. 16; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 56; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 204; Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 111; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 62; Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 66; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 67; Hasan ERMAN 2010, age. s. 64; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 24; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 372; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 155; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 82; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 13.

²⁶³ Halil AKKANAT 2000, İfada Gecikme, s. 33; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 188; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 67; Burçak S. SARIKAYA 2016, agt. s. 56; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 65.

²⁶⁴ Vedat BUZ (1994), "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 49, S. 1-2, s. 23.

²⁶⁵ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 67.

imkânsızlaşabileceği gibi sözleşme kurulduktan sonra da imkânsızlaşabilir. Sözleşme kurulduktan sonra ifade ortaya çıkan imkânsızlık, objektif ve sübjektif olarak farklı görünümde gerçekleşebilir. Bu kapsamda yapı veya bağımsız bölüm inşası ve tesliminin, sözleşmenin tarafı olan yüklenici ya da başkaca bir yüklenici tarafından hiçbir surette gerçekleştirilemediği bir başka ifade ile ifa imkânsızlığının, herkes için geçerli olduğu durumlarda²⁶⁶ bu imkânsızlık, objektif imkânsızlık olarak kabul edilmiştir²⁶⁷. Bununla birlikte yapı veya bağımsız bölüm inşası ve teslimi yüklenici bakımında imkânsız olmasına rağmen diğer kişiler yönünden mümkün ise ifa imkânsızlığı, sübjektif imkânsızlık olarak nitelendirilmiştir²⁶⁸. İfanın, yüklenici kabiliyeti ve diğer nedenlere bağlı olarak sadece yüklenici tarafından yerine getirilemediği sübjektif imkânsızlık durumlarında, temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte baskın görüşe göre sübjektif imkânsızlığın, gerçek bir imkânsızlık hali olmadığı, bu durumda temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir²⁶⁹. Nitekim sübjektif imkânsızlığın varlığı halinde borcun ifasının hala mümkün olduğu dikkate alındığında imkânsızlık hükümleri yerine temerrüt hükümleri uygulanabileceği kabul edilmiştir²⁷⁰. Öte yandan ifa imkânsızlığı yoluna başvurulabilmesi, söz konusu imkânsızlığın, objektif ve sürekli nitelik taşımasına bağlanmıştır²⁷¹. Kanaatimizce de edimin ifasının objektif olarak hala mümkün olduğu sübjektif imkânsızlık halinde temerrüt hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

Yapı veya bağımsız bölümün meydana getirilmesi ve bunların tesliminin, sözleşme kurulumu esnasında objektif olarak imkânsız olabilir. Yüklenicinin borcunu ifa etmesinin, sözleşmenin başından itibaren objektif ve kesin olarak imkânsız olduğu bu durumda taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı

²⁶⁶ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 58; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 69; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 851; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 61.

²⁶⁷ Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 24; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 997; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 308.

²⁶⁸ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 58; Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 24; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 69; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 852; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 134.

²⁶⁹ Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 24-25; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1115; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 134-135

²⁷⁰ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 88; Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 25; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 29 vd.; Hasan ERMAN 2010, age. s. 58; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 125; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 155.

²⁷¹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 67; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 131.

kabul edilmiştir²⁷². Bu kapsamda objektif imkânsızlığın varlığı halinde, yüklenicinin teslim borcu, hiç doğmamış sayılacak ve arsa sahibi temerrüt hükümlerine başvuramayacaktır²⁷³. Tüm bunlarla birlikte yapı veya bağımsız bölüm inşası ve tesliminin yüklenici yönünden aşırı maliyetli hale gelmesi durumu sonrasında yüklenicinin finansal gücünün yetersiz kaldığı durumlarda ortaya çıkan aşırı ifa güçlüğüne, bir objektif imkânsızlık durumu olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir²⁷⁴. Nitekim aşırı ifa güçlüğü halinde edimin ifası mümkün olmasına rağmen yüklenici bünyesinde ortaya çıkan subjektif nedenler dolayısıyla ifanın gerçekleştirilememesi dikkate alındığında, ifayı vadesinde gerçekleştiremeyen yüklenicinin de temerrüde düştüğü kabul edilecektir²⁷⁵.

İmkânsızlık, sözleşmenin kurulma anında ya da sözleşme kurulduktan sonra sürekli imkânsızlık şeklinde de ortaya çıkabilir. İmkânsızlığın sürekli nitelik taşıması durumunda edimin ifası herhangi bir şekilde gerçekleşmeyeceğinden²⁷⁶ temerrüt hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır²⁷⁷. Nitekim borcun sona ermesine neden olan ve borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran objektif imkânsızlığın, aynı zamanda süreklilik de göstermesi gerekmektedir²⁷⁸. Buna karşılık edimin ifasının geçici bir süre için imkânsız hale gelmesi durumunda geçici imkânsızlık söz konusu olmakla birlikte bu durumda yüklenici temerrüdüne başvurulabilecektir²⁷⁹.

İfadaki imkânsızlık, doğuş nedenine bağlı olarak maddi ve hukuki olarak ortaya çıkabilmektedir²⁸⁰. İfanın, maddi olarak, fiilen imkânsız hale gelmesi ve kimse tarafından gerçekleştirilememesi halinde maddi imkânsızlıktan söz edilecektir²⁸¹. Bununla birlikte ifanın, bir hukuk kuralı ya da yargı kararı nedeniyle yasaklanarak

²⁷² Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 59; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 68; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 131; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 65.

²⁷³ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 101; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 131; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s.155; Rona SEROZAN 2009, İfa Engeli, s. 183; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 66; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 904; Müge ÜREM 2017, age. s. 58 vd.

²⁷⁴ Hasan ERMAN 2010, age. s. 125; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 137.

²⁷⁵ Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 25; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 137.

²⁷⁶ Ahmet KILIÇOĞLU 2018, *Borçlar Genel*, s. 855.

²⁷⁷ M. Turgut ÖZ 2016, *İnşaat*, s. 144; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 69.

²⁷⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 138.

²⁷⁹ Yusuf Can DELİPİNAR (2015), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Geçici İmkânsızlık Kavramı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 1, s. 178; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 138; Şemsi Barış ÖZÇELİK (2009), *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilememesi ve Mücbir Sebep Kayıtları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 71.

²⁸⁰ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 68; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 70.

²⁸¹ Halil AKKANAT 2000, *İfada Gecikme*, s. 34; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, *Borçlar Genel*, s. 854; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 142.

imkânsız hale gelmesi durumunda hukuki imkânsızlığın varlığı söz konusu olacak ve yüklenicinin ifası hukuken imkânsız hale gelecektir²⁸². Maddi ve hukuki imkânsızlık hallerinin varlığı halinde yüklenicinin, teslim borcunu ifa etmesi imkânsız hale geleceğinden yüklenici temerrüdü hükümleri değil ifa imkânsızlığı hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁸³.

İfa imkânsızlığı, yüklenicinin kusurlu olup olmamasına göre farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı veya bağımsız bölüm teslimi ifasının, yüklenici kusurundan bağımsız olarak, onun sorumlu tutulamayacağı nedenlerle imkânsız hale gelmesi durumunda, TBK m. 136/1 gereğince yüklenici, borcundan kurtulacaktır. İmkânsızlığın, yüklenici kusurundan kaynaklandığı durumlarda ise yüklenici, imkânsızlık nedeni ile gerçekleşmeyen ifada kusuru olmadığı ispat etmedikçe, TBK m. 112 gereği, arsa sahibinin zararını tazmin ile yükümlü olacaktır²⁸⁴. Edimin ifasına engel olan ve sözleşme kurulduğu sırada var olan imkânsızlığın objektif imkânsızlık niteliğine haiz olması halinde ise sözleşme, kesin hükümsüz kabul edilirken sözleşmesinin başında var olan subjektif imkânsızlık halinde ise yüklenicinin kusuru ve kusur ölçütü olarak da sözleşmenin kurulma anında imkânsızlıktan haberdar olup olmadığı dikkate alınacaktır²⁸⁵. Bu kapsamda sözleşmenin kurulma anında var olan imkânsızlığın, yüklenici tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiğine kanaat getirildiği takdirde yüklenici, TBK m. 112 gereği arsa sahibinin zararı tazmin ile yükümlü sayılacakken²⁸⁶, yüklenicinin, imkânsızlığı, bilmediği ya da bilmesinin gerekmediği durumlarda ise TBK m. 136 gereği borç ortadan kalkacaktır.²⁸⁷

²⁸² Halil AKKANAT 2000, *İfada Gecikme*, s. 34; Dural, s. 9 vd.; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 146; M. Turgut ÖZ 1989, *Dönme*, s. 164; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 16.

²⁸³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 148.

²⁸⁴ Fikret EREN 2019, *Borçlar Genel*, s. 1092; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 39; Tuba İŞBORA (2009), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 46 vd.; İzzet KARADAŞ 2009, age. s.161 vd.; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 132; M. Turgut ÖZ 1989, *Dönme*, s.156; Turgut UYGUR 1993, age. s. 280 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 83.

²⁸⁵ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 71.

²⁸⁶ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 59; Fikret EREN 2019, *Borçlar Genel*, s. 1092; Şemsi Barış ÖZÇELİK (2014), “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, *AÜHFD*, C. 63, S. 3, s. 590. TBK m.112: “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*”

²⁸⁷ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 59; Serkan AYAN 2008, age. s. 155 vd.; Vedat BUZ 1998, *Dönme*, s. 101; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 204; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 124; M. Turgut ÖZ 1989, *Dönme*, s. 157; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 225; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 142; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 82; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 14.

Türk Borçlar Kanunu'nun imkânsızlığa ilişkin genel hükümlerinin yanı sıra, eser sözleşmelerinde yönünden geçerli imkânsızlığa ilişkin özel hükümler de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkan imkânsızlık hallerinde uygulama alanı bulmaktadır²⁸⁸. Bu kapsamda eserin beklenmedik hal dolayısıyla yok olması halinde iş sahibinin teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenicinin, tamamlanan iş oranında bedel ve gider hakkına sahip olmayacağına ilişkin TBK m. 483, beklenmedik olaya iş sahibinin neden olması halinde yüklenicinin, tamamlanan iş oranında bedel ve gider hakkına sahip olacağı, yine iş sahibinin kusuru var ise tazminat talep hakkının da yüklenici tarafından ileri sürülebileceğine ilişkin TBK m. 485 ve son olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin kişisel özellikleri ve yetenekleri gözetilerek kurulmuş olması halinde, yüklenicinin ölümü ve kusuru olmaksızın yeteneğini kaybettiği durumlarda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine ve tamamlanan kısımların arsa sahibinin yararlanma imkânına engel teşkil etmemesi koşulu ile yüklenicinin tamamlanan kısımlarla orantılı olarak bedel hakkına sahip olacağına ilişkin TBK m. 486 gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde gerçekleşen imkânsızlık durumları çözüme kavuşturulacaktır²⁸⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümlerin teslimi, beklenmedik bir olay veya mücbir sebep dolayısıyla imkânsız hale gelebilir²⁹⁰. Bu kapsamda sözleşme kurulduğu sırada öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşme konusu edimin ortadan kalkmasına ya da ifasının gecikmesine neden olan olaylar beklenmedik olay olarak tanımlanmaktadır²⁹¹.

Yapı veya bağımsız bölüm tesliminin, beklenmedik olay nedeniyle ifa edilememesi halinde TBK m. 483 gereğince, beklenmedik olay nedeniyle ortaya çıkan edim ve karşı edim zararından kimin sorumlu olacağı, beklenmedik olayın yüklenicinin veya arsa sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanmasına göre farklılık arz edecektir²⁹². Bu takdirde beklenmedik olayın, teslimden önce gerçekleşmesi durumunda yüklenicinin, ücret ve gider talebinde bulunabilmesi şartlara bağlanmıştır. İlgili hükme göre arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümü teslim almada temerrüde düşmedikçe ya da yapı veya bağımsız bölüm, arsa sahibi tarafından temin edilen malzeme veya arsanın ayıplı olması dolayısıyla ya da onun

²⁸⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 74.

²⁸⁹ Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 24 vd.; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 74; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 149.

²⁹⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 142.

²⁹¹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 75.

²⁹² Burak DOĞAN 2019, agt. s. 75.

talimatı sonucu yok olmadıkça yüklenici, beklenmedik olay anına kadar tamamlanan inşaat bedelini isteyemeyecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde imkânsızlığa neden olan beklenmedik olaylar, yüklenici ya da arsa sahibinden kaynaklı nedenler dolayısıyla ortaya çıkabilir.

2.2.2.1 Yükleniciden Kaynaklı Beklenmedik Olay Nedeniyle İmkânsız Olmaması

Yüklenicinin şahsi özellikleri, bir başka ifade ile yeteneği ve uzmanlık bilgisi dikkate alınarak akdedilen eser sözleşmelerinin, yüklenici ölümü ve kusuru olmaksızın eseri meydana getirme yeteneğini kaybetmesi halinde kendiliğinden sona ereceği TBK m. 486'da düzenlenmiştir²⁹³. Eser sözleşmeleri yönünden uygulama alanı bulan bu hükmün, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden de uygulama alanı bulabileceği kabul görmekte²⁹⁴ birlikte Yargıtay tarafından konuya ilişkin farklı kararlar verilmiştir.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda²⁹⁵ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici tecrübe ve mesleki bilgisi dikkate alındığında bu sözleşmelerde yüklenici şahsının önem arz ettiğine yer verilmiştir. Bununla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, taraflarca, yüklenici şahsının önem taşıması nedeniyle akdedilmesi gerektiği ve yüklenici şahsı dikkate alınarak akdedilen bu sözleşmenin, yüklenici ölümü veya kusuru olmaksızın yeteneğini kaybetmesi gibi beklenmedik bir halin ortaya çıkması durumunda TBK m. 486'da yer alan

²⁹³ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 106; Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 34; Erzan ERZURUMLUOĞLU (2012), *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 172; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 152; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 162; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 48.

²⁹⁴ Hasan ERMAN 2010, age. s. 69.

²⁹⁵ Yargıtay 15. H.D. 07.07.1975 T., 1975/3149 E. ve 1975/3436 K. sayılı kararında; "...*Borçlar Kanununun 355. maddesine göre eser (İstisna) sözleşmesi ile yüklenici iş sahibine vermeyi yüklediği ücret karşılığında bir şey imalini yüklenmektedir. Borçlar Kanununun 371. maddesinin 1. fıkrası gereği yüklenici öldüğü veya zarar doğurucu bir ihmali olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde bu konudaki eser sözleşmesi son bulur. Yasanın adı geçen 371/1. maddesinde yüklenicinin kişisel yetenekleri söz konusudur. Sosyal ve Ekonomik hayatın normal akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek isteyen bir şey olmakla eser sözleşmesinde esas tutulacak kişisel nitelikler arasında yüklenicinin özel meslekî bilgisi, kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık olması tecrübesi, denenmiş olması ve ünü gibi kişisel ve mal varlığına ilişkin özellikler sayılabilir. Bu özellikler göz önünde tutularak eser sözleşmesinin yapılmış olması doğal olmakla yasanın 371. maddesi emredici buyurucu nitelikte bir hükümdür. Kaldı ki, yüklenicinin sağlığında mirasçılarının kişisel ve ekonomik hukukunu etkileyecek ve aşan biçimde eser sözleşmesinin 13. maddesinde (ölüm halinde varisler mukaveleye bağlı olarak inşaatı devam ettireceklerdir.) şeklindeki irade beyanını açıklaması da geçerli de değildir (...)*", karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hd-e-1975-3149-k-1975-3436-t-07-07-1975>, (ET. 28.06.2021).

düzenlemenin bu duruma uygulanabileceği kabul edilmiştir²⁹⁶. Bu kapsamda ilgili hükmün uygulanabilmesinin ön şartı olarak taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, yüklenicinin kişisel nitelikleri, dikkate alınarak akdedilmiş olmasıdır²⁹⁷. Yüklenicinin kişisel niteliğinden kasıt, yüklenicinin söz konusu yapıyı meydana getirmek için özel yeteneği ya da uzmanlık gerektiren bilgisinin olması²⁹⁸, bir başka ifade ile eserin, yüklenici tarafından şahsen meydana getirilmesi yahut kendi şahsî denetimi altında meydana getirtme borcu altında olmasıdır²⁹⁹. Yine ilgili hükmün uygulanabilmesi, yüklenici kişisel nitelikleri göz önünde tutularak akdedilen bu sözleşmenin, yüklenicinin ölmesi ya da yapıyı tamamlama yeteneğini kaybetmesi ile umulmayan bir halin gerçekleşmesi³⁰⁰ ve yüklenicinin yetenek kaybına neden olan olayın yüklenici kusurundan kaynaklanmıyor olması şartlarına bağlanmıştır. Yüklenici yeteneğinin kaybı, yapının tamamlanması için gerekli çalışma kabiliyetinin ya da şahsi denetim altında çalıştırma borcunun yerine getirilememesi görünümünde ortaya çıkabilir³⁰¹.

Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, yüklenicinin kişisel nitelikleri dikkate alınarak kurulduğu yönünde genel bir kural bulunmamakla birlikte bu durum, her somut olayın özelliği çerçevesine ayrıca incelenecektir³⁰². Bu kapsamda taraflar, yüklenicinin kişisel nitelikleri dolayısıyla sözleşmenin akdedildiğine, sözleşmede yer vermiş olabilecekleri gibi sözleşmede böyle bir belirlemenin olmaması halinde ise yüklenicinin kişisel niteliğinin önem arz edip etmediğinin tespiti, işin niteliğine bakılarak yapılacaktır³⁰³. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, inşaat sözleşmeleri kapsamında değerlendirildiği ve günümüz koşullarında gelişen inşaat sektörü dikkate alındığında alt yüklenicilere

²⁹⁶ Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 35; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 153; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 162; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 332.

²⁹⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 153.

²⁹⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 78.

²⁹⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 153.

³⁰⁰ Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 773.

³⁰¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 155.

³⁰² Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 107; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 231; Hasan ERMAN 2010, age. s. 63 vd.; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 773; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 21.

³⁰³ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 106 vd.; Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s.35; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 230; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 100; Hasan ERMAN 2010, age. s. 63; Bilal KARTAL 1993, age. s. 115; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 75; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 153; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 772.

başvurulmasının artan iş bölümü ihtiyacının bir gereği olduğu dikkate alındığında yüklenicinin kişisel yeteneğinin önemi, her somut olayda ayrıca incelenmelidir³⁰⁴.

Öte yandan taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından yüklenicinin, tüzel kişi olması halinde de TBK m. 486'da yer alan düzenlemenin uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir³⁰⁵. Bu kapsamda tüzel kişi yüklenicinin de işi bizzat yapma borcunun yanında şahsi yönetimi-denetimi altında yaptırma borcunun varlığından söz edilebilecek olup ilgili borç, tüzel kişinin yetkili organları tarafından yerine getirilecektir³⁰⁶. Bununla birlikte tüzel kişinin, yönetiminde veya paydaşlarında değişikliğin söz konusu olması halinde bu durumun taraflar arasındaki sözleşmeye etkisi her somut olaya göre ayrıca değerlendirilecektir³⁰⁷.

Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, yüklenici kişisel nitelikleri dikkate alınarak kurulmuş olması halinde yüklenicinin ölümü veya sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümleri meydana getirmesi yönünden gerekli olan yeteneğini kaybetmesi durumunda imkânsızlık meydana gelecek ve sözleşme, ileriye etkili olarak sona erecektir³⁰⁸. Bu kapsamda yüklenicinin, yapıyı tamamlamasına engel teşkil eden ehliyet kaybının, yüklenici kusuru nedeni ile gerçekleşmemiş olması gerekmektedir³⁰⁹. Bununla birlikte yüklenici yetersizliğine neden olan beklenmedik olay kapsamında gerçekleşen ehliyet kaybının, yüklenici kusuruyla ortaya çıkması ve yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölümün tesliminde temerrüde düşmesi bu beklenmedik olay öncesinde gerçekleşmiş ise arsa sahibi, zararının tazminin yükleniciden talep edebilecektir³¹⁰. Sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümün meydana getirilmesi ya da tamamlanması için gerekli olan yüklenici yeteneğinin kaybına yol açan beklenmedik olay, yüklenici kusurundan bağımsız da gerçekleşmiş olabilir. Bu kapsamda yetenek kaybının objektif, sürekli nitelik taşıdığı ve beklenmedik olayın, sözleşme kurulma anından daha sonra ortaya çıkması halinde TBK m. 486'da yer alan düzenleme gereği taraflar arasındaki sözleşmenin kendiliğinden sona erecekken arsa sahibi de zararını yükleniciden talep

³⁰⁴ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 107; Hasan ERMAN 2010, age. s. 63 vd; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 153; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 162.

³⁰⁵ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 79; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 154.

³⁰⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 154.

³⁰⁷ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 107 vd.

³⁰⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 155.

³⁰⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 156.

³¹⁰ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 109; Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 37; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 101.

edemeyecektir³¹¹. Taraflar arasındaki sözleşmenin sona ermesi, bir kanuni sona erme şekli sayılacağından bu kapsamda herhangi bir bildirim şartına ihtiyaç duyulmazken, yüklenici tarafından tamamlanamayan işin, yükleniciye bağlı yardımcı kişilerce veya onun mirasçıları ile tamamlanmasının mümkün olduğu durumlarda ise sözleşmenin bu kişilerle devam etmesi istemeyen arsa sahibinin, fesih bildiriminde bulunması gerekecektir³¹². Yine yüklenici, beklenmedik olay öncesinde kullanımı mümkün şekilde tamamlanan yapı veya bağımsız bölümlerin, arsa sahibi tarafından kabul edilmesi halinde tamamlanan bu kısımlara ilişkin olarak bedel hakkına sahip olacaktır³¹³. Tüm bunlara karşılık taraflar arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, yüklenici şahsi özelliklerinin gözetilmediği şekilde kurulduğu yahut işin başkası ile devam edilebileceğine, sözleşmede açıkça yer verilmiş olduğu hallerde beklenmedik olay sonucunda sözleşme kendiliğinden sona ermeyecektir³¹⁴. Bu durumda yapı veya bağımsız bölüm inşası ve teslimi, yüklenicinin mirasçıları ile yine onun yasal temsilcileri tarafından yerine getirilebilecekken, işin bu kişilerce zamanında bitirilememesi halinde de arsa sahibi temerrüt hükümlerine başvurabilecektir³¹⁵.

2.2.2.2 Arsa Sahibinden Kaynaklı Beklenmedik Olay Nedeniyle İmkânsız Olmaması

Arsa sahibinden kaynaklı beklenmedik olaylar nedeniyle imkânsızlık hali TBK m. 485'te düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı veya bağımsız bölümlerin ifasının imkânsızlaşması, arsa sahibine yüklenecek nedenler dolayısıyla meydana gelmişse yüklenici, imkânsızlık anına kadar ifa ettiği kısımların değeri ile bu değerler kapsamına girmeyen diğer masraflarını da arsa sahibinden talep edebilecektir³¹⁶. Bununla birlikte imkânsızlığın ortaya çıkmasında arsa sahibinin kusurunun bulunması halinde yüklenici, değer ve

³¹¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 157.

³¹² Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 108; Serkan AYAN 2008, age. s. 157; Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 36; Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmesi, s. 101; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 140; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 774.

³¹³ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 108 vd.; Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 37; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 231; Hasan ERMAN 2010, age. s. 70; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 76; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 157; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 774; Turgut UYGUR 1993, age. s. 1073; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 162.

³¹⁴ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 22.

³¹⁵ Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 773; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 333; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 21.

³¹⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 149; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 70.

masraf talebinin yanında ifanın gerçekleşmesi halinde elde edeceği menfaatin tazminini de talep edebilecektir³¹⁷. İlgili hükmün uygulanabilmesi için söz konusu imkânsızlığın objektif ve sürekli imkânsızlık niteliği taşıması gerekmektedir³¹⁸.

Beklenmedik olayın arsa sahibinden kaynaklanması, arsa sahibinin şahsından kaynaklanan bizzat onun tarafından gerçekleştirilen eylemler ile onun faaliyet alanı kapsamında olan ifa yardımcıları ya da işletmesinden kaynaklı gerçekleşen olaylar olarak da açıklanmaktadır³¹⁹. Bu durumlara arsa sahibi tarafından talep edilen yapı sistemine yetkili makamlarca izin verilmemesi, proje plan onayının alınamaması, arsa sahibinin arsasının kamulaştırılması, doğa olayları nedeniyle arsanın elverişsiz hale gelmesi örnek verilebilir³²⁰.

Yapı veya bağımsız bölümün ifasının, arsa sahibinden kaynaklı beklenmedik olay nedeniyle imkânsızlaşması bir başka ifade ile TBK m. 485 hükmünün uygulama alanı bulması durumunda taraflar arasındaki sözleşmenin ileriye etkili olacak şekilde sona ereceği ve tarafların tamamlanmamış kısımlar yönünden talep haklarının söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir³²¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapı veya bağımsız bölüm inşasının, arsa sahibinden kaynaklı beklenmedik olay nedeniyle imkânsız hale gelmesinde, arsa sahibinin kusurlu olup olmaması, yüklenici talepleri yönünden farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır³²². Bu kapsamda yapı veya bağımsız bölümün tamamlanmasını imkânsız kılan beklenmedik olayda arsa sahibinin kusurunun varlığı halinde yüklenici, edim değeri ve diğer giderlerin yanında menfi zararını kapsayan tazminatı da talep hakkına sahip olacakken³²³ beklenmedik halin ortaya çıkmasında arsa sahibine kusurun yüklenemediği durumlarda ise yüklenici, yalnızca imkânsızlığa kadar olan iş bedeli ile bu bedeli aşan masrafları talep edebilecektir.

Son olarak ifanın imkânsızlığa neden olan beklenmedik olayın arsa sahibinden kaynaklı olduğu durumlarda yüklenici bu beklenmedik olay öncesinde

³¹⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 149; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 771; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 51; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 23.

³¹⁸ Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 26; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 21.

³¹⁹ Fahrettin ARAL 2006, age. s. 385; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 76; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 149; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 229.

³²⁰ Fikret EREN 1996, İnşaat Sözleşmeleri, s. 99; Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 28; Bilal KARTAL 1993, age. s. 120; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 75; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 524; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 327; Turgut UYGUR 1993, age. s. 1068; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 155.

³²¹ Vedat BUZ 1994, İmkânsızlık, s. 29-30; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 150.

³²² Burak DOĞAN 2019, agt. s. 77.

³²³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 149.

çoktan temerrüde düşmüş ve bu konuda da kusursuz olduğu ispatlayamamış olabilir. Beklenmedik olay öncesinde temerrüde düşen yüklenici, TBK m. 119 gereğince, temerrüde düşmede kusurlu olmadığını yahut yapı veya bağımsız bölümlere ilişkin teslim borcunu temerrüde düşmeden zamanında ifa etmiş olsaydı da beklenmedik olayın yine aynı zararı doğuracağını ispat etmedikçe beklenmedik hal sonrasında ortaya çıkan zararlardan arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır.

2.2.3 Teslim Borcunun Zamanında İfa Edilmemiş Olması

Yüklenici temerrüdünün gerçekleşmesinin bir diğer şartı da teslim vadesi gelen yapı veya bağımsız bölümlerin, arsa sahibine tamamlanmış ve bütün olarak teslim edilmemiş olmasıdır³²⁴. Yüklenici tarafından yapılacak teslim, sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümlerin tamamlanmasıyla birlikte arsa sahibinin fiili hâkimiyetine bırakılmasına ilişkindir³²⁵. Bu kapsamda yüklenicinin sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümleri tamamlamış olmasının yanında tamamlanan bu yapı veya bağımsız bölümleri, zamanında, gecikmesizin arsa sahibine teslim etmiş olması gerekmektedir. Nitekim yüklenicinin edimini ifa ettiğinin kabulü, tamamlanan yapı veya bağımsız bölümün ancak arsa sahibine teslim edilmesine bağlıdır³²⁶. Zira arsa sahibi de menfaatine, yapı veya bağımsız bölümün tamamlanmasıyla değil, bunların kendi kullanımına bırakılması anında kavuşacaktır³²⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüdü, çalışmamızın daha önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere muaccel hale gelmesine rağmen arsa sahibine ait olması kararlaştırılan yapı veya bağımsız bölümler ile ortak alanların tamamlanarak teslim edilmemiş durumunda gerçekleşir³²⁸. Bu kapsamda yüklenicinin, teslim borcunu tam olarak ifa ettiğinin kabul edilebilmesi için sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümlerin yine sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde, tamamlanmış olması gerekmektedir. Bununla birlikte yapı veya bağımsız bölümlerin tamamlanmasına karşılık ortak alanların tamamlanmamış olması halinde yüklenici,

³²⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 158; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 165; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 128; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 125; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 232.

³²⁵ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 23.

³²⁶ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 62; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 45.

³²⁷ Hasan ERMAN 2010, age. s. 72; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 83; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 23.

³²⁸ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 100; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 200; Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 69; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 46; Hasan ERMAN 2010, age. s. 73; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 158; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 144.

teslimin gerçekleştiğinden bahisle temerrütten kurtulamayacaktır³²⁹. Nitekim yüklenici, yapıyı, ruhsata ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlanmış olmalıdır³³⁰. Buna karşılık yapı veya bağımsız bölümün, tamamlanmadan arsa sahibine teslim edildiği durumlarda yüklenicinin, bu ifası, eksik ifa olarak kabul edilirken, eksik ifayı gerçekleştiren yüklenici, arsa sahibi, bu eksik ifayı kabul etmediği takdirde borcunu ifa etmiş sayılmayacaktır³³¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslim, sözleşme ile eklerine uygun olarak tamamlanan inşaatın, arsa sahibinin kullanımına sunulması ve buna ilişkin açık ya da örtülü bildirim arsa sahibine yapılması ile gerekleşecektir³³². Buna karşılık yüklenicinin yapmakla yükümlü olduğu tüm işlemleri yerine getirmesi halinde teslimin gerçekleşeceği kabul edildiğinde, taraflarca, sözleşmede, yapı veya bağımsız bölümlere ilişkin birtakım izinler gibi ek şartlara yer verilmesi ve bu izinlerin alınmamış olması halinde, teslim borcu ifa edilmemiş sayılacak ve yüklenici temerrüde düşecektir³³³. Öte yandan yüklenicinin, tamamlanan ve teslim edilen yapıdan yararlanma imkânına engel olan araç-gereç, malzeme vb. şeyleri yapıda bırakmış durumlar da yüklenici temerrüdüne yol açabilecektir³³⁴.

Son olarak yüklenici tarafından yapılan teslimin, sözleşmede kararlaştırılanın aksine, tamamlanmamış ve eksik nitelik arz etmesi halinde arsa sahibi, sözleşme gereklerine aykırı olarak yapılan bu eksik ifayı, kabul ile zorunlu tutulamayacaktır. Buna karşılık yapı veya bağımsız bölümde var olan eksikliğin, arsa sahibi yönünden katlanılabilir ölçüde, önemsiz boyutlarda olması ve arsa sahibinin bunları teslim almadan kaçınması, TMK uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir³³⁵.

³²⁹ Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 46.

³³⁰ İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 176.

³³¹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 117; Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 69; Hasan ERMAN 2010, age. s. 73 vd.; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 165; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 145 vd.; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 24 vd.

³³² Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 117; Serkan AYAN 2008, age. s. 52; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 71; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 65.

³³³ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 118; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 87; Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 62; Hasan ERMAN 2010, age. s. 67; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 473; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 170; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 27; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 27.

³³⁴ Hasan ERMAN 2010, age. s. 74; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 169; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 130; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 27; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 27.

³³⁵ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 24.

2.2.4 Yüklenici Temerrüdünü Haklı Kılan Nedenin Bulunmaması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici temerrüdü hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan şartlardan bir diğeri de yüklenicinin borcunu zamanında ifa etmemesinin, yani ifadaki gecikmesinin “objektif olarak borca aykırılık” teşkil etmesidir³³⁶. Bu kapsamda yüklenicinin, ifada gecikmesi, haklı gecikme niteliğinde olmamalıdır³³⁷. Yüklenicinin ifada gecikmesinin ve temerrüde düşmesinin geçici veya sürekli olarak haklı bir nedene dayanması halinde yüklenici temerrüdünden söz edilmeyecektir³³⁸. Nitekim, yüklenicinin ifada gecikmesine neden olan durumların, yüklenici yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmediği hallerde bu gecikme, haklı gecikme olarak kabul edilirken borca aykırılık durumunun varlığından da söz edilemeyecektir³³⁹.

Yapı veya bağımsız bölümün meydana getirilmesi veya teslimi, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulması sonrasında objektif olarak imkânsız hale gelmiş olabilir. Bu durumda, yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölüm teslimine ilişkin borcu ortadan kalkacaktır. İmkânsızlık sonucunda teslimi, vadesinde gerçekleştiremeyen yüklenicinin bu durumu, borca aykırılık teşkil etmeyeceğinden temerrüde de gündeme gelmeyecektir³⁴⁰. Yüklenicinin, temerrüt sorumluluğuna engel teşkil eden bir diğer durum da ifadan kaçınma hakkı tanıyan defilerin varlığı ve bu defilerin yüklenici tarafından ileri sürülmesidir³⁴¹. Bununla birlikte yapı veya bağımsız bölümlere ilişkin teslimin, arsa sahibine isnat edilebilen nedenler dolayısıyla gecikmesi halinde de bu gecikme haklı gecikme sayılacak ve yüklenici temerrüdü gerçekleşmeyecektir³⁴².

Yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölüm tesliminde yaşadığı gecikmenin hangi hallerde mazur görülebileceği bir başka ifade ile haklı gecikme olarak kabul edilebileceğine ilişkin özel bir düzenleme de Türk Borçlar Kanunu’nda yer almamaktadır. Buna karşılık yüklenicinin, borçlandığı edimin ifasını geciktirmiş olmasına karşılık temerrüde düşmeyeceğine dair ibareye TBK m. 473’te yer

³³⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 159.

³³⁷ Naz AYDIN 2020, agt. s. 65; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 89.

³³⁸ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 192 vd.; Emre GÖKYAYLA 2009, Eser Sözleşmesi, s. 198; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 132; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 232; Turgut UYGUR 1993, age. s. 286; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 76; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 31 vd.

³³⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 159.

³⁴⁰ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 65; Naz AYDIN 2020, agt. s. 65; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 89; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 159.

³⁴¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 159; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 89; Naz AYDIN 2020, agt. s. 65; Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 65.

³⁴² Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 130-131.

verilmiştir. TBK m. 473/1 hükmünün ters anlamından yola çıkıldığında, gecikme sebebinin, iş sahibine yüklenebilen bir nedenden kaynaklı olması halinde ise iş sahibine isnat edilen bu durumun, yüklenici yönünden haklı gecikme kabul edileceği bunun sonucunda da temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı sonucu çıkmaktadır³⁴³. Uygulamada çoğu zaman eserin tamamlanmasında yaşanan gecikmenin, eserin teslimine de etki edeceği ve teslimin gecikeceği dikkate alındığında eserin tamamlanmasına ilişkin ilgili özel hükümde yer alan “iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme” ibaresinin ters yorumlanması ile bunun teslimde yaşanan gecikme durumlarında da uygulanabileceğinin kabulü³⁴⁴ kanaatimizce de doğrudur. Nitekim eserin meydana getirilmesinde yaşanan gecikme ile eserin tesliminde yaşanan gecikmenin hangi hallerde haklı sayılacağına ilişkin kıstasların belirlenmesi yönünden de farklı esaslardan hareket etme hususunda geçerli bir dayanak da yoktur. Bu durumda ifanın imkânsızlığı ve yüklenicinin geçerli def’ilerinin yanı sıra ifada gecikmenin, yüklenici hâkimiyet alanından bağımsız olarak arsa sahibine yüklenebilen nedenlerden kaynaklanması durumlarında da ifada gecikmesi haklı görülecek ve temerrüt hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır³⁴⁵.

Yükleniciye karşı temerrüt hükümlerine başvurulmasına engel teşkil eden haklı gecikme durumu iki görünümde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki, gecikmenin, arsa sahibinin kendi kusurundan ya da davranışlarından sorumlu kişilerin kusurundan kaynaklı ortaya çıkmış olmasıdır. Bununla birlikte gecikme, arsa sahibi kusuru olmaksızın yine onun sorumluluk alanı kapsamında gerçekleşen bir olay sonucu da gerçekleşmiş olabilir³⁴⁶. Bu kapsamda gecikme nedeninin, hangi tarafın sorumluluk alanı kapsamında doğduğu konusu, temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulması yönünden önem taşımaktadır. Gecikmeye neden olan olayın yüklenici sorumluluk alanından doğması halinde temerrüt durumunun gerçekleştiği kabul edilecekken³⁴⁷, gecikme nedeni olayın, arsa sahibi sorumluluk alanından

³⁴³ Serkan AYAN 2008, age. s. 112-113; Efrail AYDEMİR (2009), *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 380; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 88; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 313; Hasan ERMAN 2010, age. s. 71; Muaz ERGEZEN (2007), *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 60; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 160; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 53; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 132-133; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 81; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 52.

³⁴⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 161.

³⁴⁵ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 66; Naz AYDIN 2020, agt. s. 65; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 89; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 159.

³⁴⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 162.

³⁴⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 160.

kaynaklanması halinde söz konusu gecikme, objektif olarak borca aykırılık teşkil etmediğinden yüklenici yönünden bir haklı gecikme sayılacak ve temerrüt hükümleri uygulanamayacaktır³⁴⁸. Bu kapsamda yüklenicinin ifada gecikmesine neden olan olayın, arsa sahibinin sorumluluk alanından kaynaklı olması halinde TBK m. 472/3 ile yükleniciye bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, yüklenici, meydana getirme ve teslim ifasında gecikmeye yol açacak durumu, arsa sahibine, bildirmedikçe temerrütten sorumlu olacaktır³⁴⁹.

2.2.4.1 Yüklenicinin İfa Etmemeye İlişkin Defi Hakkına Sahip Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin, ifadan geçici ya da sürekli olarak kaçınma imkânı veren defi hakkına sahip olması, objektif borca aykırılık durumunun ortaya çıkmasına engel teşkil etmektedir³⁵⁰. Bu kapsamda yüklenici tarafından ileri sürülebilecek bu defiler; ödemezlik defi, zamanaşımı defi ve aciz defi'dir. Yüklenicinin bu defileri ileri sürmesi durumunda yapı veya bağımsız bölümleri teslim borcunun muaccel hale gelmesi, geçici veya sürekli olarak askıya alınırken, yüklenici temerrütünden bahsedilemeyecektir³⁵¹.

TBK m. 479/1'de yer alan düzenlenmeye göre taraflar aksi kararlaştırılmamış ise aynı anda ifa ile yükümlüdürler. Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, aynı anda ifa kuralı gözetilerek kurulduğu durumlarda, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça yüklenici, yapı veya bağımsız bölümleri teslim hazır bulundurmadıkça arsa sahibinin bedel ödememesi öne sürerek ödemezlik defiinde bulunamayacak ve teslimden kaçınamayacaktır³⁵². Bununla birlikte taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin, pay devrini, yapının tesliminden önceki bir zaman diliminde kısım kısım ya da tek seferde

³⁴⁸ İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 314; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 163; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 132 vd.; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 60; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 29.

³⁴⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 121.

³⁵⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 175.

³⁵¹ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 65; Naz AYDIN 2020, agt. s. 65; Şirin AYDINCIK (2013), *Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 197; Nami BARLAS (2008), *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 26; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 103; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 202; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 113; Gökhan DİRİCAN (2007), *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 47; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 102; Emre GÖKYAYLA 2009, Eser Sözleşmesi, s. 198; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 32; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 175; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 160; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 70; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 171; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 132; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 115; Turgut UYGUR 1993, age. s. 286; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 232; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 178; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 31.

³⁵² M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 171; Hasan ERMAN 2010, age. s. 57.

gerçekleştireceği yönünde kurulmuş olabilir³⁵³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu şekilde akdedildiği durumlarda arsa sahibinin, pay devrini yapmamakta ısrar etmesi yahut sözleşmede kararlaştırılan ödemeleri yükleniciye zamanında yapmaktan kaçınması halinde yüklenici de TBK m. 97'de yer alan ödemezlik def'ine dayanarak yapı veya bağımsız bölüm inşasına devam etmeyi durdurabileceği gibi, teslimden de kaçınabilecektir³⁵⁴. Bu kapsamda yüklenicinin ödemezlik def'ileri sürerek ifadan kaçındığı hallerde ortaya çıkan gecikme haklı nedene dayanacağından bu durum onun temerrüdüne yol açmayacaktır³⁵⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasının ardından arsa sahibinin acze düşmesi halinde alacağı tehlikeye düşen yüklenici, TBK m. 98/1 gereğince bedelin ödeneceğine ilişkin olarak teminat kendisine gösterilene kadar ifadan kaçınabilecek, sürecin durumuna göre yapı veya bağımsız bölümü meydana getirmeyi duraklatabilecek ya da tamamlanmış yapı veya bağımsız bölümü teslim de kaçınabilecektir³⁵⁶. Bu kapsamda alacak hakkı objektif olarak tehlikeye düşen yüklenicinin, bu şekilde aciz def'inde bulunması temerrüde yol açmamakla birlikte³⁵⁷ yüklenici, def'ine ilişkin bu fiillerini, arsa sahibi tarafından güvence sunulana kadar devam ettirebilecektir³⁵⁸.

Son olarak yüklenici, yapı veya bağımsız bölüm teslim borcunun zamanaşımına uğraması halinde, zamanaşımı def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabilecek ve temerrüde düşmeyecektir³⁵⁹. Nitekim zamanaşımına uğramış borcun eksik borca dönüşeceği ve eksik borçların ifa edilme zorunluluğu olmadığı dikkate alındığında ortada muaccel borç bulunmamakla birlikte yüklenici temerrüdü de gerçekleşmeyecektir³⁶⁰. Yüklenicinin zamanaşımı def'i mutlak nitelik taşımakta olup bu def'i onun kesin ve zamansız olarak temerrüde düşmesine engel olacaktır³⁶¹.

³⁵³ Hasan ERMAN 2010, age. s. 57; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 176; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 171.

³⁵⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 119; Hasan ERMAN 2010, age. s. 57.

³⁵⁵ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 122 vd.; Serkan AYAN 2008, age. s. 120; Hasan ERMAN 2010, age. s. 57; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 103; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 176; Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 160 vd.; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 171 vd.; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 132; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 178 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 76; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 29 vd.

³⁵⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 178.

³⁵⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 179.

³⁵⁸ Naz AYDIN 2020, agt. s. 62; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 92.

³⁵⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 180.

³⁶⁰ Tunay KÖKSAL ve Müjde MÜMİNOĞLU GÜNERİ 2019, age. s. 250.

³⁶¹ Naz AYDIN 2020, agt. s. 63; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 92; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 180.

2.2.4.2 Arsa Sahibinin Temerrüde Düşmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, temerrüde düşmesine engel, objektif borca aykırılık teşkil etmeyen bir başka durum ise, arsa sahibinin, alacaklı temerrüdüne düşmesidir. Bu kapsamda haklı bir neden olmaksızın yüklenici tarafından gereği gibi ifa edilen yapı veya bağımsız bölümü kabul etmeyen, kabulde geciken yahut yapı veya bağımsız bölümün meydana getirilmesi için yapması gereken kendi faaliyet alanında olan fiillerini yerine getirmeyen arsa sahibi, alacaklı temerrüdüne ilişkin TBK m. 106 gereği temerrüde düşecektir³⁶².

İlgili genel hükmün uygulanmasına arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden bakıldığında, arsa sahibinin, kendi fiili hâkimiyeti kapsamında sayılan ve yüklenicinin, meydana getirme ve teslim borcunun ifasının gerçekleşmesi yönünden doğrudan önem arz eden bu fiillerini gerçekleştirmemesi halinde yüklenici temerrüdü değil, alacaklı temerrüdünden söz edilebilecektir³⁶³. Bu kapsamda arsa sahibinin, kendi faaliyet alanındaki bu fiilleri yerine getirmemiş olması nedeniyle alacaklı temerrüdüne düşmüş olması sırasında kusurlu olması da aranmayacaktır³⁶⁴. Buna karşılık arsa sahibinin alacaklı temerrüdünden bahsedilebilmesi için, bu fiillerin yerine getirilmemesinin, aynı zamanda objektif haklı bir nedene de dayanmıyor olması gerekmektedir³⁶⁵. Bununla birlikte arsa sahibinin, ifayı kabulden veya hazırlık fiillerinden kaçınmasının, yükleniciye isnat edilen nedenlerden kaynaklı olması, bu kaçınmayı haklı kılacak ve arsa sahibinin temerrüdünden bahsedilemeyecektir³⁶⁶.

Alacaklı temerrüdünün, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde görünümü üç şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki, yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilen yapı veya bağımsız bölümlerin, arsa sahibi tarafından teslim alınmaması durumu olarak ortaya çıkmaktadır³⁶⁷. Bu kapsamda

³⁶² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 180.

³⁶³ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 115; İsa ENLİ 2017, age. s. 56; Bilal KARTAL 1993, age. s. 106 vd.; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 180; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 172 vd.; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 232; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 67; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 30.

³⁶⁴ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 970, 973; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 283; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 841.

³⁶⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 180.

³⁶⁶ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 970, 973; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 180; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 283

³⁶⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 182.

arsa sahibinin alacaklı temerrüdü, teslim almaktan kaçınmanın, objektif haklı bir nedene dayanmaması halinde söz olacaktır³⁶⁸.

Arsa sahibi, kendi fiili hâkimiyetinde bulunan ve yüklenicinin yapıyı meydana getirme aşamasına geçebilmesi için gerekli büyük önem arz eden hazırlık faaliyetlerini, haklı bir neden olmaksızın yapmaması ya da geç yapması halinde de temerrüde düşebilir³⁶⁹. Arsa sahibinin, yapının inşa edileceği arsayı, inşaya elverişli şekilde temin etmemesi, inşada kullanılacak malzeme veya araç gereci kendisinin sağlamayı taahhüt ettiği durumlarda bunları temin etmemesi, inşaatın yapılması için gerekli plan ve projelerin yükleniciye teslim etmemesi yahut işin yapılmasına başlanması, devam edilmesi veya tesliminin, inşaat ruhsatı-kullanma izni gibi hukuki bir işleme bağlı olduğu durumlarda, bu hukuki işlemleri yerine getirmemesi halinde temerrüde düşecektir³⁷⁰. Bu kapsamda arsa sahibi, kendi hakimiyet alanındaki bu hazırlık fiillerini, kendi hakimiyet alanında kaldığı sürece, kusursuz olarak da olsa yerine getirmediği takdirde, temerrüde düşmüş sayılacak ve alacaklı temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁷¹.

2.2.4.3 İş Değişikliğinin Meydana Gelmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş değişikliği, taraflarca, sözleşme başlangıcında kararlaştırılan, yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölüm meydana getirme borcunun içeriğinin ve kapsamının, daha sonradan tek taraflı ya da iki taraflı hukuki işlemle değiştirmesi halinde ortaya çıkmaktadır³⁷². Bu kapsamda iş değişikliği, yüklenicinin, sözleşmeyle başlangıçta kararlaştırılan ilk durumdan farklı olarak fazla ya da eksik iş yapması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi yapı veya bağımsız bölümün, kararlaştırılandan farklı bir tarzda meydana getirilmesine ilişkin de gerçekleşebilir³⁷³. Tarafların, yükleniciye daha sonradan ek iş niteliğinde bir işin verilmesi ya da mevcut işin mahiyeti değiştirmesi şeklinde bir iş değişikliğine

³⁶⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 114; Hasan ERMAN 2010, age. s. 65; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 172.

³⁶⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 182; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 172.

³⁷⁰ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 205; Hasan ERMAN 2010, age. s. 53; Bilal KARTAL 1993, age. s. 106; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 173; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 133; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 81; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 77.

³⁷¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 184.

³⁷² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 187.

³⁷³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 187.

gitmesi ve bunun sonucunda yüklenicinin teslim borcunda gecikmesi halinde yüklenici temerrüdü hükümleri uygulanamayacaktır³⁷⁴.

İş değişikliği, taraflardan birine, sözleşmede tek taraflı olarak yetki verilmiş olması yahut tarafların aralarında anlaşmış olmaları halinde söz konusu olabilecektir³⁷⁵. Buna karşılık iş değişikliği hakkının tanınmadığı, ya da arsa sahibi tarafından yasaklandığı halde yüklenici, yine işin niteliği de zorunlu kılmadığı durumda iş değişikliğine gitmiş ve yapı veya bağımsız bölümün tesliminde gecikmiş olabilir. Böyle bir durumda arsa sahibi, iş değişikliğine onay vermediği takdirde yüklenicinin, gecikmeye, kendisinin sebep olduğu kabul edilirken bu gecikme de haklı bir gecikme sayılmayacak diğer şartların varlığıyla birlikte temerrüde düşmüş kabul edilecektir³⁷⁶.

Taraflar, aralarındaki sözleşmede kararlaştırılmamış olmasına rağmen bazı sebeplerin varlığı halinde zorunlu olarak iş değişikliğine gidebilir. Bu kapsamda iş değişikliği nedeniyle ortaya çıkacak gecikmenin, haklı bir gecikme olup olmadığı, iş değişikliğine neden olan bu zorunlu sebebin, arsa sahibi ya da yüklenicinin sorumluluk alanı kapsamında doğup doğmadığına göre tespit edilecektir. İş değişikliğine neden olan zorunlu durumun, arsa sahibinin risk alanından kaynaklanması halinde ortaya çıkan gecikme, yüklenici yönünden haklı bir gecikme sayılacak ve yapı veya bağımsız bölümün teslimine ilişkin ilgili vadeler ötelenecektir³⁷⁷. İş değişikliğine neden olan zorunlu durumun, yüklenicinin risk alanından kaynaklanması halinde ise ortaya çıkan gecikme haklı bir gecikme sayılmayacakken bu geciken yüklenicinin temerrüdü söz konusu olacaktır³⁷⁸.

2.2.4.4 Taraflar Arasında Erteleme Anlaşmasının Varlığı

Yüklenicinin teslim borcunun muacceliyet zamanı, taraflarca sözleşmenin başlangıcında kararlaştırılmış olabileceği gibi taraflar, teslim borcunun muaccel olacağı tarihi, sözleşme kurulduktan sonra da belirleyebilme hakkına sahiptir. Bununla birlikte taraflar, belirlenen muacceliyet tarihinde daha sonradan değişiklik yapabilme imkânına sahiptirler³⁷⁹. Yine taraflar, teslim borcu, çoktan muaccel hale

³⁷⁴ Zekeriya KURŞAT 2017, age. s. 166; Müge ÜREM 2017, age. s. 111.

³⁷⁵ Serkan AYAN 2008, age. s. 123; Müge ÜREM 2017, age. s. 109; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 83.

³⁷⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 124; Emre GÖKYAYLA 2009, Eser Sözleşmesi, s. 324; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 187 vd.

³⁷⁷ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 95; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 187.

³⁷⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 95; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 192.

³⁷⁹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 96.

gelmiş olsa bile, yeni bir muacceliyet tarihi belirleyebilir. Bu kapsamda teslim borcunun muaccel olması sonrasında yapılan bu değişiklikler, borcun zamanaşımı sürelerini de durdurur niteliktedir³⁸⁰. Bu durumda taraflar arasında teslim borcunun ertelenmesine ilişkin bir anlaşmanın bulunması halinde temerrüt hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır³⁸¹.

2.2.5 Arsa Sahibinin İhtar Çekmesi

2.2.5.1 Genel Olarak

TBK m. 117/1 gereğince, borçlunun, alacaklı tarafından yapılacak ihtar ile temerrüde düşeceği düzenlenmiştir³⁸². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, ifası muaccel olan yapı veya bağımsız bölüm teslimini zamanında gerçekleştirmeyen yüklenici, arsa sahibinin, temerrüt ihtar ile temerrüde düşecektir³⁸³. Bu kapsamda teslim vadesi gelen yapı veya bağımsız bölümün, yüklenici tarafından teslim edilmemiş olması tek başına, yüklenici temerrüdü için yeterli olmayıp yüklenicinin ifasındaki bu gecikme, arsa sahibinin temerrüt ihtar ile hukuki olarak nitelikli hale getirilmiş olmalıdır³⁸⁴.

Bir hukuki işlem benzeri niteliğinde olan ihtar, alacaklı tarafından borçluya yapılan ve borçludan edimin ifasının talep edildiği, tek taraflı bir irade beyanı olarak ortaya çıkmaktadır³⁸⁵. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ihtar, teslim borcunu ifada geciken yükleniciye, bu gecikmeyi hatırlatan, onu uyaran, ifa konusu teslimi talep eden, arsa sahibinin, tek taraflı irade beyanı olarak ortaya çıkmaktadır³⁸⁶. Bir başka ifade ile yükleniciyi temerrüde düşürmeye yarayan ihtar, arsa sahibinin, yükleniciden yapı veya bağımsız bölümün tamamlanmış halini talep ettiği, açık beyanıdır³⁸⁷.

³⁸⁰ Halil AKKANAT 2000, İfade Gecikme, s. 11; Mahmut KİZİR 2012, age. s. 107; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 181.

³⁸¹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 96.

³⁸² Hasan ERMAN 2010, age. s. 74.

³⁸³ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 75; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 83; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 53; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 201; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 173; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 23.

³⁸⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 202.

³⁸⁵ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 396; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1116; Ali Naim İNAN ve Özge YÜCEL 2014, age. s. 618; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 876; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 202; Turgut ÖNEN (1975), *Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, s. 41; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 133.

³⁸⁶ M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 133; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 70; Turgut UYGUR 1993, age. s. 638.

³⁸⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 202.

Yüklenici temerrüdünün şekli şartı olan ihtar, bizzat arsa sahibi tarafından yapılabileceği gibi onun tarafından yetkilendirilmiş kişilerce de yapılabilir³⁸⁸. Arsa sahibi, yükleniciyi temerrüde düşürmek için yapacağı ihtarda, ifa konusu yapı ve bağımsız bölümlerin, kendisine tamamlanmış haliyle teslim edilmesini talep ettiğini açık olarak yükleniciye ifade etmelidir. Bir başka ifade ile arsa sahibi tarafından yapılan ihtardan, yapı veya bağımsız bölümlerin tesliminin talep edildiği ve bunların ifa zamanının geldiği anlaşılması gerekmektedir³⁸⁹. Buna karşılık teslimine ilişkin talebin açık şekilde anlaşılmadığı, sadece teslim tarihine ilişkin hatırlatmaya ilişkin ibareyi içeren ihtar, temerrüt yönünden yeterli kabul edilmemektedir³⁹⁰. Bununla birlikte arsa sahibi tarafından yapılacak ihtarda, ihtar sözcüğüne yer verilmesi zorunlu olmadığı gibi yüklenicinin, teslim borcunu ifa etmemesi halinde temerrüde düşeceğine ve bunun hukuksal sonuçlarından sorumlu olacağına ilişkin uyarılara yer verilmesi de aranmamaktadır³⁹¹.

İhtarın geçerlilik ve şekil şartı, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, sözleşme taraflarının tacir olmadığı durumlarda temerrüt ihtar, kanunen geçerlilik ve ispat şekline tabi olmamakla birlikte yazılı, sözlü açık ya da zımnî yapılabilecektir³⁹². Buna karşılık taraflar, ihtarın ne şekilde yapılacağına ilişkin bir geçerlilik şeklini belirlemiş olabilir. Bu durumda ihtar, taraflarca belirlenen şekilde yapılmalıyken³⁹³ aksi şekilde yapılan ihtar, yükleniciyi, temerrüde düşürmeyecektir³⁹⁴. Bununla birlikte taraflarının tacir olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin temerrüt ihtar, TTK m. 18/3 gereğince güvenli elektronik posta sistemiyle, telgrafla, noter aracılığıyla ya da taahhütlü mektupla yapılacaktır³⁹⁵.

³⁸⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 83; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 203.

³⁸⁹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 83; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 203; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 78.

³⁹⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 203.

³⁹¹ Naz AYDIN 2020, agt. s. 66; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 203; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 78.

³⁹² Halil AKKANAT 2000, İfade Gecikme s. 26-27; Serkan AYAN 2008, age. s. 161; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1118; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 230; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 876; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 389; Turgut ÖNEN 1975, age. s. 43; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 133.

³⁹³ İsa ENLİ 2017, age. s. 100; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 876.

³⁹⁴ M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 133.

³⁹⁵ Zeynep Sümeyra BAŞARAN (2017), "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, s. 1326; Ali Naim İNAN ve Özge YÜCEL 2014, age. s. 619; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 876; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 391.

İhtarın yapılacağı zamana ilişkin olarak yine Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık arsa sahibi, ihtar zamanını, serbestçe tayin edebilir. Bununla birlikte, arsa sahibi tarafından yapılacak ihtar, dürüstlük kuralı çerçevesinde uygun yer ve zamanda yapılmalıdır. Buna karşılık aksi şekilde yapılan ihtar, hükümsüz sayılmamakla birlikte dürüstlük kuralına uygun olarak yapılabileceği an itibariyle hüküm ifade edecektir³⁹⁶.

Arsa sahibinin, temerrüt ihtar, yükleniciye ulaştığı andan itibaren etkisini göstermeye başlayacak³⁹⁷ bir başka ifade ile yüklenici temerrüdü, ihtarın hüküm doğurduğu anda gerçekleşecektir³⁹⁸. Bununla birlikte arsa sahibi, ihtarında, ifa zamanı gelmiş yapı tesliminin hemen gerçekleştirilmesini ya da belli bir süre zarfında gerçekleştirilmesini belirtmiş olabilir³⁹⁹. Arsa sahibinin, temerrüt ihtarında yükleniciye teslimin gerçekleştirilmesine ilişkin süre tanıdığı durumlarda süreli ihtarın varlığı söz konusu iken, ihtarın hüküm ve sonuçlarını doğurması da bu süre sonunda gerçekleşecek⁴⁰⁰ yüklenici ise bu sürenin bitimi ile temerrüde düşecektir⁴⁰¹. Buna karşılık arsa sahibi, temerrüt ihtarında, yapı veya bağımsız bölümün tesliminin derhal yapılmasını da talep etmiş olabilir. Bu kapsamda temerrüt ihtar, yüklenici veya onun temsilcisinin hâkimiyet alanına girmesiyle⁴⁰² bir başka ifade ile tebliğ edilmesi halinde hüküm ve sonuçlarını doğuracak olup⁴⁰³ arsa sahibinin ihtarına karşılık teslim borcunu derhal yerine getirmeyen yüklenici ise temerrüde düşecektir⁴⁰⁴.

Tüm bunlarla birlikte, arsa sahibi, ifa zamanı gelen yapı veya bağımsız bölümün kendisine teslim edilmesine ilişkin olarak yükleniciye karşı eda davası⁴⁰⁵ açmış ya da ya da icra takibi⁴⁰⁶ başlatmış olabilir. Bu durumda, açılan davadan veya başlatılan icra takibinden, teslimin talep edildiği veya ifa zamanının geldiği, özel bir araştırma yapmaksızın yüklenici tarafından anlaşıldığı durumda açılan dava ve

³⁹⁶ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1117; Ali Naim İNAN ve Özge YÜCEL 2014, age. s. 620; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 876; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 151.

³⁹⁷ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1117; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 877.

³⁹⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 204.

³⁹⁹ Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 26; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 204.

⁴⁰⁰ İsa ENLİ 2017, age. s. 101; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 204.

⁴⁰¹ Naz AYDIN 2020, agt. s. 67; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 8; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 460; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 204.

⁴⁰² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 205; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 84.

⁴⁰³ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1118.

⁴⁰⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 205.

⁴⁰⁵ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 65; Naz AYDIN 2020, agt. s. 67; Nezih SÜTÇÜ 2010, age. s. 989.

⁴⁰⁶ Naz AYDIN 2020, agt. s. 67.

başlatılan icra takibinin, ihtar niteliği taşıyacağı kabul edilmiştir⁴⁰⁷. Buna karşılık arsa sahibinin, yükleniciye karşı tespit davası veya eda davası açması, def'i yoluna başvurması, aynen ifadan vazgeçerek tazminat talebi ileri sürmesi veya delil tespiti talebinde bulunması, ihtar niteliği taşımamakla birlikte bunların yükleniciye yöneltilmesi de yüklenicinin temerrüdüne yol açmayacaktır⁴⁰⁸.

Son olarak arsa sahibi tarafından yükleniciye yapılacak temerrüt ihtarına konu olan teslim borcunun, muaccel olup olmaması gerektiği konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre ihtarın yapılabilmesi için TBK m. 117/1'de yer alan "muaccel borcun borçlusu" ifadesinden yola çıkılarak borcun muaccel olması gerektiği kabul edilirken⁴⁰⁹, baskın ve katıldığımız diğer görüşe göre ise borcun, muaccel olacağı tarih itibari ile hüküm ve sonuç doğuracağı dikkate alındığında ihtar, yapı veya bağımsız bölüm teslim borcu muaccel olmadığı takdirde de yapılabilecektir⁴¹⁰.

2.2.5.2 İhtarın Aranmayacağı Haller

Yüklenici temerrüdünün, arsa sahibi ihtar ile gerçekleşeceğine ilişkin TBK m. 117/1 emredici kural olmamakla birlikte taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde, yapı veya bağımsız bölümlerin teslim borcunu ifa etmeyen yüklenicinin, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceğinin kararlaştırmış olabilir⁴¹¹. Bununla birlikte bazı istisna durumlarda da⁴¹² arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümlerin kendisine teslim edilmesine ilişkin iradesini ortaya koyduğu takdirde yüklenici, ihtar olmaksızın temerrüde düşebilecektir⁴¹³.

⁴⁰⁷ Eren'e göre; "Alacaklının tespit davası, onun ediminin ifasının talebine ilişkin olmadığından, yükleniciye açılan tespit davası, ihtarın varlığını teşkil etmez."; Borçlar Genel, s. 1051; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 26; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 298; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 173.

⁴⁰⁸ Nezih SÜTÇÜ 2010, age. s. 986.

⁴⁰⁹ Halil AKKANAT 2000, İfada Gecikme, s. 25; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 78.

⁴¹⁰ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 191; Nezih SÜTÇÜ 2010, age. s. 989; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 32.

⁴¹¹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 85; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 206.

⁴¹² Serkan AYAN 2008, age. s. 162 vd.; Halil AKKANAT 2000, İfada Gecikme, s. 33 vd.; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 102 vd.; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 80; Gökhan DİRİCAN 2007, age. s. 43; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 103; Tamer İNAL 2014, age. s. 431; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 463; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 1231; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 176; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 151; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 174; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 70 vd.; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 176 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 80; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 33 vd.

⁴¹³ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 85; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 206.

TBK m. 117/2 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden de kıyasen uygulanabilirliği dikkate alındığında, yüklenicinin teslim borcunun ifasına ilişkin vade tarihinin, taraflarca belirlendiği yahut taraflardan birine tanınan hak doğrultusunda belirlenebilecek olması halinde yüklenici, bu vadeli borç yönünden, vade tarihinin geçmesi ile birlikte ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecektir⁴¹⁴. Taraflarca kararlaştırılan ya da taraflardan birine kararlaştırması hususunda yetki tanınan, “borcun ifa edileceği gün” ile kastedilen belirli vade olup⁴¹⁵ yüklenici, bu belirli vade tarihinde hala teslim borcunu ifa etmemiş ise ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecektir⁴¹⁶. Nitekim sözleşmede bu şekilde bir belirli vadenin bulunması durumunda yüklenici, arsa sahibinin teslim borcunu ifasını ne zaman istediğini açıkça bilmektedir⁴¹⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde var olan belirli vade, yapı veya bağımsız bölümün, belirli bir tarihte teslim edileceği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte bu tarih, taraflarca, bir takvim günü şeklinde kararlaştırılabileceği gibi sözleşme tarihinden itibaren inşaatın bir yıl içinde bitirileceği şeklinde, sözleşme hükümleri çerçevesinde, hesaplanabilen, kesin tarih olarak da belirlenmiş olabilir⁴¹⁸. Bu takdirde taraflarca, sözleşmede bu şekilde belirli vadeye yer verilmiş olması halinde, ilgili tarih ya da süre sonunda borcunu ifa etmeyen yüklenici, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecektir⁴¹⁹. Bununla birlikte taraflar arasındaki sözleşmede yüklenicinin teslim tarihine işaret eden belirli vadeyi belirleme hakkı, yetki ile kendisine bırakılan tarafın, muacceliyet ihbarıyla belirli vadeyi karşı tarafa bildirmiş olduğu durumlarda, tayin edilen bu tarihte borcunu ifa etmeyen yüklenici, başkaca bir ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir⁴²⁰. Yine taraflar, bağımsız bölümlerin teslim zamanının işlemeye başlayacağı tarihi, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkacak ve hangi zaman diliminde gerçekleşeceği sözleşmenin kurulma anında

⁴¹⁴ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 396; Serkan AYAN 2008, age. s. 162; Vedat BUZ 1998, Dönme, s.102; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 191; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 62; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1119; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 103; Hasan ERMAN 2010, age. s. 68; Ali Naim İNAN ve Özge YÜCEL 2014, age. s. 622; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 877; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 176; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 134; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 174; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 172; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 80 vd.; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 33.

⁴¹⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 206; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 235.

⁴¹⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 206; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 133; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 33.

⁴¹⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 207.

⁴¹⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 86; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 207.

⁴¹⁹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 86; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 207.

⁴²⁰ M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 174; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 134.

belli olmayan bir olayın gerçekleşmesi şeklinde belirlemiş olabilir⁴²¹. Bu durumda teslim süresinin işlemeye başlayacağı vade tarihi, açık olmamakla birlikte taraflar, yapı veya bağımsız bölüm tesliminin, muaccel olacağı tarihe ilişkin olarak belirleme yapmıştır. Taraflarca yapılan bu belirlemenin, “belirli vade” niteliğinde sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışma konusudur⁴²². Bu kapsamda yapı veya bağımsız bölümlerin teslim zamanı, “inşaat ruhsatı alınmasından itibaren” veya “malzeme tesliminin yükleniciye yapılmasından itibaren altı ay içinde” şeklinde belirlenmiş olabilir. Taraflarca sözleşmede bu yönde yer verilmiş bu belirlemenin varlığı, “belirli vade” olarak nitelendirilebilecek midir? Doktrinde yer alan bir görüşe göre; yapı veya bağımsız bölüm teslim süresinin işlemeye başlayacağı başlangıç tarihinin, sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşecek inşaat ruhsatı alınması, malzeme veya arsa teslimi gibi belirli olaylara bağladığı durumlarda teslim süresinin işlemeye başlayacağı tarih, başlangıçta belirli olmasa da sonradan belirli hale gelmektedir. Nitekim teslimin zamanının işlemeye başlayacağı tarih, inşaat ruhsatının alınması yahut malzemenin temin edilmesi ile birlikte açıkça tespit edilebilir hale gelecek ve sözleşmede belirli vadenin varlığından söz edilebilecektir⁴²³. Bu durumda tarafların, inşaatın teslimini, ruhsatın alınması ya da malzemelerin yükleniciye tesliminden itibaren altı ay içinde durumlarının gerçekleşmesine bağladığı bu durumlarda, teslim vadesi, ruhsat alımı ya da malzeme temini tarihinden altı ay geçmesi ile belirlenebilir olduğundan belirli vadenin varlığı kabul edilecektir⁴²⁴. Aksi yöndeki baskın görüşe göre ise sözleşmede bu yönde yer alan belirlemenin varlığı halinde yüklenicinin, teslim borcunu ifa edeceği tarihi bilmediği ve teslim tarihinin sözleşme esnasında belirli olmadığı dikkate alındığında, belirli vadenin varlığından söz edilemeyecektir⁴²⁵. Bu kapsamda tarafların, teslim zamanı yönünden sözleşmede ruhsat alım zamanı ya da malzeme teslim zamanı şeklindeki belirlemeleri, teslim vadesi anlamına gelmemektedir. Kanaatimizce de temerrüdün yüklenici açısından doğuracağı ağır sonuçlar dikkate alındığında, yapı veya bağımsız bölüm teslim vadesinin başlangıç tarihinin, kesin ve net olarak belirlenemediği bu durumların belirli vade olarak nitelendirilmesi ve arsa sahibinin ihtarı olmaksızın temerrüdün gerçekleşeceğinin kabulü yerinde değildir. Nitekim yapı veya bağımsız bölüm inşası

⁴²¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 208.

⁴²² Serkan AYAN 2008, age. s. 164; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 208; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 10.

⁴²³ Serkan AYAN 2008, age. s. 164; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 175.

⁴²⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 164-165; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 208.

⁴²⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 208; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 134.

ve bunların teslimi borcu ile yükümlü olan yüklenici, borcunu ifa etmesi gereken zamanı, sözleşmenin kurulması anında kesin olarak bilmediği gibi arsa sahibinin son uyarı mahiyetindeki ihtarı olmaksızın temerrüde düşecek olması da hakkaniyetsiz sonuçlar doğurabilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflarca sözleşmenin kurulma anında kararlaştırılan belirli vade, yüklenici veya arsa sahibinin hakimiyet alanından kaynaklı olaylar ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkan gecikmeler dolayısıyla daha sonradan belirsiz hale gelmiş olabilir⁴²⁶. Teslim vadesinin, kendiliğinden uzamasına neden olan bu gibi durumlarda ortaya çıkan yeni teslim vadesi, belirli vade sayılmayacağı bununla birlikte yüklenicinin ise arsa sahibi tarafından yapılacak ihtar ile temerrüde düşeceği kabul edilmektedir⁴²⁷.

Tarafların, sözleşmede belirli vadeyi kararlaştırmış olduğu durumlarda yüklenicinin, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceğine ilişkin TBK m. 117/2 hükmünün, kesin vade içeren sözleşmeler yönünden de evleviyetle uygulanacağı⁴²⁸ kabul edilmektedir. Bu kapsamda sözleşmede kararlaştırılan kesin vade ya da kesin olarak tayin edilen süre sonunda yüklenici, teslim borcunu ifa etmemiş ise arsa sahibinin ihtarına gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir⁴²⁹.

Arsa sahibi tarafından yapılacak ihtarın, hiçbir amaca hizmet etmeyeceğinin yüklenicinin hal ve vaziyetinden açıkça anlaşıldığı, bir başka ifade ile ihtarın faydasız kaldığı durumlarda ihtarın, yapılmasına gerek yoktur⁴³⁰. Bu kapsamda, yüklenicinin, inşaat alanını kesin olarak terk etmesi⁴³¹, yükleniciden haber alınmaması ya da yüklenicinin, yapıyı tamamladığı halde bağımsız bölümleri teslim etmeyeceğini kesin olarak bildirmesi⁴³² durumlarında arsa sahibinin ihtarına gerek olmaksızın yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılacaktır⁴³³.

⁴²⁶ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 87; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 209.

⁴²⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 209.

⁴²⁸ İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 167.

⁴²⁹ Yargıtay 15. H.D 12.3.1992 T., 1991/4239 E. ve 1992/1246 K. sayılı kararında; “*Taahhütnamede işin teslimi gereken tarih (31.5.1988) olarak kesin vadeye bağlanmış olup bizatihi bu tarihin geçmesiyle BK.nun 107. maddesi uyarınca davalının temerrüdü oluşmuştur. Artık bundan sonra davalıya ayrıca bir uyarı çekmeye lüzum ve zaruret bulunmamaktadır...*” ifadesi yer almaktadır. karar için bkz: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-1991-4239-k-1992-1246-t-12-03-1992>. (ET. 28.06.2021); Şirin AYDINCIK 2013, age. s. 193; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1114; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 30; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 300.

⁴³⁰ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 396; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1136 - 1137; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 212; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 236.

⁴³¹ Hasan ERMAN 2010, age. s. 68-69; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 134.

⁴³² Serkan AYAN 2008, age. s. 167; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1136; Hasan ERMAN 2010, age. s. 68-69; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 40; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s.

Arsa sahibinin ihtar, bazı durumlarda yüklenici tarafından kasten engellenmiş olabilir. Bu kapsamda temerrüde düşmemek adına ihtarın kendisine ulaşmasına engel teşkil edecek faaliyetlerde bulunan yüklenici, TBK m. 175/1 gereğince ihtar gerekmeksizin temerrüde düşmüş sayılacaktır⁴³⁴.

Son olarak teslim borcunun ifa zamanının, sadece yüklenici tarafından bilindiği durumlarda yüklenici, arsa sahibinin ihtar olmaksızın temerrüde düşecektir. Nitekim özel durum ve şahsi kabiliyeti gereği ifa zamanını sadece kendisi bilen ya da bilmesi mümkün olan yükleniciye yapılacak ihtar gereksizdir⁴³⁵.

2.3 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN KAPSAMI

2.3.1 Yüklenicinin Kısmi Temerrüdü

Bölünebilir nitelikteki bir borcun, bir kısmının ifa edilmesiyle birlikte yalnız ifası geciktirilen kısımlar yönünden borçlu kısmi temerrüde düşebilir⁴³⁶. Bu kapsamda kısmi temerrüdün varlığından söz edebilmek için öncelikle bölünebilir nitelikte bir borç ve bu borcun kısmi ifası gerekmektedir⁴³⁷.

Borcun bölünebilirliği ve kısmi ifa durumlarına, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden bakıldığında yapı veya bağımsız bölüm inşası ve teslimi borcu, kural olarak bölünebilir nitelikte bir borç olmamakla beraber kısmi ifaya elverişli değildir⁴³⁸. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, ani edimli sözleşmeler kapsamında kabul edilmesi halinde arsa sahibi menfaatine sözleşme konusu inşaatın tümünün tamamlanarak kendisine teslim edilmesi ile kavuşacak yüklenici de ancak bu durumda ifasını gerçekleştirmiş sayılacaktır. Bununla birlikte yüklenicinin, inşaatın tümü tamamlamaksızın, teslim anına kadar gerçekleştirdiği ifalar, kısmi ifa değil ancak hazırlık faaliyetleri kapsamında değerlendirilecektir⁴³⁹. Buna karşılık yapı veya bağımsız bölümün, meydana getirilen kısmının, arsa sahibinin, ifa ile elde edeceği menfaati, kısmen de olsa karşıladığı durumda yüklenici edimi, bölünebilir nitelikte kabul edilirken, tamamlanın kısmın ifası da kısmi ifa

881; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 918.

⁴³³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 213.

⁴³⁴ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 88; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 213; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 82.

⁴³⁵ Halil AKKANAT 2000, İfade Gecikme, s. 37; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 213; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 81.

⁴³⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 499; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 42.

⁴³⁷ Serkan AYAN 2008, age. s. 282; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 43.

⁴³⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 500.

⁴³⁹ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 219; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 20.

kabul edilecektir⁴⁴⁰. Bu kapsamda taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, birden fazla blok inşasına ilişkin olarak kurulmuş olduğu durumlarda yüklenicinin, her bir bloğu, arsa sahibinin kabulüne elverişli nitelikte teslim etmesi, kısmi ifanın varlığını gündeme getirecektir⁴⁴¹.

Yine yüklenici ediminin bölünebilir nitelik taşıdığı bununla birlikte edimin tümünün muaccel olduğu durumlarda arsa sahibi, kural olarak tamamı muaccel olan edimin kısmi ifasını kabule zorlanamayacaktır⁴⁴². Bununla birlikte, arsa sahibi, ifası gerçekleştirmeyen kısım için değil edimin tamamı yönünden yükleniciyi temerrüde düşürebilecektir⁴⁴³. Öte yandan kısmi ifa, arsa sahibinin kendi istediğiyle kabul edilmiş olabilir⁴⁴⁴. Yine taraflar, sözleşmede, yüklenicinin kısmi ifasının, arsa sahibi tarafından kabul edileceğine ilişkin düzenlemeye yer vermiş olabilir⁴⁴⁵. Bu durumda arsa sahibini, yüklenici tarafından yapılan kısmi ifayı, sözleşme gereği kabul yükümlüdür⁴⁴⁶. Taraflar arasındaki sözleşmede yüklenici ediminin, kısım kısım teslim edilmesi yönünde bir belirlemeye yer verilmiş olması halinde de yüklenicinin teslim borcunun muacceliyeti, her kısım için öngörülen teslim vadesinin gelmesi ile söz konusu olacak ve arsa sahibi teslim vadesi gelen kısım yönünden ifayı kabul edecektir⁴⁴⁷.

Yüklenicinin kısmi ifasının varlığı halinde ifası gerçekleştirilmeyen kısım, bütün ile kıyaslandığında önemsiz ve kabul edilebilir derecede olabilir. Bu kapsamda arsa sahibi, ifası gerçekleştirmeyen kısmın değer kaybına neden olmadığı ve ifasının hala mümkün olduğu durumlarda dürüstlük kuralı gereği, yüklenicinin gerçekleştirdiği bu kısmi ifayı kabul ile zorunlu tutulabilecektir⁴⁴⁸.

Kısmi ifanın varlığı halinde yüklenici, ifasını gerçekleştirdiği kısımlar yönünden teslim borcunu yerine getirmiş sayılacak ve sorumluluktan kurtulacakken, kısmi ifa dışında kalan teslim edilmeyen kısım yönünden ise bunların teslim borcunun muaccel olması ve diğer şartların varlığı halinde temerrüde düşecektir⁴⁴⁹. Bu kapsamda yüklenici temerrüdüne ilişkin hükümler, kıyasen kısmi temerrüt

⁴⁴⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 500; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 43.

⁴⁴¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 500.

⁴⁴² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 501.

⁴⁴³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 501.

⁴⁴⁴ M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 42.

⁴⁴⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 502.

⁴⁴⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 502.

⁴⁴⁷ Serkan AYAN 2008, age. s. 285; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 502.

⁴⁴⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 503.

⁴⁴⁹ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 314.

yönünden de uygulama alanı bulurken⁴⁵⁰ arsa sahibi, temerrütten doğan haklarını kural olarak ifa edilmeyen kısımlar yönünden kullanabilecektir⁴⁵¹.

2.3.2 Yüklenicinin İnşaatın Başlangıcı ve Yapımı Aşamasında Temerrüdü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, bağımsız bölüm inşası ve bunların teslimini, ifa zamanına yetiştirilemeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda inşaatın başlangıç aşamasında ve yapımı sırasında da temerrüde düşebilecektir. Bu kapsamda TBK m. 473/1 hükmü, işin olağan akışına göre yüklenicinin, ileride temerrüde düşeceğinin açıkça anlaşıldığı yahut öngörülebildiği bu durumda, teslim vadesinin gelmesini beklemeksizin temerrüt hükümlerinin, uygulamasını sonucunu doğurmaktadır⁴⁵². Bir başka ifade ile inşaatın teslim borcu yönünden risk teşkil eden davranışlarda bulunan yükleniciye karşılık arsa sahibi, muacceliyetten önceki aşamada da teslimin kendisine gerçekleştirilemeyeceği anladığı bu durumda sözleşmeden dönebilecektir. Nitekim ilgili hüküm, işin icrası sırasında ortaya çıkan temerrüdü dolaylı yoldan düzenlemiş, yüklenicinin de daha en baştan, iş görme edimi sırasında temerrüde düşebileceğine ihtimaline işaret etmiştir⁴⁵³. Öte yandan ilgili hüküm kapsamında, yüklenicinin iş görme edimi sırasında temerrüdü düşebileceğinin kabul edilmesi halinde, bu iş görme edimleri de hazırlık faaliyeti değil asli edim borcunun yerine getirilmesi kapsamında değerlendirilecektir⁴⁵⁴. Arsa sahibinin, teslim vadesi öncesinde yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi için, yüklenicinin, yükümlülüklerine aykırı davranması ve inşaatın yapım aşamasında gecikmiş olması gerekmektedir⁴⁵⁵. Bu kapsamda taraflar arasındaki sözleşmede, teslim tarihinin, işe başlama tarihine göre belirlendiği durumda yüklenicinin, sözleşmenin kurulmasından çok uzun bir süre sonra bile hala işe başlamamış olması, işin başlangıç tarihini sürekli ertelemesi yahut işin yetiştirilmeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir⁴⁵⁶.

TBK m. 473/1 hükmünün uygulanması ile yüklenicinin, inşaatın başlangıç aşamasında temerrüde düştüğünün kabul edilebilmesi için yüklenicinin gecikmede

⁴⁵⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 503.

⁴⁵¹ Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 704.

⁴⁵² Müge ÜREM 2017, age. s. 55.

⁴⁵³ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 344; Hasan ERMAN 2010, age. s. 77; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 22 vd.; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 79.

⁴⁵⁴ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 112; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 48.

⁴⁵⁵ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 113; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 313; Hasan ERMAN 2010, age. s. 77; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 54.

⁴⁵⁶ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 113; Hasan ERMAN 2010, age. s. 77.

kusurlu olması aranmayacaktır. Öte yandan arsa sahibinin, TBK m. 473/1 hükmünden yararlanabilmesi, temerrüdüne neden olan olayın, onun hâkimiyet alanından kaynaklı olmamasına bağlanmıştır⁴⁵⁷. Nitekim ilgili hükümde de bu duruma “iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden” yer verilmiştir.

Arsa sahibinin, ilgili hüküm kapsamında sözleşmeden dönebilmesi için yükleniciye, işe başlaması veya devam etmesine ilişkin ihtarda bulunulmuş ve ek süre tanınmış olmalıdır⁴⁵⁸. Her ne kadar ilgili hükümde ihtar ve ek süreye ilişkin düzenlemeye yer verilmemiş olsa da bu sonuca, TBK m. 123-125’de yer alan düzenlemelerin bu hükümde de uygulanması gerektiğinin kabulü ile ulaşılmıştır⁴⁵⁹. Bu kapsamda arsa sahibi, yükleniciye, yapı veya bağımsız bölümün tamamlanmasının hızlandırılmasını ihtar ile bildirilecekken bu ihtarın sonuçsuz kalması halinde de dönme hakkını kullanabilecektir⁴⁶⁰. Yine yükleniciye tanınan sürenin, yapı veya bağımsız bölümün tamamlanmasına etki etmeyeceği, geç teslimin, arsa sahibinin menfaatini artık karşılamayacağını açık olduğu ya da taraflar arasındaki sözleşmede zamanında gerçekleşmeyen ifanın kabul edilmeyeceği yönünde açık bir hükmün varlığı halinde arsa sahibi, ihtara gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilecektir⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 115; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 313; Hasan ERMAN 2010, age. s. 79.

⁴⁵⁸ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 84; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 51.

⁴⁵⁹ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 117; Hasan ERMAN 2010, age. s. 81; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 80.

⁴⁶⁰ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 116; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 315; Hasan ERMAN 2010, age. s. 81; Bilal KARTAL 1993, age. s. 145.

⁴⁶¹ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 116; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 315; Hasan ERMAN 2010, age. s. 81; Bilal KARTAL 1993, age. s. 145.

BÖLÜM III

YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI

Teslim vadesi gelmiş, muaccel olan, yapı veya bağımsız bölümleri teslim borcunun, yüklenici tarafından ifa edilmemesi halinde, yüklenici, arsa sahibinin ihtarı ya da ihtar olmaksızın teslim vade tarihinin geçmesi ile temerrüde düşecektir⁴⁶². Bu kapsamda temerrüt, bağımsız bölümü tamamlayıp teslim borcu altında olan yüklenicinin, ifa etmekle yükümlü olduğu bu borçlarını ortadan kaldırmayacaktır. Yüklenici, temerrüde düştükten sonra da yapı veya bağımsız bölümleri tamamlamak ve arsa sahibine teslim etmekle, bir başka ifade ile aynen ifa ile hala yükümlü olacaktır⁴⁶³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici temerrüdü ve bunun hukuki sonuçları, ilgili sözleşmelere ilişkin özel hükümlerin düzenlenmemiş olması nedeni ile TBK'nun borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümleri kapsamında çözüme kavuşturulacaktır⁴⁶⁴. Bu kapsamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçekleşen temerrüt halinde "alacaklının seçimlik haklarına" ilişkin düzenleme olarak getirilen TBK m. 125 gereğince arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümleri teslim borcunun ifasında temerrüde düşen yükleniciye karşılık borcun aynen ifasını talep edebileceği gibi, bu talebiyle birlikte gecikmeden doğan zararlarını talep hakkına da sahiptir. Bununla birlikte temerrüt sonrasında ortaya çıkan zararı çok daha fazla olan arsa sahibi, aynen ifa talebinden vazgeçerek ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkacak müspet zararın tazminini yükleniciden talep edebilecek yahut sözleşmeden dönme hakkını kullanarak menfi zararı talep edilmesini isteyebilecektir⁴⁶⁵.

⁴⁶² Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1116-1121; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 214.

⁴⁶³ Serkan AYAN 2008, age. s. 172; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1122; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 87; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 214.

⁴⁶⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 171 vd.; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 104; Hasan ERMAN 2010, age. s. 85; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 37; Öz, İnşaat, s. 134; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 69; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 55 vd.

⁴⁶⁵ Hasan ERMAN 2010, age. s. 85.

3.2 YÜKLENİCİNİN KUSURUNUN TEMERRÜT SONUÇLARINA ETKİSİ

Yapı veya bağımsız bölüm teslim borcunun ifasında geciken yüklenicinin temerrüdü, onun kusurundan bağımsız olarak gerçekleşmektedir⁴⁶⁶. Bununla birlikte kusur, temerrüt sonucunda ortaya çıkacak sonuçlar yönünden önem arz etmektedir⁴⁶⁷. Bu kapsamda arsa sahibinin, temerrüde düşen yükleniciye karşılık aynen ifa ya da aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme taleplerini kullanabilmesi, yüklenicinin temerrüt anında kusurlu olup olmamasından bağımsız olarak gerçekleşmektedir⁴⁶⁸. Öte yandan arsa sahibinin, temerrüt sonucunda ortaya çıkan zararlarının tazmin edilmesine ilişkin tazminat talepleri ise temerrüde düşen yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması halinde ileri sürülebilecektir⁴⁶⁹. Yine arsa sahibinin, temerrüt dolayısıyla ödenmesini talep edeceği cezai şart talebi de aksine bir düzenleme bulunmadıkça yüklenicinin kusurlu olması halinde gündeme gelebilecektir⁴⁷⁰. Bunlarla birlikte temerrüde düşmede kusurlu olan yüklenici, TBK m. 119'da yer alan düzenlemeye gereğince yapının meydana getirilmesinden ve bağımsız bölümlerin tesliminin kazaen imkânsız hale gelmesinden de sorumlu olacaktır⁴⁷¹.

Yüklenicinin kusuru ile temerrüde düştüğünün tespitinde kusur derecesinin bir önemi bulunmamakla⁴⁷² birlikte kasten ya da ihmali olarak gerekli tedbirleri almayan, teslimin zamanında gerçekleştirmeye yönelik kendisinden beklenen özeni göstermeyen yüklenici, kusurlu sayılacaktır⁴⁷³. Bu kapsamda kusur, sözleşme kurulmadan önce var olabileceği gibi sözleşme kurulduktan sonra da ortaya çıkabilir⁴⁷⁴.

Yine yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölümün tesliminde gecikmesine ve temerrüde düşmesine neden kusurlu davranış, bizzat yüklenicinin kendi fiillerinden kaynaklanmış olabileceği gibi onun yasal temsilcisinin ya da ifa yardımcılarının

⁴⁶⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 172; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1122; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 37; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 215.

⁴⁶⁷ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 98.

⁴⁶⁸ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 133; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1122; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 34; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 215.

⁴⁶⁹ İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 80; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1122; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 35; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 215; Turgut UYGUR 1993, age. s. 644.

⁴⁷⁰ M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 134.

⁴⁷¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 216.

⁴⁷² Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 35-36.

⁴⁷³ İsa ENLİ 2017, age. s. 107; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 471; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 277.

⁴⁷⁴ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 134; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 38.

kusurundan da kaynaklanmış olabilir⁴⁷⁵. Bu kapsamda temerrüde neden olan fiilin, yüklenicinin ifa yardımcısı tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde yüklenici, ifa yardımcılarının sebep olduğu gecikmeden dolayı kendisine, farazi kusurun atfedilebildiği durumda, arsa sahibine karşı, “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” başlığı altında düzenleme alanı bulan TBK m. 116 gereği sorumlu olacaktır⁴⁷⁶. Bununla birlikte yüklenici, temerrüde neden olan fiilin, işin yürütümünün bırakıldığı yardımcı kişi de değil de kendisi tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde de yine aynı sonucun doğacağını ve kusursuz olduğunu ispat ettiği takdirde yardımcı kişinin fiili yönünden sorumluluktan kurtulacaktır⁴⁷⁷.

3.3 YÜKLENİCİNİN BEKLENMEDİK HALDEN SORUMLULUĞU

Yapı veya bağımsız bölümün tesliminde temerrüde düşen yüklenici, temerrüde düşmesi sonrasında gerçekleşen beklenmedik hal neticesinde ortaya çıkan zararlardan, TBK m. 119 gereği sorumlu olacaktır⁴⁷⁸. Bu kapsamda yüklenici, temerrüt sürecince meydana gelen beklenmedik hal nedeniyle tamamlanma ve teslimleri kısmen veya tamamen imkânsız hale gelen yapı veya bağımsız bölümler yönünden arsa sahibi bünyesinde gerçekleşecek olumsuz sonuçlara katlanacaktır. Bu durumda temerrüde düşen yüklenici, temerrüt sonrasında ortaya çıkan beklenmedik hal dolayısıyla hem arsa sahibinin uğramış olduğu zararını gidermekle yükümlü olacak hem beklenmek hal sonrasında telef olan yapının veya bağımsız bölümün tamamlanmış oranı doğrultusunda bedel alacağından mahrum kalacaktır⁴⁷⁹. Beklenmedik hal, gerçekleşmesine yüklenicinin ya da onun ifa yardımcısının sebep olmadığı, öngörülemeyen veya beklenmeyen nitelikte, ifayı imkânsız kılan durumlar olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁸⁰. Bununla birlikte üçüncü kişilerin fiilleri ile mücbir sebepler de beklenmedik hal kapsamına girmektedir⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 35; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 271.

⁴⁷⁶ Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 35; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 271; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 218.

⁴⁷⁷ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1126; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 221; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 86.

⁴⁷⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 222.

⁴⁷⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 223.

⁴⁸⁰ Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 38; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1133.

⁴⁸¹ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 76; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 235; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1061; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 390; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 37.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi sonrasında gerçekleşen beklenmeyen hal, arsa sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklı eylemler yahut nedenler dolayısıyla ortaya çıkmış olabilir. Temerrüde düşen yüklenici, böyle bir durumda bile TBK m. 483/2 hükmünden yararlanamayacak ve arsa sahibinden ne bedel ne de gider talebinde bulunabilecektir⁴⁸². Bu kapsamda yüklenici TBK m. 119/2 kapsamında kurtuluş kanıtını sunmadığı takdirde arsa sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklı gerçekleşen beklenmedik hallerde dahi sorumlu olacaktır⁴⁸³.

Yüklenici tarafından meydana getirilmesi aşamasına çoktan başlanmış olan yapı veya bağımsız bölümlerin teslimi, beklenmedik hal dolayısıyla tamamen imkânsız hale gelmiş olabilir⁴⁸⁴. Teslim borcunun ifası, tamamen imkânsız hale gelen yüklenici, TBK m. 136 gereği teslim borcundan kurtulacakken, arsa sahibinin de bedel ödeme borcu ortadan kalkacaktır⁴⁸⁵. Bununla birlikte temerrüde düşen yüklenici, temerrüt sonrasında ortaya çıkan beklenmedik hal dolayısıyla telef olan kısım yönünden de arsa sahibine karşı bedel talebinde bulunamayacaktır⁴⁸⁶. Yine yüklenici, yapı veya bağımsız bölümün beklenmedik olay sonucunda telef olması halinde arsa sahibi de zarara uğramışsa bu zararı gidermekle yükümlü olacaktır⁴⁸⁷.

Temerrüt sonrasında ortaya çıkan beklenmedik hal dolayısıyla yapı veya bağımsız bölüm, kısmen telef de olmuş olabilir. Bu durumda meydana getirilen, telef olmayan kısmın, arsa sahibi yönünden kullanılabilir nitelik taşıyıp taşımadığı önem arz edecektir⁴⁸⁸. Beklenmedik olay sonunda telef olmayan kısmın, arsa sahibi yönünden kullanılabilir nitelik taşıdığı durumlarda arsa sahibi bu kısmı kabul etmeli ve buna karşılık yükleniciye kabul edilen kısım ile orantılı bedeli, TBK m. 486/2 gereğince ödemekle yükümlüdür⁴⁸⁹.

Tüm bunlarla birlikte temerrüt sonrasında ortaya çıkan beklenmedik hal dolayısıyla kısmen veya tamamen yok olan yapı veya bağımsız bölümün, yeniden meydana getirilerek arsa sahibine teslimi, hala mümkün olabilir. Bu kapsamda yüklenici, beklenmedik hal nedeniyle doğan zararlardan sorumluluğa ilişkin TBK m. 119/1 hükmü, yapının beklenmedik olay sonrasında da yeniden meydana getirilmesi

⁴⁸² Hüseyin ALTAŞ 2002, age. s. 141; Serkan AYAN 2008, age. s. 208; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 140.

⁴⁸³ Serkan AYAN 2008, age. s. 208

⁴⁸⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 223.

⁴⁸⁵ Hüseyin ALTAŞ 2002, age. s. 141; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 140.

⁴⁸⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 225.

⁴⁸⁷ Hüseyin ALTAŞ 2002, age. s. 141.

⁴⁸⁸ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s.137.

⁴⁸⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 226.

ve tesliminin mümkün olduğu bu duruma da kıyasen uygulanacaktır⁴⁹⁰. Bu kapsamda yapı veya bağımsız bölümü inşa ederek teslimle yükümlü kalmaya devam eden yüklenici, yeniden meydana getirme aşamasında ortaya çıkan masraflara kendisi katlanacakken, arsa sahibinin gecikme dolayısıyla uğradığı müspet zararlarını da tazminle yükümlü olacaktır⁴⁹¹.

Son olarak temerrüde düşen yüklenicinin, TBK m. 119/2 gereğince temerrüde düşmede kusursuz olduğunu yahut ifasını zamanında gerçekleştirmiş olsaydı da aynı zararın ortaya çıkacağını kanıtlamış olması halinde ortaya çıkan beklenmedik halden sorumlu olmayacağı yönünde kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmış⁴⁹². Bunlarla birlikte temerrüt süresince gerçekleşen beklenmedik olayın, arsa sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklandığı durumlarda yüklenici, TBK m. 119/2 ile getirilen kurtuluş kanıtı imkânı ile sorumluluktan kurtulabilecektir. Yine yapı veya bağımsız bölümün, arsa sahibin tarafından sağlanan malzemedden yahut yine onun tarafından gösterilen arsanın ayıbından veya yükleniciye verdiği talimat sonucunda telef olması halinde yüklenici, TBK m. 483/2 gereği bu durumları arsa sahibine bildirdiği takdirde tamamlanan ve telef olan kısım yönünden bedel hakkına sahip olacaktır⁴⁹³.

3.4 YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERE ÖZGÜ SONUÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici temerrüdü, TBK m. 117-125 arası hükümlerinin kıyasen uygulanması ile çözüme kavuşturulmaktadır. Bu kapsamda kanun koyucu, taraflar arasında var olan sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşıdığı durumlarda, taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde kullanılacak seçimlik haklarına ve bunların kullanım şekillerine özel olarak TBK m. 125’de yer vermiştir. İlgili hükme göre; yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde arsa sahibinin, aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi, yükleniciye derhal bildirmek şartıyla aynen ifadan vazgeçerek müspet zarar tazmini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep hakları söz konusudur⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 228.

⁴⁹¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 228.

⁴⁹² Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s.138; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1133.

⁴⁹³ Hüseyin ALTAŞ 2002, age. s. 141; Serkan AYAN 2008, age. s. 209.

⁴⁹⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 210; Efraîl AYDEMİR 2009, age. s. 389; Vedat BUZ 1998, Dönme, s.108 vd.; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 216; Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 111; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1140; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 105; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 153-154; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 928; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 405; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 148; Safa REİSOĞLU 2007, agm. s. 333; Yaşar

3.4.1 Arsa Sahibinin Seçimlik Haklarını Kullanabilme Şartı: Yükleniciye

Taninan Ek Süre

3.4.1.1 Genel Olarak

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde arsa sahibinin, TBK m. 125 ile kendisine tanınan seçimlik haklarından bazılarının kullanımı, TBK m. 123 gereğince yükleniciye tanınacak ek süre şartına bağlanmıştır. Bu kapsamda arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümün tesliminin kendisine gerçekleştirilmesine ilişkin olarak tanınacak ek süreyi kendisi tayin edebileceği gibi sürenin tayinini, mahkmeden de talep edebilecektir⁴⁹⁵. Bununla birlikte tanınan ek süreye rağmen yüklenici, yapı veya bağımsız bölüm teslimini, bu ek sürede içinde de gerçekleştirilmemiş olabilir. Bu kapsamda arsa sahibinin, aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi, varlığı sürdürmeye devam edeceği gibi arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini de yükleniciden talep edebilecektir⁴⁹⁶. Arsa sahibinin, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkı, temerrüdün genel sonucu olarak ortaya çıkmakla birlikte bu hakların kullanımı, yükleniciye tanınan bir ek sürenin varlığına bağlı değildir⁴⁹⁷. Buna karşılık arsa sahibinin, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönmesi ile menfi zararının tazmine yönelik seçimlik haklarını kullanabilmesi, yükleniciye ek süre tayinin yapılmış olmasına bağlanmıştır⁴⁹⁸.

Ek süre, tek taraflı olarak yapılan ve karşı tarafa varması gerekli olan hukuki işlem benzeri niteliğinde irade beyanı şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁹⁹. Bununla

Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 237; Turgut UYGUR 1993, age. s. 641; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 237; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 37.

⁴⁹⁵ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s.139; Vedat BUZ 1998, Dönme, s.108; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 216; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 62; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1134; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 103; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 44-45; Bilal KARTAL 1993, age. s. 87; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 926; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 635-636; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 238; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 506; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 141; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 216 vd.; Turgut UYGUR 1993, age. s. 468 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 84; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 34.

⁴⁹⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 210; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s; 1140; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 153-154; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 928; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 287; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 405; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 148; Safa REİSOĞLU 2007, agm. s. 333; Turgut UYGUR 1993, age. s. 641.

⁴⁹⁷ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s; 1134; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 927; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 502-504.

⁴⁹⁸ Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 927.

⁴⁹⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 140; Şirin AYDINCİK 2013, age. s. 205; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1134; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 104; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 47; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 239; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 233; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 217; Turgut UYGUR 1993, age. s. 471; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 87.

birlikte arsa sahibi, bu ek süre niteliğindeki irade beyanı ile yükleniciyi ifaya davet etmekte⁵⁰⁰, yükleniciye, belirlenen vadeye kadar ifayı gerçekleştirmesi yönünden şans tanımaktadır⁵⁰¹.

Arsa sahibi tarafından yükleniciye tanınan ek süreden, yapı veya bağımsız bölüm tesliminin, ne zamana kadar gerçekleştirileceği açıkça anlaşılmalıdır⁵⁰². Bu kapsamda arsa sahibi, ek sürede, yapı veya bağımsız bölümün teslim tarihini, açık bir tarih olarak belirleyebileceği gibi, teslimin, belirli bir zaman aralığı içinde yapılmasına ilişkin bir belirleme de yapmış olabilir⁵⁰³.

Yine arsa sahibi tarafından yükleniciye ek süre tanınabilmesi için yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölümün tesliminde temerrüde düşmüş olması gerekmektedir⁵⁰⁴. Bu kapsamda ek süre, arsa sahibi tarafından yükleniciye yapılacak temerrüt ihtarını ile aynı anda da bildirilebilir⁵⁰⁵.

Son olarak arsa sahibi tarafından yükleniciye tanınan ek süre, somut olay özellikleri dikkate alınarak, dürüstlük kuralı ve tarafların menfaat dengesi gözetilerek tayin edilmiş olmalıdır⁵⁰⁶.

3.4.1.2 Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller

Bir önceki bölümde de belirtildiği üzere arsa sahibinin, aynen ifa talebi ile gecikme tazminatı talebi, yükleniciye ek süre tanınmaksızın kullanılabilir⁵⁰⁷. Buna karşılık arsa sahibinin, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının talebi ile sözleşmeden dönerek menfi zararı talep hakkına ilişkin seçimlik hakların yükleniciye yöneltmesi, yükleniciye tanınan ek sürenin varlığı halinde mümkün olacaktır. Kural bu olmakla birlikte TBK m. 124 gereğince yükleniciye tanınan ek sürenin faydasız olduğunun anlaşılması, yapı veya bağımsız bölüm tesliminin, temerrüt dolayısıyla artık arsa sahibinin menfaatini karşılamadığı, ya da yapı veya bağımsız bölümlerin tesliminin, teslim zamanı geçirildikten sonra kabul edilmeyeceğinin açıkça

⁵⁰⁰ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1134; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 45.

⁵⁰¹ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1134; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 45.

⁵⁰² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 289.

⁵⁰³ Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 45.

⁵⁰⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 289.

⁵⁰⁵ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 107; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 88; Muaz ERGEZEN 2007, age. s.104; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 48; Mustafa Reşit KARAHASAN 1997, age. s. 490; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 174; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 233; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 1266; Turgut UYGUR 1993, age. s. 471; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 86.

⁵⁰⁶ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 502.

⁵⁰⁷ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 503.

anlaşıldığı durumlarda arsa sahibi tarafından yükleniciye ek süre verilmesine gerek yoktur⁵⁰⁸. Bununla birlikte yapı veya bağımsız bölüm inşasının, yüklenici tarafından tamamlanamayacağına açık olduğu durumlarda da arsa sahibi yine ek süre vermeksizin bu haklarını yükleniciye karşı kullanabilecektir⁵⁰⁹.

3.4.2 Arsa Sahibine Tanınan Seçimlik Haklar

3.4.2.1 Aynen İfa ve Buna Bağlı Talepler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı veya bağımsız bölüm tesliminde temerrüde düşen yükleniciye karşılık arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölüm tesliminin, kendisine aynen ifa edilmesini talep edebileceği gibi bununla birlikte temerrüde düşmede kusurlu olan yükleniciden, gecikmeden doğan zararlarına ilişkin gecikme tazminatı ve sözleşmede kararlaştırılmışsa cezai şartı talep edebilir.

3.4.2.1.1 Aynen İfa Talebi

Temerrüt, yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölüm meydana getirme ve teslim borcunu sona erdirmediği gibi yüklenicinin, bu borçların ifası yönünden arsa sahibine karşı olan aynen ifa yükümlülüğü temerrüt sonucunda da devam eder⁵¹⁰. Bu kapsamda temerrüde düşen yüklenici, yapı veya bağımsız bölümü, arsa sahibine teslim etmekle halen yükümlü olurken⁵¹¹, temerrüde rağmen sözleşmenin varlığını sürdürmesini isteyen arsa sahibi de yükleniciden yapı veya bağımsız bölümün tamamlanarak kendisine teslim edilmesini bir başka ifade ile ifanın hala mümkün olduğu durumda aynen ifanın gerçekleştirilmesi talep edebilecektir⁵¹². Yine arsa sahibi, aynen ifa talebiyle birlikte şartların varlığı halinde TBK m. 113/3 gereğince sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümün kendisi ya da yetkili kılınacak bir

⁵⁰⁸ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1136-1137; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 50-53; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 889 891.

⁵⁰⁹ Mustafa Duhan DEMİR 2017, age. s. 89; Gökhan DİRİCAN 2007, age. s. 54.

⁵¹⁰ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1139; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 892.

⁵¹¹ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 77; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 238; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 34.

⁵¹² Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 396; Serkan AYAN 2008, age. s. 175; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 389; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 94; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 776; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 60; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 155; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 892; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 507; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 638-643; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 72.

Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 279.

başka kişi tarafından meydana getirilmesini ve buna bağlı masrafların da yüklenici tarafından karşılanmasını talep edebilecektir⁵¹³.

Temerrüt sonrasında sözleşmeyi ayakta tutmak isteyen arsa sahibinin, yapı veya bağımsız bölümün tamamlanarak kendisine teslim edilmesine ilişkin aynen ifa talebine karşılık yüklenici, inşasını yarım bıraktığı ya da inşasına hiç başlamadığı yapı veya bağımsız bölümü, tamamlayarak arsa sahibine teslim etmekle yükümlüdür⁵¹⁴. Bu kapsamda arsa sahibinin aynen ifa talep hakkını kullanabilmesi yönünden yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olup olmaması da önem arz etmemektedir⁵¹⁵.

Arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı talepleri, ek süre şartına bağlı olmamakla birlikte arsa sahibi bu taleplerini yükleniciye derhal bildirebilecektir⁵¹⁶. Bununla birlikte yükleniciye tanınan ek sürenin varlığı halinde arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçtiğine ilişkin bir bildirimini bu ek süre bitiminde yükleniciye yapmamış olması halinde aynen ifanın talep edildiği karine olarak kabul edilecektir⁵¹⁷.

Arsa sahibinin aynen ifa talebinin konusu teslimin gerçekleştirilebilmesi, yapı veya bağımsız bölümlerin meydana getirilmesine bağlıdır. Bu kapsamda yüklenicinin meydana getirme borcu, “yapma borcu” niteliğinde bir borç olarak kabul edilmektedir⁵¹⁸. Yapma borcunun borçlusunun, aynen ifaya zorlanıp zorlanamayacağı konusu doktrinde tartışma konusu olmakla birlikte bir görüşe göre borçlu ancak verme borçları yönünden aynen ifaya zorlanabilecektir⁵¹⁹. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre ifası hala mümkün olduğu sürece yapma borçları yönünden de borçlu, aynen ifaya zorlanabilecektir⁵²⁰. İlgili görüşün kabulü ile arsa

⁵¹³ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 151; Şirin AYDINCIK 2013, age. s. 59 vd.; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 212; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 85; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 101; Yasemin DURAK 2015, agm. s. 233; İhsan ERDOĞAN (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, s. 210; İsa ENLİ 2017, age. s. 112; Hasan ERMAN 2010, age. s. 86; Şeyma KARAMAN 2009, agt. s. 39; Bilal KARTAL 1993, age. s. 100; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, *Borçlar Genel*, s. 877; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 241; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 81; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 133; Turgut UYGUR 1993, age. s. 477; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 56.

⁵¹⁴ Burak DOĞAN 2019, agt. s.101.

⁵¹⁵ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 90; Serkan AYAN 2008, age. s. 172.

⁵¹⁶ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 212; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 507.

⁵¹⁷ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 212; Gökhan DİRİCAN 2007, age. s. 47; Fikret EREN 2019, *Borçlar Genel*, s. 1139; Hasan ERMAN 2010, age. s. 86, Ahmet KILIÇOĞLU 2018, *Borçlar Genel*, s. 892; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 508; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 12; M. Turgut ÖZ 2016, *İnşaat*, s. 135; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 238; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 947.

⁵¹⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 233.

⁵¹⁹ M. Turgut ÖZ 2016, *İnşaat*, s. 135.

⁵²⁰ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 921.

sahibi, ifası mümkün olan bu yapı veya bağımsız bölümlerin kendisine aynen ifa edilmesine ilişkin zorlama yetkisini, yüklenici aleyhine açacağı eda davası ile kullanabilecektir⁵²¹. Bu kapsamda teslim borcunu zamanında ifa etmeyen yüklenici, açılan eda davası ile inşaatı tamamlama ve teslim zorlanabileceken, dava sonucunda da mahkeme kararı ile aynen ifaya mahkûm edilebilecektir⁵²². Açılan dava sonucunda yüklenicinin mahkeme ilamına uymaması halinde ise işin yapılması ya da yapılmaması halinde uygulama alanı bulan İİK m. 30 gereği cebri icra prosedürü işletilecektir⁵²³.

İfası mümkün olan yapı veya bağımsız bölümün meydana getirilmesi ve tesliminin, yüklenici tarafından yerine getirilmediği ve yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği durumlarda arsa sahibi, yapma borçlarında alacaklıya nama ifa imkânı tanıyan TBK m. 113/1 gereğince yüklenici nam ve hesabına, yapı veya bağımsız bölümü kendisi meydana getirebileceği gibi bunu üçüncü kişilere de bırakabilecektir⁵²⁴. Bununla birlikte arsa sahibi tarafından gerçekleştirilen nama ifanın varlığı halinde yüklenici, bu ifadan kaynaklı masraflara katlanma yükümlülüğü altında olacaktır⁵²⁵. Bununla birlikte yapı veya bağımsız bölümlerin tamamlanması ve bunların tesliminin, arsa sahibi veya üçüncü kişiler vasıtasıyla gerçekleştirildiği nama ifa, aynen ifa niteliğindedir⁵²⁶. Bu kapsamda yüklenici tarafından yerine getirilmemiş tamamlama ve teslim borcunun, arsa sahibi ya da üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde de aynen ifanın gerçekleştiği kabul edilecektir⁵²⁷. Bununla birlikte yapı veya bağımsız bölüm teslimine bağlı hukuki sonuçlar da bu anda gerçekleşirken, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan bedel borcu da muaccel hale gelecektir⁵²⁸.

⁵²¹ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 85; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 509; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 24; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 56.

⁵²² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 234.

⁵²³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 234; İsa ENLİ 2017, age. s. 113; Burak DOĞAN 2019, agt. s.101.

⁵²⁴ Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 189.

⁵²⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 245.

⁵²⁶ Nitekim bu husus Yargıtay 23.H.D 10.10.2018 T, 2015/8897 E. ve 2018/4622 K. sayılı kararında; *“Nama ifa, TBK nın 125/... Fıkrası kapsamında aynen ifa kapsamında değerlendirilir. Bir başka ifade ile nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu nedenle arsa sahibi nama ifa talep ettiğinde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir. ...”* şeklinde ifade edilmiştir.”, karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2015-8897-k-2018-4622-t-10-10-2018>, (ET. 28.06.2021).

⁵²⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 245; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 241.

⁵²⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 179; İsa ENLİ 2017, age. s. 117; Hasan ERMAN 2010, age. s. 90; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 245; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 136.

Arsa sahibine nama ifa imkânı tanıyan TBK m. 113'ün uygulanabilirliği, taraflar arasındaki sözleşme konusu borcun, objektif imkânsızlık barındırmaması ile arsa sahibi tarafından yükleniciye yöneltilen bir aynen ifa talebinin varlığına bağlanmıştır⁵²⁹. Bununla birlikte Yargıtay, arsa sahibinin nama ifa hakkının, büyük oranda tamamlanmış durumdaki yapı veya bağımsız bölümlerin varlığı halinde söz konusu olabileceğini kabul ederken⁵³⁰ bu durum, gerek kanun maddesinde böyle bir ibarenin yer almaması gerek ise yorum yolu ile bu sonuca ulaşılamayacağı gerekçeleri ile doktrinde eleştirilmiştir⁵³¹. Nitekim söz konusu durumda muaccel olmasına karşılık yüklenici tarafından ifa edilmeyen teslim borcunun varlığı dikkate alındığında Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilen yönde, nama ifa konusu yapı veya bağımsız bölümlerin inşasına başlanmış olup olmadığı ya da tamamlandığı seviyenin bir öneminin bulunmaması gerekmektedir⁵³². Bu kapsamda Yargıtay tarafından kabul gören büyük oranda tamamlanmış olma şartının eleştirilmesi kanaatimizce de kaçınılmazdır.

Tüm bunların yanı sıra, TBK m. 113 gereğince arsa sahibi ve üçüncü kişilerce nama ifanın gerçekleştirilebilmesi, hâkim tarafından verilen izne tabidir⁵³³. Bu kapsamda nama ifaya ilişkin iznin talep edildiği dava öncesinde yükleniciye açılmış bir eda davası ve bu dava sonucunda da yüklenicinin ifaya mahkûm edilmiş olması da aranmamaktadır⁵³⁴. Yine arsa sahibi, nama ifaya ilişkin izin talebi açmış olduğu dava sonucunda nama ifa için gerekli masrafları ile gecikmeden dolayı uğramış olduğu zararlar var ise bunların tazminini yükleniciden talep edebilecektir⁵³⁵. Açılan dava sonucunda yüklenicinin ödemekle yükümlü tutulacağı masraflar yönünden

⁵²⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 153; Serkan AYAN 2008, age. s. 177; Şirin AYDINCIK 2013, age. s.166 vd.; Turgut UYGUR 1993, age. s. 478; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 57.

⁵³⁰ Yargıtay 15. HD. 16.10.2003 T, 1771/4842 K. “*Nama ifa için bedel ise, eser (inşaat) bir bütün olarak imal edilecekse söz konusu olabilir. Daha açığı %10.28 seviyesindeki bir inşaat ne eksik ve ayıplı işlerin tamamlanmasından ve ne de eserin bir bütün olarak yapılacağı ileri sürülmediğinden nama ifa bedelinden bahs olunma olanağı yoktur. Somut olaya özgü olmak üzere davacı arsa sahibi dürüstlük kurallarının gereği mevcut ilişkinin sona erdirilmesini (eser sözleşmesinin feshini) talep edebilir. Davacının eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsiline yönelik davası (bu dava nama ifa bedelinin tahsili olarak değerlendirilse bile) reddolunmak üzere karar davalı yararına bozulmalıdır. (...)*”; karar için bkz. Serkan AYAN 2008, age. s. 176; Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 153; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 704; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 243.

⁵³¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 177; Şirin AYDINCIK 2013, age. s. 380; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 244.

⁵³² Serkan AYAN 2008, age. s. 176-177; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 68.

⁵³³ İsa ENLİ 2017, age. s. 116.

⁵³⁴ İsa ENLİ 2017, age. s. 116; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 244.

⁵³⁵ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 154; Şirin AYDINCIK 2013, age. s. 213; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 75; İsa ENLİ 2017, age. s. 117; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 244; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 242 vd.; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 246; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 57.

yüklenicinin kusurlu olup olmadığının önemi bulunmazken, bu masrafların tespiti, tamamlanmamış durumda olan yapı veya bağımsız bölümlerin, tamamlanması için piyasa koşullarında geçerli makul tutarlardaki bedeller dikkate alınarak yapılacaktır⁵³⁶.

Arsa sahibi tarafından gerçekleştirilen nama ifanın kapsamına da değinmek gerekir. Bu durumda nama ifanın kapsamı, yalnızca sözleşme ile arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılmış kısımlar ile ortak kullanım alanları ile sınırlı olup sözleşmede yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmış yapı veya bağımsız bölümler buna dâhil değildir⁵³⁷. Buna karşılık taraflar arasındaki sözleşmede, bağımsız bölüm paylaşımının yapılmadığı veya arsa sahibinin, menfaatine kavuşmasının, tüm bağımsız bölümlerin tamamlanması ile mümkün olduğu durumlarda nama ifa, yapı veya bağımsız bölümlerin tümünün tamamlanmasına ilişkin olacaktır⁵³⁸.

3.4.2.1.2 Gecikme Tazminatı Talebi

Yapı veya bağımsız bölüm teslim borcunu, ifa etmeyen yahut geç ifa eden yüklenici, TBK m. 118 gereğince temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat etmedikçe arsa sahibinin bu gecikmeden doğan zararını gidermekle yükümlü olacaktır⁵³⁹. Bununla birlikte yapı veya bağımsız bölümler kendisine teslim vadesinde teslim edilmeyen arsa sahibi, gecikmeden doğan bu zararlarını TBK m. 125 gereğince gecikme tazminatı talep hakkı kapsamında yükleniciden talep edebilecektir. Söz konusu hükümler gereğince yapı veya bağımsız bölümleri teslim borcunda temerrüde düşen yüklenici, arsa sahibinin bu gecikmeden kaynaklı zararlarını karşılamakla yükümlüdür⁵⁴⁰. Bu kapsamda arsa sahibinin gecikme tazminatı talep hakkının varlığı, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte gecikme tazminatı talep hakkı yönünden yüklenicinin temerrüde düşmesi yeterli olmakla birlikte temerrüt konusu yapı veya bağımsız bölümün, gecikmeli de olsa aynen ifasının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin de

⁵³⁶ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 154; Serkan AYAN 2008, age. s. 180; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 245; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 242; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 248.

⁵³⁷ Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 641; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 243; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 249.

⁵³⁸ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 103; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 641; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 249-250.

⁵³⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 249.

⁵⁴⁰ İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 83.

bir önemi bulunmamaktadır⁵⁴¹. Arsa sahibi, gecikme tazminatı talebini, ifayı kabulden önce öne sürebileceği gibi kabulden sonra da öne sürebilecektir⁵⁴².

Yüklenici ifada gecikmesi dolayısıyla zarara uğrayan arsa sahibinin gecikme tazminatı talep hakkı, birtakım şartlara bağlanmıştır. Bu kapsamda gecikme tazminatı talep hakkı, yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması, temerrüt nedeniyle yaşanan gecikmeden dolayı arsa sahibinin zarara uğraması ve temerrüt neticesinde ortaya çıkan gecikme ile arsa sahibinin zararı arasında uygun illiyet bağının varlığı ile mümkün olacaktır⁵⁴³. Bununla birlikte TBK m. 112 gereği yüklenici, temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispatla yükümlüyken, arsa sahibi ise TMK m. 6 gereğince uğradığı zarar ve illiyet bağının varlığını ispatı ile yükümlüdür⁵⁴⁴.

Arsa sahibinin gecikme tazminatı talep hakkının kapsamı, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarih ile aynen ifaya kadar olan sürede gerçekleşen zararlar oluşturmaktadır⁵⁴⁵. Bununla birlikte gecikme tazminatı, arsa sahibinin, yapı veya bağımsız bölümlerin geç teslim edilmiş olması nedeniyle uğramış olduğu zararların giderilmesi amacıyla hizmet etmektedir⁵⁴⁶. Bu kapsamda gecikme tazminatı, yüklenicinin teslim borcunu, zamanında ifa etmiş olsaydı arsa sahibinin malvarlığının bulunacağı durum ile yüklenicinin temerrüde düşmesi yani zamanında gerçekleşen bir ifanın bulunmaması halinde arsa sahibinin malvarlığı durumu arasındaki fark dikkate alınarak hesaplanacaktır⁵⁴⁷. Bu kapsamda gecikme tazminatı da bir müspet zarar tazminatıdır⁵⁴⁸.

Gecikme tazminatı, sözleşmenin her iki tarafının kusur derecesi gözetilerek belirlenmektedir. Bu kapsamda yapı veya bağımsız bölümün tesliminde yaşanan gecikmede arsa sahibine de kusurun atfedilebildiği durumlarda, TBK m. 114/2'de yer alan ve TBK m. 54'de yer alan düzenlemeler kapsamında tazminattan indirim

⁵⁴¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 250; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 37.

⁵⁴² Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 389; Yasemin DURAK 2015, agm. s. 234; Bilal KARTAL 1993, age. s. 100; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 136 vd.; Turgut UYGUR 1993, age. s. 474.

⁵⁴³ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 104; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 250.

⁵⁴⁴ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 157; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 250.

⁵⁴⁵ Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 893; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 247.

⁵⁴⁶ Gökhan DİRİCAN 2007, age. s. 48; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 509; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 59.

⁵⁴⁷ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 213; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 248-249; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1103; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 893; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 387; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 248; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 253; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 100; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 59.

⁵⁴⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 250.

yoluna gidilmesi gerekecektir. Buna karşılık gecikmede arsa sahibine kusurun atfedilemediği durumlarda tazminat indirimi, varsa yüklenicinin kusur oranı yapılacaktır⁵⁴⁹.

Arsa sahibinin gecikme tazminatının kapsamı, yapı veya bağımsız bölümün tesliminde yaşanan gecikme dolayısıyla uğranılan fiili zararlar ve yoksun kalınan karlar oluşturmaktadır. Bir başka ifade ile gecikme tazminatı, müspet zararın sınırlı ve özel bir tipi niteliğindedir⁵⁵⁰. Bu kapsamda yüklenicinin temerrüdü nedeniyle geç ifaya maruz kalan arsa sahibinin, bu geç ifa dolayısıyla bir başka yapıyı kiralamış olması ve buna ilişkin giderleri ile üçüncü kişilere devredilecek bağımsız bölümlerin devrinin geciktiği ve bu geç devir dolayısıyla cezai şart veya tazminat ödemek zorunda kaldığı durumlar ve gecikme dolayısıyla değer kaybı yaşayan bağımsız bölümler, onun fiili zararları kapsamında sayılabilecekken, arsa sahibi, bu zarar kalemlerini, yükleniciden talep edebilecektir⁵⁵¹. Bununla birlikte arsa sahibi, bu fiili zararlarının yanı sıra yapı veya bağımsız bölümün, zamanında teslim edilmemesi nedeniyle bazı kazançlardan da mahrum kalmış olabilir. Bu durum da yapı veya bağımsız bölümlerin teslimi ile ileride sağlanması beklenen kazancın, bunların tesliminde yaşanan gecikme nedeniyle elde edilememesine ilişkin yoksun kalınan bu karlar da gecikme tazminatının kapsamına dâhildir⁵⁵². Bu noktada arsa sahibinin, yapı veya bağımsız bölüm teslimi ile elde edeceği kira bedelleri, yoksun kalına kar kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁵³. Bununla birlikte yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilen bu kira bedellerine ilişkin talebin yükleniciye yöneltilebilmesi için de sözleşmede açık bir hükmün varlığı aranmayacakken, kira bedelinin açıkça belirlenmemiş olduğu durumlarda emsal kira bedelleri dikkate alınarak hesaplama yapılacaktır⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 157 vd.; Bilal KARTAL 1993, age. s. 102; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 254.

⁵⁵⁰ Serkan AYAN 2008, age. s. 184; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 391; Gökhan DİRİCAN 2007, age. s. 48; İsa ENLİ 2017, age. s. 124; Bilal KARTAL 1993, age. s. 101; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 254; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 59.

⁵⁵¹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 158; Serkan AYAN 2008, age. s. 187; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 86; İsa ENLİ 2017, age. s. 125; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 255 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 100; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 60.

⁵⁵² Serkan AYAN 2008, age. s. 188; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 105; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1127; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 69; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 252; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 137; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 134.

⁵⁵³ Serkan AYAN 2008, age. s. 188; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 69; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 137.

⁵⁵⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 188; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 96; Bilal KARTAL 1993, age. s. 101; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 252; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 160; M. Turgut ÖZ

Arsa sahibinin, gecikme tazminatı talep hakkı yönünden önem arz eden bir diğer husus da gecikme tazminatı kapsamına, hangi zaman diliminde gerçekleşen zararların gireceğidir⁵⁵⁵. Gecikme tazminatı kapsamını, yüklenici temerrüdünün başlangıcı ile sona ermesi arasında uğranılan zararlar oluşturur⁵⁵⁶. Bununla birlikte yüklenici, temerrüde düşmesi sonrasında yapı veya bağımsız bölüm teslim ifasını gerçekleştirmiş olabilir. Bu noktada arsa sahibinin gecikme tazminatı talep hakkı, temerrüt anı ile aynen ifanın gerçekleştiği ana kadar olan zaman diliminde gerçekleşen zararları kapsayacaktır⁵⁵⁷. Yine yapı veya bağımsız bölüm teslimi, yüklenici temerrüdü sonrasında objektif imkânsız hale gelmiş olabilir. Bu durumda arsa sahibinin, gecikme tazminatı talep hakkı, temerrüt anı ile imkânsızlığın gerçekleştiği ana kadar gerçekleşen zararlar dikkate alınarak belirlenecektir⁵⁵⁸.

Gecikme tazminatı, arsa sahibinin fiili zararı ve yoksun kalınan kar derecesine göre belirlenebildiği gibi taraflar arasındaki sözleşmede bir götürü bedel kaydına yer verilmesi şeklinde de önceden belirlenmiş olabilir. Taraflarca bu şekilde belirlenen götürü bedel, oluşabilecek muhtemel zararları karşılar niteliktedir⁵⁵⁹. Bu kapsamda taraflarca sözleşmede yer verilen bu bedelin, zararın karşılanmasına ilişkin olduğu ve yine zararın varlığı halinde talep edebileceği dikkate alındığında belirlenen bedel, cezai şart hükmü olarak da kabul edilemeyecektir⁵⁶⁰. Nitekim cezai şartın varlığından söz edilebilmesi için muhtemel bir zararın varlığı aranmamaktadır⁵⁶¹.

Son olarak arsa sahibinin gecikme tazminatı talep hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinin tespiti, eser sözleşmelerinden doğan alacakların tabi olduğu genel zamanaşımı süresi düzenlemesi olarak kabul edilen TBK m. 147/6 gereğince yapılacaktır. Bu kapsamda arsa sahibinin gecikme tazminatı, yüklenicinin ağır kusuru olmaksızın, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği

2016, İnşaat, s. 137; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 1240; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 60.

⁵⁵⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 255.

⁵⁵⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 188.

⁵⁵⁷ Serkan AYAN 2008, age. s. 188; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 255; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 137.

⁵⁵⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 188; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 255; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 160; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 921.

⁵⁵⁹ Köksal KOCAĞA (2008), "İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?", *TBB Dergisi*, C. 20, S. 74, s. 153; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 341.

⁵⁶⁰ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 160; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 341.

⁵⁶¹ Turan ŞAHİN 2012, age. s. 341.

durumlarda, kural olarak beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur⁵⁶². Bununla birlikte yüklenicinin, yükümlülüklerini ağır kusuruyla ifa etmediği durumlarda, arsa sahibinin gecikme tazminatı talep hakkı, genel zamanaşımı süresine tabi tutularak TBK m. 146 gereği on yıllık süreye tabi olacaktır⁵⁶³. Aynen ifa talebine bağlı olarak ortaya çıkan gecikme tazminatının tabi olduğu zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıcı, aynen ifa talebine konu yapı veya bağımsız bölüm tesliminin, muaccel olduğu tarih itibariyle işlemeye başlayacaktır⁵⁶⁴. Bu kapsamda, arsa sahibinin gecikme tazminatı, yüklenicinin temerrüde düşmede hafif kusurlu olması halinde, TBK m. 147/6 gereğince beş yıllık zamanaşımına tabi olacakken, yüklenicinin gecikmede ağır ihmali veya kastının varlığı halinde ise TBK m. 146'da yer alan düzenleme gereğince on yıllık zamanaşımı tabi olacaktır⁵⁶⁵.

3.4.2.1.3 Cezai Şart Talebi

Taraflar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin, teslim vadesi gelen yapı veya bağımsız bölümlerin teslimine ilişkin ifa yükümlülüğünü yerine getirmemiş yahut geç getirmiş olması durumlarında cezai şart uygulanacağını kararlaştırmış olabilir. Bu kapsamda taraflar arasındaki sözleşmede var olan bu cezai şart, sözleşmeye aykırı davranan ve ifa yükümlülüğü yerine getirmeyen ya da ifada geciken yüklenicinin, arsa sahibine karşı ifasını, önceden taahhüt ettiği, ekonomik değere sahip edim şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁶⁶. Taraflar arasındaki sözleşmenin bu şekilde bir cezai şart barındırması halinde arsa sahibi, aynen ifa talebi ile birlikte zararın varlığı ispat etme zorunluluğu bulunmaksızın, yalnızca yüklenici temerrüdüne dayanarak sözleşmede, cezai şart olarak belirlenen bedelin, kendisine ödenmesi talep edebilecektir⁵⁶⁷. Bununla birlikte cezai şart, arsa sahibine, sözleşmeye uygun ifanın gerçekleştirilmesi yönünden yüklenici üzerinde baskı kurabilme imkânı tanımakta olup bu durum cezai şartın en önemli fonksiyonlarından

⁵⁶² Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 870; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 595.

⁵⁶³ Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 870.

⁵⁶⁴ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 106; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 256.

⁵⁶⁵ Nezh SÜTÇÜ 2010, age. s.1918.

⁵⁶⁶ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1206.

⁵⁶⁷ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 161; Yeşim ATAMER, Ece SÜZEL ve Elliot GEİSİNGER (2018), *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt Değişmeyen Soruna Yeni Yaklaşımlar (İSTANBUL ULUSLARARASI İNŞAAT HUKUKU KONFERANSLARI-II)*, 1. Baskı, On iki Levha Yayınları, İstanbul, s. 88 vd.; Cevdet İ. GÜNAY (2002), *Cezai Şart*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 8; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 214 vd.; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 319.

biridir⁵⁶⁸. Bir başka ifade ile cezai şart ile asıl borcun güçlendirilmesi amaçlanmaktadır⁵⁶⁹. Bu kapsamda cezai şart, asıl borca bağlı ferî borç olarak doğan, asıl borcun teminatı olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁷⁰.

Bununla birlikte cezai şart, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde başlangıçta kararlaştırılmış olabileceği gibi, yine taraflar sonradan akdettikleri bir sözleşme ile de bu cezai şarta yer vermiş olabilirler⁵⁷¹. Bu kapsamda ilgili şartın, asıl borca bağlılığı dikkate alındığında asıl borca ilişkin sözleşmenin geçerlilik şekli, cezai şartın tayin edildiği sözleşme yönünden de aranacaktır⁵⁷². Bu durumda taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil yönünden geçersiz sayılması, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı da geçersiz kılarken ilgili şartın, taraflarca ayrı bir sözleşme ile tayin edildiği durumlarda ise cezai şartın geçerliliği, şartın tayin edildiği bu sözleşmenin, yine asıl borca ilişkin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerlilik şartına bağlı yapılmış olması halinde söz konusu olacaktır⁵⁷³.

Cezai şart, arsa sahibine ödenecek bir miktar para olarak⁵⁷⁴ kararlaştırılmış olabileceği gibi para dışında kıymetli evrak devri ya da sözleşme gereği devredilecek olan paylarda azaltmaya gidilmesi yönünde malvarlığı değeri taşıyan edimler⁵⁷⁵ olarak da kararlaştırılmış olabilir⁵⁷⁶. Bu kapsamda taraflar, TBK m. 182/1'de yer alan düzenleme ve sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği cezai şartı ve miktarını serbestçe kararlaştırabileceklerdir⁵⁷⁷. Taraflarca kararlaştırılan cezai şartın fahiş miktarda olması halinde ise hâkim, TBK m. 182/3 gereğince aşırı gördüğü bu cezai şartı resen, indirim yoluna gidebilecektir⁵⁷⁸. Bununla birlikte ifanın zamanında gerçekleştirilmesi halinde arsa sahibinin elde edeceği menfaat ile kıyaslandığında orantısız görülen

⁵⁶⁸ Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 392; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 257; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 530; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 16-17; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 273.

⁵⁶⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 257.

⁵⁷⁰ Serkan AYAN 2008, age. s. 193; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 106; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 342.

⁵⁷¹ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1207; Hasan ERMAN 2010, age. s. 81.

⁵⁷² İsa ENLİ 2017, age. s. 87-88; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1207; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 537; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 62.

⁵⁷³ Serkan AYAN 2008, age. s. 197.

⁵⁷⁴ Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 16.

⁵⁷⁵ İsa ENLİ 2017, age. s. 89; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s.1207; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 987; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 61.

⁵⁷⁶ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 163; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 139.

⁵⁷⁷ Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 214.

⁵⁷⁸ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 62.

cezai şart, fahiş kabul edilecektir⁵⁷⁹. Cezai şartın fahiş olduğunun tespiti, arsa sahibinin fiili zarar oranı, somut olayın özellikleri, tarafların ekonomik durumları ve yüklenicinin kusur oranı dikkate alınarak yapılacaktır⁵⁸⁰. Sözleşme taraflarından yüklenicinin tacir olması halinde ise yüklenici, TTK m. 22 gereğince cezai şartın fahiş olduğu iddiasıyla indirim talep edemeyecektir⁵⁸¹. Öte yandan Yargıtay, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın, fahiş miktarda belirlenmiş olması halinde söz konusu cezai şartın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacağını kabul etmektedir⁵⁸².

⁵⁷⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 259.

⁵⁸⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 259.

⁵⁸¹Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 313; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 214; İsa ENLİ 2017, age. s. 89-90; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 217; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 217; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 310; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 355; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 106; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 62. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.06.2019 T., 2017/19-922 E. ve 2019/706 K sayılı kararında: "(...)Cezai şartla ilgili BK'nın 161. maddesinin birinci fıkrası hükmü, (Akitler cezanın miktarını tayinde serbesttirler) prensibini kabul ettikten sonra, üçüncü fıkrası hükmü ile, hâkimi, (fahiş gördüğü) cezayı (tenkis) etmekle yükümlü tutmuştur. Halbuki, davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan ve somut olay bakımından uygulanması gereken 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 24. maddesi hükmü, tacir sıfatını haiz olan tarafların (cezai şart) miktarını serbestçe tayin edebilecekleri ilkesini kabul ettikten sonra, bu tayin edilen cezanın indirilmesini yani tenkisini talep edemeyeceklerini, şart olarak benimsemiş bulunmaktadır.....Ticaret Hukukumuzda cezai şart, miktarı yönünden sadece, BK'nın 20. maddesindeki "ahlâka aykırılık" kavramı ile sınırlanmış bulunmaktadır. TTK'nın 24. maddesi uyarınca tacirin, borçlu olduğu cezai şartın tenkisini istemesi mümkün değildir (Günay, C.İ: Cezai Şart, Ankara 2002,s:216). Ancak, TTK'nın 24. maddesi ile tacir olan şahsa ve onun âkidine tanınmış olan bu (akit serbestisi) ilkesi, bütün akitler için sınırlayıcı bir hüküm mahiyetinde olan TTK'nın birinci maddesi hükmünün atfı nedeniyle BK'nın (butlan) matlabını taşıyan 20. maddesi hükmü ile, tahdit edilmiştir. Şayet, taraflarca sözleşme ile tespit edilmiş olan (cezai şart) miktarı, borçlu durumda olan tacirin, iktisaden mahvını mucip olacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede (ağır) ve (yüksek) ise, o zaman, böyle bir (cezai şartı) ahlâk ve adaba aykırı bir şart olarak kabul ederek, (kısmen) veya (tamamen) iptali cihetine gitmek mümkündür. Çünkü, ahlâk ve adaba aykırılık dolayısıyla sözleşmede yer alan (cezai şart)'ın (butlanı), hukukun genel bir ilkesidir. TTK'nın 24. maddesi hükmünün, bu genel müeyyidenin dışında kalacağını düşünmek mümkün değildir. Bir borçlunun, iktisadî ve ticarî faaliyet ve mevcudiyetinin tehlikeye girmesini veya yıkılmasını mucip olacak bir nisbete ulaşan her (cezai şart), ahlâk ve adaba aykırıdır.."; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-922-k-2019-706-t-18-6-2019>, (ET. 28.06.2021).

⁵⁸² Yargıtay 15. HD. 11.05.2000 T., 1999/4655 E., 2000/2324 K. sayılı kararında: "Taraflar arasındaki 31.3.1995 tarihli sözleşmenin 8. maddesinde, inşaatın 30.6.1995 gününe kadar bitirilememesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu tazminat, BK'nın 158/II. maddesinde düzenlenmiş bulunan "ifaya ekli ceza" niteliğindedir. Sözleşmeye göre de, işin bedeli, zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici -ceza olarak hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek; iş sahibi de -durduğu yerde- hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir para alacaktır. Gerçi, geciken ifa nedeniyle iş sahibinin de zararı söz konusu olursa da, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da, taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK'nın 19. maddelerine aykırı olup, BK'nın 20/II. maddesi uyarınca butlan ile batıldır. Bu itibarla, reddi gereken ceza isteminin kabulü isabetli bulunmamış, kararın açıklanan nedenle de bozulması gerekmiştir."; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-1999-4655-k-2000-2324-t-11-05-2000>, (ET. 28.06.2021).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflarca belirlenecek cezai şart, TBK m. 179'a göre seçimlik cezai şart, ifaya ek cezai şart ve son olarak dönme cezası bir başka ifade ile ifayı engelleyen cezai şart olarak farklı türlerde olabilir⁵⁸³. Türk Borçlar Kanunu m. 179/1 gereğince arsa sahibi, yüklenicinin, ifayı hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği durumlarda edimin ifasını ya da sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın yerine getirilmesinin talep edildiği seçimlik cezai şart imkânına sahiptir⁵⁸⁴. Yine arsa sahibi, TBK m. 179/2 gereği yüklenicinin kararlaştırılan zaman veya mekânda ifayı gerçekleştirilmemiş olduğu durumlarda, cezai şartın varlığı halinde yükleniciden hem ifanın gerçekleştirilmesini hem de cezai şartın ödenmesini yönündeki ifaya ekli cezai şartı talep edebilecektir⁵⁸⁵. Son olarak yüklenici, TBK m. 179/3 gereğince sözleşmede var olan cezai şartı ödemek kaydıyla sözleşmeden dönme ya da fesih imkânı sahipken, yüklenicinin bu dönme cezasını ödeyerek ifadan kurtulacaktır⁵⁸⁶.

İlgili cezai şart türleri incelendiğinde uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde en çok karşılaşılan cezai şart türü, ifaya eklenen cezai şarttır⁵⁸⁷. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifaya eklenen cezai şart, taraflar arasındaki sözleşmede, yüklenicinin teslim vadesinde yapı veya bağımsız bölümü teslim edememesi ya da geç teslim etmesi halinde cezai şart ödemekle yükümlü olacağının kararlaştırıldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁸. Bununla birlikte ifaya ek cezai şart, yapı veya bağımsız bölümlerin gecikerek de olsa arsa sahibine teslim edildiği ana kadar olan süre içinde talep edilebilecektir⁵⁸⁹.

Taraflar arasındaki sözleşmede, yüklenicinin teslim borcunu ifa etmemesi yahut geç ifa etmesi halinde ödemekle yükümlü kılındığı cezai şart, TBK m. 179/2 gereği, arsa sahibi tarafından aynen ifanın gerçekleştirilmesi ihtirazı kayıtlı saklı tutmadıkça sonradan talep edilemeyecektir⁵⁹⁰. Bu kapsamda arsa sahibinin, teslim

⁵⁸³ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1208; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 991-998.

⁵⁸⁴ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1208; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 991; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 393.

⁵⁸⁵ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1209; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 993.

⁵⁸⁶ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1210; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 996.

⁵⁸⁷ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 61.

⁵⁸⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 261.

⁵⁸⁹ Serkan AYAN 2008, age. s. 200; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 223; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 149; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 62.

⁵⁹⁰ Serkan AYAN 2008, age. s. 200; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 304; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 136; İsa ENLİ 2017, age. s. 79; Cevdet İ. GÜNAY 2002, age. s. 226; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 365; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 516; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 285; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 330; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 136; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 105; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 67.

vadesi geçtiği halde sonradan yüklenici tarafından teslimi gerçekleştirilen yapı veya bağımsız bölümleri, cezai şart hakkını saklı tutmaksızın kabul etmesi halinde bu durum, arsa sahibinin cezai şart talebinden örtülü olarak vazgeçtiği anlamına gelecek olup arsa sahibi cezai şart talep hakkını yitirecektir⁵⁹¹.

Arsa sahibinin cezai şartı talep hakkını kullanabilmesi yönünden yüklenicinin temerrüde düşmede kusurunun aranıp aranmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu kapsamda doktrinde yer alan hâkim görüşe⁵⁹² göre TBK m. 182/2'de yer alan düzenleme gereğince yüklenicinin, ancak edimin ifası sırasındaki gecikmede kusuru olmadığını ispat ederek cezai şart ödemekten kurtulabileceği kabul edilmiştir⁵⁹³. Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise arsa sahibinin ceza koşulu talebi yönünden yüklenici kusurunun aranmayacaktır⁵⁹⁴.

Yapı veya bağımsız bölümleri tesliminde geciken yüklenici, TBK m. 180/1 gereğince arsa sahibi bu gecikme dolayısıyla hiçbir zarara uğramamış olsa bile yine cezai şart ödemekle yükümlüdür⁵⁹⁵. Bu kapsamda yüklenicinin cezai şart ödeme yükümlülüğü, arsa sahibinin gecikme dolayısıyla zarara uğrayıp uğramamasında bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁹⁶. Bununla birlikte sözleşmede var olan cezai şartın, gecikme dolayısıyla arsa sahibi bünyesinde ortaya çıkan zararı karşılamaması halinde arsa sahibi, yine TBK m. 180/1 gereği, yüklenicinin kusurlu olduğunu ispat etmek kaydıyla cezai şartın karşılamadığı aşan kısım yönünden de yükleniciye karşı talep hakkına sahip olacaktır⁵⁹⁷. Bununla birlikte arsa sahibinin, yapı veya bağımsız bölümün geç teslimi dolayısıyla uğramış olduğu kira bedeli mahrumiyeti ile gecikmeye bağlı gerçekleşen diğer zararlarının, cezai şartı miktarını aşması halinde

⁵⁹¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 201.

⁵⁹² Serkan AYAN 2008, age. s. 199; Hasan ERMAN 2010, age. s. 80; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 71; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 138; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 72; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 135; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 61.

⁵⁹³ M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 138; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 72; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 135.

⁵⁹⁴ Hüseyin Can AKSOY (2018), "Ceza Koşulunun Borçlunun Borcuna Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, s. 1013 vd.; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 310; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 214; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1149; Cansel EROL ve Çağlar ÖZEL (2013), "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", *E-Journal of Yasar University (Yasar Üniversitesi Elektronik Dergisi)*, C. 8, ÖZEL SAYI, s. 726, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179446>, ET. 26.08.2021.

⁵⁹⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 270.

⁵⁹⁶ İsa ENLİ 2017, age. s. 86; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 515; Haluk TANDOĞAN 2008, C. I, s. 135.

⁵⁹⁷ Serkan AYAN 2008, age. s. 199; İsa ENLİ 2017, age. s. 86; Hasan ERMAN 2010, age. s. 88; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 516; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 357.

aşan kısımlar yönünden de talep hakkına sahip olacağı Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir⁵⁹⁸.

Tüm bunlarla birlikte yapı veya bağımsız bölüm tesliminde geciken yüklenicinin, bu gecikme dolayısıyla arsa sahibine ödeme gerçekleştirileceğinin belirlendiği durumlarda bu ödemenin, cezai şart ya da götürü tazminat olarak yapılacağına ayırımının belirlenmesi gerekir. Götürü tazminat, ifanın gecikmesi halinde arsa sahibinin uğrayacağı zararın tahmini ile yüklenici tarafından ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlendiği durumdur⁵⁹⁹. Temerrüde bağlı olarak gerçekleşen zararlar dolayısıyla yüklenicinin ödemekle yükümlü kıldığı bedelin, götürü tazminat olarak nitelendirilebilmesi için arsa sahibinin gecikme dolayısıyla zarara uğramış olması gerekmektedir⁶⁰⁰. Bununla birlikte cezai şart, zarardan bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁰¹. Yine teslimde yaşanan gecikme dolayısıyla ödenecek bedelin götürü tazminat olarak kararlaştırıldığı durumda bu bedelden indirim yapılamazken, bedelin taraflarca cezai şart olarak kararlaştırılması halinde ise indirim söz konusu olabilecektir⁶⁰². Son olarak arsa sahibinin ihtirazi kayıt koymaksızın yüklenici tarafından gerçekleştirilen ifayı kabul etmesi, onun götürü tazminat talep hakkının ileri sürülebilirliği yönünden herhangi bir değişikliğe yol açmazken, ifanın kabulü sonrasında cezai şart talebinin ileri sürülebilmesi, arsa sahibinin, ifanın kabulü esnasında ihtirazi kayıt koymuş olması şartına bağlanmıştır⁶⁰³. Bunlarla birlikte taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alan hükümden, anlaşılması gerekenin, cezai şart ya da götürü tazminat olup olmadığının tespiti, yorum yoluyla yapılacak olup bu kapsamda tarafların ilgili hüküm ile neyi amaçladıkları tespit edilmelidir⁶⁰⁴. Tarafların, sözleşmeye ekledikleri hükmün, yükleniciyi zamanında ve gereği gibi ifa yönünden zorlama ve baskı kurma amacını taşıdığı durumlar, cezai şartın varlığına işaret

⁵⁹⁸ Yargıtay 15. H.D. 15.05.2007 T., 2006/2917 E. ve 2007/3264 K. sayılı kararında: “Kural olarak gecikme tazminatına, başka bir anlatımla gecikmeden doğan kira kaybına, işin sözleşme uyarınca teslimi gereken tarihten bağımsız bölümlerin fiilen teslim edildiği tarihe kadar olan süre için hükmolunur. Bağımsız bölümler teslim alınırken kira kaybı yönünden ihtirazi kayda (çekince) gerek yoktur. İhtirazi kayıt, gecikme cezaları için söz konusudur.”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2006-2917-k-2007-3264-t-15-5-2007>, (ET. 28.06.2021).

⁵⁹⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 276.

⁶⁰⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 276; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 89.

⁶⁰¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 276; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 89.

⁶⁰² Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 91.

⁶⁰³ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 176; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 276; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 86; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 340.

⁶⁰⁴ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 69; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 90.

ederken⁶⁰⁵, taraflarca sözleşmeye eklenen hükümlerle, yüklenicinin ifasını, geç veya gereği gibi yerine getirmeme ihtimaline karşılık arsa sahibinin zarar miktarının ispatı yönünden kolaylık sağlanması amacının güdülmesi halinde ise götürü tazminattan bahsedilecektir⁶⁰⁶.

Arsa sahibinin cezai şart alacağı, TBK m. 147'de yer alan düzenleme gereği, muaccel olduğu bir başka ifade ile yüklenicinin yapı veya bağımsız bölümleri tesliminde temerrüde düştüğü andan itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir⁶⁰⁷. Bununla birlikte yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölüm tesliminde, kastı veya ağır ihmal davranışı ile ağır kusurlu olarak temerrüde düşmesi halinde ilgili cezai şart, muacceliyet tarihinden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır⁶⁰⁸.

3.4.2.2 Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Zararı Talep Hakkı

3.4.2.2.1 Müspet Zarar Talebi

Yapı veya bağımsız bölümün tesliminde temerrüde düşen yükleniciye karşılık arsa sahibi, ek süre gerektiren durumlarda bu sürenin sonunda süre gerektirmeyen durumlarda ise muaccel durumdaki teslim borcunun, yüklenici tarafından ifa edilmemesi halinde aynen ifa talebinde bulunmak yerine diğer seçimlik haklara başvurabilir⁶⁰⁹. Bu kapsamda arsa sahibi, TBK m. 125/2 gereğince yapı veya bağımsız bölümlerin vadesinde teslim edilememiş olması dolayısıyla uğradığı müspet zararını, temerrüde düşen yükleniciden talep edebilecektir⁶¹⁰. Arsa sahibinin müspet zararı talep hakkı, değiştirici yenilik doğurucu bir hak olmakla birlikte⁶¹¹ aynen ifadan vazgeçerek bu hakkın talep edilmesi de taraflar arasındaki sözleşmenin sona ereceği anlamına gelmemektedir⁶¹². Bu durumda sözleşme devamlılığını korurken, sözleşmenin içeriği olan yapı veya bağımsız bölüm inşa etme ve teslim borcunun yerini tazminat ödeme borcu almaktadır⁶¹³. Bununla birlikte arsa sahibinin

⁶⁰⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 177; Serkan AYAN 2008, age. s. 296; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 386; Köksal KOCAĞA 2008, Götürü Tazminat, s. 153 vd.; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 278; Hasan Seçkin OZANOĞLU 1999, agm. s. 89 vd.; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 342 vd.

⁶⁰⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 278.

⁶⁰⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 273; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 140.

⁶⁰⁸ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 167; Nezih SÜTÇÜ 2010, age. s. 1918.

⁶⁰⁹ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 118.

⁶¹⁰ Naz AYDIN 2020, agt. s. 71; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 312.

⁶¹¹ Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 97.

⁶¹² İsmail ATAMULU 2014, age. s. 96; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 312.

⁶¹³ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 96; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 391; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 98; Mehmet Serkan ERGÜNE (2008), *Olumsuz Zarar*, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, s. 55; Hasan ERMAN 2010, age. s. 92; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 67; Mustafa Reşit

müspet zararı talep hakkını kullanabilmesi, yükleniciye tanınacak ek süre şartına bağlıdır. Yüklenicinin, kendisine tanınan ek sürede ifayı gerçekleştirmemiş olması halinde arsa sahibi, aynen ifa talebinden vazgeçtiğini ve müspet zararının tazmininin talep edilmesini istediğini yükleniciye bildirmiş olması gerekmektedir⁶¹⁴.

Müspet zarar, arsa sahibinin, yapı veya bağımsız bölüm teslim borcunun ifasının, sözleşmede taahhüt edildiği şekilde yerine getirilmemesine bağlı olarak ulaşamadığı menfaati dolayısıyla uğradığı zarardır⁶¹⁵. Bir başka ifade ile müspet zarar, borcun gereği gibi ifa edilmesi halinde malvarlığının alacağı durum ile fiili durum arasındaki farktır⁶¹⁶. Bu kapsamda arsa sahibi, müspet zarar talebi ile sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölüm tesliminin, gereği gibi ifa edildiği andaki elde edeceği menfaate kavuşmayı amaçlamaktadır⁶¹⁷.

Sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümlerin tesliminin, temerrüt sonrasında arsa sahibi yönünden yararsızlaştığı ve arsa sahibinin temerrüt nedeniyle uğramış olduğu müspet zararının, yapı veya bağımsız bölümlerin değerinden çok daha fazla olması halinde TBK m. 125/2 gereği arsa sahibi aynen ifa ve gecikme tazminatı hakkından vazgeçerek müspet zararının yükleniciden talep edebilecektir⁶¹⁸. Bu kapsamda arsa sahibinin, müspet zararı talep hakkı kapsamına giren gecikme zararlarının hukuki niteliği, TBK m. 118'de düzenlenen aynen ifa ile birlikte talep edilebilen gecikme zararlarının hukuki niteliği ve kapsamı ile aynı olacaktır⁶¹⁹. Bununla birlikte hâlihazırdaki malvarlığında meydana gelen eksilmeye ilişkin olan

KARAHASAN 1997, age. s. 515; Bilal KARTAL 1993, age. s. 102 vd.; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 1285 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 109.

⁶¹⁴ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 83; Naz AYDIN 2020, agt. s. 70; Hasan ERMAN 2010, age. s. 100; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 114; Mustafa Şahin ŞEN ve Mustafa Kemal ŞEN (2017), *6098 Sayılı Kanun Hüükümlerine göre Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı*, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, s. 160.

⁶¹⁵ Şener AKYOL (2008), *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 121; İsa ENLİ 2017, age. s. 136; Fikret EREN 2019, *Borçlar Genel*, s. 1141; Mehmet Serkan ERGÜNE 2008, age. s. 55; Hasan ERMAN 2010, age. s. 91; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, *Borçlar Genel*, s. 930; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 518; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 643-644; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 312; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 508.

⁶¹⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 233; Gökhan DİRİCAN 2007, age. s. 58; İsa ENLİ 2017, age. s. 136; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, *Borçlar Genel*, s. 930; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 522; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 312; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 363; NeziH SÜTÇÜ 2010, age. s. 639; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 266; Turgut UYGUR 1993, age. s. 644; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 69.

⁶¹⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 313.

⁶¹⁸ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 396; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 86; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 517-518; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 114; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 250.

⁶¹⁹ Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 434; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 140; Hasan ERMAN 2010, age. s. 93 vd.; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 70; Turgut UYGUR 1993, age. s. 482; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 70.

müspet zarar kapsamına, temerrüt dolayısıyla uğramış olduğu fiilli zararları ve yoksun kalınan kârları da dahil olacaktır⁶²⁰. Bu durumda arsa sahibinin müspet zarar talebi, yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle inşa edilemeyen ve arsa sahibine teslim edilemeyen bağımsız bölümlerin satılamamış olması halinde ortaya yoksun kalınan kârlar ile binanın üçüncü kişiye tamamlanması halinde ortaya çıkan masraflar, yine kira masrafları gibi arsa sahibinin malvarlığında azalmaya neden fiilli zararlardan oluşmaktadır⁶²¹.

Temerrüt halinde alacaklının seçimlik haklarının düzenlendiği TBK m. 125'te alacaklının müspet zarar talep hakkının kullanabilmesi yönünden, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte tazminat yükümlülüğü kapsamında borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şarttır⁶²². Bir başka ifade ile arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını yükleniciden talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir⁶²³. Bununla birlikte sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TBK m. 112 gereğince temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayamadıkça yüklenici, arsa sahibinin müspet zararını tazminle yükümlü olacaktır.

Arsa sahibinin müspet zarar talep hakkını kullanması yönünden önem arz eden bir başka konu da aynen ifa talebinden vazgeçme anına kadar tamamlanan yapı veya bağımsız bölümlerin kabulü ve bunlara ilişkin bedelin tazminat miktarından düşülmesidir. Aynen ifadan vazgeçme anına kadar kısmen tamamlanmış yapı veya bağımsız bölümlerin, kullanılabilir nitelik arz etmesi halinde arsa sahibi, TBK m. 486/2 gereğince bunları kabul etmeli ve tamamlanan kısma denk gelen bedelin tazminattan mahsup edilmesine razı olmalıdır⁶²⁴. Bununla birlikte yüklenici tarafından tamamlanıp arsa sahibine teslim edilen kısmın, kullanılabilir nitelik

⁶²⁰ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 169; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 97; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 514.

⁶²¹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 84; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 97.

⁶²² İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 251; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1119; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 172; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 714; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 409; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 145; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 268; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 113.

⁶²³ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 99; İsa ENLİ 2017, age. s. 140; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1143; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 172; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 930; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 508; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 145; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 962; Turgut UYGUR 1993, age. s. 482; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 113.

⁶²⁴ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 141; İsa ENLİ 2017, age. s. 140; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 115; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 268; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 112; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 72 vd.

taşınamaması halinde müspet zarar kapsamı, yüklenicinin o ana kadar ki tüm edimlerinden oluşacaktır⁶²⁵.

Arsa sahibinin müspet zararını talep hakkını kullanması ile sözleşme konusu değişmiş, yüklenicinin asli edim borcu olan yapı veya bağımsız bölüm meydana getirme ve teslim edimi yerini, tazmin edimine bırakmıştır⁶²⁶. Bu kapsamda arsa sahibinin müspet zarar talep hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresi de, asli edimin, bir başka ifade ile yapı veya bağımsız bölümlerin meydana getirilmesi ve tesliminin tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olacaktır⁶²⁷. Bu takdirde müspet zarar talebi, yüklenicinin temerrüde düşmede hafif kusurlu yahut ihmali bulunduğu durumlarda TBK m. 147/6 gereği, yüklenicinin yapı veya bağımsız bölümleri tesliminde temerrüde düştüğü andan itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir⁶²⁸. Yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölüm tesliminde, kastı veya ağır ihmal davranışı ile ağır kusurlu olarak temerrüde düşmesi halinde ise ilgili müspet zarar talebi TBK m. 146 gereği, on yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır. Bu süreler, arsa sahibinin yükleniciye, müspet zarar tazminini seçtiğini bildirdiği andan itibaren başlayacaktır⁶²⁹.

3.4.2.2 Müspet Zararın Hesaplanması

Arsa sahibinin, müspet zararının hesaplanması yönünden dikkate alınacak başlangıç tarihi, kural olarak aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiği tarihtir⁶³⁰. Bununla birlikte vazgeçmeye ilişkin beyana ihtiyaç duyulmayan hallerde başlangıç tarihi, yüklenicinin temerrüt tarihi kabul edilecektir⁶³¹. Buna karşılık arsa sahibinin, aynen ifadan vazgeçmesi ve müspet zararını talep etmesi halinde de sözleşmenin devamlılığını korumaktadır. Devam eden bu sözleşme gereği arsa sahibinin, kendi edimine ilişkin ifa yükümlülüğünün sona erip ermemesine göre doktrinde farklı teoriler kapsamında müspet zararın hesaplanması yoluna gidilmiştir. Müspet zarar talebinin hesaplanması mübadele ve fark teorisine göre yapılacaktır⁶³².

Müspet zararın hesaplanmasında dikkate alınacak mübadele teorisine göre, yüklenicinin ifa yükümlülüğünün yerini tazminat ödeme yükümlülüğü alırken arsa

⁶²⁵ Serkan AYAN 2008, age. s. 243.

⁶²⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 350.

⁶²⁷ Serkan AYAN 2008, age. s. 315; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 135.

⁶²⁸ M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 140.

⁶²⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 350.

⁶³⁰ Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 117.

⁶³¹ Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 523-524; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 962.

⁶³² Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 170; Naz AYDIN 2020, agt. s. 72; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 120; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 117.

sahibinin aynen ifa yükümlülüğü devam etmektedir⁶³³. Bu kapsamda ilgili teorinin kabul edilmesi halinde arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölüm kendisine teslim edilmemiş olsa bile belirli arsa paylarını yükleniciye devretmekle yükümlüdür⁶³⁴. Buna karşılık arsa sahibinin ifa yükümlülüğünün bedel ödeme borcu olduğu durumda ise bu bedel yükleniciye ödenecektir⁶³⁵. Müspet zararın, mübadele teorisine göre hesaplanması halinde arsa sahibi, aynen ifa yükümlülüğü kapsamında yer alan ve sözleşme ile karşılaştırılan arsa paylarının tümünü, yükleniciye devredeceğinden talep edeceği müspet zarar hesabı da edimin tam değeri üzerinden yapılacaktır⁶³⁶. Bu kapsamda arsa sahibi, müspet zararını, edimin tam değeri olarak talep edebilecektir.

Müspet zararın hesaplanması yönünden baskın olan fark teorisine göre ise arsa sahibi, temerrüde düşen yükleniciye karşılık edimini, aynen ifa etme yükümlülüğü altında olmamakla birlikte yükleniciden talep ettiği tazminat miktarından, ifasıyla yükümlü olduğu edimin mahsup edilmesini ve geri kalan kısmı talep hakkına sahip olacaktır⁶³⁷. Bu kapsamda fark teorisinin uygulanması halinde arsa sahibi, aynen ifa yükümlülüğü kapsamında yükleniciye pay devrini gerçekleştirmeyecekken, kendisine ödenecek tazminat talebinden bu payların değerinin düşülmesi halinde geriye kalan miktarı talep edebilecektir⁶³⁸.

Müspet zararın hesaplanmasının mübadele ya da fark teorilerinden herhangi birine göre yapılması, yüklenicinin tazminle sorumlu olduğu zarar kapsamında değişikliğe yol açmamakla birlikte bu teorilerden hangisi uygulanırsa uygulansın ifa edilmeyen edimin değeri ya da gecikme dolayısıyla arsa sahibinin uğramış olduğu gecikme zararı etkilenmeyecektir⁶³⁹.

⁶³³ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1118; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 76-77; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 250; Bilal KARTAL 1993, age. s. 104; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 147; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 268; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 72.

⁶³⁴ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 171.

⁶³⁵ Serkan AYAN 2008, age. s. 236; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 76; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 146.

⁶³⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 236; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 77; Hasan ERMAN 2010, age. s. 93-94; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 147; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 271; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 1161; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 72.

⁶³⁷ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 99; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 120; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 250; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1118; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 77; Bilal KARTAL 1993, age. s. 103; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 269; Turgut UYGUR 1993, age. s. 483.

⁶³⁸ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 98 vd.; Hasan ERMAN 2010, age. s. 93; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 77; Bilal KARTAL 1993, age. s. 103; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 515; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 269 vd.; Turgut UYGUR 1993, age. s. 483; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 71 vd.

⁶³⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 323.

Müspet zararın hesaplanması yönünden bir diğer önemli husus ise hesaplanmada dikkate alınacak an, başlangıç tarihidir. Bu kapsamda sözleşmede kararlaştırılan ve arsa sahibine devredilecek bağımsız bölümler ile yükleniciye devredilecek arsa paylarının değeri, arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiği tarihte geçerli olan rayiç bedele göre belirlenecektir⁶⁴⁰. Bu takdirde fark teorisinin uygulanması ile hesaplanacak müspet zarar, rayiç bedele göre tespit edilmiş bağımsız bölümlerin bedelinden, yine rayiç bedele göre tespit edilen arsa paylarının değerinin çıkarılması ile ortaya çıkan fark bedele, gecikme nedeniyle uğranan zararlar ile inşaatın tamamlanması için gerekli bedelin eklemesi ile hesaplanacaktır⁶⁴¹.

3.4.2.3 Sözleşmeden Dönerek Menfi Zararı Talep Hakkı

3.4.2.3.1 Dönme Hakkının Kullanılması

Yapı veya bağımsız bölümün tesliminde temerrüde düşen yükleniciye karşılık arsa sahibi, aynen ifanın menfaatini karşılamadığı durumlarda, aynen ifadan vazgeçtiği yükleniciye bildirmek kaydıyla TBK m. 125/2 gereğince sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebilecektir⁶⁴². Arsa sahibinin seçimlik haklarından biri olarak ortaya çıkan dönme hakkı ile taraflar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasından önceki durumlarını yeniden tesis etmeyi amaçlamaktadır⁶⁴³. Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, yenilik doğuran, tek taraflı, yükleniciye ulaşması gereken, herhangi bir şekil şartına tabi olmayan ve kullanıldıktan sonra geri alınamayan hak niteliğindedir⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Hasan ERMAN 2010, age. s. 93; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 74.

⁶⁴¹ Hasan ERMAN 2010, age. s. 94; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 271; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 73.

⁶⁴² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 350.

⁶⁴³ Ayça AKKAYAN YILDIRIM 2004, agm. s. 50; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 78; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 103; Şeref ERTAŞ (2008), “Bir Sözleşmenin Haklı veya Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 391-392; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 511; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 27-28; Rona SEROZAN (2007), *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 40.

⁶⁴⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 252; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 118 vd.; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 103; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 403; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 87; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 106 vd.; Mustafa Reşit KARAHASAN 1997, age. s. 535; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 516; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 34; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 149; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 332; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 46-48; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 273; Turgut UYGUR 1993, age. s. 483 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 114; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 93.

Arsa sahibinin dönme beyanı, yükleniciye ulaştığı anda yüklenicinin kabulü ya da mahkeme kararına gerek olmaksızın hukuki sonuçları doğurmaktadır⁶⁴⁵. Bununla birlikte yüklenicinin, arsa sahibinin koşulları gerçekleştirmemesine rağmen dönme hakkını kullanmış olduğu iddiasıyla açtığı davanın varlığı halinde ise mahkeme tarafından dönme hakkının var olup olmadığının tespitine ilişkin kararı ise kurucu değil bildirici nitelik arz edecektir⁶⁴⁶.

Arsa sahibinin dönme beyanının sonuçlarını doğurmasının, yüklenici kabulüne ihtiyaç duyulmaksızın gerçekleşeceği Yargıtay genel uygulamasında da kabul edilirken⁶⁴⁷ Yüksek Mahkeme, son dönem güncel kararlarında, dönme beyanının hukuki sonuçlarını doğurabilmesinin, ilgili beyanın, yüklenici tarafından kabulüne, kabulün bulunmaması halinde de arsa sahibinin dönme hakkına ilişkin mahkeme kararının varlığına bağlamıştır⁶⁴⁸. İlgili Yargıtay görüşü kabul edildiği takdirde dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi yönünden açılacak davada, mahkeme dönme hakkının haklı olup olmadığının incelemesini yaparak

⁶⁴⁵ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 118.

⁶⁴⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 352.

⁶⁴⁷ Yargıtay 15. H.D 21.11.2007 T, 2007/4646 E. ve 2007/7359 K. sayılı kararında: “Kural olarak eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekilde bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2007-4646-k-2007-7359-t-21-11-2007>, (ET. 29.06.2021).

⁶⁴⁸ Yargıtay 15. H.D, 20.12.2018 T., 2018/2608 E. ve 2018/5171 K. sayılı kararında: “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir. Dairemizin kararlılık gösteren içtihatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, mahkeme kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri fesihle birleşmediği sürece ancak mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır.”; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2018-2608-k-2018-5171-t-20-12-2018>, (ET. 29.06.2021). Yargıtay 15. HD., 21.11.2007 T., 2007/4646 E., 2007/7359 K. sayılı kararında: “Kural olarak eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekilde bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder. (...) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı “sözleşmenin feshi” davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar.”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2007-4646-k-2007-7359-t-21-11-2007>, (ET. 29.06.2021).

karar verecektir⁶⁴⁹. Bu kapsamda mahkemenin, dönme hakkının kullanılmayacağına ilişkin davanın reddine karar vermesi halinde taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, varlığını sürdürmeye devam edecektir⁶⁵⁰. Buna karşılık Yargıtay'ın son dönem kararlarındaki uygulama ile arsa sahibi, yenilik doğurucu hak niteliğindeki dönme hakkını, dava yoluyla kullanabilecek ve bunun sonucunda da bu hak yenilik doğurucu davaya dönüşecektir⁶⁵¹. Nitekim arsa sahibinin, dönme hakkının, yükleniciye ulaştığı anda, hüküm ve sonuçlarını doğuracağı dikkate alındığında⁶⁵² ilgili Yargıtay görüşünün kabulü ile dönmenin hukuki sonuçları da mahkeme kararının kesinleştiği tarihte gerçekleşecek ve arsa sahibi kesinleşme tarihinde sözleşmeden dönmüş sayılacaktır⁶⁵³.

Temerrüde düşen yükleniciye karşılık arsa sahibi, TBK m. 125/3 gereğince şartları gerçekleştiği takdirde, yüklenici, kusurlu olsun olmasın dönme hakkını kullanabilecektir⁶⁵⁴. Bununla birlikte kusur, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı ileri sürülebilirliği yönünden etkileyici bir durum olmamakla birlikte, sözleşmeden dönmeye birlikte talep edilecek menfi zarar talep hakkı, temerrüde düşen yüklenicinin, bu temerrütte kusurlu olması halinde ileri sürülebilecektir⁶⁵⁵. Bu durumda temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispat edemeyen yüklenici, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde uğramış olduğu zararı da tazminle yükümlü olacaktır.

Arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi, birtakım şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır⁶⁵⁶. Arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için dönme öncesinde yükleniciye, aynen ifanın yerine getirilmesi adına tanınmış bir ek süre ve bu ek sürede gerçekleşmeyen ifa üzerine aynen ifadan vazgeçtiğine ilişkin bildirim yapılmış olması gerekmektedir⁶⁵⁷.

⁶⁴⁹ Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 122.

⁶⁵⁰ Hasan ERMAN 2010, age. s. 104.

⁶⁵¹ Nitekim yenilik doğurucu dava hakkına, kanunda sınırlı olarak yer verilmiş olup yine bu haklar, kanunda öngörülenlerden ibarettir. Konuyla ilgili olarak bkz. Turgut ÖNEN 1975, age. s. 53; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 353.

⁶⁵² Serkan AYAN 2008, age. s. 257; Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 179 vd.; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 71 vd.; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 107; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 529; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 275.

⁶⁵³ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 354.

⁶⁵⁴ Naz AYDIN 2020, agt. s. 73; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 110; İsa ENLİ 2017, age. s. 148; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1147; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 81; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 511; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 32.

⁶⁵⁵ Serkan AYAN 2008, age. s. 252; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 79; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 81; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 32; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 149.

⁶⁵⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 356.

⁶⁵⁷ İsa ENLİ 2017, age. s. 149; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 527.

Arsa sahibinin ihtar bildirimini ile yükleniciyi temerrüde düşürmediği, ya da dönme beyanı öncesinde yükleniciye tanınmış bir ek sürenin söz konusu olmadığı durumlarda, koşulları gerçekleşmeyen sözleşmeden dönme durumu gündeme gelecektir⁶⁵⁸. Arsa sahibinin koşulları oluşmamış dönme beyanı ile sözleşmeden dönmesi halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre koşulları oluşmayan dönme beyanı ile sözleşmeden dönülmüş olması halinde bu arsa sahibinin bu dönme beyanının, TBK m. 484 gereği tam tazminat karşılığı fesih iradesi olarak değerlendirilmesi gerektiği bununla birlikte tamamlanan yapı ve bağımsız bölümlerin, tamamlanan kısımlarına denk gelen bedelin ve yüklenicinin diğer tüm zararlarının karşılanmak sureti ile sözleşmenin feshedilebileceği kabul edilmiştir⁶⁵⁹. Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise arsa sahibinin koşulları oluşmadığı halde sözleşmeden dönmesi halinde bunun, TBK m. 484'te yer alan tam tazminat karşılığı fesih iradesi olarak değerlendirilmesinin, arsa sahibi aleyhine doğuracağı ağır sonuçlar dikkate alındığında bunun koşulları oluşmamış dönme beyanının, bu kapsamda değerlendirilmesinin doğru olmayacağı savunulmaktadır⁶⁶⁰. Bununla birlikte Yargıtay ise TBK m. 484'te yer alan düzenlenmenin, arsa sahibinin hiçbir sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshetmiş olması halinde uygulama alanı bulabileceği kabul etmektedir. Öte yandan arsa sahibinin koşulları gerçekleşmeyen bu dönme beyanı ise yüklenicinin temerrüde düşmüş olması nedeniyle ileri sürüldüğü ve dönme beyanının gerekçesinin bu olduğu düşünüldüğünde, ilgili hükmün uygulanması ve koşulları gerçekleşmemiş dönme beyanının, tam tazminat karşılığı fesih iradesi olarak değerlendirilmeyeceği yönünde karar vermiştir⁶⁶¹. Kanaatimizce de her ne kadar koşulları oluşmasa da arsa sahibi bu

⁶⁵⁸ İsa ENLİ 2017, age. s. 158.

⁶⁵⁹ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 392.

⁶⁶⁰ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 181; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 217 vd.; İsa ENLİ 2017, age. s. 159; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 142; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 198; Rona SEROZAN 2009, İfa Engeli,, s. 497; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 94.

⁶⁶¹ Yargıtay 15. HD. 23.06.1994 T., 1993/5225 E. 1994/4242 K.: "(...) BK'nun 106. maddesi gereğince uygun bir süre tayin edilerek feshin ihbar edilmesi ve bu süre sonunda sözleşmenin feshedilebileceğine davalı arsa sahibinin buna rağmen herhangi bir süre vermeden 7.10.1991 tarihinde sözleşmeyi feshetmek istemesine ve daha sonra yükleniciyi azletmesine, bu nedenle fesihle haklı sayılamayacağına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Toplanan kayıtlardan davalı tarafın sözleşmeyi haksız olarak feshettiği, böylece davacının kâr mahrumiyeti isteyebileceği sonucuna varılmıştır. Somut olayda kâr mahrumiyeti hesabının hangi yöntemle yapılacağı hususu önem kazanmaktadır. Davalı yanın sözleşmeyi BK.nun 369. maddedeki yazılı koşullar gereğince feshedilmediği anlaşıldığından, kar mahrumiyeti hesabının BK.nun 325. maddesindeki kesinti yöntemine göre yapılması gerekmektedir. Bu maddedeki yöntemle göre, eserin bedelinden, yüklenicinin işi tamamlamaması dolayısıyla sağladığı tasarruf (örneğin, malzeme ve personel giderlerinden tasarruf ettiği miktar) ile, boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği

dönme beyanının gerekçesini, yüklenicinin yapı veya bağımsız bölümleri teslim etmede temerrüde düşmesi oluşturmaktadır. Bununla birlikte tam tazminat karşılığı fesih iradesi olmamasına rağmen ilgili hükmün uygulanması ile tam tazminat ödeyerek fesih yönündeki iradenin, arsa sahibine dayatılması doğru değildir. Bununla birlikte ilgili hükmün, arsa sahibinin, koşulları oluşmadığı halde sözleşmeden döndüğü durumlarda değil, arsa sahibinin hiçbir neden göstermeksizin dönme hakkını kullandığı durumlarda, uygulama alanı bulması daha adil sonuçlar doğuracaktır.

3.4.2.3.2 Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Arsa sahibinin, sözleşmeden dönmesi halinde TBK m. 125/3 gereğince tarafların, henüz ifası gerçekleşmemiş edimlere ilişkin ifa yükümlülükleri sona ererken, dönme anına kadar ifa edilen edimlerin iadesi ise karşılıklı olarak talep edilebilecektir. Arsa sahibinin dönme beyanı ile taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tasfiyesi ile tasfiye edilen bu sözleşme gereği tarafların iade yükümlülükleri gündeme gelir⁶⁶². Bu kapsamda dönmenin, sözleşme taraflarının, henüz yerine getirmemiş oldukları edimleri yönünden borçlarını sona erdiren bununla birlikte dönme öncesinde ifası gerçekleşen edimler yönünden de tarafları iade borcu altına sokan iki temel sonucu söz konusudur⁶⁶³. Bununla birlikte tarafların, sözleşmede taahhüt ettikleri edimleri yönünden ifa yükümlülüklerinin ortadan kalkması, dönmenin, geleceğe etkili hukuki sonucu oluştururken, dönme anına kadar hâlihazırda ifa edilen edimlerin iadesine ilişkin yükümlülük ise dönmenin geçmişe etkili hukuki sonucu olarak kabul edilecektir⁶⁶⁴.

3.4.2.3.2.1 Dönme Hakkının Kullanılması Sonucunda Sözleşme Geçerliliğinin Akıbetine İlişkin Teoriler

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin akıbeti, tarafların iade borcunun kapsamı ve bu iade

kar ve böyle bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanacağı miktar toplamları düşülerek, yüklenicinin iş sahibinden isteyeceği ödence miktarının ortaya çıkarılması gerekmektedir.”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-1993-5225-k-1994-4242-t-23-06-1994>, (ET. 29.06.2021).

⁶⁶² Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 118; İsa ENLİ 2017, age. s. 148; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1144; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 352; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 74; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 49; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 93.

⁶⁶³ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 124; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 360.

⁶⁶⁴ Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 126; İsa ENLİ 2017, age. s. 160; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 531; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 361.

borcunun hukuki niteliği, tartışmalı olmakla birlikte doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bununla birlikte sözleşmeden dönmenin, taraflar arasındaki borçlandırıcı işlemlere etkisi ile iade yükümlülüklerinin hukuki temelini ve kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir.

3.4.2.3.2.1.1 Klasik Dönme Teorisi

Sözleşmeden dönme halinde taraflar arasındaki sözleşmenin akıbeti ve tarafların iade yükümlülükleri yönünden savunulan klasik dönme teorisine⁶⁶⁵ göre arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile taraflar arasındaki sözleşme, geçmişe etkili olarak sona erecek bir başka ifade ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hiç kurulmamış sayılacaktır. Bununla birlikte taraflar, ortadan kalkan sözleşme gereği ifalarını gerçekleştirmedikleri borçları yönünden sorumluluktan kurtulurken, dönme anına kadar gerçekleşen edim ifaları yönünden de iade ile yükümlüsü haline gelmektedir⁶⁶⁶. Bu kapsamda tarafların, sözleşme geçerliken, vaktiyle ifa ettikleri edimleri de dönmeye birlikte ortadan kalkan sözleşme gereği hukuki sebepten yoksun hale dönüşür⁶⁶⁷. İlgili görüşe göre dönmeye birlikte hukuki sebepten de yoksun hale gelen bu edimler de ise sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında geri istenebilecektir⁶⁶⁸. Nitekim geçerli sözleşmeye bağlı olarak yapılan ifa sonucu, tarafların elde ettikleri tüm haklar ve malvarlığı artışları, sözleşmeden dönmeye birlikte artık onlar için artık sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir⁶⁶⁹.

Tüm bunlarla birlikte dönmenin, dönülen sözleşme uyarınca yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliğe etkisi ile bu tasarruf işlemlerine bağlı kazanılan hakların iadesinin ne şekilde yapılacağı hususu da klasik dönme teorisi savunucularını ikiye bölmüştür. Klasik teoriyi savunan bir grup görüşüne göre; sözleşmeden dönme, sadece taraflar arasındaki sözleşmeyi sona erdirmekle birlikte bu sözleşmeye bağlı olarak yapılmış olsalar bile tasarruf işlemlerinin geçersizliği sonucunu doğurmaz⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 182; Serkan AYAN 2008, age. s. 266; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 118; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 103; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 122; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 453; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 532; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 150; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 161-162; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 276 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 115; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 109 vd.

⁶⁶⁶ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 125.

⁶⁶⁷ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 521.

⁶⁶⁸ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 119; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 35 vd.; Turgut UYGUR 1993, age. s. 487; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 115; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 110.

⁶⁶⁹ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 521.

⁶⁷⁰ İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 453; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 521; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 35.

Yine bu tasarruf işlemleri dolayısıyla kazanılan aynı haklar da kendiliğinden bu hakkı devredene geri dönmezken, devreden bu hakkının iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep etmelidir⁶⁷¹. Bu kapsamda sözleşmeden dönme öncesinde yükleniciye devredilmiş arsa payları varsa, bu payların iadesi, iade alacaklısı arsa sahibi tarafından sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilecekken, arsa sahibi bu iadeyi, yükleniciye açacağı tescile zorlama davası ile talep edebilecektir⁶⁷².

Buna karşılık bir diğer grup klasik teori savunucuları ise aynı etkili dönme görüşünü benimsemiş ve sözleşmeden dönmenin gerek taraflar arasındaki sözleşmeyi gerek ise bu sözleşmeye bağlı olarak yapılan tasarruf işlemlerini de sona erdireceğini kabul etmiştir⁶⁷³. Görüşe göre; dönülen sözleşme kapsamındaki aynı haklar bunları devralana aslında hiç geçmemiştir. Bununla birlikte dönme öncesinde devredilen taşınmazlara ilişkin tesciller, dönme sonrasında hukuki sebebin ortadan kalktığı dikkate alındığında yolsuz tescile dönüşecektir. İlgili görüşün kabul edilmesi halinde sözleşmeden dönülmesi önceden ifa edilen edimin, taşınmaz niteliğine haiz durumlarda bunun iadesi, tapu kaydının düzeltilmesi davası ile söz konusu olacakken, taşınırlar yönünden ise iade istihkak davası ile talep edilecektir⁶⁷⁴.

3.4.2.3.2.1.2 Yeni Dönme Teorisi

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde taraflar arasındaki sözleşmenin akıbeti ve tarafların iade yükümlülükleri yönünden savunulan bir diğer görüş olan yeni dönme teorisi görüşüne⁶⁷⁵ göre arsa sahibinin dönme hakkını kullanması halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayacak, dönme ile birlikte sözleşme içeriği değişecektir⁶⁷⁶. Yeni dönme teorisine göre arsa sahibinin sözleşmeden dönmüş olması, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, geçmişe ya da ileriye etkili olarak sona erdirmemekte sözleşme

⁶⁷¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 362.

⁶⁷² M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 521.

⁶⁷³ Serkan AYAN 2008, age. s. 269; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 121; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 533; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 519; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 40; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 134; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 279; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 113.

⁶⁷⁴ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 172-173; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 241; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 279; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 113.

⁶⁷⁵ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1144-1146; Ayşe HAVUTÇU 1995, age. s. 66; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 533; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 77; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 73; Rona SEROZAN 2009, İfa Engeli, s. 231-232; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 48.

⁶⁷⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 364; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 80.

devamlılığı korumaktadır⁶⁷⁷. İlgili görüş yazarlarına göre dönme, değiştirici yenilik doğurucu bir hakkına kullanılmasıdır⁶⁷⁸. Bununla birlikte taraflar arasındaki sözleşme içeriği, sözleşmeyle kararlaştırılmış borçların ifası yerine dönme anından önce elde edilen edimlerin geri verilmesi şeklinde değişmektedir⁶⁷⁹. Bir başka ifade ile arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte sözleşme konusunu, borçların ifası değil, tasfiye borcu oluşturacaktır⁶⁸⁰.

Yeni dönme teorisinin kabulü halinde sona ermeyen ancak içerik değiştiren sözleşme ile birlikte dönme anı öncesinde var olan ilk sözleşmeye göre yapılan tasarruf işlemleri ile bunlara bağlı olarak kazanılan aynı hakların da geçerliliğini koruyacağı kabul edilmektedir⁶⁸¹. Bu kapsamda dönme anından önce iktisap edilen aynı haklar, eski sahibine kendiliğinden dönmemekle birlikte iade yükümlüsü devralan tarafından iade edildiği takdirde dönecektir⁶⁸². Buna göre; tarafların iade talebi tıpkı borcun ifasının talep edildiği şekilde talep edilecektir⁶⁸³. Bununla birlikte sözleşmeden dönme anına kadar ifa edilen edimlerin, taşınmaz niteliğinde haiz olduğu ve devralan tarafın, iadesi talep edildiği halde iadeyi yapmaktan kaçınması halinde, devreden, tescile zorlama davası açarak alınan karar ile devreden, mülkiyet hakkını yeniden tahsis etmiş olacaktır⁶⁸⁴.

3.4.2.3.2.1.3 Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde sözleşmenin geriye etkili olarak sona ereceğinin kabul edildiği klasik dönme görüşünü benimsemiştir⁶⁸⁵. Bununla birlikte yüksek mahkeme tarafından verilen kararlarda sözleşmeden dönme

⁶⁷⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 364; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 135.

⁶⁷⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 524.

⁶⁷⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 365; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 135.

⁶⁸⁰ Gülgün ANIK (2005), "Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", *TBB Dergisi*, C. 18, S. 59, s. 226; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 126; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 135.

⁶⁸¹ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 123; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 533; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 365; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 91; Rona SEROZAN 2009, İfa Engeli,, s. 235.

⁶⁸² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 365; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 93-94.

⁶⁸³ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 524.

⁶⁸⁴ Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 95.

⁶⁸⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 02.04.2019 T., 2018/3318 E. ve 2019/1504 K. sayılı kararında: "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde dönme veya fesih halinde sona erme geriye etkili sonuç doğuracağı ve taraflar sebepsiz olarak zenginleşeceklerinden aldıklarını karşı tarafa geri vermek yükümlülüğündedir. Bu halde yüklenici sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığına bakılmaksızın gerçekleştirildiği yasal imalâtların dönme iradelerinin birleştiği ya da dönmeye (fesh) ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihteki mahalli piyasa rayıçları ile bedelini arsa sahibinden isteyebilecektir." karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2018-3318-k-2019-1504-t-2-4-2019>, (ET. 7.09.2021).

halinde tarafların iade ile yükümlü olduğu edimleri, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade edecekleri kabul edilmiştir⁶⁸⁶.

3.4.2.3.2.2 Dönme Hakkının Kullanılması Halinde Ortaya Çıkacak Hukuki

Sonuçlar

3.4.2.3.2.2.1 İfası Gerçekleşmemiş Borçların Sona Ermesi

TBK m. 125/3'te de yer verildiği üzere arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde tarafların, henüz ifası gerçekleşmemiş borçları, karşılıklı olarak sona erecek ve taraflar bu borçlar yönünden ifa yükümlülüklerinden kurtulacaktır. Bu kapsamda sözleşmeden dönme, arsa sahibinin, bedel ödeme borcunu ortadan kaldırırken, yüklenicinin de henüz inşasına başlamadığı bağımsız bölümler yönünden inşa ve teslim borcunu sona erdirecektir⁶⁸⁷. Sözleşmeden dönen arsa sahibi, dönme sonrasında yüklenici tarafından kendisine yöneltilen ifa talebini de kabule zorlanamayacaktır⁶⁸⁸. Bununla birlikte yüklenicinin henüz kendisine devri gerçekleşmemiş arsa payı şeklinde kararlaştırılan bedel alacağını, üçüncü kişilere devretmiş olabilir. Bu durumda sözleşmeden dönen arsa sahibi, dönme nedeniyle bu borcun ortadan kalktığı gerekçesiyle, pay devrini, üçüncü kişilere gerçekleştirmekten kaçınabilecektir⁶⁸⁹.

3.4.2.3.2.2.2 İfası Gerçekleşmiş Edimlerin İade Edilmesi

TBK m. 125/3'e göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi halinde taraflar, dönme anına kadar ifa edilen edimleri, birbirinden talep edilebilecek bir başka ifade bu edimler yönünden iade borcu altına gireceklerdir⁶⁹⁰. Bu kapsamda arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölüm inşasının hazırlık aşamasında elde ettiği

⁶⁸⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 05.11.1990 T., 1990/1352 E. ve 1990/4599 K. sayılı kararında; "... davalılar, davacının sözleşmeye aykırı davranışı sonucu akdi feshetmişlerdir. Davacı yaptığı hafriyat bedelini de istemiştir. ... e. Borçlar Kanunu'nun 61. maddesine göre vücudu nihayet bulmuş bir sebebe müsteniden ahzolan şeyin iadesi gerekir..." ifadesi yer almaktadır. Karar için bkz: Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 854.

⁶⁸⁷ Serkan AYAN 2008, age. s. 254; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 428; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 154; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 217; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 127; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s.101; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 534; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 31; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 340; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 282; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 114.

⁶⁸⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 378; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 33.

⁶⁸⁹ Serkan AYAN 2008, age. s. 254 vd.; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 414 vd.; Yusuf BÜYÜKAY 2013, age. s. 217; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 154; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 102; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 531; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 31; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 340 vd.; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 282 vd.; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 114; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 126 vd.

⁶⁹⁰ Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 103; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 127.

değerler var ise bunları iade ile yükümlüyken, yüklenici ise arsa sahibinin, kısmen veya tamamen ödediği bedelleri iade borcu altına girmektedir⁶⁹¹.

Sözleşmeden dönme halinde tarafların iade ile yükümlü olduğu edimler kural olarak aynen iade edilecektir⁶⁹². Taraf edimlerinin iadesinin aynen iade edilemediği durumda ise iade, edimin parasal değeri üzerinden yapılacaktır⁶⁹³.

Dönmenin hüküm ve sonuçları kapsamında taraflar birbirlerine karşı iade yükümlülüğü altına girmektedir. Bununla birlikte sözleşmeden dönmenin, yapı veya bağımsız bölümlerin teslim edilememesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığı dikkate alındığında arsa sahibi, çoğu zaman iade konusu şeye sahip değildir⁶⁹⁴. Bununla birlikte bazı hallerde tam anlamıyla tamamlanmamış olmasa da yapı veya bağımsız bölüm, arsa sahibinin fiili ya da hukuki hâkimiyetine bırakılmış olabilir⁶⁹⁵. Bu durumda arsa sahibinin iade borcunun kapsamı, dönme anında fiili ya da hukuki hakimiyetinin mevcut olan duruma göre belirlenecektir⁶⁹⁶. Bununla birlikte arsa sahibinin iade yükümlülüğünü ne şekilde yerine getireceği, yüklenici tarafından dönme anına kadar inşa edilen yapı veya bağımsız bölümlerin bulunduğu yerden sökülüp ayrılma kabiliyetlerine göre de değişiklik gösterecektir⁶⁹⁷. Bulunduğu yerden sökülebilen, prefabrik veya baraka türündeki yapıların iadesi, aynen iade şeklinde yapılacak iken, bir yerden bir yere taşınması ya da sökülmek kaydıyla iadesi olanaksız olan arsa sahibine ait arsa üzerine inşa edilmiş yapı veya bağımsız bölümlerin iadesi ise bunların değeri karşılığındaki bedellerin, yüklenici ödenmesi ile gerçekleşecektir⁶⁹⁸. Arsa sahibinin, aynen iadeyi gerçekleştirememesi nedeniyle ödenen bu bedel, kısmen, eksik olarak tamamlanan yapı veya bağımsız bölümün değeri bir başka ifade ile eksik imalat bedeli olarak kabul edilecektir⁶⁹⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi halinde yüklenicinin iade borcunun kapsamı ise yüklenicinin bedel hakkının, sözleşmede para ya da

⁶⁹¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 378.

⁶⁹² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 379; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 249.

⁶⁹³ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 219; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 379; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 249.

⁶⁹⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 379.

⁶⁹⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 380.

⁶⁹⁶ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 191; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 127.

⁶⁹⁷ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 98.

⁶⁹⁸ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 188 vd.; Serkan AYAN 2008, age. s. 257; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 535 vd.; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 340; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 283 vd.

⁶⁹⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 189 vd.; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 407; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 538 vd.; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 151; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 78.

devredilecek arsa payı olarak kararlaştırılmış olmasına göre belirlenir⁷⁰⁰. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ödenecek bedelin, para olarak kararlaştırıldığı durumlarda yüklenici, arsa sahibi tarafından, dönme anına kadar kısmen veya tamamen yapılan ödemeleri, TBK m. 229/1'in kıyasen uygulanması ile faizi ile birlikte arsa sahibine iade etmekle yükümlü olacaktır⁷⁰¹. Bununla birlikte taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, çoğunlukla, yüklenicinin yapı inşa ve teslim borçlarına karşılık arsa sahibinin bedel ödeme borcunun, arsa paylarının devredilmesi şeklinde kurulmaktadır⁷⁰². Bu durumda yüklenicinin iade borcunun kapsamı, dönme anına kadar kendisine devredilen bu arsa paylarının miktarına göre belirlenecek, devredilen bu arsa payları ile doğru orantılı olacaktır⁷⁰³. Öte yandan taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaatın tamamlanıp tesliminden önce arsa paylarının kısmen veya tamamen yükleniciye devredileceği şeklinde de akdedilmiş olabilir. Bu kapsamda arsa payları, yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölümü inşası ve teslimi ifasını yerine getirmiş olmasına rağmen yüklenici adına tapuda tescil edilmektedir. Buna karşılık yüklenici edimini ifa etmeden arsa sahibi tarafından kendisine devredilen bu arsa paylarını, finansal kaynak elde etme kapsamında üçüncü kişilere satış yolu ile devretmiş olabilir⁷⁰⁴. Bu durumda temerrüde düşen yüklenicinin, üçüncü kişilere devrettiği arsa paylarının iadesini, ne şekilde gerçekleştireceği, dönme halinde sözleşme geçerliliğinin akıbetine ilişkin teorilerden yola çıkarak tespit edilecektir. Konuyla ilgili ihtimallerin değerlendirilmesi aşağıda sözleşmeden dönülmesi halinde üçüncü kişilerin hukuki durumu bölümünde değerlendirilecektir.

Arsa sahibinin, sözleşmeden dönme ile birlikte kendisine iade edilmesini talep ettiği edim, imkânsızlığa uğramış olabilir. Arsa sahibinin, iade talebine konu edimin, yüklenici kusuruyla imkânsızlaşması halinde TBK m. 112 gereğince yüklenici, iadenin gerçekleşmemesi nedeniyle arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır⁷⁰⁵. Bununla birlikte edimin imkânsızlaşmasında yükleniciye kusurun atfedilemediği durumlarda TBK m. 136/1 gereğince yüklenicinin iade borcu ortadan kalkacaktır⁷⁰⁶.

⁷⁰⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 392.

⁷⁰¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 266.

⁷⁰² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 392.

⁷⁰³ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 191; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 128.

⁷⁰⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 392.

⁷⁰⁵ Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 544; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 400.

⁷⁰⁶ Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 544; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 400.

3.4.2.3.2.2.3 Sözleşmeden Dönülmesi Halinde Üçüncü Kişilerin Durumu

Taraflar, arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa payı devrinin, yapı veya bağımsız bölüm tamamlanması ve tesliminden önce yükleniciye yapılması şeklinde akdedilmiş olabilir. Bu kapsamda yüklenici, yapı inşa ve teslim borcunu henüz ifa etmeden, devredilen arsa paylarının mülkiyetine sahip olacaktır. Bununla birlikte yüklenici, finansal kaynak sağlamak adına kendisine devredilen bu arsa paylarını, satış ya da satış vaadi ile üçüncü kişilere devretmiş olabilir. Bu noktada, yapı veya bağımsız bölüm inşasının tamamlanamayarak teslimde temerrüde düşen yükleniciye karşılık arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde taraflar karşılıklı iade yükümlülüğü altına girerken, tarafların iade talepleri de şahsi talep niteliğine haizdir⁷⁰⁷. Bu kapsamda iade alacaklısı arsa sahibinin talep hakkının ileri sürülebilmesi yönünden, iade konusu arsa payları üzerinde aynı ya da şahsi hak kazanmış üçüncü kişilerin TMK m. 1023 gereğince iyi niyetli kabul edilip edilmeyeceği hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi halinde, üçüncü kişilerin sahip olduğu aynı hakların akıbeti, sözleşmeden dönülmesi halinde sözleşmenin geçerliliği ve dönmeden önce yerine getirilen edimlerin akıbetine ilişkin teoriler ve Yargıtay uygulaması kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda kabul edilen klasik dönme teorisine göre; sözleşmeden dönme, her ne kadar taraflar arasındaki sözleşmeyi hükümsüz kılsa da bu dönme öncesinde yapılan tasarruf işlemleri ve bu tasarruf işlemlerine bağlı olarak kazanılan aynı haklar geçerliliğini koruyacaktır. Bu takdirde dönme öncesinde arsa payları kendisine devredilen üçüncü kişinin hak kazanımı, iyi niyetli olup olmamasından bağımsız olarak geçerli kabul edilecektir⁷⁰⁸. Öte yandan, dönme ile birlikte iade alacaklısı konumuna gelen arsa sahibi, bu aynı hakların kendisine iade edilmesini de üçüncü kişiden değil sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında yükleniciden talep edebilecektir⁷⁰⁹.

Sözleşmeden dönme ile birlikte hem dönülen sözleşmenin hem de bu sözleşmeye bağlı tasarruf işlemlerinin en baştan itibaren hükümsüz hale geleceğini kabul eden aynı etkili dönme teorisine göre; arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte dönme öncesinde yapılan tescillerin tümü, hukuki sebepleri ortadan

⁷⁰⁷ Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 568; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 373.

⁷⁰⁸ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 118; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 524; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 34.

⁷⁰⁹ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 118; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 34.

kalkacağından yolsuz hale gelecektir. Bununla birlikte arsa sahibinin, dönme ile birlikte sahip olacağı iade hakkı, da aynı nitelikte bir haktır. İlgili görüşün kabulü halinde arsa sahibi, yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilere karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabilecektir⁷¹⁰.

Yeni dönme teorisine göre ise arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde dönme anına kadar gerçekleşen tasarruf işlemleri, geçerliliği koruyacaktır. Bununla birlikte dönme, iade borçlusunun kazanmış olduğu aynı hakları, geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmazken bu hakların da eski sahibine dönmesi gibi bir sonuç da yaratmayacaktır⁷¹¹. Bu kapsamda yüklenicinin, arsa paylarını devrettiği üçüncü kişilerin, bu devir dolayısıyla kazanmış oldukları aynı haklarını, gerçek malikinden iktisap ettikleri kabul edilecektir⁷¹². İlgili teorinin kabulü halinde iade konusu arsa payı üzerinde, aynı hak kazanımı gerçekleşen üçüncü kişinin, bu kazanımı geçerliliği korurken⁷¹³, bu kişilerin, aynı hak kazanımları sırasında iyi niyetli olup olmadıkları dikkate alınmayacaktır⁷¹⁴. Bununla birlikte ilgili teoriye göre iade alacaklısı arsa sahibinin, devredilen arsa paylarının iadesine yönelik talep hakkı, şahsi bir hak olmakla birlikte sözleşme tarafı statüsünde olmayan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülemeyecektir⁷¹⁵. Yine ilgili arsa paylarının üçüncü kişilere devrinin gerçekleştiği ve yüklenicinin hâkimiyetinde de olmadığı gözetildiğinde, iade alacaklısı arsa sahibi, bu arsa paylarının parasal değerini yükleniciden talep edebilecektir. Öte yandan üçüncü kişinin aynı hak kazanımı sırasında, iade alacaklısı arsa sahibini zarara uğratma kastıyla hareket ettiği durumlarda arsa sahibi, TBK m. 49/2 kapsamında, aynen tazmin çerçevesinde arsa paylarının aynen iade edilmesini üçüncü kişiden de isteyebilecektir⁷¹⁶.

Yargıtay ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi konusu, yapı ve bağımsız bölümlerin, tamamlanması ve teslimi öncesinde, arsa sahibi tarafından, yükleniciye

⁷¹⁰ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 121.

⁷¹¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 408.

⁷¹² Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 410.

⁷¹³ Gülşah Sinem AYDIN (2019), “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, S. 141, s. 435; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1122; Zafer KAHRAMAN (2015), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, İstanbul, s. 438; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 546-547.

⁷¹⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 408.

⁷¹⁵ Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 568; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 373.

⁷¹⁶ Fehmi GÜNDÜZ (2014), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde 3. Kişinin Şahsi Hak Talebi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 4, s. 273; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 569.

devredilen arsa paylarını, avans niteliğinde kabul etmektedir. Nitekim arsa paylarını yükleniciden devralan üçüncü kişilerin, yapı ve bağımsız bölümlerin tamamlanarak teslim edilmesi halinde bu paylar üzerinde aynı hak iktisabının gerçekleşeceğinin bilinciyle hareket etmesini gerektiği açıktır. Bundan bahisle, üçüncü kişiler adına yapılan tescilin, yolsuz olduğunu kabul etmektedir⁷¹⁷. Öte yandan Yargıtay'a göre, arsa sahibi tarafından önce yükleniciye ondan da üçüncü kişiyi devredilen arsa paylarının mülkiyeti, yapı inşası tamamlanıp teslim anına kadar arsa sahibinde kalmaya devam edecektir. Bu kapsamda mülkiyet hakkı kendisinde olmayan yüklenicinin, inşaatın yapım aşamasında devrettiği arsa paylarını devralan üçüncü kişinin, iyi niyetli olmadığı açıktır⁷¹⁸. Bununla birlikte hukuki sebepten yoksun bu

⁷¹⁷ Yargıtay 23. H.D., 18.03.2016 T., 2015/925 E. ve 2016/1721 K. sayılı kararına göre: “ Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Nitekim bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı gerek 08.10.1991 tarih 1990/4 Esas 1991/13 Karar sayılı inançları birleştirme kararında ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Oysa davalıların henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlığı, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmaması bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir.

Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.” ; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2015-925-k-2016-1721-t-18-3-2016>, (ET. 29.06.2021).

⁷¹⁸ Yargıtay 15. HD.'nin 21.04.1993 T., 3812 E./1871 K.' sayılı kararına göre: “(...)Diğer davalılara gelince; bu kişiler henüz inşasına başlanan binada yüklenicisinden bağımsız bölüm satın alan kimselerdir. Bu tip iştiğale günümüzde yaygın halk deyimiyle "yap-satçılık", anılan satışa da "topraktan satış" ya da "temelden satış" denilmektedir. Bu satışlarda alıcılar genelde arsanın yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona pay devredildiğini bilir ya da bilebilir durumdadırlar. Somut olayda, bağımsız bölüm satın alan kişilerin tapuda davacı yararına ipotek olduğunu görmemeleri düşünülemez. Sözleşme ve buna bağlı taksim krokisinde de arsa sahibine düşen bağımsız bölümlerin varlığı açıkça anlaşılabilir haldedir. Hakkını kullanırken herkes gerekli ihtimamı gösterme zorundadır. Aksi halde kayıtsızlığının sonucuna katlanması gerekir. Bu nedenle, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin istemiyle sözleşmenin geriye dönük feshi sonucu arsanın eski malike döneceğini bile bile pay satın alan davalıların iyiniyetinden bahisle olayda yeri olmayan MK' nun 931. maddesine bakılarak kabulü gereken davanın reddine karar verilmesi doğru olmuştur.”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-1992-3812-k-1993-1871-t-21-04-1993>, (ET. 29.06.2021). Yargıtay 23. H.D., 15.11.2017 T., 2015/2663 E.

yolsuz tescili bilen yahut bilmesi gereken, iyi niyetli olmayan üçüncü kişilerin de bu yolsuz tescile dayanarak hak kazanımlarının, mümkün olmadığı yönünde kararlar verilmiştir⁷¹⁹. Bu kapsamda inşaatın tamamlanıp tesliminden önce bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin, yine inşaat tamamlanmadan yükleniciye verilen bu arsa paylarının avans olarak verildiğini, yüklenicinin ise bunlara ne zaman ki inşaatı

ve 2017/3246 K. sayılı kararına göre: “Gerek yüklenici, gerekse de yükleniciden pay alan davalılara arsa sahibince yapılan arsa payı devirleri avans ödemesi niteliğinde olup, yüklenici ve ondan bağımsız bölüm satın alan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tümü taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat yapıldığını ve yüklenicinin edimini yerine getirdiğinde bağımsız bölümlere gerçekten hak kazanacaklarını bilerek bağımsız bölüm satın almışlardır. Bağımsız bölümlerin mülkiyetini iktisap edebilmeleri için yüklenicinin arsa sahiplerine karşı yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi ve inşaatı sözleşme koşullarına uygun olarak bitirip teslim etmesi gerekir. Somut olayda yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporları doğrultusunda inşaatın fiili durumu ve gecikme hali gözetildiğinde geriye etkili fesih koşulları olduğundan yüklenicinin bağımsız bölümleri hak etmediği sabittir. Bu durumda mahkemece sözleşme gereği yükleniciye avans niteliğinde olan taşınmaz devirleri yönünden davacı talebi de gözetilerek tapu iptali ve tescil kararı verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.” ; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2015-2663-k-2017-3246-t-15-11-2017>, (ET. 29.06.2021); “iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.” ; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2015-925-k-2016-1721-t-18-3-2016>, (ET. 29.06.2021).

⁷¹⁹ Saba ÖZMEN ve Müge ÜREM (2016), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, s. 15 vd.; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 154. Yargıtay 15. HD. 28.09.2010 T., 2009/3593 E., 2010/4847 K. sayılı kararında: “(...)Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi ya da sahiplerince yükleniciye kayden temlik olunan tapulu taşınmaz ya da tapulu taşınmaz payları, "avans" niteliğinde olup; bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları, gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz. Yüklenici; sözleşme ve yasa hükümleriyle fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yüklendiği edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve elde ettiği şahsi hakkını da üçüncü kişilere Borçlar Kanunu'nun 163 ve izleyen maddeleri gereğince devredebilir. Sözleşmenin tamamen ifayla sonuçlanması ya da sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi durumunda ancak yüklenicinin şahsi hakları aynı hakka dönüşebilir. Somut olayda, yüklenici şirketin davacıların arsasına yapmış olduğu inşaatın seviyesinin %60 olması ve yapılan inşaatın da yapı ruhsatına ve onaylı projesine uygun olmaması sebebiyle mahkemece, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili sonuç doğurur şekilde feshine karar verilmiştir. Yüklenici şirketle davacılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geriye etkili sonuç doğurur şekilde fesih olduğuna göre, Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve "haksız iktisap kuralları" uyarınca tarafların aldıklarını karşılıklı olarak iade etmesi gerekir. Bu yasal nedenlerle, yüklenici şirket tarafından dava dışı Faruk'a temlik olunan ve onun tarafından da davalı Nuran'a temlik edilen pay kaydının edinme sebebi, hukuksal dayanaktan yoksun kalmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü gereğince, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı, yasal kural olarak korunur ise de; aynı Yasa'nın 1024. maddesi hükmü gereğince, bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Somut olayda ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan yapı, inşaat halinde olduğu ve yüklenici şirket tarafından tamamlanmadan terkedilmiş bulunduğu halde davalı tarafından pay kaydı iktisap olduğundan davalı, iktisabında iyiniyetli kabul edilemez ve Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz.”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2009-3593-k-2010-4847-t-28-9-2010>, (ET. 29.06.2021).

tamamlarsa ve teslim ederse o zaman sahip olacağını bilmeleri gerektiği aksi durumda iyi niyetli sayılmayacakları kabul edilmiştir⁷²⁰. İlgili kararlar doğrultusunda sözleşmeden dönen arsa sahibi, tapu iptal ve tescil davasını, yükleniciden pay devralan üçüncü kişilere karşı da açabilecektir. Öte yandan inşaatın tamamlanması öncesinde, inşaatın tamamlanamama riskini üstlenerek, yüklenici adına tapudaki tescile güvenerek aynı hak kazanımını gerçekleştiren üçüncü kişiler, TMK m. 1023 hükmünden yararlanamayacaklardır.

Yargıtay tarafından kabul edilen bu avans görüşü haklı olarak eleştirilmiştir. Nitekim Yargıtay'ın bu görüşünün kabul edilmesi halinde, üçüncü kişilerin hak kazanımları, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel borçları dolayısıyla yok sayılmasına neden olacak ve TMK m. 1023 dayanağı "sicile güven" ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁷²¹. Nitekim üçüncü kişilerin tescil

⁷²⁰ Yargıtay 23. H.D., 18.03.2016 T., 2015/925 E. ve 2016/1721 K. sayılı kararına göre: "Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler TMK'nun 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Nitekim bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı gerek 08.10.1991 tarih 1990/4 Esas 1991/13 Karar sayılı inançları birleştirme kararında ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Oysa davalıların henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlığı, bunun içinde bağımsız bölüme bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir.

Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir." ; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2015-925-k-2016-1721-t-18-3-2016>, (ET. 29.06.2021). Yargıtay 15. H.D., 19.10.1998 T, 1998/3274 E. ve 1998/3915 K. sayılı kararında: "İnşaatları daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı sahada yer alan bu kişiler, davalı'den pay satın almışlardır, bir kısmı isein sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerinde yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerinin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK.nun 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez." ; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-1998-3274-k-1998-3915-t-19-10-1998>, (ET. 29.06.2021).

⁷²¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 417.

dayanağını oluşturan belgeleri inceleme gibi bir zorunlulukları olmadığı dikkate alındığında sicilde yer almayan kişisel bir hakkı araştırmamış olmaları da onları, kötü niyetli yapmayacak olup üçüncü kişilerin pay devrinde, iyi niyetli olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁷²². Kanaatimizce de üçüncü kişi, tescilin yolsuz olduğu bilmeyen yahut bilmesi gerekmeyen kişidir. Öte yandan üçüncü kişinin hak kazanımı sırasında yüklenici, tasarruf yetkisine sahip olup, üçüncü kişiden, sözleşmeden ileriden dönme riskini gözeterek tasarruf yetkisi olmayan bir yükleniciden hak kazandığı, kazanım anında öngörmesini beklemek de mümkün değildir. Yine üçüncü kişinin, inşaatın yüklenici tarafından bitirilmeme riskini gözetken ve bunu üstlenene bu nedenle de iyi niyetli olmayan kişi olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Nitekim üçüncü kişi, bu hak kazanımını, güvenli olduğunu düşündüğü tapudaki kayda bağlı olarak yapmıştır.

Yine yüklenici, inşaatın tamamlanması sonrasında devredilmesi kararlaştırılan arsa paylarını, arsa sahibi tarafından kendisine verilen yetki doğrultusunda, üçüncü kişilere, önceden satış yolu ile devretmiş olabilir⁷²³. Yüklenicinin, yetkiye dayanarak yaptığı bu devir, arsa sahibi tarafından yapılan devirden farksız olmakla birlikte⁷²⁴ arsa sahibi tarafından yükleniciye verilen yetki, ilgili arsa paylarının satışı yönünden zımnen onay niteliğinde kabul edilmektedir. Bu kapsamda arsa sahibinin, arsa paylarının devrinin gerçekleşmesi akabinde sözleşmeden dönmesi, üçüncü kişilerin, devredilen paylardaki mülkiyet hakkına hanel getirmeyecektir⁷²⁵. Nitekim taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, geriye etkili olarak sona erdirilmiş olması, temsil yetkisinin geçerliliğine etki etmemekle birlikte arsa payının devir alındığı tarihte geçerli bir temsil yetkisi yahut vekâletnameye dayanılarak yapılan satış sonrasında mülkiyet kazanılmış sayılacaktır⁷²⁶.

⁷²² Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 142; Mahmut COŞKUN 2017, age. s. 142 vd.; Hasan ERMAN 2010, age. s. 165; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 261; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 129 vd.

⁷²³ Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 156.

⁷²⁴ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 131.

⁷²⁵ Aynî etkili dönme teorisini kabul eden Ayan'a göre; "Arsa sahibi tarafından yükleniciye tanınan temsil yetkisi, taraflar arasındaki asıl sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliğinden bağımsızdır. Bu kapsamda arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, geçmişe etkili olarak ortadan kalksa dahi bu sözleşmeye dayanılarak verilen temsil yetkisi dönmeden etkilenmeyecektir. Bu takdirde arsa sahibi tarafından verilen temsil yetkisi kapsamında yüklenici tarafından üçüncü kişilere yapılan arsa payı devirleri, arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi halinde de geçerliliğini koruyacaktır."; s. 302. Benzer şekilde bkz. Hasan ERMAN 2010, age. s. 168.

⁷²⁶ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 209; Serkan AYAN 2008, age. s. 302.

Tüm bunlarla birlikte yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kendisine devredilmesi kararlaştırılan arsa paylarının devrinin gerçekleşip gerçekleşmemesinden bağımsız olarak bu paylar üzerinde üçüncü kişiler lehine, nispi hak tahsis etmiş olabilir⁷²⁷. Nitekim üçüncü kişilerin nispi hak kazanımı için arsa paylarının devrinin, tapuda yüklenici adına tescil edilmiş olması aranmayacaktır⁷²⁸. Arsa paylarının, inşaatın tamamlanması ve teslimi öncesinde, yüklenici adına tapuda temlik edilmiş olması halinde yüklenici, finansal kaynak sağlamak adına, bu arsa paylarını, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişilere vaat edebilir⁷²⁹. Bu kapsamda üçüncü kişi, yüklenici adına kayıtlı bu arsa paylarına ilişkin olarak yüklenici ile taşınmaz satış sözleşmesi akdetme talep hakkına sahip olacaktır⁷³⁰. Yüklenicinin, üçüncü kişi ile taşınmaz satış vaadi akdettiği bu durumda üçüncü kişinin, bu akdedilen sözleşmeye bağlı olarak kazandığı talep hakları, şahsi hak niteliğinde olup yalnızca sözleşme tarafı olan yükleniciye karşı ileri sürülebilecektir⁷³¹. Bu kapsamda üçüncü kişi, yüklenici temerrüdüne bağlı olarak sözleşmeden dönen ve bu dönmeye bağlı olarak iade ile birlikte yeniden payların maliki olan arsa sahibine, taşınmaz satış vaadi gereğince payların adına tescil edilmesini ileri süremeyecektir⁷³². Bu durumda arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi dolayısıyla zarara uğrayan üçüncü kişi, şahsi haklarını, yine bu şahsi haklarının kaynağı olan sözleşmenin tarafı yükleniciye karşı ileri sürecek ve zararının tazminini talep edebilecektir⁷³³.

Öte yandan, üçüncü kişi, yüklenici ile akdettiği sözleşme kapsamında kazanmış olduğu, taşınmaz satış vaadinden doğan alacak hakkını, tapuda şerh ettirmiş olabilir⁷³⁴. Bu kapsamda üçüncü kişilerin, yüklenici ile aralarında akdedilen sözleşme kapsamında sahip oldukları ve kendi lehine şerh ettirdikleri bu şahsi hakları kapsamında şerh edilen hakka ilişkin borç, eşyaya bağlı borç haline dönüşecektir.

⁷²⁷ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 210; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 134; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 422.

⁷²⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 422.

⁷²⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 210; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 422.

⁷³⁰ Serkan AYAN 2008, age. s. 305; Hasan ERMAN 2010, age. s. 170; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 554; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 1207; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 422; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 293; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 135.

⁷³¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 423.

⁷³² Serkan AYAN 2008, age. s. 305; Hasan ERMAN 2010, age. s. 170; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 554; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 423; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 293; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 135.

⁷³³ Serkan AYAN 2008, age. s. 273; Hasan ERMAN 2010, age. s. 170; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 554; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 423; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 261; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 293; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 135-137.

⁷³⁴ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 424-425.

Buna bağı olarak da üçüncü kişi, şerh edilen bu hakkını taşınmazın her malikine karşı ileri sürebilecektir⁷³⁵. Yine sözleşmeden dönmenin, kazanılan aynı haklara etki etmeyeceği, yüklenicinin paylar üzerinde mülkiyet hakkının ortadan kalkmayacağı savunulduğu görüşün kabul edilmesi halinde, üçüncü kişilerin taşınmaz satış vaadi sözleşmesini gerçek malik ile yaptıkları yine şahsi haklarına ilişkin şerhin de gerçek malikten kazanıldığı kabul edilecektir. Bu takdirde şerh etkisini devam ettirirken, üçüncü kişi de satış vaadinden doğan hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilecektir⁷³⁶. Buna karşılık dönmenin, yüklenicinin mülkiyet hakkını ortadan kaldırdığını ve yüklenici adına yapılan tescillerin yolsuzlaşacağını savunan görüşün kabul edilmesi halinde ise üçüncü kişi yolsuz tescile güvenerek şerh kazanmış kişi olacaktır. Bu noktada üçüncü kişinin şerh kazanımının, TMK m. 1023'ün kıyasen uygulanması korunduğu durumlarda üçüncü kişinin şerh kazanımı geçerli sayılacak ve şerh edilen haklar dönmeden etkilenmeyecektir⁷³⁷. Öte yandan TMK m. 1023 ile şerhin doğumundaki eksikliğin giderilemeyeceğinin kabulü halinde ise üçüncü kişilerin hakkı sıradan kişisel hak olarak varlığı sürdürürken, ortaya çıkan zarar ise yükleniciden talep edilebilecektir⁷³⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yükleniciye devredilmesi kararlaştırılan arsa payları, henüz yüklenici adına tapuda tescil edilmemiş olabilir. Yüklenici, mülkiyet hakkına sahip olmadığı bu arsa payları yönünden üçüncü kişiler ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdetmiş olabilir. Yine yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği kendisine devredilecek arsa paylarına ilişkin alacak hakkına ilişkin olarak alacağın temlik sözleşmesi ile üçüncü kişiye devretmiş olabilir⁷³⁹. Bununla birlikte bu hukuki işlemlerin her biri geçerlilik şekline tabidir⁷⁴⁰. Bu kapsamda yüklenici, noterde düzenleme şeklinde bir senetle, üçüncü kişilere taşınmaz satış vaadinde bulunabilecek ya da arsa paylarına ilişkin alacak hakkını, adi yazılı şekilde düzenlenen bir temlik sözleşmesi ile devredebilecektir⁷⁴¹. Bu kapsamda arsa payı veya tamamlanan bölüm tesciline ilişkin alacak hakkının, yüklenici tarafından üçüncü kişiye temlik edilmesi halinde üçüncü kişi, sözleşme ile

⁷³⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 425.

⁷³⁶ Hasan ERMAN 2010, age. s. 171 vd.; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 555; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 293 vd.; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 138.

⁷³⁷ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 138.

⁷³⁸ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 138.

⁷³⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 213; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 556-557.

⁷⁴⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 428.

⁷⁴¹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 213; Serkan AYAN 2008, age. s. 306; Hasan ERMAN 2010, age. s. 175; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 429.

yüklenicinin iş görme edimine karşılık belirlenen bu arsa paylarının adına tescil edilmesini, arsa sahibinden talep edebilecektir⁷⁴². Bununla birlikte arsa payı veya bağımsız bölüm temlikinin yapıldığı üçüncü kişinin, tescil talep hakkının, arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi, yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında ifayla yükümlü olduğu edimini, yerine getirmesi halinde mümkün olacaktır⁷⁴³. Nitekim sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı bununla birlikte henüz ifa edilmemiş borçların sona ereceği dikkate alındığında arsa sahibinin, yüklenici ve onun temlik ettiği üçüncü kişilere karşı henüz devrini gerçekleştirmediği arsa paylarının devir borcu da ortadan kalkacaktır⁷⁴⁴. Buna karşılık temlik alacaklısı üçüncü kişi, temlik sırasında geçerli olan alacağın, yüklenici temerrüdüne bağlı olarak arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile ortadan kalktığı durumlarda uğramış olduğu zararını, TBK m. 112 gereği yükleniciden talep edebilecektir⁷⁴⁵.

Yüklenici, aynı arsa payı veya bağımsız bölüm üzerinde birçok kişiye şahsi hak tanımış olabileceği gibi yine bu arsa payı veya bağımsız bölümlerin tesciline ilişkin alacak hakkını, birden fazla kişiye temlik de etmiş olabilir. Yüklenicinin birden fazla kişiye taşınmaz satış vaadinde bulunduğu böyle bir durumda, önceki taşınmaz satış vaadi ile şahsi hak kazanan kişi, kendisinden sonraki vaat alacaklılarına karşı öncelikli durumda olacaktır⁷⁴⁶. Yine yüklenicinin, arsa payı veya bağımsız bölümlerin adına tesciline ilişkin alacak hakkını birden fazla kişiye temlik etmesi halinde ilk temlik işleminde yüklenicinin tasarruf işlemi artık sona ermiş olacaktır⁷⁴⁷. Bu kapsamda aynı alacak yönünden ilk temlik sonrasında yapılan diğer temlikler geçersiz sayılacakken⁷⁴⁸ yüklenici tarafından alacağı ilk temlik alan kişi

⁷⁴² Bu kapsamda üçüncü kişinin, tescili talebi hakkı, bir alacak hakkı olup, bu hak şahsi bir haktır. İlgili hakkın ileri sürülebileceği borçlu ise, yüklenici ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdeden arsa sahibidir. Üçüncü kişiye karşı, borçlu konumunda bulunan arsa sahibi, mülkiyet hakkına sahip olduğu arsa paylarının, bu mülkiyetini, başka bir kimseye devretmesi halinde, arsa paylarını, yükleniciden temlik alan üçüncü kişi, kural olarak, tescil talebini yeni malike yöneltemeyecektir. Bununla birlikte alacağın kendisine temlik edildiği üçüncü kişi, ancak arsa sahibi ile onun tarafından devrin gerçekleştiği yeni malik arasındaki temlikin, muvazaalı olması halinde tescil talebini yeni malike yöneltebilecek ve ona karşı tescil davası açabilecektir. Hasan ERMAN 2010, age. s. 180-181.

⁷⁴³ Hasan ERMAN 2010, age. s. 177; Şeref ERTAŞ 2008, age. s. 84; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 433.

⁷⁴⁴ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 213; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 433.

⁷⁴⁵ Burak DOĞAN 2019, agt. s. 136; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 434.

⁷⁴⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 309; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 564; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 435.

⁷⁴⁷ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 435.

⁷⁴⁸ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 214; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 563-564.

alacağı, kazanmış sayılacaktır⁷⁴⁹. Bununla birlikte aynı arsa payı veya bağımsız bölüm, yüklenici tarafından önce taşınmaz satış vaadine sonra alacağın temlikine konu edilmiş olabilir. Bu kapsamda taşınmaz satış vaadi işleminin, aynı zamanda alacağın temlik niteliği de taşıdığı gerekçesiyle alacak hakkının, ilk tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdedilen üçüncü kişiye tanınacağı, Yargıtay tarafından kabul edilmiştir⁷⁵⁰.

3.4.2.3.2.3 Dönme Hakkının Kullanılabilirliği Yönünden İleri Sürülen Görüşler

Arsa sahibinin dönme hakkının, etkileri ve bu hakkın sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. İlgili görüşler göre arsa sahibinin dönme hakkının sınırlanabileceği, hatta bazı hallerde dönmenin, geriye etkili değil ileriye etkili fesih olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Gerek yargı kararlarında gerek ise doktrinde tartışma konusu yapılan arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesine ilişkin görüşlerin dayanak noktası, yüklenicinin teslimde temerrüde düştüğü yapı veya bağımsız bölümlerin, hâlihazırda büyük bir kısmının meydana getirilip getirilmediğidir. Öte yandan tartışmaların temel noktası yine temerrüde düşen yüklenicinin, inşaatın büyük oranda tamamlanmış olduğu durumda arsa sahibine sözleşmeden dönme hakkının tanınması ve buna bağlı olarak sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi halinde taraflar yönünden ortaya çıkacak sonuçlar çerçevesinde toplanmıştır. Yüne yüklenicinin, büyük oranda tamamlanmış inşaaata karşılık yalnızca maliyet giderlerini talep edebilmesinin hakkaniyetle bağdaşmayacağı, tamamlanan kısımlara karşılık kâr payı talebinin yükleniciye tanınmadığı hallerde arsa sahibinin, haksız zenginleşeceği tartışmaların temel noktasını oluşturmaktadır⁷⁵¹. Yine bu tartışmalar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, ani edimli olarak mı yoksa sürekli edimli olarak mı değerlendirileceği ile yakından ilgilidir. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli borç doğuran sözleşmeler olduğunun kabulü sözleşmeden

⁷⁴⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 435.

⁷⁵⁰ Yargıtay 14. HD., 30.3.2001 T., 2001/1350 E., 2001/2081 K. sayılı kararına göre: “*Davacı, yükleniciden aldığı bağımsız bölümün adına tescili için yüklenici ve arsa sahiplerini hasım göstererek tapu iptali ve tescil isteğinde bulunmuştur. Davaya aslı müdahil olarak katılan M.Ş. de aynı bağımsız bölümü satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığı iddiasıyla, taşınmazın adına tescilini talep etmiştir. (...). Sözleşmelerden farklı dairelerin satın alındığı sonucuna ulaşılmakta ise de taraflar aynı daire üzerinde hak iddia etmektedirler. Bir an için aynı dairenin satın alındığı kabul edilse bile yarışan şahsî hakların varlığı halinde önceki tarihli olana üstünlük verilmesi gerekir.*”; karar için bkz. Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 435, dn. 1380.

⁷⁵¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 287; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 461 vd.; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 78 vd.; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 573 vd.

dönmeyi mümkün kılarken sona erme geçmişe etkili olarak gerçekleşecektir⁷⁵². Sözleşmenin, sürekli edimli borç doğuran sözleşme olarak kabulü halinde ise sözleşmeden dönme değil fesih yoluna gidilecek ve buna bağlı olarak da sona ermenin ileriye etkili sonuç doğuracağına yer verilmiştir⁷⁵³.

3.4.2.3.2.3.1 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Geriye Etkili Sona Ereceğini Kabul Eden Görüş

Yüklenicinin yapı veya bağımsız bölümleri teslimi ile sözleşme ifasının aynı anda gerçekleşeceğinin kabul edildiği, bu görüşe⁷⁵⁴ göre arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte bu dönme beyanı ile sözleşme geriye-geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁷⁵⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, ani edimli sözleşmeler olduğu kabul eden ve sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçlarının, geriye etkili olarak ortaya çıkacağını savunan bu görüş yazarlarına göre yüklenicinin esas ifası, yapı veya bağımsız bölümün teslimi ile aynı anda gerçekleşir⁷⁵⁶. Buna göre teslim anına kadar gerçekleşen fiiller, esas ifa olarak kabul edilmeyip hazırlık faaliyetleri kapsamında değerlendirilmelidir. İlgili görüşe göre arsa sahibi, asıl menfaatine, ancak yapı veya bağımsız bölümün kendisine teslim

⁷⁵² Hasan ERMAN 2010, age. s. 215; Bilal KARTAL 1993, age. s. 155 vd.

⁷⁵³ Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 409; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 187; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 95.

⁷⁵⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 46; Gökhan DİRİCAN 2007, age. s. 61; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 89; Özgür Katip KAYA 1993, age. s. 22; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 211; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 158; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 297-298; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 64.

⁷⁵⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak sona ereceği kabul eden bu görüşün baş savunucularından *Tandoğan'a* göre; Eser sözleşmeleri ani edimli sözleşmeler olup bu sözleşmelerin sona ermesi daima geçmişe etkili olarak gerçekleşecektir. Bu kapsamda inşaat hangi seviyede olursa olsun sözleşme ortadan kalkacak ve temerrüde düşen yüklenici, edimin tamamlandığı oranda arsa sahibinin malvarlığındaki artış ve ya da yaptığı inşaatın objektif değeri kadar bir nakdi değer talep edilebilir. Bununla birlikte *Tandoğan*, temerrüde düşen yüklenicinin, beklediği paydan orantılı kâr almayı hak etmediği, aksinin savunulmasının ise yüklenicinin ödüllendirilmesi sonucuna neden olacağını savunmaktadır; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 141; Haluk TANDOĞAN (1981), "Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler", *BATİDER*, C. 11, S. 1, s. 49; Haluk, TANDOĞAN (1982), "Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu", *Yasa Hukuk Dergisi*, C. V, S. 4, s. 498-499. Yine klasik dönme teorisi adını alan bu görüşe göre, dönme beyanıyla sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi ortadan kalkar. Henüz ifa edilmemiş edim yükümlülükleri sona erer, daha önce yerine getirilmiş olanlar ise hukukî dayanaktan yoksun hale gelir. Bu görüşe göre yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi, bu edimler aynı hak devri şeklinde gerçekleştirilmiş olsa bile, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir; Haluk TANDOĞAN 1981, Orantılı Ücret, 1, s. 43-44; Ayça AKKAYAN YILDIRIM 2004, agm. s. 63; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 102; Serkan AYAN 2008, age. s. 287; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 118 vd.; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 143; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 119; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 89; Bilal KARTAL 1993, age. s. 159; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 173; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 213-218; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 76.

⁷⁵⁶ M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 211.

edilmesiyle ulaşacaktır. Bununla birlikte teslim aşamasına kadar yüklenicinin, inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmış olması, edimini ifa ettiğini anlamına gelmezken, ifa olarak kabul edilemeyen bu tamamlanan kısımlar yönünden yüklenici de bedel talep hakkına sahip olmayacaktır⁷⁵⁷. İlgili görüşe göre yapı veya bağımsız bölüm hangi seviyede olursa olsun yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi, inşaatın tamamlanma seviyesinden bağımsız olarak sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır⁷⁵⁸. Bun karşılık ilgili görüş savunucularına göre, sözleşmenin ileriye etkili fesih edilmesi halinde kusuru ile temerrüde düşen yükleniciye, tamamlanan inşa oranında bedel hakkının tanınması hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir⁷⁵⁹. Öte yandan kusuru ile temerrüde düşen yüklenicinin yapıyı tamamlamamış olmasına rağmen kâr elde etmesi de taraflar arasındaki çıkar dengesini bozacaktır. Nitekim ileriye etkili fesih görüşünün kabulü halinde yüklenici şahsının önem arz ettiği durumlarda uygulama alanı bulan, yüklenicinin kusuru olmaksızın temerrüde düştüğü ve tamamladığı kısım ile orantılı olarak bedel talep hakkına sahip olacağına ilişkin TBK m. 486'da yer alan düzenlemenin de bir anlamı kalmamaktadır⁷⁶⁰. Yine yapı veya bağımsız bölümü tamamlamaksızın bedele hak kazanan yüklenici, yapı veya bağımsız bölümü tamamlama çabasına girmeyecek, işi keyfi olarak istediği seviyede bırakacak ve orantılı bedeli talep ederek işten çekilmeyi talep edebilecektir⁷⁶¹.

Son olarak arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sözleşmenin geriye etkili olarak sonlanacağı kabul eden bu görüş yazarlarına göre yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara neden olacağı hallerde sözleşmeden dönmeyi engelleyen TBK m. 475 hükmünün, yüklenici temerrüdü durumunda kıyasen uygulanamayacaktır⁷⁶². Nitekim ilgili hükmün, ayıplı bir yapının kaldırılmasından doğacak zararlarının önlenmesine ilişkin olduğu, bu kapsamda temerrüt değil ayıplı

⁷⁵⁷ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 222; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 143; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 89; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 211; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 173.

⁷⁵⁸ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 223; Bilal KARTAL 1993, age. s. 159; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 211; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 174 vd.; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 96.

⁷⁵⁹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 223; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 144; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 218; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 143; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 97.

⁷⁶⁰ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 224; Bilal KARTAL 1993, age. s. 159; Burçak S. SARIKAYA 2016, agt. s.114; Haluk TANDOĞAN 1981, Orantılı Ücret, 2, s. 498; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 149; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 98.

⁷⁶¹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 224; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 89; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 218; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 174; Burçak S. SARIKAYA 2016, agt. s.114; Haluk TANDOĞAN 1981, Orantılı Ücret, 2, s. 498-499; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 150.

⁷⁶² Haluk TANDOĞAN 1981, Orantılı Ücret, 2, s. 498-499; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 149.

ifa durumlarına uygulanabileceği savunulmaktadır. Öte yandan ilgili hüküm ile asıl amaçlananın sözleşmenin sona ermesi değil onarım ve ücretten indirim ile sözleşme devamlılığı olduğu dikkate alındığında bu hükmün, yüklenici temerrüdünde kıyasen uygulanması ve yüklenicinin bu yol ile tamamlamış olduğu kısım oranında bedel talep hakkına sahip olacağına kabulü doğru değildir⁷⁶³.

3.4.2.3.2.3.2 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İleriye Etkili Sona Ereceğini Kabul Eden Görüş

Arsa payı karşılığını inşaat sözleşmesinin, sürekli borç doğuran sözleşme niteliğine haiz olduğundan yola çıkan bu görüş savunuculara göre yapı veya bağımsız bölümleri büyük oranda tamamlamasına rağmen bunların tesliminde temerrüde düşen yükleniciye karşılık arsa sahibi, sözleşmeyi, geriye etkili olarak değil ileriye etkili olarak feshetme imkânına sahiptir⁷⁶⁴. İleriye etkili fesih görüşü savunucularına göre yüklenici, fesih anına kadar tamamlanan yapı ve bağımsız bölüme karşılık meydana getirdiği oran doğrultusunda bir bedel elde etmelidir⁷⁶⁵. Bu görüşe göre yüklenicinin, yapı veya bağımsız bölümleri teslim aşamasına kadar gerçekleştirmiş olduğu faaliyetleri, edim kapsamı dışında tutularak hazırlık faaliyetleri olarak değerlendirilemeyecektir⁷⁶⁶. Bununla birlikte yüklenicinin asli edim borcu, yalnızca yapı veya bağımsız bölümün teslimi değil teslimine kadar olan faaliyetleri de kapsamaktadır. İlgili görüşe göre yapıyı meydana getirme aşamasında

⁷⁶³ Haluk TANDOĞAN 1981, Orantılı Ücret, 1, s. 37; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 150. Yine bina inşa sözleşmelerinin sürekli edimli sözleşmeler kapsamında yerinin olmadığını ve klasik dönme teorisini kabul eden ve ani ve bölünemeyen edimli bu inşaat sözleşmelerinde ileriye fesih ile yüklenicinin korunması için güçlü gerekçe ve mühim çıkarların olmadığını savunan Öz'e göre, TBK 475/3 hükmü ile amaçlanan, tamamlanan inşaatın yıkılmasının önüne geçilmesi değil de tamamlanmış yapının ayıp içermesi halinde yapıyı tamamlayarak teslim eden yüklenicinin, sözleşmeden dönülmesi halinde geçmişe etkili olarak sona ermenin doğuracağı sakıncalı sonuçlardan korunmasına ilişkin olduğu dikkate alındığında teslimde düşen yüklenicinin, bu kadar korunması gerekmemektedir. Öz'e göre, kanun koyucu TBK m.475/3 ile temerrüt kadar ağır sonuçlar doğurmayan ayıp durumunun varlığı halinde yüklenicinin, yapıyı tamamlayıp teslim ettiği bu durumda korunması gerektiğine nazaran düzenlemeyi getirmiştir. Bununla birlikte, sonuçları çok daha ağır olan yapının tamamlanamaması ve teslim edilmesi durumunda gerçekleşen temerrüt halinde, yüklenici, korunmazken ve TBK m. 125'te yer alan geçmişe etkili dönmenin kabulü ile genel hükümlerini uygulama yoluna gitmiştir. Bu takdirde ortada bir kanun boşluğunun da varlığı söz konusu değildir. Bu itibarla, yüklenici tarafından teslimi gerçekleştirilen yapının, ayıplı olması halinin düzenlendiği TBK m. 475 hükmünün, yüklenicinin temerrüdü durumuna da kıyasen uygulanması söz konusu değildir; Dönme, s. 212-213. Aynı yönde; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2014, age. s. 89; Bilal KARTAL 1993, age. s. 160; Burçak S. SARIKAYA 2016, agt. s. 114; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 97.

⁷⁶⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 294; Hasan ERMAN 2010, age. s. 100-101; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 175-176.

⁷⁶⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 466.

⁷⁶⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 294; Hasan ERMAN 2010, age. s. 100-101; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 175-176.

yüklenici tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin, iş görme edimi olarak kabul edilmesi gerektiği ve süreye yayılan bu edimler dikkate alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli borç doğuran sözleşmeler olduğu savunulmaktadır⁷⁶⁷. Bununla birlikte yine ilgili görüşe göre temerrüde düşen yüklenici menfaatinin, korunmaya değer durumda olması halinde arsa sahibi sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebilecektir⁷⁶⁸. Yine sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedileceğine ilişkin bu görüşün temel dayanaklarından biri de fesih anına kadar gerçekleşen yüklenici emeklerinin yok sayılmaması ve bunun karşılığının verilmesi düşüncesidir⁷⁶⁹.

İleriye etkili fesih görüşünün dayanaklarından birine göre; arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile her ne kadar sözleşmenin, eski haline getirilmesi amaçlansa da yüklenicinin sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda sadece tamamlanan kısım yönünden bedel ile yetinmek zorunda bırakılması yüklenici yönünden hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir⁷⁷⁰. Bu kapsamda arsa sahibinin dönme hakkının sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır⁷⁷¹. Bununla birlikte yükleniciye, tamamladığı kısım oranında arsa payı devredilmesinde sakınca bulunmamaktadır⁷⁷². Yine ilgili görüş savunucuları, belli bir seviyeye gelen ayıplı yapının arsadan sökülüp

⁷⁶⁷ İleriye etkili fesih görüşünün baş savunucularından olan *Sungurbey'e* göre; sürekli borç ilişkisi niteliğinde olan inşaat sözleşmelerinin eski hale getirmeyi amaçlayan sözleşmeden dönme imkânının bulunmadığını savunmaktadır; İsmet SUNGURBEY (1980), *Medeni Hukuk Sorunları*, Dördüncü Cilt, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 466. Ayrıca bkz. Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 214; Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 149; Bilal KARTAL 1993, age. s. 156. *Erman'a* göre de ani edimli sözleşmeler yönünden dönme müessesinin düzenlendiği TBK m.125/2 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisine ait olan kaideleri gözletildiğinde bu sözleşmeler iler etkili olarak sona erdirilebilecektir. Bununla birlikte yüklenici, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye anına kadar olan icra edilen kısım ile orantılı olarak bu edime karşılık arsa payı veya bağımsız bölüm talep hakkına sahip olacaktır; s. 111 vd.

⁷⁶⁸ *Serozan'a* göre, eser sözleşmelerinin, dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi kural olarak mümkün değildir. Yazara göre, “*eser sözleşmeleri, her ne kadar doğrudan sürekli edimli sözleşmeler olarak sayılamasa da yüklenici tarafından ortaya konulan emeğin, korunmaya değer olması halinde sözleşme salt feshedilebilmeli, bununla birlikte yüklenici de sözleşmede kararlaştırılan ücretin, hiç olmazsa fesih anına kadar tamamlanan kısım yönünden hak sahibi olmalıdır.*”. Yazarın görüşü dikkate alındığında eser sözleşmesinin dönülerek sonlandırılması hususunda her somut olay ve sözleşmenin, ayrı ayrı ele alınması ve özellikle malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda “dönme” değil “fesih” yoluna gidilmelidir; Dönme, s. 176-177. Ayrıca bkz. Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 85; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 468.

⁷⁶⁹ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 85; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 81.

⁷⁷⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 469.

⁷⁷¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 468; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 192; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 177.

⁷⁷² İsmail ATAMULU 2014, age. s. 113; İsmet SUNGURBEY (1982), “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir” (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ a Zorunlu Bir Yanıt), *Yasa Hukuk Dergisi*, C. V, S. 2, s. 173 vd.

ayrılmasının zarara neden olması durumunda arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırıldığı TBK m. 475'te yer alan düzenlemenin, yüklenici temerrüdü durumunda da kıyasen uygulanabileceği ve arsa sahibi sözleşmeden dönemeyeceği kabul etmektedir⁷⁷³. Nitekim ilgili hükümde yer verilen yapının kaldırılmasının aşırı zarara yol açacak olması durumu, yüklenici tarafından büyük bir kısmı tamamlanan yapı veya bağımsız bölümün tesliminde temerrüde düşülmesi halinde de evleviyetle uygulanabilecektir⁷⁷⁴.

İleriye etkili fesih görüşünün bir diğer dayanağı da fesih zamanına kadar tamamlanmış inşaat yönünden yüklenicinin azımsanmayacak derecede emek ve zaman sarf ettiği dikkate alındığında yüklenicinin bu emeğinin korunması gerektiğidir⁷⁷⁵. Bu doğrultuda yüklenici, hiç olmazsa fesih anına kadar tamamlamış olduğu bu kısma denk gelen arsa payına kavuşmalıdır⁷⁷⁶. Bunun aksine yükleniciye, sadece arsa sahibinin, sebepsiz zenginleştiği oranda bir bedel hakkı tanımak, yüklenicinin emeğinin göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu kapsamda yüklenicinin emeğinin korunmaya değer olduğu bu gibi durumlarda arsa sahibine sözleşmeyi fesih hakkı tanınmalıyken yükleniciye de bu feshe bağlı olarak tamamladığı kısımlarla orantılı olarak bedele hak kazanma imkânı verilmelidir⁷⁷⁷.

3.4.2.3.2.3.3 Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü

Yüklenicinin temerrüdü sonucunda arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, geriye yahut ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği yönünde

⁷⁷³Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 217; İsmail ATAMULU 2014, age. s. 113; Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 85; Hasan ERMAN 2010, age. s. 113; Mustafa Reşit KARAHASAN 1997, age. s. 369 vd.; Bilal KARTAL 1993, age. s. 174; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 17; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 176 vd.; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 297; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 100.

⁷⁷⁴ *Sungurbey*, TBK m. 475/f. 1- (2), (3) ve f. 3 (BK m. 360/f. 2, f. 3) hükümlerinin, yüklenicinin yapının büyük oranını tamamlamasına rağmen temerrüde düştüğü durumlarda, kıyasen uygulanmasını önermektedir. Yazar, tamamlanan inşaatın, arsadan sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara neden olacağı durumlarda, arsa sahibine tanınan dönme hakkının, TBK m. 475 hükmünün kıyasen uygulanması ile sınırlandırabileceğini ya da dönme hakkının kullanılmayacağı savunmaktadır. Buna göre, böyle bir durumda, arsa sahibinin, ancak sözleşme bedelinden indirim yapma imkânı vardır. Bu kapsamda da arsa sahibi, bedel ödeme borcunun ücret olarak kararlaştırıldığı durumlarda tamamlanan kısım karşılığını ücret olarak öderken, bedelin, arsa payı olarak kararlaştırıldığı durumda ise tamamlanan kısım ile orantılı bölümü, yükleniciye aynen vermekle yükümlüdür; Zorunlu Yanıt, s. 190. Ayrıca bkz. Ece ÇETİNTEPE 2020, agt. s. 150; Hasan ERMAN 2010, age. s. 103.

⁷⁷⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 469.

⁷⁷⁶ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 117; Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 86; Serkan AYAN 2008, age. s. 289; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s.118; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 191-193; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s.175-177.

⁷⁷⁷ İsmail ATAMULU 2014, age. s. 117; Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 86; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 176.

uygulamada yeknesaklık sağlanamamıştır. Bununla birlikte Yargıtay 15 Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlar incelendiğinde arsa sahibinin, sözleşmeyi, ileriye etkili sonlandırabileceği, yüklenicinin de tamamlanan kısım ile orantılı ücret hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir⁷⁷⁸, Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararda⁷⁷⁹ ise yüklenicinin kusuruyla ortaya çıkan temerrüt halinde arsa sahibinin, sözleşmeden geriye etkili olarak sona erdirebileceğine, bunun karşılığında ise yüklenicinin, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep hakkına sahip olduğuna hükmedilmiştir. Yine ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 125 genel hükmünün varlığı dikkate alındığında ayıba karşı tekeffül hükmü kapsamında düzenlenen TBK m. 475'in kıyasen yüklenici temerrüdü durumuna uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Yapı veya bağımsız bölümün teslimde temerrüde düşen yükleniciye karşılık arsa sahibinin, sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebileceğini ve yüklenicinin, tamamlanan inşaat ile orantılı ücret talep hakkına sahip olduğu kabul eden Yargıtay 15. Hukuk Dairesi kararlarına karşılık yüklenicinin, kusuruyla temerrüde düşmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönerek, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirebileceği ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı bir tasfiye görüşünün benimseyen Hukuk Genel Kurul kararları doğrultusunda içtihatlar arası uyumsuzluk meydana gelmiş ve bu durum Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun içtihadı birleştirme kararıyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında öncelikli olarak kusuru ile temerrüde düşen yüklenicinin, arsa payı karşılığını inşaat sözleşmesinin feshine

⁷⁷⁸ İlgili daire kararı kapsamında, yüklenicinin, inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde TBK m. 475/III (eBK m. 360/III) hükmü gözetilerek, tamamlanan inşaatın tamamlanma oranı dikkate alındığında inşaatın kaldırılmasının aşırı zarara sebep olduğu durumlarda arsa sahibine, dönme hakkı tanınmamakla birlikte arsa sahibi, yükleniciye ödenecek bedelden indirim hakkına sahip olmaktadır. Bununla birlikte yüklenici ise inşaatı tamamladığı oranla sözleşme bedeli talep hakkına sahip olmaktadır; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 144, dn. 152; Haluk TANDOĞAN 1981, Orantılı Ücret, 1, s. 8-18.

⁷⁷⁹ Yargıtay HGK., 06.10.1982 T., 1982/356 E., 1982/817 K.; “İş sahibinin fesih [dönme] hakkını kullandığı durumlarda feshin geriye etkili olup olmadığını saptamak için ise borç ilişkisinin niteliğine ve somut olayın özelliğine bakmak gerekir. Eser sözleşmelerinde, Sürekli geçici karmaşığı bir sözleşme ilişkisi niteliği bulunduğu kabul edildiğine göre, somut olay adaleti gerektirdiğinde ya da yüklenicinin korunmaya hiç layık olmadığı durumlarda hakkaniyete ve eser sözleşmesinin kurallarına göre nedensiz zenginleşme hukuku çerçevesinde bir çözümün uygun ve gerekli olduğu kabul edilmelidir.... Fesih bildiriminin yalnızca ileriye mi etkili olacağı, yoksa geçmişe de kapsar biçimde "dönme" niteliğinde mi olması gerektiği, her somut olayın özelliğine bakılarak saptanırken, fesih sonucu ortaya çıkacak durumları da gözden uzak tutmamak gerekir. İş kusuru ile yarıda terk eden yada sürüncemede bırakan yükleniciye, yaptığı kısım ile orantılı bir pay verilmesi halinde, yüklenici taşınmazın paydaşı olacaktır ki, bu durumda yarım kalan işlerin kim tarafından nasıl tamamlanacağı sorunu ortaya çıkacaktır.”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hgk-e-1982-356-k-1982-817-t-06-10-1982>, (ET. 27.08.2021).

neden olması halinde sözleşmenin, geçmişe etkili olarak ortadan kalkıp kalkamayacağı gerekçeleri ile tartışılmıştır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarih, 1983/3 E, 1984/1 K sayılı ilgili kararına⁷⁸⁰ göre yüklenici temerrüdünün varlığı halinde uyuşmazlığın, ilk olarak TBK m. 125'te yer alan borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanması ile çözüme kavuşturulması gerektiği, nitekim bu hükmün, kanunda özel olarak düzenleme alanı bulmamış arsa payı eser sözleşmelerinde de, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düştüğü hallerde de evleviyetle uygulanabileceği, ilgili durumda kanun boşluğu olmamakla birlikte TBK m. 475/f. 1-(2), (3) ve f. 3 hükümlerinin uyuşmazlığa kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı hüküm altına alınmıştır⁷⁸¹. Yine ilgili kararda TBK m. 475/3 hükmünün, yüklenici tarafından eserin, tamamlamadan yarıda bırakıldığı durumlarda sözleşmeden dönme hakkını, kısıtlayıp kısıtlamadığı ele alınmış ve ilgili hükmün mutlak bir kısıtlama olmadığı ve doğrudan uygulanmayacağına karar verilmiştir.

İlgili içtihadı birleştirme kararı ile inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, emek ve masraf gerektiren edim borcunun, zaman aralığına yayıldığı dikkate alındığında bu sözleşmelerin ani-sürekli karmaşığı sözleşme niteliğine haiz oldukları ve buna bağlı olarak da ilgili sözleşmelerde sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmiştir. Yine kararda yüklenici temerrüdüne karşılık arsa sahibinin, sözleşmeden dönmesi halinde sözleşme niteliğine göre sözleşmenin geriye ya da ileriye etkili olarak sona ereceğine karar

⁷⁸⁰ YİBBGK, 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.; “Kararlar arasındaki içtihat uyuşmazlığı, inşaat sözleşmelerinde müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmeyerek kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda; Borçlar Kanununun 360. maddesinin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağına toplanmaktadır. Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin kararlarında, bu hallerde, 360. maddenin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararında ise, müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda uyuşmazlığın yalnızca Borçlar Kanununun 106 - 108. maddeleri hükümleri uyarınca çözümlenmesi, 360. maddenin kıyasen uygulanamayacağı görüşü benimsenmiştir.”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1983-3-k-1984-1-t-25-1-1984>, (ET. 25.06.2021).

⁷⁸¹ YİBBGK, 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.; “Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukukî sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106- 108.) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106 108. maddeleridir. Çünkü bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğu göre, hâkimin görevi, her şeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması; ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde mümkündür”; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1983-3-k-1984-1-t-25-1-1984>, (ET. 25.06.2021).

verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁸². Bununla birlikte yüklenici ediminin, zamana yayıldığı bu tür sözleşmelerde, temerrüt anına kadar tamamlanan yapı veya bağımsız bölümün, tamamlanma oranının, yüksek seviyeye ulaşmış olduğu durumlarda arsa sahibine, TBK m. 125/2 gereğince sözleşmeden dönerek, sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirmeye hakkının tanınması, arsa sahibinin, adaletsiz yarar elde etmesine neden olacağı sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda TMK m. 2/2’de yer alan

⁷⁸² YİBBGK, 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.; “Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmî ifasının karşılığı yalnızca 106 108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkâna (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmî ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamının tayinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106 - 108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa; bazı istisnâî hallerde "hakkı şekle mahkûm edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir? Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK. 106 - 108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukukî sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106 - 108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medenî Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmî ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.”; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1983-3-k-1984-1-t-25-1-1984>, (ET. 25.06.2021).

Sözleşmenin geriye ya da ileriye etkili olarak sona erdirilmesinin farklı sonuçlar doğuracağı bununla birlikte somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmasına dair Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin 20.03.2019 T., 2018/709 E. ve 2019/1101 K. sayılı kararına göre; “Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen bir zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibi tarafından sözleşmenin feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Fesih akdî ilişkiyi ortadan kaldırmaya yönelik bozucu yenilik doğuran bir hak olup fesih ile akdî ilişkinin geriye etkili sona ereceği kabul edilmekte ise de; inşaatın geldiği seviye itibarıyla sözleşmenin geriye etkili feshinin adalet duygularını zedeleyeceği hallerde Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulu’nun 25.01.1984 gün 3/1 sayılı kararı uyarınca feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir. Burada feshin geriye ve ileriye etkili olmasının sonuçları üzerinde durulmasında yarar vardır...”; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2018-709-k-2019-1101-t-20-3-2019>, (ET. 25.06.2021).

Yine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 08.07.2019 T., 2018/4947 E. ve 2019/3227 K. sayılı kararına göre; “Ancak, gerek Dairemiz, gerekse Hukuk Genel Kurulu Kararlarında, akdî ileriye etkili feshedilebilmesi için inşaat seviyesi %90 ve üzeri orana ulaşmış olmalıdır. Bunun için yüklenicinin işten el çektiği tarihte inşaatın fiziki durumunun tespitinde ve yapılan işin tüm işe oranının saptanmasında zorunluluk vardır. Böylece işin arz ettiği özellik, işin kapsamı ile birlikte değerlendirilerek feshin ileriye etkili mi, yoksa geriye etkili mi sonuçlar doğuracağı üzerinde durulması gerekir. İleriye etkili fesih talebinin kabulüne karar verilmesi gereken hallerde de sadece ileriye etkili fesihle yetinilmesi de yeni davalara neden olacağından uyuşmazlığın çözümlendiğinden söz edilemez. Kaldı ki, yüklenicinin hak ettiği arsa payı ile arsa sahiplerine bırakılacak pay oranının belirlenmesi tarafların dava ve mahsup taleplerini karşılayacak, infaz kabiliyeti olan hüküm kurulacaktır. ...”; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2018-4947-k-2019-3227-t-8-7-2019>, (ET. 25.06.2021).

“hakkın kötüye kullanılması yasağı” devreye girecek ve sözleşme geriye etkili olarak değil, ileriye etkili fesih yolu ile sonlandırılarak adaletsiz durum giderilmeye çalışılacaktır. Buna karşılık yüklenici de tamamlanan inşaat yönünden tam bedel hakkına sahip olurken arsa sahibi ise müspet zarar tazminini talep edebilecektir⁷⁸³. Bu kapsamda ilgili kararın sonuç kısmında eser sözleşmeleri kapsamında kabul edilen inşaat sözleşmelerinde, yüklenici kusuruyla ortaya çıkan temerrüt durumunda, arsa sahibinin feshi kapsamındaki uyuşmazlığın, TBK m. 123-125 hükümleri gereğince çözülmesi gerektiği bununla birlikte somut olayın niteliği ve özelliğinin gerektirdiği durumlarda TMK m. 2 kapsamında sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedileceğine yer verilmiştir⁷⁸⁴. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun ilgili kararından da anlaşıldığı üzere ani-sürekli karmaşığı niteliğinde kabul edilen inşaat sözleşmelerinin, ileriye etkili olarak feshedilebileceği, inşaatın tamamlanma oranına bağlı gerçekleşecektir. Bu kapsamda tamamlanan inşaat seviyesinin yüksekliği dikkate alındığında sözleşmeden dönmenin adaletsiz sonuçlar doğuracağı durumlarda ileriye etkili fesih söz konusu olabilecektir. Buna karşılık, bu gibi istisna durumlar haricinde arsa sahibinin, sözleşmeden dönerek sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirebileceği kabul edilmiştir⁷⁸⁵. Öte yandan içtihadı birleştirme kararında, her ne kadar ileriye etkili feshin, tamamlanan inşaat seviyesinin gözetilerek yapılabileceği bildirilmişse de inşaatın hangi seviyeye kadar tamamlanmış olması gerektiği konusunda belirlemeye yer verilmemiştir⁷⁸⁶. Bu yönden ilgili içtihadı birleştirme kararının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yaşanan bu sorunu tam olarak çözdüğü söylenemeyecektir⁷⁸⁷. Öte yandan ilgili

⁷⁸³ Ayça AKKAYAN YILDIRIM 2004, agm. s. 73-74; Serkan AYAN 2008, age. s. 292-293; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 124; Bilal KARTAL 1993, age. s.172; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 748-749; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 157.

⁷⁸⁴ YİBBGK, 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.: “İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla iş muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106 108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına; birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25.1.1984 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verildi”; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1983-3-k-1984-1-t-25-1-1984>, (ET. 25.06.2021).

⁷⁸⁵ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2014, age. s. 397-398; Haluk TANDOĞAN 2010, C. II, s. 153-160.

⁷⁸⁶ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 228; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 472; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 220.

⁷⁸⁷ Sözleşmenin dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak sona erdirilebilmesi ve bunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin tespiti açısından tamamlanan inşaat oranının, hangi seviyede olması gerektiğine ilişkin belirlemeye kararda açıkça yer verilmemiş olması, doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 220.

içtihadı birleştirme kararı sonrasında ortaya çıkan Yargıtay güncel kararlarında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ileriye etkili olarak feshedilebilmesi için inşaatın tamamlanma oranının %90 ve bu oranın üzerinde olması gerektiğine hükmedilmiştir⁷⁸⁸. İnşaatın tamamlanma seviyesinin bu oranın altında kaldığı

⁷⁸⁸ “Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK’nun 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan “ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ” iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir. Dairemizin kararlılık gösteren içtihatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyenin haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshine karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri feshihte birleşmediği sürece ancak mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır. Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da tarafların sözleşmenin etkisinden kurtulmaları, başka bir anlatımla, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi gerekir. Feshin geriye etkili olacağı konusunda taraf iradelerinin uyumaması halinde mahkemece ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Fesih ileriye etkili sonuçlar yaratacak şekilde yapılmış veya bunun koşulları oluşmuş ise, feshin doğal sonucu olarak yapılacak tasfiye işlemi yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölüm tapusunun devrini isteyebilir. Arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararların ödenmesini de ister. İnşaatın seviyesi (tamamlanma oranı) önce belirlenmeli, davalı yüklenicinin hakkettiği arsa payı ile arsa sahiplerine bağımsız bölüm ve bırakılacak pay oranı, inşaatın bitirilmiş olması durumunda yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölüm (ve arsa payı) oranına kıyas yolu uygulanmalı, böylece yüklenicinin yaptığı kısmi ifanın aynı olarak karşılığı tespit edilmeli, aynı olarak bağımsız bölüm verilmesi mümkün olmadığı takdirde yapılan iş ve bağımsız bölümlerin saptanacak değerlerine göre ivaz ilavesi suretiyle tasfiye gerçekleştirilmeli, mevcut işe göre geri alınması icap eden bağımsız bölüm (arsa payı) mevcut ise bunların yükleniciye ait olduğu belirlenmelidir. Diğer anlatımla, 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ileriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalatın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir. Sözleşmenin feshinin ileriye mi yoksa geriye mi etkili fesih olacağı hususu inşaatı yargılama safhasındaki son durumu itibarı ile belirlenmelidir. Sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilebilmesi için inşaat seviyesinin %90 oranının üzerinde ve kabul edilebilir nitelikte olması gerekir.”; Yargıtay 23. HD, 21.05.2018 T., 2015/5183 E., 2018/3243 K.; karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2015-5183-k-2018-3243-t-21-5-2018>, (ET. 25.06.2021).

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin 26.01.2017 T., 2016/1273 E. ve 2017/192 K. sayılı kararlarında ise; “Dosya kapsamından, yapıda kaçak kısımların halen mevcut olduğu ve bu bölümler yıkılmadan yapının yasal hale getirilmemesinin mümkün bulunmadığı, bu haliyle davacı arsa sahiplerinin fesih isteminde haklı oldukları anlaşılmış ise de, bozma öncesi alınan rapora göre inşaat %90 seviyesinde olup, tüm eksikliklerine rağmen bağımsız bölümlerde oturulduğu, pek çok kişinin arsa sahiplerinden ve yükleniciden bağımsız bölüm satın aldığı, bu kişiler adına tapuda hisseler oluşturulduğu, bu aşamada sözleşmenin geriye etkili olarak feshinin adalet duygularını zedeleyeceği sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, mahkemece, öncelikli olarak, davacı arsa sahiplerinin terditli istemleri de dikkate alınarak, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi tartışılmalıdır.” ifadesi yer almaktadır; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2016-1273-k-2017-192-t-26-1-2017>, (ET. 25.06.2021). Benzer nitelikteki karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 08.07.2019 T., 2018/4947 E. ve 2019/3227 K. sayılı kararı. “Bu durumda mahkemece inşaatın gerçekleştirme seviyesi %77,50 olmasına rağmen arsa sahibince kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin ileriye etkili feshini talep ederek dava açtığı bina inşaatının seviyesi itibarıyla 25.01.1984 gün 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük

durumlarda sözleşmenin, geriye etkili olarak sona erdirilebileceğine ilişkin hükümler verilmektedir⁷⁸⁹. Bununla birlikte yine Yargıtay, tamamlanma oranının %95'i aştığı durumlarda arsa sahibinin, ifayı kabul zorunlu olduğunu ve sözleşmeyi ileriye etkili olarak da feshedilemeyeceğini, tamamlanmayan eksik kısım yönünden yükleniciden bedel talep edebileceğine hükmetmiştir⁷⁹⁰. Bu durumda yüklenici tarafından meydana getirilen yapının, dürüstlük kuralı çerçevesinde arsa sahibi tarafından reddedilemeyecek seviyeye gelmiş olup olmadığına bakılacaktır. Dolayısıyla inşaatın tamamlanması yönünden kesin bir oran belirlenmesi mümkün olmamakla birlikte

Genel Kurulu kararında belirtilen oranda yapılmamış olması sebebiyle akdin ileriye etkili feshinin koşulları oluşmamış ise de, Dairemizin 07.04.2004 tarih 2003/4795 Esas ve 2004/1968 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, geriye etkili fesih talep edebilecek olan davacı arsa sahibinin kendi iradesiyle sözleşmenin ileriye etkili feshini talep ettiği durumlarda, imalatın gerçekleşme seviyesine bakılmaksızın akdin ileriye etkili feshine, sözleşmenin tasfiyesine ve teslimi gereken tarihten ileriye etkili feshin talep edildiği tarihe kadar koşulları gerçekleşmişse gecikme tazminatına ve kendisine ait bağımsız bölümlerin tespiti isteyebileceğinden arsa sahibine bırakılacak bağımsız bölümlerin tespitine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2018-4947-k-2019-3227-t-8-7-2019>, (ET. 25.06.2021).

⁷⁸⁹ YİBBGK, 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. kararına göre; “kural olarak fesih geriye etkili sonuçlar doğurur ise de, inşaatın bitirilmemesinin haklı gösterdiği hallerde feshin ileriye etkili yapılması mümkün kabul edilmiştir. Dosya kapsamına göre inşaatın getirildiği seviye %82.03 dür. Bu seviye gerek Hukuk Genel Kurulu’ nun gerekse Dairemizin yerleşik uygulaması doğrultusunda feshin ileriye etkili yapılmasını haklı kılmaz.”; Yargıtay 15. HD, 10.03.2003 T., 2003/492 E., 2003/1152 K.; “Teslim süresi geçmesine karşılık inşaat ancak % 52 seviyesine getirilmiş, yüklenici temerrüdü gerçekleşmiştir. Gerek Hukuk Genel Kurulu’ nun gerekse Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bu seviye feshin geriye etkili yapılmasını gerektirir.”; Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD, 06.11.2003 T., 2003/1903 E., 2003/5288 K. “İşbu dava tarihine kadar teslim süresinin geçmesine rağmen, inşaatın getirildiği seviye ortalama %33’tür. Bu durumda, somut olayda davalı yüklenici BK’ nin 106-108. maddeleri uyarınca temerrüde düşmüş olup, davacı taraf sözleşmeden dönmede haklıdır.”; Yargıtay 15. HD, 21.12.2006 T., 2005/7594 E., 2006/7533 K. “Dava, kat karşılığı inşaat yapımı konusunda imzalanan sözleşmelerin ifa ile sonuçlanmaması sebebiyle feshi, diğer davalılara devredilen daire tapularının iptaliyle davacılar adına tescili istemiyle açılmıştır. Davalı yüklenici inşaatı %20 seviyelerinde gerçekleştirdiği ve bu sebeple akdin geriye etkili şekilde feshedilmesi karşısında yüklenici yaptığı imalatın bedelini arsa sahiplerinden talep edebilir ise de davacılar tapu istemeye hakkı bulunmamaktadır.”; Yargıtay 15. HD, 17.05.2012 T., 2012/734 E., 2012/3568 K. karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2012-734-k-2012-3568-t-17-5-2012>, (ET. 26.08.2021).

⁷⁹⁰ “Yaptırılan bilirkişi incelemesine göre inşaatın gerçekleşen fiziki oranı %93.75’tir. Eser bu oran itibarıyla reddedilemeyecek düzeydedir. Davacı arsa sahipleri kalan kısımların tamamlanması için gerekli bedelin ödenmesini talep edebilirse de, ulaşılan seviyeye göre sözleşmenin ileriye etkili olsa bile feshi mümkün değildir”; Yargıtay 21.10.1999 T., 1999/2473 E., 1999/3735 K. karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-1999-2473-k-1999-3735-t-21-10-1999>, (ET. 25.06.2021). Yine başka bir kararda “Somut olayda; inşaatın getirildiği %91 fiziki seviye eserin kabulü için arsa sahibinin zorlanacağı bir oran değildir. Dairemizin uygulamasına göre bu seviye en az %95 olmalıdır. Aksi halde eserin hukuken tesliminden söz edilemez ve eserin kalanının para karşılığı tamamlanmasına arsa sahibi zorlanamaz.”; Yargıtay. 14. HD., 23.11.2006 T., 2006/11752 E., 2006/13727 K. karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-hukuk-dairesi-e-2006-11752-k-2006-13727-t-23-11-2006>, (ET. 25.06.2021); Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. TMK m. 2’de yer alan iyinyet kuralı kapsamında değerlendirildiğinde arsa sahibine getirilen bu sınırlamayı uygun bulmaktadır; s. 754. Buna karşılık, Akkayan/Yıldırım’a göre bu uygulama, yüklenicinin gereğinden fazla korunması sonucu doğuracağından isabetsizdir; s. 79.

yeknesak uygulamanın sağlanabilmesi adına tamamlanma yönünden bir alt oranın belirlenmesi gerekmektedir⁷⁹¹.

3.4.2.3.2.3.4 Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilirliğine ilişkin görüşlerin temeline bakıldığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli veya sürekli edimli sözleşmeler olup olmadığına dayanmaktadır. Bu kapsamda kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edim borcu doğuran sözleşmelerdir. Bununla birlikte her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli niteliğe haiz sözleşmeler olduğunu ve yüklenici temerrüdü sonucunda arsa sahibinin sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirebileceğini kabul etsek de hakkaniyet gereği bazı hallerde ilgili sözleşmelerin, sürekli edimli kabul edilmesi ve buna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması da doğru görülmektedir. Nitekim sözleşmeden dönme anına kadar tamamlanan inşaatın varlığı halinde, bu inşaat için gerek emek gerek ise maddi anlamda çaba gösteren yüklenicinin, arsa sahibinin sebepsiz zenginleştiği oranda bedel hakkıyla yetinmek zorunda bırakılması halinde sözleşme taraf dengesinin bozulması kaçınılmazdır. Bununla birlikte yüklenicinin, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirme anına kadar inşaatı büyük oranda tamamladığı durumlarda arsa sahibine sözleşmeden dönme imkânının tanınmasının, kanaatimizce de hakkaniyete aykırı olup adaletsiz sonuçlar doğuracağı açıktır. Bu halde yüklenicinin temerrüdünün varlığı halinde arsa sahibinin, sözleşmeyi sona erdirmesinin niteliği kural olarak dönme olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık temerrüt anına kadar yüklenicinin emeğinin göz ardı edilemeyeceği büyük oranda tamamlanan, yapı veya bağımsız bölümünün varlığı halinde ise sözleşme ileriye etkili olarak feshedilmelidir. Tüm bunlarla birlikte arsa sahibinin dönme hakkının sınırlandırılmasında dayanak teşkil eden TBK m. 475 hükmünün, ayıp durumlarında uygulanma amacı taşıdığı, bununla birlikte sözleşmeden dönmenin asıl nedeninin temerrüt olduğu dikkate alındığında ilgili hükmün kıyasen bu temerrüt durumuna uygulanmayacağı kabulü doğru olacaktır.

⁷⁹¹ Ayça AKKAYAN YILDIRIM 2004, agm. s. 79; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 125; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 130.

3.4.2.3.3 Menfi Tazminat Talep Hakkı

Yapı veya bağımsız bölümleri teslimde kusuruyla temerrüde düşen yükleniciye karşılık arsa sahibi, TBK m. 125/3 gereğince temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayamamış yükleniciden sözleşmeden dönme ile birlikte menfi zararlarının tazmin edilmesini de talep edebilecektir⁷⁹². Arsa sahibinin menfi zararı, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı zararlardır⁷⁹³. Bir başka ifade ile menfi zarar, arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hiç kurulmasaydı uğramayacak olduğu malvarlığı zararlarıdır⁷⁹⁴. Bu kapsamda yüklenicinin yapı veya bağımsız bölümleri meydana getirme edimi sırasında arsa sahibinin malvarlığında ortaya çıkan zararlar, onun menfi zararı olarak kabul edilecektir⁷⁹⁵. Bununla birlikte arsa sahibinin menfi zararı, sözleşmenin, taahhüt edildiği şekilde ifa edileceğine ilişkin yükleniciye karşı duyulan güvenin boşa çıkarılmış olmasının bir sonucu olarak doğmaktadır⁷⁹⁶. Yine yüklenicinin temerrüdüne bağlı olarak arsa sahibine tanınan menfi zararı talep hakkı, hukuki niteliği itibariyle sözleşmeden doğan bir talep olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁹⁷. Menfi zarar kapsamı, arsa sahibinin sözleşmeden dönmeden önceki malvarlığı ile sözleşmeden döndükten sonraki malvarlığı arasındaki fark dikkate alınarak belirlenecektir⁷⁹⁸. Tüm bunlarla birlikte menfi zarar talep hakkı ile amaçlananın, yüklenici temerrüdü ile gereği gibi ifa edilemeyen sözleşmenin akdedilmiş olması dolayısıyla ortaya çıkan zararların giderilmesi olduğu dikkate alındığında arsa sahibinin ifa edilmeme üzerine elde edememiş olduğu menfaat kayıpları, menfi zarar kapsamına dâhil olmayacaktır⁷⁹⁹.

⁷⁹² Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 240; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 143; İlker Hasan DUMAN 2005, age. s. 88; Mehmet Serkan ERGÜNE 2008, age. s. 256; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 445; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 144.

⁷⁹³ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 232; Bayram ERDAŞ 2011, agt. s. 128.

⁷⁹⁴ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 239 vd; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 107; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1148; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 124; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 526 – 527; Mustafa Reşit KARAHASAN 1997, age. s. 1527; Ahmet KILIÇOĞLU 2018, Borçlar Genel, s. 931; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 572; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 399; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 154; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 352-353; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 352-353; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 144; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 969.

⁷⁹⁵ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 233.

⁷⁹⁶ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 233.

⁷⁹⁷ Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1144-1148.

⁷⁹⁸ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 447.

⁷⁹⁹ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 147; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 576; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 75 vd.

Sözleşmeden dönen arsa sahibinin menfi zararı talep hakkı, TBK m. 125/3 gereğince yüklenicinin kusurlu olmasına bağlanmıştır⁸⁰⁰. Bu kapsamda kusurun ispatı, temerrüde düşen yüklenici tarafından yapılmalıdır. Bununla birlikte ortaya çıkan zararda arsa sahibine de kusurun atfedilebildiği durumlar, kural olarak arsa sahibinin zararı talep hakkına engel değildir⁸⁰¹.

3.4.2.3.3.1 Menfi Zarar Kapsamı ve Belirlenmesi

Arsa sahibinin menfi zarar kapsamı, sözleşmenin ifası halinde elde edeceği menfaatler dışında kalan ve sözleşmenin geçmişe etkili ortadan kalkması nedeniyle yükleniciye karşı duyulan güvenin boşa çıkması nedeni ile uğradığı zararlardan oluşmaktadır⁸⁰². Bu kapsamda menfi zarar, sözleşmeden dönen arsa sahibinin malvarlığının mevcut hali ile bu sözleşmenin hükümsüzlüğünün önceden öngörülerek sözleşmenin hiç kurulmamış olması halinde malvarlığının bulunacağı durum arasındaki fark olarak belirlenecektir⁸⁰³.

Arsa sahibinin menfi zarar kapsamına, müspet zarar kaybı olarak nitelendirilen, ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan menfaat şeklinde ortaya çıkan, teslim edilemeyen yapı değeri ile bu yapının üçüncü kişilere satışı ya da kiraya verilmesi şeklinde elde edilmesi beklenen kazanç değerleri yine yapının başkasına yaptırılması sonucunda ortaya çıkan masraflar dâhil edilemeyecektir⁸⁰⁴. Bunlarla birlikte yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılan teslim borcunu, yerine getirmemiş olması halinde ödemekle yükümlü olacağı cezai şartlar da aksi kararlaştırılmadığı sürece menfi tazminat kapsamında talep edilemeyecektir⁸⁰⁵.

Arsa sahibinin yüklenici temerrüdüne bağlı olarak malvarlığında ortaya çıkan fiili zararlar ve yoksun kalınan kârlar da, menfi zarar kapsamına dâhil edilecektir⁸⁰⁶. Bu kapsamda fiili zarar, sözleşme dolayısıyla yapılan ve sözleşmenin geçersiz hale

⁸⁰⁰ Yalçın ATEŞOĞLU 2018, agt. s. 103; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 447; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 148.

⁸⁰¹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 448.

⁸⁰² M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 284-285; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 145; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 736.

⁸⁰³ Serkan AYAN 2008, age. s. 278; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 452; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 241; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 147; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 144; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1124; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 284-285; Dilara SEPTİOĞLU 2020, agt. s. 145; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP 1993, age. s. 1296; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 120; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 76.

⁸⁰⁴ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 234; Serkan AYAN 2008, age. s. 278; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 528; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 531; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 285; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 307; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 276.

⁸⁰⁵ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 75.

⁸⁰⁶ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 452.

gelmesiyle boşa çıkan harcamalar olup bunlar, malvarlığında aktifin azalması ya da pasifin artması şeklinde ortaya çıkan zararlardır⁸⁰⁷. Bununla birlikte arsa sahibinin, sözleşmenin kurulması kapsamında yapmış olduğu noter, harç veya vergi gibi masrafları ile sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin duyulan güven ile kendi ifası kapsamında yaptığı, proje hazırlığı, malzeme temini, şantiye hazırlığı, gibi masrafları fiili zarar kapsamında kabul edilecektir. Yine yüklenicinin ifasına güvenerek kendi evini yıktıran ve kiraya çıkmak zorunda kalan arsa sahibinin, ödemiş olduğu kira bedelleri, üçüncü kişiler ile yapılan sözleşmenin varlığı halinde kendi edimini ifa edememiş olması nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart veya tazminatlar, temerrüde düşen yükleniciye yapılan temerrüt ihtarı, ek süre tayinine ilişkin masraflar, sözleşmeden dönmeye bağlı olarak yapılan yargılama giderleri veya vekalet ücreti gibi masrafları da fiili zararı kapsamındadır⁸⁰⁸.

Arsa sahibinin menfi zarar kapsamında değerlendirilen yoksun kalınan kâr ise arsa sahibinin sözleşmeyi hiç kurmamış olması halinde elde edeceği menfaatlerden oluşmaktadır⁸⁰⁹. Bir başka ifade ile menfi zarar kapsamına dâhil edilen yoksun kalınan kâr ile arsa sahibinin, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı farazi duruma getirilme amaçlanmaktadır⁸¹⁰. Bununla birlikte arsa sahibinin kaçırılan fırsatlar nedeniyle malvarlığının aktifinde azalmaya neden olan veya üçüncü kişilere karşı borç altına girilen durumlarda ortaya çıkan bu zararların, menfi zarar kapsamında tazmin edilebilmesi, bu zararların, arsa sahibinin sözleşmeye olan güveni sonucunda ortaya çıkmasına bağlıdır⁸¹¹. Bu kapsamda menfi zarar kalemi olarak kabul edilen yoksun kalınan kâr, arsa sahibinin geçerli ve hüküm ifade edeceği inancıyla kurmuş olduğu sözleşmeye bağlı olarak daha elverişli başkaca sözleşmeleri akdedememiş olması halinde kaçırılan fırsatlar ve buna bağlı olarak ortaya çıkan zararlar olarak nitelendirilmektedir⁸¹². Arsa sahibinin, yüklenici ile

⁸⁰⁷ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 235; Burak DOĞAN 2019, agt. s. 144.

⁸⁰⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 279; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 243-246; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 108; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 125; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 529; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 573-574; Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 399-400; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 341; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 287 - 289; Rona SEROZAN 2007, Dönme, s. 584; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 309-310; Turgut UYGUR 1993, age. s. 645.

⁸⁰⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 455.

⁸¹⁰ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 455.

⁸¹¹ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 235.

⁸¹² Serkan AYAN 2008, age. s. 279; Efrail AYDEMİR 2009, age. s. 454; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 246 vd.; Gökhan DİRİCAN 2007, age. s. 62; Muaz ERGEZEN 2007, age. s. 125; Mehmet Serkan ERGÜNE 2008, age. s. 304; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 678; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s.

arasındaki sözleşmeye güven dolayısıyla kaçırdığı başkaca avantajlı sözleşme fırsatları⁸¹³, ifa etmiş olduğu edimler dolayısıyla mahrum kaldığı yararlar⁸¹⁴, yine ifa kapsamında yükleniciye verilen eşya dolayısıyla mahrum kalınan yararlar⁸¹⁵ yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilecektir.

Tüm bunlarla birlikte sözleşmeden dönen arsa sahibinin, dönülen bu sözleşme dolayısıyla elde etmiş olduğu menfaatler var ise bunların menfi zarardan indirilmesi gerekmektedir⁸¹⁶.

Son olarak arsa sahibinin menfi zarar kalemleri olarak sayılan bu durumlar sınırlayıcı olmamakla birlikte talep edilecek menfi zarar kapsamı, ortaya çıkan zarar ile sözleşmeye duyulan güven arasında nedensellik bağının varlığına göre belirlenecektir⁸¹⁷.

3.4.2.3.3.2 Menfi Zarar İspatı ve Hesaplanması

Arsa sahibinin menfi zarar talep hakkını ileri sürebilmesi, zararın varlığını ispatlanmasına bağlanmıştır. Bu noktada arsa sahibinin ispat yükümlülüğü, fiili zararlar ile malvarlığında meydana gelen azalmaya neden olan olayın, dönülen sözleşme ile nedensellik bağı içinde olduğuna ilişkindir⁸¹⁸. Menfi zarar kapsamında değerlendirilen fiili zarar kalemlerinin ispatı, bunlara ilişkin belge ve makbuzlar ile yapılabilecektir⁸¹⁹. Arsa sahibinin yoksun kalınan kâr kapsamına dâhil edilen kaçırılan sözleşme yapma fırsatlarının ispatı ise bunların farazi zarar olması nedeni ile fiili zararlar nazaran daha zordur⁸²⁰. Bu kapsamda sözleşmeden dönen arsa sahibinin, başkaca bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığının ispatıyla yükümlü olup olmadığı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki hâkim olan

289; M. Turgut ÖZ 2016, İnşaat, s. 37; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s. 354; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 311; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 121; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 81 vd.

⁸¹³ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 246; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 455; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 289.

⁸¹⁴ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 246; Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 456; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 290.

⁸¹⁵ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 456; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 290.

⁸¹⁶ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 235; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 272 vd.; Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 147; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 576; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 300; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 317; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 77.

⁸¹⁷ Arda Sinan ATABEKOĞLU 2014, agt. s. 236; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 576; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 310.

⁸¹⁸ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 252; İzzet KARADAŞ 2009, age. s. 541; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 314; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 86.

⁸¹⁹ Leyla Müjde KURT 2011, agt. s. 458.

⁸²⁰ Serkan AYAN 2008, age. s. 279; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 253; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 315; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 123.

görüŖe⁸²¹ göre arsa sahibi, dönülen sözleşme dolayısıyla başkaca bir sözleşmeyi akdetmemiş olduğunu, somut olarak ispatlamakla zorunlu olmamakla birlikte benzer başkaca sözleşmeyi, rayiç bedelle yapma fırsatını kaçırdığının ispatının yeterlidir⁸²². Aksi yöndeki görüşe⁸²³ göre ise akdedilmeyen sözleşme dolayısıyla kaçırılan fırsatların varlığının kabul edilebilmesi için, dönülen sözleşme olmasaydı bu elverişli sözleşmenin değerlendirileceğinin, arsa sahibi tarafından güçlü olasılık şeklinde ortaya konulması ve somut deliller ile ispatlaması gerektiği savunulmaktadır. Yargıtay ise, arsa sahibine yapılan elverişli sözleşme teklifinin varlığını ararken, böyle bir teklifin bulunmaması halinde ise rayiç bedel zararının doğduğunun ispatını yeterli görmektedir⁸²⁴. Bu noktada kanaatimizce baskın görüşün kabulü ile arsa sahibinin, temerrüde düşen yüklenici olmasa idi başka bir yüklenici ile bu sözleşme akdedeceğini ispatlaması yeterlidir. Bu kapsamda böyle bir teklifin arsa sahibine, hayatın olağan akışına göre yapılmış olma ihtimali kanaatinin yüksek olduğu göz önünde tutularak, bu benzer sözleşmeyi rayiç bedelle yapma fırsatını kaçırdığının ispatı yeterli görülmelidir. Nitekim aksi görüşün kabulü ile arsa sahibinin, elverişli fırsatları kaçırmış olduğunun tam ve kesin olarak ispatla yükümlü tutulması, onu zor durumda bırakırken, zararının tazmin edilmemesine yol açacak bununla birlikte temerrüde düşen yüklenicinin de haksız olarak korunması sonucunu doğuracaktır.

Arsa sahibinin menfi zararının hesaplanmasında, hesaplamanın hangi ana göre yapılacağı belirlenmesi gerekir. Buna karşılık uygulamada bazen tazminat davasının açıldığı tarih, hesaplama anı kabul edilirken bazen de zararın doğumuna neden olan olayın gerçekleştiği an hesaplamada dikkate alınmaktadır⁸²⁵. Doktrinde ise baskın olarak hesaplamanın, hüküm tarihi esas alınarak yapılması gerektiği kabul

⁸²¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 279; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 253; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1125; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 315; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 87.

⁸²² Serkan AYAN 2008, age. s. 279; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 253; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 315; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 87.

⁸²³ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 147; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 290; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 86-87.

⁸²⁴ Yargıtay 15. HD. 09.01.2019 T., 2018/2848 E., 2019/88 K.; “Hukuk Genel Kurulu'nun 17.01.1990 tarih ve 1989/13-392-1 sayılı kararında da belirtildiği gibi menfi zarar sözleşme yapılmasaydı davalının uğramayacağı zarar olarak tanımlanmaktadır. Menfi zarar, sözleşmenin yapıldığı tarihte başkasıyla davaya konu arsa üzerinde ne miktarda daire ve arsa payı karşılığı sözleşme yapılabileceğinin belirlenmesi, bu miktar ile yeni ruhsata göre yapılabilecek inşaatlardan davacıya verilecek arsa payı ve bağımsız bölüm arasındaki fark tutarındadır. Bu şekilde belirlenmesi gereken zarar bilirkişilerce hesaplanabileceğinden ayrıca ispatının gerektiğine ilişkin mahkeme gerekçesi yerinde değildir.” karar için bkz <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2018-2848-k-2019-88-t-9-1-2019>. (ET. 2.09.2021)

⁸²⁵ Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 90.

edilmiştir⁸²⁶. Bununla birlikte, menfi tazminat kapsamında yer alan başkaca avantajlı bir sözleşme akdetme imkânının kaçırılması nedeniyle ortaya çıkan yoksun kalınan kar kalemi ise, zararın meydana geldiği an dikkate alınarak hesaplanmalıdır⁸²⁷. Buna karşılık arsa sahibinin, dönme hakkını bilerek geç kullandığı durumlarda menfi zarar hesaplaması, arsa sahibinin iyi niyetli olarak aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmesi gerektiği zaman dilimi esas alınarak yapılacaktır⁸²⁸. Yargıtay ise, hesaplamanın, zararın gerçekleştiği an dikkate alınarak yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁸²⁹.

Yine arsa sahibinin menfi zararının artmasına, arsa sahibinin neden olduğu durumlarda menfi tazminat, TBK m. 52/1 gereği, indirim tabii tutulabilecektir⁸³⁰. Bununla birlikte menfi zararı hesabında, dönülen sözleşme dolayısıyla elde edilen bir menfaatin olup olmadığı da gözetilmelidir. Bu kapsamda dönülen sözleşme dolayısıyla elde edilen bu yararlar, yine sözleşmeden dönme dolayısıyla uğramış olunan zararlardan mahsup edilerek denkleştirme yoluna gidilmelidir⁸³¹. Bununla birlikte denkleştirmeye tabii tutulan bu yararların, arsa sahibinin zararına neden olan olayla bir başka ifade ile sözleşmeye duyulan güvenin boşa çıkması ile uygun illiyet bağı olan yararlar olması gerekmektedir⁸³².

Arsa sahibinin, menfi tazminat talebinin, sözleşmeden doğan talep hakkı olduğu dikkate alındığında, menfi tazminatı talep hakkı, kural olarak, TBK m. 146 hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir⁸³³. Buna karşılık yüklenici yükümlülüğünün, onun ağır kusur olmaksızın yerine getirilmediği durumlara ilişkin

⁸²⁶ Nami BARLAS 2008, age. s. 131; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 275; Mehmet Serkan ERGÜNE 2008, age. s. 358; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ 2017, age. s. 444; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 318; Sendi YAKUPPUR 2009, age. s. 123.

⁸²⁷ Müge ÜREM 2017, age. s. 202.

⁸²⁸ Yargıtay 13. HD., 10.02.2005 T., 2004/12761 E., 2005/1948 K.; “*Davacı sözleşmenin feshini talep ettiğinden, isteyebileceği menfi zarar, sözleşmenin ifasından vazgeçtiğini derhal ihbar etmesi gereken tarihteki rayiç değerler üzerinden hesap edilir.*” karar için bkz; Müge ÜREM 2017, age. s. 202, dn. 163.

⁸²⁹ Yargıtay 15. HD., 10.11.1997 T., 1997/3668 E., 1997/4766 K.; “*Geri verilecek olan, cepten çıkıp da karşı tarafın mal varlığına giren miktar olduğuna göre, bu değer, paranın cepten çıktığı tarih, başka bir anlatımla inşaatın yapıldığı tarih itibarıyla belgelendirilecek veya bilirkişiye hesaplatılacak proje, ruhsat, kazı, malzeme, nakliye, işçilik vs. gibi (kar hariç) maliyet giderleri tutarından ibaret olduğu kendiliğinden anlaşılacaktır.*” karar için bkz. Müge ÜREM 2017, age. s. 202, dn.162.

⁸³⁰ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 280; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 301; Mehmet Deniz YENER 2011, age. s. 91.

⁸³¹ Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 272-273; Mehmet Serkan ERGÜNE 2008, age. s. 327; Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 576; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 300.

⁸³² Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 273; Mehmet Serkan ERGÜNE 2008, age. s. 328; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 300.

⁸³³ Kemal DAYINLARLI 2008, age. s. 108; Fikret EREN 2019, Borçlar Genel, s. 1126; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 362; Kemal TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 965; Müge ÜREM 2017, age. s. 204.

TBK m. 147'de yer alan düzenle ile gidilen ayırım sonucunda uygulanan, beş yıllık zamanaşımı süresi, menfi tazminat talep hakkı yönünden de uygulama alanı bulacaktır⁸³⁴. Buna göre yüklenicinin, kastı ve ağır ihmali ile temerrüde düştüğü durumlarda menfi tazminat talebi, TBK m. 146 gereğince on yıllık zamanaşımı süresine tâbi iken, yüklenicinin hafif ihmali ile temerrüde düştüğü durumlarda ise menfi tazminat talebi TBK m. 147 gereğince beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacaktır⁸³⁵.

Menfi tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri, TBK m. 149/1 gereğince tazminat borcunun muaccel olduğu andan, yani arsa sahibinin, sözleşmeden dönme beyanının, yükleniciye vardığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır⁸³⁶.

⁸³⁴ Cengiz KOSTAKOĞLU 2008, age. s. 1278; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 362

⁸³⁵ Müge ÜREM 2017, age. s. 204.

⁸³⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 279; Vedat BUZ 1998, Dönme, s. 276; Mehmet Serkan ERGÜNE 2008, age. s. 147; Leyla Müjde KURT 2011, agt. 2012, s. 367; M. Turgut ÖZ 1989, Dönme, s. 302; Turan ŞAHİN 2012, age. s. 363.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, sözleşme taraflarından arsa sahibinin, belirli arsa paylarının mülkiyetini devretmeyi üstlendiği buna karşılık yüklenicinin ise devredilen söz konusu arsa payları üzerine bağımsız bölüm inşa etme ve bunun teslim borcu altına girdiği sözleşmeler şeklinde ortaya çıkmaktadır.

İlgili sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş olup "isimsiz sözleşme" niteliği haizdir. Bununla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, taraf edimleri göz önünde bulundurulduğunda, bu sözleşmelerin, eser ve taşınmaz satış sözleşmesi özelliklerini ihtiva ettiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yaşanacak hukuki uyumsuzlukların, eser sözleşmeleri ile taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ile çözüme kavuşturulacağı kabul edilmiştir. Öte yandan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ve yüklenici edimlerinin mübadele içinde olması ve eser sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesi unsurlarını ihtiva etmesi nedeniyle çift tipli karma yapılı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, ani-sürekli edimli sözleşmelerden hangisi kapsamında değerlendirileceği de doktrinde tartışma konusu yapılmıştır. İlgili görüşlerin ortaya çıkmasında esas dayanak olarak ise sözleşme taraflarından yüklenicinin, inşaatı meydana getirme ve teslim borcunun, ifa süreci ve buna bağlı olarak arsa sahibinin menfaatine erişim anı dikkate alınmıştır. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yapı veya bağımsız bölümün teslim anı ile arsa sahibinin menfaatine kavuşma anının bir olduğu dikkate alınarak ani edimli sözleşme olarak kabul edilmiştir. Baskın görüş her ne kadar bu yönde olsa da kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani sürekli karmaşığı edimli sözleşmeler olarak değerlendirilmelidir. Öte yandan yüklenicinin, inşaatı bitirip arsa sahibine karşı olan teslim borcunu ifa etmesiyle sözleşmenin yegâne amacına ulaşacağı tartışmasızdır. Bununla birlikte Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun içtihatı birleştirme kararında yer verildiği üzere dönme anına kadar tamamlanan inşaat oranı

ve bu süreçte yüklenicinin sarf ettiği emek ve masrafların gözetilmesi ile sürekli edimli sözleşme hükümlerinin de bu sözleşmelere uygulanabilirliği yönündeki görüşü de yerindedir. Aksi yöndeki uygulama ile yüklenicinin, teslim aşamasına kadar inşaatın, meydana getirilmesine ve teslimine ilişkin fiillerinin, ifaya hazırlık sürecinde değerlendirilmesi ile hakkaniyetsiz sonuçlar kaçınılmaz olacaktır.

Tarafların aralarında akdedecekleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartı, eser sözleşmeleri ve taşınmaz satış sözleşmelerinde uygulama alanı bulan şekil şartı kapsamında tespit edilecektir. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin yapı veya bağımsız bölüm meydana getirme ve bunların teslimine ilişkin olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Buna karşılık sözleşme tarafı arsa sahibinin, arsa payı devrine ilişkin borcu dikkate alındığında ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin TBK m. 237/1 gereğince resmi şekilde düzenlenmelidir. Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde kurulması, sözleşmenin tapu memuru huzurunda yahut noterlerce düzenleme şeklinde yapılması şeklinde gerçekleşecektir.

Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin yapı veya bağımsız bölüm meydana getirme ve bunların teslimine ilişkin borcunu tam anlamıyla ifa ettiğinin kabul edilebilmesi için yüklenici, ifayı, sözleşmede taahhüt edildiği şekilde eksiksiz ve süresinde gerçekleştirmelidir. Bununla birlikte yüklenici, yapı veya bağımsız bölüm meydana getirilmesi ve teslimi sürecinde arsa sahibine karşı birtakım borçlar altına girmektedir. Yüklenicinin bu borçları, bağımsız bölüm inşası ve teslim borcu, sadakat ve özen borcu, işi bizzat yapma veya yaptırma borcu, gerekli araç gereç ve malzemeyi sağlama borcu, işe zamanında başlama ve bitirme borcu ile ayıba karşı tekeffül borcu şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüdü, sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümlerin tesliminin, muaccel olması, ifa imkânsızlığının söz konusu olmaması, yüklenicinin teslimi ifa etmemesinin haklı nedene dayanmaması şartlarına bağlanmıştır. Bu şartların varlığı halinde yap ve bağımsız bölümleri, sözleşmeden kararlaştırıldığı şekilde ifa etmeyen yüklenici, temerrüde düşecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüdü nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise TBK'nun genel temerrüt hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yüklenicinin temerrüdü, yapı veya bağımsız bölüm teslim borcunun muaccel olması halinde gerçekleşecektir. Bu kapsamda tarafların, yüklenicinin yapı veya bağımsız bölüm teslimine ilişkin vadeyi, sözleşmede belirlediği durumlarda yüklenicinin teslim borcu, bu vadede muaccel olacaktır. Yine taraflar, bağımsız bölümlerin teslim edileceği zamanı, bir olayın gerçekleşmesine bağlayabilecekleri gibi süre bitimi şeklinde de belirlemiş olabilir. Bu kapsamda yüklenicinin teslim borcu, olayın gerçekleştiği tarih ya da sürenin dolduğu tarihte muaccel olacaktır.

Yüklenici temerrüdünden söz edilebilmesi için, sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümlerin meydana getirilmesi ve teslimi, imkânsızlığa uğramamış olmalıdır. Öte yapı veya bağımsız bölümlerin meydana getirilmesi ve tesliminin objektif ve sürekli olarak imkânsızlık içermesi, yüklenici temerrüdü hükümlerinin değil, ifa imkânsızlığı hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte sözleşme konusu yapı veya bağımsız bölümlerin imkânsızlaşmasında yüklenicinin kusurlu olup olmadığı ile imkânsızlığa neden olan beklenmedik olayın, sözleşmenin hangi tarafının hâkimiyet alanından kaynaklı olduğu, yüklenici sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde önem arz edecektir. Yine imkânsızlığın, yüklenicinin temerrüde düşmesi sonrasında ortaya çıkıp çıkmadığı da bu belirlemede önem arz edecektir.

Yüklenici temerrüdünün gerçekleşmesi yönünden önem arz eden bir diğer konu da yapı veya bağımsız bölüm tesliminde geciken yüklenicinin, bu gecikmesinin, haklı bir gecikme olmamasıdır. Zira inşaatın tesliminde yaşanan gecikmenin, haklı gecikmesi sayılması halinde borca aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Nitekim temerrüt, borca aykırılık durumu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda yapı veya bağımsız bölüm tesliminin, objektif ve sürekli olarak imkânsız hale gelmesi, yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği defi hakkına sahip olması ve bağımsız bölüm tesliminin, arsa sahibine isnat edilebilen nedenler dolayısıyla gecikmesi halinde de bunlar haklı gecikme sayılacak ve yüklenici temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

Sözleşme konusu yapı ve bağımsız bölüm tesliminde geciken yüklenici, kural olarak arsa sahibinin temerrüt ihtarını ile temerrüde düşecektir. Bununla birlikte sözleşmede teslim tarihine ilişkin belirli vadeye yer verilmiş olması, ihtarın, hiçbir amaca hizmet etmeyeceğinin yüklenicinin hal ve vaziyetinden açıkça anlaşılması, ifa zamanının, sadece yüklenici tarafından bilinmesi ve ihtarın, yüklenici tarafından

kasten engellendiği durumlarda, arsa sahibinin, ihtarına gerek olmaksızın yüklenici temerrüdü gerçekleşecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici ifasının meydana getirme ve teslim borcu olduğu dikkate alındığında ilgili sözleşmeler kural olarak kısmi ifaya elverişli kabul edilmemektedir. Buna karşılık, yüklenicinin birden fazla blok inşa etmeyi taahhüt ettiği durumlarda, meydana getirilen kısmın, arsa sahibinin menfaatini karşıladığı, sözleşmede yüklenici ediminin, kısım kısım teslim edilmesi yönünde bir belirlemeye yer verilmesi gibi durumlarda yüklenici, ifasını kısmi olarak gerçekleştirebilecektir. Bununla birlikte, arsa sahibi, kısmi ifa dışında kalan teslim edilmeyen inşaat yönünden, yükleniciyi, bunların teslimine ilişkin borç muaccel olduğu takdirde temerrüde düşürebilecek ve yüklenicinin kısmi temerrüdü gündeme gelecektir.

Yapı veya bağımsız bölümlerin tamamlanıp teslim edilmesinin, sözleşmede kararlaştırılan teslim vadesine yetismeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda arsa sahibi, TBK m. 473/1 gereği teslim vadesini beklemeksizin sözleşmeden dönebilecektir. Bu kapsamda işe başlamayı sürekli erteleyen yahut işe zamanında başlamış olsa dahi inşaatı, teslim tarihine kadar yetiştiremeyecek olan yüklenicinin, erken temerrüdü gündeme gelecektir.

Yüklenicinin, vadesi gelen yapı ve bağımsız bölümü teslim edememesi ve bunun sonucunda da temerrüde düşmesi halinde arsa sahibine, TBK m. 125 kapsamında seçimlik haklar tanınmıştır. Bu kapsamda arsa sahibi, aynen ifayı talep hakkına sahip olduğu gibi bununla birlikte gecikmeden doğan zararlarını da talep edebilirken, aynen ifadan vazgeçerek ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkacak müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını, talep hakkına sahiptir. Arsa sahibi, tazminat talep haklarını, temerrüde düşen yüklenicinin, kusurlu olması halinde ileri sürebilecektir.

Arsa sahibine tanınan seçimlik hakların kullanılabilmesi, bir takım şartlara bağlamıştır. Bu kapsamda arsa sahibi, TBK m. 123 gereğince yükleniciye tanınan ek süre tanınmalı ve bu ek süre sonunda da ifa hala gerçekleşmemiş ise haklarını, derhal kullanmalıdır. Bununla birlikte arsa sahibi, aynen ifa ve buna bağlı gecikmeden doğan zararlarına ilişkin talep hakkını, ek süre tanımaksızın yükleniciden talep edebilecektir. Öte yandan arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmin edilmesine veya sözleşmeden dönerek ile menfi zararının tazmininin talep

edilmesine ilişkin hakları, aynen ifadan vazgeçildiğinin, derhal yükleniciye bildirilmiş olması ve yükleniciye tanınan ek süre şartına bağlanmıştır.

Temerrüt, yüklenicinin meydana getirme ve teslim borcunu ortadan kaldırmamakla birlikte arsa sahibi, yapı veya bağımsız bölümlerin tamamlanarak teslim edilmesine ilişkin aynen ifa talebini, yükleniciye karşı ileri sürebilecektir. Bununla birlikte arsa sahibi, TBK m. 113/3 gereğince masrafları yükleniciye ait olmak üzere yapı veya bağımsız bölümü tamamlama görevini kendisi üstlenebileceği gibi bunu yetkili kılınacak bir başka kişi aracılığı ile de yerine getirebilmesine ilişkin nama ifa imkânına sahip olacaktır. Arsa sahibi, teslimin, aynen ifasıyla birlikte, geciken teslim dolayısıyla uğramış olduğu gecikme zararları ile sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde cezai şart ödemesini de yükleniciden talep edebilecektir.

Arsa sahibi, aynen ifa talebinden vazgeçtiğini derhal bildirmek kaydıyla müspet zararının tazmin edilmesini, yükleniciden talep edebilir. Müspet zararın talep edilmesi halinde, inşaatın teslimi ile yükümlü olan yüklenici, arsa sahibinin bu talebini yöneltmesi ile artık tazminat ödemekle yükümlü hale gelecektir. Arsa sahibinin müspet zararı, inşaatın tesliminin, sözleşmede taahhüt edildiği şekilde yerine getirilmemesine ilişkin zararlar olup bunlar, temerrüt dolayısıyla ortaya çıkan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkmaktadır. Arsa sahibinin müspet zararının, mübadele teorisine göre hesaplanması halinde arsa sahibi, karşı edimi olan arsa paylarının devrini yüklenici gerçekleştirdiği takdirde ifa edilmeyen edimin tüm değeri üzerinden hesaplanan tazminat talep hakkına sahip olacaktır. Bu kapsamda arsa sahibinin edimi ile yüklenicinin tazminat ödeme borcu, karşılıklı değişim ilişkisi içindedir. Müspet zararın hesaplanmasının fark teorisine yapıldığı durumda arsa sahibi, karşı edim yükümlülüğü altındaki arsa paylarını, yükleniciye devretmek zorunda olmamakla birlikte bunların değerinin, tazminat miktarından düşülmesi halinde ortaya çıkan fark miktarı talep edebilecektir.

Yapı veya bağımsız bölümlerin, aynen ifasının, arsa sahibinin menfaatini karşılamadığı, arsa sahibinin zararının, inşaatın teslimi gerçekleşse dahi giderilemeyeceği durumlarda arsa sahibi sözleşmeden dönme yoluna gidebilir. Sözleşmeden dönme halinde, taraflar dönme anına kadar gerçekleşen edimler yönünden iade borçlusuna haline gelecekken, ifası gerçekleşmeyen edimler yönünden ise yükümlülükleri sona erecektir. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde arsa payı karşılığı sözleşmesinin geçerliliğinin akıbetinin, ne olacağı yönünde doktrinde

farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda klasik dönme ve aynı etkili dönme teorisine göre dönme ile birlikte taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümsüz hale gelirken, yeni dönme teorisinde ise sözleşme devamlılığı korur ancak içerik değiştirerek tasfiye sürecine geçmektedir. İlgili teorilerden hangisinin kabul edileceği, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine bağlı gerçekleşen tasarruf işlemlerinin geçerliliği ile yine bu tasarruf işlemlerine bağlı aynı hak kazanan üçüncü kişilerin bu durumunun dönmeden etkilenip etkilenmeyeceği hususlarında önem arz edecektir. Klasik dönme teorisine göre dönülen sözleşmeyle birlikte edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilecektir. Bu kapsamda arsa sahibi, şahsi hak niteliğindeki bu iade talebini, dönülen sözleşmede taraf olan yükleniciye karşı ileri sürebilecektir. Aynı etkili dönme teorisi ise dönmeyle birlikte gerek sözleşmenin gerek ise bu sözleşmeye bağlı yapılan tasarruf işlemlerinin, hükümsüz olacağını, buna bağlı olarak da kazanılan aynı hakların aslında devralana hiç geçmediği benimsemektedir. Bu durumda sözleşmeden dönme ile hukuki sebebi ortadan kalkan tasarruf işlemleri de sona erecekken, bu işlemler dolayısıyla yapılan tesciller de yolsuz hale gelecektir. Arsa sahibi ise yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını gerek yükleniciye gerek ise yüklenici tarafından pay devrinin üçüncü kişilere yapıldığı durumlarda bu kişilere karşı da ileri sürebilecektir. Dönme halinde sözleşmenin ve bu sözleşmeye bağlı olarak yapılan tasarruf işlemlerinin, devamlılığını korunacağını savunan yeni dönme teorisi göre ise iade alacaklısı arsa sahibi, iade talebinde bulunmadıkça hakları ona dönmeyecektir. Bu kapsamda arsa sahibi, iadeyi yükleniciden tescile zorlama davası ile talep edebilecektir.

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, yükleniciden, aynı hak kazanan üçüncü kişilerin, TMK m. 1023 gereğince iyiniyetli kabul edilip edilmeyecekleri konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kanaatimizce de sözleşmeden dönme anı öncesinde geçerli bir tasarruf işlemi ile arsa paylarının gerçek maliki konumunda olan yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişilerin, bu hak kazanımı korunmalıdır. Bu kapsamda bu kişilerin hak kazanımı sırasında iyi niyetli olup olmadıklarının da araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla iade alacaklısı haline gelen arsa sahibi de şahsi hak niteliğindeki iade talebini, üçüncü kişilere karşı ileri sürememelidir.

Arsa sahibinin, yapı ve bağımsız bölüm teslimi, kendisine yapılmamış olmasına rağmen arsa paylarını, yükleniciye devrettiği durumlarda Yargıtay,

yüklenicinin, bu arsa paylarının mülkiyetine, ancak inşaatı tamamlayarak teslim ettiğinde kavuşacağı kabul ederek bu payları avans niteliğinde kabul etmiştir. Bununla birlikte Yargıtay yüklenicinin, mülkiyet hakkına sahip olmadığı halde arsa paylarını, üçüncü kişilere devrettiği durumlarda üçüncü kişinin, iyi niyetli olmadığını ve yapılan tescilin yolsuz tescil olduğuna hükmetmiştir. Yüksek mahkeme, yükleniciden pay devrini gerçekleştiren üçüncü kişilerin, yüklenicinin ancak bu paylara inşaatı tamamladığı halde sahip olacağını bildiklerini yahut bilmeleri gerektiğini gerekçe göstererek, yolsuz tescili bilen veya bilmesi gereken kişinin, bu tescile dayanarak hak kazanamayacağını kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak da arsa sahibi, sözleşmeden dönme ile birlikte mülkiyet hakkına dayanarak yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını üçüncü kişilere karşı da açabileceği kabul edilmiştir. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü ile üçüncü kişiler, yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel borcunu yerine getirmemesiyle sebebi ile de yok yere mağdur edilmektedir. Nitekim üçüncü kişiler, tapudaki tescil kaydına güven duyarak böyle bir işleme dâhil olmuştur. Öte yandan üçüncü kişilerin pay devrini gerçekleştirdiği sırada yüklenici tasarruf yetkisine sahip olup gerçekleşen bu tasarruf işleminde de herhangi bir hukuki sakatlık bulunmamaktadır.

İade konusu arsa payı üzerinde, şahsi hak kazanan üçüncü kişi, bu hakkını yalnızca yükleniciye karşı ileri sürebilecektir. Öte yandan üçüncü kişi tarafından ilgili şahsi hakların, şerh ile kuvvetlendirilmesi halinde, sözleşmeden dönme ile arsa sahibine iade edilen arsa payı üzerindeki bu şahsi haklar, arsa sahibine karşı da ileri sürülebilecektir.

Temerrüt sonucunda arsa sahibinin sözleşmeden dönerek, sözleşmeyi geri etkili sona erdirme hakkının kullanılabilirliği, sözleşmenin ani edimli veya sürekli edimli sözleşme görüşleri kapsamında tartışma konusu yapılmıştır. Öte yandan tartışmalar, temerrüt anına kadar büyük oranda tamamlanmış inşaat çerçevesinde yüklenici emek ve masraflarının, hazırlık faaliyeti kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dayandırılmıştır. Yine yüklenicinin, sarf ettiği emeğe karşılık bedel hakkına sahip olup olamayacağı da görüşler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani sürekli edimli karmaşığı sözleşmeler değerlendirilmesi bu noktada büyük önem arz eder. Bu kapsamda arsa sahibinin dönme hakkı, yapı ve bağımsız bölümleri büyük oranda tamamlanmış olması durumlarında sınırlandırılabilir. Temerrüt anına kadar inşaatın bütününe yakın kısmının tamamlanmış olması halinde arsa sahibinin

sözleşmeden dönmesi ile yüklenicinin sadece maliyet giderlerini talep hakkına sahip olması adil sonuçlar doğurmayacaktır. Bununla birlikte tamamlanan kısımlar kapsamında yüklenici fiillerinin, ifaya hazırlık kapsamında değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak da yüklenicinin bedel hakkına sahip olmayacağı kabulü hakkaniyete aykırıdır. Bu takdirde inşaatın büyük oranda tamamlanmış olduğu durumların varlığı halinde sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmek ve yükleniciye bedel hakkı tanımak doğru olacaktır. Öte yandan Yargıtay İçtihatı Birleştirme Genel Kurulu da konuyla ilgili belirsizliği gidermek adına inşaatın tamamlanma oranından yola çıkılması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, ilgili içtihat kararında tamamlanma oranını yönünden de özel bir belirlemeye yer vermemiştir. Konuyla ilgili güncel Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise tamamlanma oranı %90 ve üzeri olan inşaatın varlığı halinde arsa sahibinin, sözleşmeden dönerek sözleşmeyi geriye etkili sona erdiremeyeceğine hükmedildiği görülmektedir.

Son olarak temerrüde düşen yüklenicinin kusurlu olması halinde arsa sahibi, yüklenici ile aralarındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine duymuş olduğu güven çerçevesinde uğradığı zararlarını menfi tazminat kapsamında talep edebilir. Arsa sahibinin menfi zararı, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı uğramayacak olduğu zararları olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda sözleşmenin geçerliliği güven dolayısıyla yapılan masraflara ilişkin fiili zararlar menfi tazminat kapsamında talep edilebilecektir. Bununla birlikte arsa sahibinin dönülen bu sözleşmeyi akdetmiş olması nedeni ile başkaca avantajlı sözleşme fırsatlarını kaçırmış olması şeklinde ortaya çıkan yoksun kalınan karlar da menfi zarar kapsamında değerlendirilecektir. Öte yandan arsa sahibinin, yoksun kalınan kar kapsamında değerlendirilen başkaca avantajlı sözleşme yapma fırsatlarını somut bir şekilde ispatlanması da gerekmemektedir. Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, elverişli sözleşme teklifinin varlığı bu hususta yeterli iken bunun sunulamaması halinde rayiç bedelle sözleşme yapma fırsatının kaçırıldığı kabulü kanaatimizce de yerindedir.

KAYNAKÇA

- AKKANAT H. (2000), “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, s. 1-49, Beta Basım, İstanbul. (İfada Gecikme).
- AKKANAT H. (2006), “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, s. 63-76, Yetkin Yayınları, Ankara. (Kat Karşılığı).
- AKKAYAN YILDIRIM A. (2004), “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, s. 49-86, İstanbul.
- AKKURT S.S. (2008), “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 13-64.
- AKSOY H.C. (2018), “Ceza Koşulunun Borçlunun Borcuna Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, 2018, s. 999-1018.
- AKYOL Ş. (2008), *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ALTAŞ H. (2002), *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ANIK G. (2005), “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme”, *TBB Dergisi*, C. 18, S. 59, s. 214-235.
- ARAL F. (2006), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ARAL F. ve AYRANCI H. (2014), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

- ARIKAN M. (2005), “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, s. 129-155.
- ASLAN N. (2016), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayrıtan Doğan Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ATABEKOĞLU A.S. (2014), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale.
- ATAMER Y.M., SÜZEL B.E. ve GEİSİNGER E. (2018), *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt Değişmeyen Soruna Yeni Yaklaşımlar (İSTANBUL ULUSLARARASI İNŞAAT HUKUKU KONFERANSLARI-II)*, 1. Baskı, On iki Levha Yayınları, İstanbul.
- ATAMULU İ. (2014), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ATEŞOĞLU Y. (2018), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin İş Teslim Borcunda Temerrüdü ve Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- AYAN S. (2008), *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AYAR BİRKİN Z. (2019), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AYAZLI P. (1987), “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları – Hukuki Özellikleri – Şekil Sorunu)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 43-51.
- AYDEMİR E. (2009), *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYDIN G.S. (2019), “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, S. 141, s. 417-453.
- AYDIN N. (2020), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Hükümleri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

- AYDINCIK Ş. (2013), *Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- AYDOĞDU M. ve KAHVECİ N. (2017), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- BARLAS N. (2008), *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- BAŞARA TURAN G. (2010), “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, *Çankaya University Journal of Law*, C. 7, S. 1, s. 1-22.
- BAŞARAN Z.S. (2017), “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, s. 1305-1338.
- BEDİR C. (2015), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Özen ve Sadakat Borcu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 3, s. 155-186.
- BURCUOĞLU H. (1990), “Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, *Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatrasına Armağan*, s. 282-332, Ankara.
- BUZ V. (1994), “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 49, S. 1-2, s. 23-40. (İmkansızlık).
- BUZ V. (1998), *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayınları, Ankara. (Dönme).
- BÜYÜKAY Y. (2013), *Eser Sözleşmesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- COŞKUN M. (2017), *İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÇETİNTEPE E. (2020), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- DAYINLARLI K. (2008), *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara.
- DELİPINAR Y.C. (2015), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Geçici İmkânsızlık Kavramı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 1, s. 174-184.

- DEMİR M.D. (2017), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul.
- DİRİCAN G. (2007), *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- DOĞAN B. (2019), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- DUMAN İ.H. (2005), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Ankara.
- DURAK Y. (2015), “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C. 1, s. 207-251.
- ENLİ İ. (2017), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ERDAŞ B. (2011), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ERDOĞAN İ. (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara.
- EREN F. (1996), “İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, *BATİDER*, s. 49-58. (İnşaat Sözleşmeleri).
- EREN F. (2017), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara. (Borçlar Özel).
- EREN F. (2019), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara. (Borçlar Genel).
- ERGEZEN M. (2007), *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ERGÜNE M.S. (2008), *Olumsuz Zarar*, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- ERMAN H. (2010), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul.
- EROL C. ve ÖZEL Ç. (2013), “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, *E-Journal of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi)*, C. 8, ÖZEL

- SAYI, s. 713-734, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179446>, ET. 26.08.2021.
- ERTAŞ Ş. (2008), “Bir Sözleşmenin Haklı veya Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, s. 391-399, Turhan Kitabevi, Ankara.
- ERZURUMLUOĞLU E. (2012), *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- GÖKYAYLA E. (2002), “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, s. 785-805. (Sadakat ve Özen Borcu).
- GÖKYAYLA E. (2009), *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (Eser Sözleşmesi).
- GÜMÜŞ M.A. (2014), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- GÜMÜŞSOY KARAKURT G. (2017), *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- GÜNAY C.İ. (2002), *Cezai Şart*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- GÜNDÜZ F. (2014), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde 3. Kişinin Şahsi Hak Talebi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 4, s. 265-280.
- GÜNEL M.C. (2004), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, s. 411-433, İstanbul.
- GÜR M. (2017), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik ve Ayıptı İfa Kavramları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- HATEMİ H., SEROZAN R. ve ARPACI A. (1992), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- HAVUTÇU A. (1995), *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir.
- HELVACI S. (1995), “Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması”, *Hayri Domanic’e Armağan*, s. 287 vd., İstanbul.
- İNAL T. (2014), *Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- İNAN A.N. ve YÜCEL Ö. (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.

- İPEK E. (2007), “Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Özen Borcu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 2, s. 542-553.
- İŞBORA T. (2009), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- KAHRAMAN Z. (2015), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan*, s. 425-457, İstanbul.
- KANBER K. (1997), “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, s. 36-47.
- KARADAŞ İ. (2009), *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KARAHASAN M.R. (1997), *İnşaat İmar İhale Hukuku*, C. 1, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- KARAMAN Ş. (2009), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- KARTAL B. (1993), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi*, Matsa Basımevi, Ankara.
- KAYA Ö.K. (1993), *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi*, Kazancı Yayınevi, İstanbul.
- KILIÇOĞLU A. (1975), “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, *AÜHFD*, C. 32, S. 1-4, s. 185-199. (Yaptırma Borcu).
- KILIÇOĞLU A. (2018), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara. (Borçlar Genel).
- KILIÇOĞLU A. (2019), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara. (Borçlar Özel).
- KIRKBEŞOĞLU N. (2019), *Yüklenicinin İfa Engelleri*, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul.
- KIRMIZI M. (2014), *Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara.
- KİZİR M. (2012), *Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

- KOCAAĞA K. (2008), “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?”, *TBB Dergisi*, C. 20, S. 74, s. 149- 157. (Götürü Tazminat)
- KOCAAĞA K. (2014), *İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara. (İnşaat).
- KOSTAKOĞLU C. (2008), *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
- KÖKSAL T. ve MÜMİNOĞLU GÜNERİ M. (2019), *FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- KUNTALP E. (2013), *Karışık Muhtevalı Akit*, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- KURŞAT Z. (2017), *İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi Basım, İstanbul.
- KURT L.M. (2011), *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- OĞUZMAN M.K. ve ÖZ M.T. (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- OZANOĞLU H.S. (1999), “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası Kayıtları)”, *GÜHFD*, C. 3, S. 1-2, s. 60-117.
- ÖNEN T. (1975), *Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara.
- ÖZ M.T. (1989), *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul. (Dönme).
- ÖZ M.T. (2016), *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (İnşaat).
- ÖZÇELİK Ş.B. (2009), *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilememesi ve Mücbir Sebep Kayıtları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ÖZÇELİK Ş.B. (2014), “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, *AÜHFD*, C. 63, S. 3, s. 569-621.
- ÖZKAN S.D. (2015), “Eser Sözleşmesine Eksik İfa”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 6, s. 219-244.

- ÖZMEN S. ve ÜREM M. (2016), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, s. 13-31.
- ÖZTÜRK M. ve GÖZÜTOK Z. (2018), *Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- REİSOĞLU S. (2007), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, *BATİDER*, C. 24, S. 2, s. 5-17.
- SARIKAYA B.S. (2016), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- SELİÇİ Ö. (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- SELİMOĞLU Y.E. (2017), *İstisna (Eser) Sözleşmesi*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- SEPTİOĞLU D. (2020), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- SEROZAN R. (2007), *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (Dönme).
- SEROZAN R. (2009), *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul. (İfa Engeli).
- SUNGURBEY İ. (1980), *Medenî Hukuk Sorunları*, Dördüncü Cilt, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Fakülteler Matbaası, İstanbul. (C.4).
- SUNGURBEY İ. (1982), “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir” (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ a Zorunlu Bir Yanıt), *Yasa Hukuk Dergisi*, C. V, S. 2, s. 173-194. (Zorunlu Yanıt).
- SÜTÇÜ N. (2010), *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri ile Birlikte)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- ŞAHİN T. (2012), *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ŞEN M.S. ve ŞEN M.K. (2017), *6098 Sayılı Kanun Hükümlerine göre Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı*, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara.
- ŞENOCAK Z. (2002), *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara.
- TANDOĞAN H. (1981), “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler”, *BATİDER*, C. 11, S. 1, s. 1-49. (Orantılı Ücret 1).
- TANDOĞAN H. (1982), “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu”, *Yasa Hukuk Dergisi*, C. V, S. 4, s. 493-499. (Orantılı Ücret 2).
- TANDOĞAN H. (2008), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/2, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (C. I).
- TANDOĞAN H. (2010), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (C. II).
- TEKİNAY S.S., AKMAN S., BURCUOĞLU H. ve ALTOP A. (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ K. (1977), *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 3. Baskı, İstanbul.
- TURAN Ş. (2012), *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- UÇAR A. (2003), *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- UYGUR T. (1993), *Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Adalet Matbaacılık, Ankara.
- ÜREM M. (2017), *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- YAKUPPUR S. (2009), *Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, On iki Levha Yayınları, İstanbul.

- YAVUZ C., ACAR F. ve ÖZEN B. (2016), *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
- YENER M.D. (2011), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- YILDIRIM S.H. (2011), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- YÜCEL Ö. (2008), “Borçlar Kanunu 358/1 Hükümüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu”, *AÜHFD*, C. 57, S. 3, s. 781-829.
- ZEVKLİLER A. ve GÖKYAYLA E. (2016), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara.