

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE İŞ SAHİBİNİN
SEÇİMLİK HAKLARI

DOKTORA TEZİ

Volkan ÇETİNKAYA

510110008

Ana Bilim Dalı: Özel Hukuk

Program: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut Öz

AĞUSTOS 2022

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE İŞ SAHİBİNİN
SEÇİMLİK HAKLARI

DOKTORA TEZİ

Volkan ÇETİNKAYA

510110008

Ana Bilim Dalı: Özel Hukuk

Program: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut Öz

Jüri Üyeleri : Prof. Dr. Atilla Altop

: Prof. Dr. M. Tufan Öğüz

: Prof. Dr. Baki İlkay Engin

: Doç. Dr. Cem Akbıyık

AĞUSTOS 2022

Üniversite : İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitüsü : Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Prof. Dr. M. Turgut Öz
Tez Türü ve Tarihi : Doktora – Ağustos 2022

ÖZ

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

Volkan Çetinkaya

Bu tezin konusu olarak, ülkemizde yaygın bir biçimde uygulama alanı bulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan bir durum olan yüklenici temerrüdü halinde iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar olarak seçilmiştir. Bu cümleden olmak üzere: konunun çerçevesini çizmek bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde şekil şartı eksikliğinin sonuçları, Yargıtay’ın dürüstlük kuralı çerçevesinde şekil şartı eksikliğinin ileri sürülmesini sınırlandırdığı haller ve geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi, iş sahibi sayısının birden fazla olması durumunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ve sona erdirilmesi hususlarındaki Yargıtay uygulaması belirtilmiş; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ani edimli ya da sürekli sözleşme olarak kabul eden öğretideki görüşler, Yargıtay içtihatları ve bu konudaki kanaatlerimiz ile birlikte açıklanmıştır. Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçip müspet zararını talep edebilmesine ilişkin yasal hakkının, Yargıtay’ın ifasına başlanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisini uygulanması gerektiği hususundaki içtihatları nedeniyle kullanılamaz hale getirilişine ilişkin mevcut uygulamaya ve bu uygulamaya yönelik eleştiriye yer verilmiştir. Özellikle tam iki taraflı sözleşmelerde temerrüt, gecikmeden kaynaklanan zararın tazmini, cezai şart, nama ifa, sözleşmeden

dönölmesi, ileri etkili fesih, müsnet ve menfi zarar kavramları, öğretideki görölşler ve Yargıtay içtihatları ışığında değeriendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Yüklenci, Temerrüt, Dönme, Menfi Zarar, Müspet Zarar



University : İstanbul Kültür University
Institute : Grad School
Department : Private Law
Program : Private Law
Thesis Consultant : Prof. Dr. M. Turgut Öz
Type of the Thesis : Doctor's Degree
Date : August 2022

ABSTRACT

RIGHTS OF CHOICE OF THE CLIENT IN CASE OF CONTRACTOR'S DEFAULT IN CONSTRUCTION CONTRACTS FOR LAND SHARE

Volkan Çetinkaya

As the subject of this thesis, it has been chosen as the optional rights of the employer in case of contractor default, which is a frequently encountered situation in construction contracts in return for land share, which is widely applied in our country. From this sentence, including: the results of the lack of form requirement in construction contracts in return for land share, the cases where the Supreme Court limited the claim of the lack of form condition within the framework of good faith and the liquidation of invalid contracts, the establishment of a construction contract in return for land share in case the number of employers is more than one. and the application of the Court of Cassation regarding the termination of The opinions in the doctrine that accept construction contracts in return for land share as immediate or permanent contracts are explained together with the case law of the Court of Cassation and our opinions on this subject. We have included our criticism of the current practice and our criticism of this practice regarding the fact that the legal right of the employer to waive the performance of the contractor's performance and demand positive damages due to the contractor's default is rendered unusable due to the Supreme Court's judgments that the exchange theory should be applied in the construction contracts in return for the land share. Especially in full bilateral contracts, the concepts of default, compensation for the damage caused by delay, penal clause, performance

to name, revocation of the contract, termination with forward effect, positive and negative damages are evaluated in the light of the views in the doctrine and the jurisprudence of the Court of Cassation.

Keywords: Contractor, Default, Reversion, Negative Damage, Positive Loss



ÖNSÖZ

İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan tezimizde, ülkemizde son dönemde çok yoğun uygulama alanı bulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde en sık karşılaşılan sorunlardan biri olan yüklenici temerrüdü, bu temerrüdün sonuçları ve özellikle iş sahibinin bu temerrüt nedeniyle sahip olduğu TBK.m.125’de düzenlenen seçimlik hakları olan aynen ifa ve gecikmeden kaynaklanan zararının tazmini, ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ve sözleşmeden dönülmesi (geriye etkili feshi) ve menfi zararın tazmini seçenekleri öğretideki görüşler ve Yargıtay içtihatlarının ışığında kapsamlı olarak incelenmiştir.

Tez konusunun belirlenmesi, araştırma ve tezin yazımı aşamalarında yakın ilgisi ve desteğini hiçbir zaman esirgeyemeyen, öğrencisi olmaktan iftihar ettiğim tez danışmanım Sayın Prof. Dr. M. Turgut ÖZ’e ve çalışmalarım esnasında en büyük destekçim olan eşim Sebahat ÇETİNKAYA’ya şükranlarımı sunuyorum.

Volkan Çetinkaya

AĞUSTOS 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ	III
ABSTRACT	V
ÖNSÖZ	VII
İÇİNDEKİLER	VIII
KISALTMALAR LİSTESİ	XV
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	2
GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ	2
1.TANIM	2
2.TARAFLAR	3
2.1.Yüklenici	3
2.1.1.Kavram	3
2.1.2.Birden Fazla Yüklenici Bulunması	4
2.1.2.1.Genel Olarak	4
2.1.2.2.Temsili	5
2.1.2.3.Taraf Ehliyeti ve Dava Arkadaşlığı	7
2.2.İş Sahibi	10
3.UNSURLARI	12
3.1.Akdin Esaslı Unsurları Hususunda Tarafların Anlaşması	12
3.2.Sözleşmeye Uygun Olarak Yapı İnşası ve Teslimi	19
3.2.1.Teslim	20
3.2.2.Teslim Alma (Tesellüm)	24
3.2.3.Kabul	26
3.3.İnşaat Bedeli Olarak Kararlaştırılan Arsa Payının Yükleniciye Devri	26
3.3.1. Kesin Teslim İle Devir Öngören Sözleşmeler	27
3.3.2.İnşaatın Tamamlanma Oranına Göre İpotek Terkini Öngören Sözleşmeler	27
3.3.3. İnşaatın Tamamlanma Oranına Göre Aşamalı Olarak Belirli Miktarda Arsa Payı veya Bağımsız Bölüm Devri Öngören Sözleşmeler	28
3.3.4.Arsanın Tamamının Sözleşmeyle Birlikte Yükleniciye Devri	28
4.ŞEKLİ	28
4.1.Resmi Şekil Şartına Bağlı Olması	28
4.2.Geçerlilik Şartı Oluşu	30
4.3.Geçersizliği İleri Sürmenin Dürüstlük kuralı İle Bağdaşmadığı Haller	31
4.3.1.Edimlerin Karşılıklı Olarak Tamamen İfa Edilmesi	32

4.3.2.Yüklenici Tarafından Ediminin Tamamının Veya Önemli Bölümünün Tamamlanmış Olması	33
4.3.3.Arsa Payının Tamamının Yükleniciye Devredilmiş Olması.....	34
4.3.4.Tarafların Karşılıklı Olarak Edimlerini Kısmen İfa Etmeleri	35
4.4.Ön Sözleşme	35
4.5.Sözleşmenin Değiştirilmesi ve Ek Sözleşme.....	37
5.HUKUKİ NİTELİĞİ	41
5.1.Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....	41
5.2.Rızai Bir Sözleşme Olması	42
5.3.İvazlı Bir Sözleşme Olması	42
5.4.İsimsiz Bir Sözleşme Olması.....	42
5.5.Çift Mahiyetli Karma Sözleşme Olması.....	44
5.6.Temlik Borcu Doğuran Bir Sözleşme Olması	46
5.7.Ani-Sürekli Edimli Sözleşme Olduğu Tartışmaları ve Geçici-Sürekli Karmaşığı Sözleşme Görüşü.....	46
5.8.Tapuya Şerh Edilebilmesi	49
İKİNCİ BÖLÜM	52
YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ	52
1.TANIM	52
2.TEMERRÜDÜN ŞARTLARI	52
2.1.Muacceliyet.....	53
2.1.1.Teslimin Vadesi	54
2.1.1.1.Sözleşmede Teslim Vadesinin Belirlenmiş Olması	54
2.1.1.2.Sözleşmede Teslim Vadesinin Belirlenmemiş Olması	56
2.1.2.Süre Uzatım Halleri	58
2.2.İfanın Mümkün Olması.....	64
2.3.İfanın Gerçekleşmemiş Olması.....	68
2.4.Temerrüde Engel Olan Sebepler.....	69
2.4.1.Yüklenicinin İfadan Kaçınma Hakkı Bulunması	69
2.4.1.1.İş Sahibinin Açtığı Dönme Davasının Varlığı	69
2.4.1.2.Ödemezlik Def'i	70
2.4.1.3.İfa Güçsüzlüğü Ödemezlik Def'i	74
2.4.2.Alacaklı Temerrüdü	77
2.4.3.Alacaklı Yüzünden İfa Edilemeyen Diğer Haller	82
2.5. İhtar	83
2.6.Kısmi Temerrüt.....	88
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	91
AYNEN İFA VE GECİKME TAZMİNATI.....	91
1.KAVRAM	91

2.AYNEN İFA TALEBİ.....	91
3.NAMA İFA YETKİSİ	93
3.1.Kavram.....	93
3.2.Hukuki Niteliği	97
3.2.1.Cebri İcra Teorisi	97
3.2.2.İfa Teorisi	98
3.2.3.Tazminat Teorisi	98
3.2.4.İkame Değer Teorisi.....	99
3.2.5.Yargıtay’ın Görüşü.....	99
3.2.6.Kanaatimiz	99
3.3.Kapsamı	100
4.GECİKME TAZMİNATI.....	105
4.1.Kavram.....	105
4.2.Kapsamı	108
4.2.1.Fiili Zararlar	108
4.2.2.Kira Tazminatı	108
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	111
SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILABİLMESİ İÇİN MEHİL VERME	
ŞARTI	111
1.KAVRAM	111
2.MEHİL	112
3.MEHİL VERİLMESİNİN GEREKLİ OLMADIĞI HALLER.....	114
3.1.Borçlunun İçinde Bulunduğu Durumdan Veya Tutumundan Süre Verilmesinin Etkisiz Olacağı Anlaşıyorsa.....	114
3.2.Borçlunun Temerrüdü Sonucunda Borcun İfası Alacaklı İçin Yararsız Kalmışsa.....	115
3.3. Borcun İfasının, Belirli Bir Zamanda Veya Belirli Bir Süre İçinde Gerçekleşmemesi Üzerine, İfanın Artık Kabul Edilmeyeceği Sözleşmeden Anlaşıyorsa	116
4.MEHİL İÇERİSİNDE İFANIN GERÇEKLEŞMEMESİ.....	117
5.DERHAL BİLDİRİM.....	117
BEŞİNCİ BÖLÜM	119
İŞ SAHİBİNİN, YÜKLENİCİNİN EDİMİNİN İFASINDAN VAZGEÇİP	
MÜSPET (OLUMLU) ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ.....	119
1.KAVRAM	119
2.UNSURLARI	122
3.KAPSAMI	125
3.1.Fiili Zararlar	126
3.2.Yoksun Kalınan Kâr	127

3.3.İnşaatın Rayiç Değeri-Tamamlama Masrafları Tartışması.....	130
3.3.1.İnşaatın Tamamlama Masraflarını Kabul Eden Görüş.....	130
3.3.2.Karma Görüş	133
3.3.3.Rayiç Bedel Görüşü ve Görüşümüz	133
4.MÜSPET ZARARIN HESABINDA İŞ SAHİBİNİN EDİMİ YÖNÜNDEN MÜBADELE VE FARK TEORİLERİ.....	136
4.1.Mübadale(Değişim) Teorisi	136
4.2.Fark Teorisi.....	139
4.3.Fark Teorisinde İş Sahibinin ifa Yükümlülüğünün Kalkması	143
4.4.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Görüşler	145
4.5.Değerlendirme	147
5.MÜSPET ZARARIN HESAPLANMA ANI.....	150
5.1.Muacceliyet Tarihi	150
5.2.Temerrüt Tarihi.....	150
5.3.İfadan Vazgeçme İradesinin Yükleniciye Ulaştığı ya da Ulaştığının Kabul Edildiği Tarih	151
5.4.İş Sahibinin, Yüklenicinin Temerrüt Tarihi ile İfadan Vazgeçtiği An Arasındaki Seçim Hakkı	154
5.5. Dava Tarihi	154
5.6.Hüküm Tarihi.....	156
5.7.İfanın İmkansızlaştığı Tarih.....	157
5.8.Görüşümüz.....	158
6.DENKLEŞTİRME	162
7.ZAMANAŞIMI	163
ALTINCI BÖLÜM	166
İŞ SAHİBİNİN YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ VE MENFİ ZARAR.....	166
1.TANIM	166
2.NİTELİĞİ	167
3.DAVA YOLUYLA KULLANILMASI İÇTİHADI VE BİRDEN FAZLA ARSA SAHİBİNİN OLMASI DURUMU	169
4.DÖNMENİN SÖZLEŞMEYE OLAN ETKİSİ	174
4.1.Klasik Dönme Teorisi.....	174
4.2.Yasal Borç İlişkisi Teorisi	175
4.3.Ayni Etkili Dönme Teorisi	176
4.4.Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi	176
5.ŞEKLİ.....	178
6.BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	180
6.1.Fesihden farkı	180
6.2.İptal Hakkından Farkı	182

6.3.Geri Alma Hakkı.....	184
7.DÖNMENİN HUKUKİ SONUÇLARI	184
7.1.İfa Edilmemiş Edimlerin Sona Ermesi	184
7.2.İfa Edilmiş Edimlerin İade Edilmesi	185
7.2.1.Mevcut Edimlerin İadesi	185
7.2.1.1.Hukuki Sebep ve Bağlılık İlkesi.....	186
7.2.1.2.İyiniyetin Korunması.....	187
7.2.1.3.Yargıtay’ın Görüşü.....	188
7.2.1.4.Anayasa Mahkemesi’nin Görüşü	190
7.2.1.5.Yargıtay Uygulaması Hakkındaki Görüşler	191
7.2.1.6.Kanaatimiz.....	193
7.2.2.İnşa Edilen Yapılarda İade	196
7.2.3.Elde Edilen Yararlar ve Yapılan Masraflar.....	199
7.2.4.İade Konusu Edimin İmkansızlaşması	199
7.2.5.Zamanaşımı	199
7.3.Menfi (Olumsuz) Zarar	201
7.3.1.Tanım	201
7.3.2.İş Sahibinin Kusuru.....	205
7.3.3.Mahiyeti	207
7.3.3.1.Fiili Zararlar	207
7.3.3.1.1.Sözleşme Kurma Masrafları	208
7.3.3.1.2.Edimlerin İfa Edileceğine Duyulan Güven Nedeniyle Uğranılan Zararlar.....	209
7.3.3.1.3.Edimlerin İfa Edileceğine Duyulan Güven Nedeniyle Yapılan Masraflar	209
7.3.3.1.4.Tasfiye Nedeniyle Uğranılan Zararlar	211
7.3.3.1.5. Hukuksal İşlem Masrafları.....	211
7.3.3.1.6.Üçüncü Şahıslara Ödenen Tazminat.....	211
7.3.3.2.Kaçırılan Fırsatlar	212
7.3.4.Hesap Edileceği An.....	215
7.3.5.İspatı ve Hesaplanması.....	219
7.3.6.Menfi Zararın Sınırlandırılması	227
7.3.7.Zamanaşımı	229
8.İLERİ ETKİLİ FESİH	231
8.1.Kavram.....	231
8.2.İleri Etkili Fesih Hakkında İleri Sürülen Görüşler.....	233
8.2.1.Tandoğan’ın Görüşü.....	233
8.2.2.Sungurbey’in Görüşü	234
8.2.3.Öz’ün Görüşü	237
8.2.4.Serozan’ın (Sürekli-Geçici Karmaşığı) Görüşü	237
8.2.5.İsviçre Federal Mahkemesi’nin Görüşü	238

8.2.6.Yargıtay'ın Görüşü.....	238
8.2.7.Görüşümüz	238
YEDİNCİ BÖLÜM	243
GÖTÜRÜ TAZMİNAT VE CEZAI ŞART	243
1.GÖTÜRÜ TAZMİNAT	243
1.1. Tanım	243
1.2.Götürü Tazminat-İfaya Eklenen Cezai Şart (Ceza Koşulu) Ayrımı	243
1.2.1.Amaç Bakımından.....	244
1.2.2.Zararın Varlığı ve İspatı Bakımından	244
1.2.3.Kusur Bakımından	245
1.2.4.Asıl Borç ile İlişkisi Bakımından.....	245
1.2.5.Edimlerin Konusu Bakımından.....	246
1.2.6.Bağlı Oldukları Hükümler Bakımından	246
1.3.Götürü Tazminat ve Cezai Şartın Birlikte Düzenlenmesi	246
1.4. Belirlenen Tutarın Hangi Süre İle Geçerli Olacağı	247
1.5.Düzenlenen Hükümün, Tarafların Gerçek İradesine Göre Cezai Şart ya da Götürü Tazminat Olarak Nitelendirilmesi	248
2.CEZAİ ŞART (CEZA KOŞULU-SÖZLEŞME CEZASI).....	249
2.1.Tanım	249
2.2.Türleri	250
2.2.1.İfa Yerine İstenebilecek Cezai Şart (Ceza Koşulu-Sözleşme Cezası) .	251
2.2.2.İfaya Ek Olarak Kararlaştırılabilecek Cezai Şart	252
2.3.Cezai Şartın Hukuki Niteliği	253
2.3.1.Asıl Borcun Fer'isi Olması	253
2.3.2.Asıl Borcun Muaccel ve İhlal Edilmiş Olması	256
2.3.3.Cezai Şartın Geçerli Olması.....	257
2.3.4.Zarardan Bağımsız Oluşu.....	258
2.3.5.Kusurun Bir Unsuru Olması	258
2.3.6.Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Olması.....	260
2.3.7.Karşılıksız Olması.....	260
2.3.8.İhtirazi Kayıt İleri Sürmeden Edanın Kabulünün Sona Erdirmesi.....	260
2.4.Cezai Şartın Sınırlanması.....	263
2.4.1. Aşırı Cezai Şartın İndirilmesi	263
2.4.1.1.Kavram	263
2.4.1.2.Şartları	264
2.4.1.3.Tacirler Hakkındaki Cezai Şartlar	266
2.4.1.4.İndirim Uygulaması ve İndirim Kararının Uygulaması	274
2.4.2.Makul Bekleme Süresinin Aşılması Sorunu	276
2.5.Cezai Şartı Aşan Zararların Talep Edilebilmesi	278
SONUÇ.....	281

KAYNAKÇA	286



KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e	: adı geçen eser
a.g.m	: adı geçen makale
b.	: bent
bs.	: basım, baskı
BGE	: Entscheidungen des Schweizerisches Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
çev.	: çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
F.	: Fasikül
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi

İBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İ. İ. K.	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MHAD.	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: No
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih/ Tarihli
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	:ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	:vesaire
Y	: Yıl
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde, iş sahibinin TBK.m.125’de düzenlenen seçimlik haklarını kullanma imkanına sahip olduğu şüphesizdir. TBK.m.125/I hükmü gereğince “*temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.*”

İş sahibi, yükleniciye uygun bir mehil vermesi ve bu mehil içerisinde yüklenicinin edimini yerine getirmemesi durumunda sözleşmeden dönme ve menfi zararının tazmini talep etme ya da yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçip müspet zararının tazminini talep etme hakkına sahiptir.

Yüklenicinin kusurunun bulunmadığını ispatlaması durumunda, aynen ifanın yanında gecikme tazminatı ya da sözleşmeden dönülmesi durumunda ise menfi zararın talep edilemeyeceği ve ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etme seçeneğinin tümüyle ortadan kalkacağı açıktır.

Tezimizin konusu olan yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakları öğretideki görüşlerin ve Yargıtay içtihatlarının ışığı altında kapsamlı olarak ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

1.TANIM

İnşaat sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş ancak öğretide ve yargı kararlarında çeşitli tanımları yapılmıştır.^{1 2} Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin, iş sahibinin maliki olduğu arsa üzerine sözleşmede belirtilen evsaf ve şartlarda, finansmanı tümüyle kendisine ait olmak üzere, bütünlük arz eden bağımsız bölümlerden oluşan yapı ya da yapılar inşa ve iş sahibine teslim etmesi karşılığında, iş sahibinin sözleşmede öngörüldüğü şekilde, inşa edilen yapı ya da yapılardaki, belirli ya da belirlenebilir mahiyetteki bağımsız bölümün ya da arsa payının mülkiyetini

¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre "arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir." HGK. 16.01.2013 T., 2012/13-592 E. 2013/65 K. www.kazanci.com.tr (**Kazancı Bilişim**)

² "Yüklenicinin iş sahibine karşı arsa üzerinde 'bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı' ve/veya 'bütünlük taşıyan bağımsız bölümler' inşaat etme borcu; arsa(iş) sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli bir payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği sözleşmedir." Bkz. Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 113; Doktrindeki diğer bazı tanımlar için Bkz. Nezih Sütçü, **Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. I, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2013, s. 29; "Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesiyle bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık, bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden binanın yapılmasına yönelik bir anlaşmadır." Bkz. Özgür Katip Kaya, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı, 1993, s. 5; "Yüklenicinin, İş sahibinin arsası üzerinde ve arsada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıyıcı biçimde inşaa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir" Bkz. Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993, s. 15; "Müteahhidin iş sahibinin arsası üzerinde ve arsadaki belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık, bütünlük taşıyacak nitelikte bağımsız bölümler inşa etme borcunu üzerine aldığı sözleşme" arsa payı karşılığı bağımsız bölüm sözleşmesidir." Bkz. Bestami Tezcan, **Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, Ankara, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 1995, s. 2; "Yüklenicinin iş sahibine ait taşınmaz üzerinde yapacağı inşaat karşılığında, iş sahibinin, yükleniciye taşınmaz devrini yükümlendiği sözleşmeye 'Taşınmaz Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi' denir" Bkz. Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Hukuku)**, 16. bs., İstanbul, Beta, 2019, s. 591. "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir." Bkz. Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. bs., İstanbul, Der, 2010, s. 1.

yükleniciye devir etme taahhüdü altına girdiği, tam iki taraflı ve çift mahiyetli karma sözleşmelerdir.

Bu sözleşmelerden, gerek bazı Yargıtay³ içtihatlarında gerekse Kat Mülkiyeti Kanunu madde 10/5'te “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” ve 6306 Sayılı Kanunu’nun 6.maddesinde “*kat karşılığı*” olarak bahsedilse de TMK.m.1009/1, Tapu Kanunu m. 26/8 ve Tapu Sicili Tüzüğü’nün 47/I-c maddesindeki düzenlemeye uygun olarak tarafımızca da benimsenen “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” terimi kullanılacaktır.⁴

2.TARAFLAR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, her iki tarafın da borç altına girdiği ve bir tarafın borçlandığı edimin, diğer tarafın ediminin karşılığını teşkil ettiği tam iki taraflı sözleşme olduğu açıktır. Bu çerçevede arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşme konusu arsa üzerinde sözleşme hükümlerine uygun olarak inşaat yapıp teslim etmeyi üstlenen yüklenici ile onun bu edimin karşılığında sözleşmede öngörülen bağımsız bölümlerin ya da arsa payların mülkiyetinin yükleniciye devri borcu altına giren iş sahibi yer almaktadır.

2.1.Yüklenici

2.1.1.Kavram

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, sözleşmede düzenlendiği şekilde, iş sahibi tarafından kendisine devredilecek arsa payı ya da bağımsız bölümler karşılığında, sözleşme konusu taşınmaz üzerinde yine sözleşmede belirtilen nitelikte ve şartlarda inşaat yapma ve bağımsız bölümleri teslimi sorumluluğunu üstlenen gerçek ya da tüzel kişidir.⁵

³ 15. HD. 20.2.2019 T., 2018/2554 E. 2019/707 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁴ TMK.m.1009 “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.*” Ayrıca Bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 1, dn.1.

⁵ Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**, 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008, s. 23; Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü (Temerrüt)**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2012, s. 38.

İş sahibinin, inşaat işini, çeşitli kısımlara bölerek, her bir kısım için farklı bir yüklenici ile ayrı ve bağımsız sözleşme yapması durumunda, bu tür sözleşmelerin tarafı olan yükleniciler, öğretide “*kısmi yüklenici*” olarak adlandırılmaktadır.⁶ İşin bir kısmını değil de inşaatın tamamını yapma ve teslim etme borcu altına giren yüklenicilere ise öğretide “*genel yüklenici*” adı verilmektedir.⁷

2.1.2.Birden Fazla Yüklenici Bulunması

2.1.2.1.Genel Olarak

Bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin karşısında birden fazla gerçek ve tüzel kişi yüklenici yer alabilir.⁸ Sözleşme konusu bütünlük arz eden inşaat işini, iş sahibine karşı birlikte üstlenen iki ya da daha fazla sayıdaki yüklenici arasındaki ilişki, TBK.m.620 ve devamı maddelerinde düzenlenen adi ortaklık hükümlerine tabidir.⁹ Keza, TBK.m.620 belirtildiği gibi, burada iki ya da daha fazla yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu edimi yerine getirmek ve söz konusu sözleşme uyarınca kendilerine düşen arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetini hak kazanmak ortak amacıyla, emeklerini ve mal varlığı değerlerini birleştirmektedir. TBK.m.624 gereğince adi ortaklıkta kararlar ortakların oybirliği ile alınacaktır. Ancak ortaklık sözleşmesinde oy çokluğu ile karar alınacağını düzenlenmiş ise çoğunluk ortak sayısına göre belirlenecektir.

İki ya da daha fazla iktisaden ve hukuken birbirinden bağımsız gerçek ve tüzel kişilerin, kâr elde etmek amacıyla tek bir işin gerçekleştirilmesini müştereken taahhüt ettikleri ve işin yapılmasından müteselsilen sorumlu oldukları geleneksel joint venture (geleneksel müşterek iş ortaklığı)¹⁰ sözleşmesi söz konusu ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de birden fazla yüklenici yer almaktadır.¹¹ Geleneksel joint

⁶ M. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat (İnşaat)**, 4.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 45; Köksal Kocağa, **İnşaat Sözleşmesi (İnşaat)**, Ankara, Yetkin, 2014, s. 31.

⁷ Kocağa, **İnşaat**, s. 31.

⁸ Kaya, **a.g.e.**, s. 14; Kurt, **Temerrüt**, s. 38.

⁹ Kaya, **a.g.e.**, s. 15; Öz, **İnşaat**, s. 46.

¹⁰ F. Betül Çakır Çelebi, **Joint Venture’ın Hukuki Niteliği**, YBHD., Y.2, S. 2017/2, s. 103.

¹¹ İbrahim Kaplan, **Müşterek İş Ortaklığı**, 2. bs, Ankara, Seçkin, 2007, s. 22; Kemal Dayınlı, **Joint Venture Sözleşmesi**, 3. bs., Ankara, Dayınlı Hukuk Yayınları, 2007, s. 58; Çakır Çelebi, **a.g.m.**, s. 102; Cengiz Aşkan, **Adi Şirketin Yönetimi**, Ankara, Adil, 2003, s. 30.

venture, salt sözleşmeye dayalı olarak kurulduğundan adi ortaklığa ilişkin hükümlere tabi olacaktır.¹² Benzer biçimde birbirinden bağımsız gerçek ve tüzel kişiler ve kuruluşların, belirli bir yapı işinin sadece muayyen bir bölümünün yerine getirilmesini iş sahibine karşı üstlendiği ve sorumlu olduğu bir yapı konsorsiyumunun varlığı halinde de sözleşmede yine birden fazla yüklenici bulunacaktır.¹³ Her bir ortak alınan işin sadece belirli bir kısmını yapmayı üstleniyor ise konsorsiyum, inşaatın tamamı tüm ortaklar tarafından elbirliği ile yapılacaksa joint venture söz konusudur.¹⁴ Eğer dış ilişkide iş sahibine karşı üstlenilen işin tamamı üzerinden birlikte taahhütte bulunulduğu halde, iç ilişkide üstlenilen işin sadece belirli bir kısmının gerçekleştirilmesinin üstlenilmesi söz konusu ise, gerçek anlamda bir konsorsiyum olmayan, joint venture niteliğindeki müteahhitler konsorsiyumu söz konusudur.¹⁵

Konsorsiyumlar hukuken adi ortaklık olarak nitelendirilmiş olduğundan, adi ortaklığa ilişkin düzenlemeler doğrudan konsorsiyum hakkında da tatbik edilecektir.¹⁶

2.1.2.2.Temsili

Adi ortaklığın hak ehliyeti bulunmadığı için aslında adi ortaklığın temsilinden daha çok adi ortaklığın ortaklarının toplu olarak temsilinden bahsetmek daha doğru olacaktır.¹⁷ “Bir kişi, bir dolaylı temsil yetkisine dayanarak dolaylı temsil olunan hesabına olduğu halde kendi adına bir üçüncü kişi ile hukukî muamele yaptığında”¹⁸ burada dolaylı temsil söz konusudur. TBK.m.637/II gereğince “kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur.” Bu bağlamda dolaylı temsilin varlığı halinde, temsilci ortağın dolaylı temsil ilişkisine girdiği üçüncü kişi ile bu ilişki de yer almayan adi ortaklığın

¹² Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri (Adi Ortaklık)**, 4. bs., İstanbul, Vedat, 2016, s. 304.

¹³ Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 265.

¹⁴ Öz, **İnşaat**, s. 48-49; Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 277.

¹⁵ Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 277, dn. 751; Aşkan, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁶ Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 278-280.

¹⁷ Vildan Peksöz, **Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 54.

¹⁸ Cevdet Yavuz, **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, s. 57.

diğer ortakları, adi ortaklığa dayanarak karşılıklı olarak birbirlerinden herhangi bir istemde bulunamayacakları açıktır.¹⁹

TBK.m.637/II gereğince “*ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusudur*” olacaklardır.

TBK.m.625/I gereğince, adi ortaklıkta “*yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir.*” Yani ortaklık sözleşmesi ile ya da ortakların alacakları bir kararla bir yönetici belirlenmemiş olması durumunda her bir ortak, yönetici ortak olarak kabul edilecek ve dolayısıyla TBK.m.637 gereğince tüm ortaklar aynı zamanda tek başına temsil yetkisine de sahip olacaklardır.²⁰ TBK.m.625/II gereğince “*ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem*” yapabilecektir. TBK.m.637/III gereğince kendisine yönetim görevi verilen ortağın, adi ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisinin var olduğu kabul edilir.²¹ Ancak herhangi bir yetkili ortak, bir başka yetkili ortağın gerçekleştireceği hukuki işlemi tamamlanmasından önce itiraz etmek suretiyle yapılmasını engelleyebilecektir.

Temsil yetkisi tek bir ortağa verilebileceği gibi, birden fazla ortağa²² ve TBK.m.625/I gereği ortak olmayan bir üçüncü şahsa da verilebilir.²³ Birden fazla temsilci bulunması durumunda, bu temsilcilerin her biri temsil yetkisini tek başına kullanabiliyorsa müteselsil, hep birlikte kullanabiliyorlarsa kolektif temsil ilişkisinin varlığından bahsedilebilecektir.²⁴

Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ortakların oybirliği ile mümkündür. TBK.m.637/III gereğince “*temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle*

¹⁹ Peksöz, **a.g.e.**, s. 53-54.

²⁰ Peksöz, **a.g.e.**, s. 54; Ömer Ali Girgin, **Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha, 2019, 78-79.

²¹ Peksöz, **a.g.e.**, s. 55; Girgin, **a.g.e.**, 79.

²² Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin, 2008, s. 406.

²³ Peksöz, **a.g.e.**, s. 55.

²⁴ Şener, **a.g.e.**, s. 406.

verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması” zorunludur. Yönetim yetkisi üçüncü şahsa bırakılmış olsa dahi, olağanüstü işlere ilişkin karar alma yetkisi sadece ortaklara ait olacaktır.²⁵ Yasada sadece genel temsilci atanması olağanüstü işlem olarak tanımlanmış olup taraflar, adi ortaklık esas sözleşmesinde hangi işlerin olağan hangilerinin olağanüstü iş olduğunu önceden belirleyebilirler.²⁶

2.1.2.3. Taraf Ehliyeti ve Dava Arkadaşlığı

Adi ortaklıkların hak ve taraf ehliyeti bulunmadığından adi ortaklığın ortakları davanın tarafı olabilecektir.²⁷ Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı ve ortaklar sahip oldukları hak ve alacaklara elbirliği ile mülkiyet hükümlerine göre malik olduklarından, mecburi dava arkadaşı olan tüm ortakların birlikte dava açmaları gerekecektir.²⁸

Yargıtay, adi ortakların tümü tarafından davanın açılması gerektiği, bu yüzden tek bir ortak tarafından açılan davada, öncelikle davacıya dava dışında kalan diğer adi ortakların da davaya onaylarının alınarak dahil edilmesi, bunun mümkün olmaması durumunda ise muvafakat vermeyen ortaklar aleyhine birleştirme talepli dava açarak

²⁵ Şener, a.g.e., s. 295.

²⁶ Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 11.bs, İstanbul, Beta, 2016, s. 36.

²⁷ Peksöz, a.g.e., s. 167.

²⁸ Peksöz, a.g.e., s. 167-173; “Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmayıp adi ortaklar arasında elbirliği ile mülkiyet söz konusu olduğundan adi ortakların sözleşmeye dayalı tapu iptâl ve tescil ya da alacak isteminde bulunabilmeleri için tüm ortakların birlikte dava açmaları zorunludur. (Y. 15. HD. 21.09.2020 T., 2019/3674 E. ve 2020/2487 K.)” 6. HD. 22.11.2021 T., 2021/2628 E. 2021/1640 K. (**Kazancı Bilişim**); “Müşterek iş ortaklığı (Joint Venture) hukukumuzdaki adi ortaklığa benzemekte olup, iki veya daha fazla işletmenin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklıktır. Tüzel kişilikleri olmadığı için taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. Taraf ehliyeti dava şartı olup, re'sen gözetilmelidir. Somut olayda davacı vekili açıkça iş ortaklığının ortakları aleyhine dava açmadığını, ortaklık aleyhine dava açtığını bildirmiş olup artık bu beyanın aksine olarak davanın ortaklar aleyhine açıldığından söz edilemez. Bu nedenle mahkemece hakkında dava açılan iş ortaklığının taraf ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle usulden red kararı verilmesi yerindedir.” 15. HD. 22.5.2015 T., 2015/2104 E. 2015/2761 K. (**Kazancı Bilişim**) “Özellikle büyük inşaat işlerinde eserin ortaya çıkarılmasını üstlenmek üzere birden fazla yüklenicinin kurdukları adi ortaklığa konsorsiyum ortaklığı denmekte olup konsorsiyum ortakları ve ortak girişimler (Joint Venture) birlikte akdettikleri eser sözleşmesinden kendileri için doğan borçlardan aksi kararlaştırılmadıkça müteselsilen sorumlu olduklarından (BK.md.534. Cümle 3) ortak girişimi (Joint Venture) oluşturan şirketlerden “E... İnşaat ve Ticaret A.Ş” hakkında girişilen icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken icra takibi ve davanın adi ortaklığı oluşturan her iki şirkete karşı yöneltilmesi gerektiği, adi ortaklığı oluşturan şirketler arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış” 15. HD. 27.6.2012 T., 2012/2613 E. 2012/4846 K. (**Kazancı Bilişim**)

davada taraf teşkilinin sağlanması aksi taktirde davanın usulden reddedilmesi gerektiği kanaatindedir.²⁹

Yargıtay bir kararında bu uygulamayı anayasal hak arama hürriyetinin ve ortakların yasal haklarının korunması ve adaletin sağlanması maksadıyla mecburen geliştirmek zorunda kaldığını açıkça belirtmiştir.

“Açılan davaya muvafakatın sağlanması, olmadığı takdirde taraf teşkili için diğer adi ortağın davalı olarak davada yer almasının sağlanması yoluyla davanın görülebilir hale gelmesi şeklinde bir uygulamanın benimsenmesi, Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesine uygun yorumla, hukukun ve adaletin amacını sağlamaya yönelik olan temel hukuk ilkeleri yönünden de bir zorunluluktur.

²⁹ “Adi ortaklardan bir veya birkaçı tarafından dava açılması ve zorunlu dava arkadaşlığı nedeniyle birlikte dava açmaları gereken hallerde diğer ortakların davaya muvafakatının sağlanması, muvafakatın temin edilememesi halinde ise taraf teşkili bakımından muvafakat vermeyen diğer ortak ya da ortaklar aleyhine asıl dava ile birleştirilmek üzere dava açtırılıp, açılacak davanın bu davayla birleştirilerek taraf teşkili sağlandıktan sonra için esasının incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir.” 6. HD. 22.11.2021 T., 2021/2628 E. 2021/1640 K. (**Kazancı Bilişim**); “Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı gibi adi ortaklık olarak takip ve dava ehliyeti bulunmamaktadır. Takip ve davanın adi ortakların tamamı ya da yönetim ve temsil yetkisini haiz ortak tarafından yapılıp açılması gerekmektedir. Somut olayda icra takibi ve dava adi ortaklık adına ... İnş. A.Ş. tarafından yapılmış ve açılmış ise de; ... İnş. A.Ş.'ye adi ortaklığın tamamını takip ve davalarda temsil yetkisi verildiğine dair ortaklık sözleşmesi veya kararı sunulmadığı gibi gerek icra takip dosyası gerekse dava dosyasında adi ortaklığı oluşturan şirketlerin takibi yapan ve davayı açan avukata verdikleri bir vekâletname bulunmamaktadır. Bu durumda, mahkemece itirazın iptali davası için alınacak muvafakat icra takibine muvafakati de kapsayacağından, davacıya adi ortaklık sözleşmesi ibraz ettirilip adi ortaklığı oluşturan şirket ve gerçek kişilerin de tüzel kişiliği bulunmamakta, davaya muvafakatlerini sağlamak, muvafakat vermemeleri halinde eldeki dava ile birleştirilmek üzere dava açması için yeterli ve kesin süre verilip bu şekilde taraf ehliyeti ve teşkili sağlandıktan sonra işin esasının incelenip sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, dava şartı olan bu husus üzerinde durulmadan yargılamaya devamla işin esası hakkında karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 16.05.2016 gün 2015/4018 Esas 2016/2756 Karar, 11.04.2017 gün 2016/1774 Esas, 2017/1668 Karar sayılı ilamları).” 15. HD. 24.10.2019 T., 2018/5504 E. 2019/4133 K. (**Kazancı Bilişim**); “Belirtilen bu hükümlerin sonucu olarak dava açan adi ortaklar elbirliği mülkiyeti hükümlerine göre davada mecburi dava arkadaşı durumundadır. Adi ortaklıkta davanın tüm ortaklar tarafından açılması gereklidir. Birlikte dava açılmadığı takdirde diğer ortaktan davaya muvafakat alınması, muvafakat vermeyen ortak olursa onun hakkında da dava açılması ve bu suretle taraf ehliyetinin tamamlanması gerekir. Aksi takdirde davanın dinlenme imkânı yoktur (YHGK'nın 17.01.1990 gün Esas 13/457 Karar 2 Sayılı kararı).....Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; adi ortaklıkta davanın tüm ortaklar tarafından birlikte açılması zorunlu olduğundan yükleniciler üç kişi olup adi ortaklık şeklinde sözleşmeyi imzaladıklarından, mahkemece davacılar asıl davada yer almayan ortağın davaya muvafakatının sağlanması için süre verilmesi, muvafakat sağlanamazsa adı geçen hakkında bu davayla birleştirilmek üzere dava açtırılıp bu şekilde taraf teşkili tamamlandıktan sonra (HMK 59,60 114/d md.) işin esasına girilip davanın sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından, asıl dava yönünden kararın bozulması, bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.” 15. HD. 26.11.2018 T., 2018/4572 E. 2018/4671 K. (**Kazancı Bilişim**)

Muvafakat etmeyen adi ortak aleyhine husumet yöneltilmesine imkân tanınmaksızın davanın reddi gerektiğinin kabulü; ortaklardan bir kısmının hak arama özgürlüğünün, diğer bazı ortakların insiyatif ve vicdanına bırakılması yanında, ortaklığın ve bu kapsamda ortaklardan bir kısmının haklarının hukuk önünde korunamayarak, uyuşmazlığın çözümsüz ve ortada bırakılabileceği anlamına gelir ki, bu da hukukun adaleti sağlama amacıyla hiçbir şekilde bağdaşmaz.”^{30 31}

Adi ortaklığın ortaklarından birinin ya da bir kısmının kötüniyet veya başka herhangi bir nedenle dava açılmasına katılmaması durumunda, diğer ortakların çok fazla bir seçeneği bulunmamakta ve TBK.m.639/b.7 gereğince haklı neden göstererek ortaklığın feshini talep edebileceklerse de³² bu yol, dava açılmaması sorununu ortadan kaldırmayacaktır. Söz konusu yerleşik Yargıtay içtihatları ile ortaya konulan ve anayasal mecburiyetten kaynaklandığı belirtilen çözümün de yasal dayanağı bulunmadığı, bu sorunun yasal düzenleme ile giderilmesi gerektiği açıktır.

Adi ortaklık bir tüzel kişilik olmadığı için, adi ortaklığı oluşturan yüklenicilerin, iş sahibine karşı sorumlulukları (kural olarak) müteselsil, sınırsız ve birinci derecedendir.³³ Ancak TBK.m.638/III gereğince bu hususun aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür.³⁴ Her bir yüklenicinin sözleşmede yapmayı yüklenildiği kısım belli olsa dahi, iş sahibi ifayı ve ifa edilmeme nedeniyle uğradığı para alacaklarının tamamını isterse tek bir yükleniciden talep edebilecektir.³⁵ Bu çerçevede müteselsil sorumluluk gereği ihtiyari dava arkadaşlığının bulunması nedeniyle iş sahibi istediği yükleniciye dava açabilecektir.³⁶ Ortakların elbirliği ile mülkiyet

³⁰ 15. HD. 26.11.2018 T., 2018/4572 E. 2018/4671 K. (**Kazancı Bilişim**)

³¹ Kanun koyucunun burada bilinçli bir susması olduğu ve bilinçli susma hallerinde hakimın hukuk yaratamayacağı yönündeki görüş için bkz. Peksöz, **a.g.e.**, s. 156.

³² Öz, **İnşaat**, s. 48.

³³ Şener, **a.g.e.**, s. 417.

³⁴ Şener, **a.g.e.**, s. 425-426.

³⁵ Öz, **İnşaat**, s. 47. “Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 638. maddesi hükmüne göre; ortaklık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça adi ortaklar birlikte ya da temsilci vasıtasıyla üçüncü kişilere karşı deruhte etmiş oldukları borçlardan müteselsilen sorumlu olurlar. Bu hükme göre alacağı dair bu davanın adi ortakların sorumluluğuna dayalı olarak her birine karşı açılması mümkündür.” 15. HD. 23.3.2017 T., 2016/4445 E. 2017/1302 K. (**Kazancı Bilişim**).

³⁶ Öz, **İnşaat**, s. 48-49.

esasına göre edimi ancak birlikte yerine getirebilecekleri haklar yönünden ise mecburi dava arkadaşlığı nedeniyle davanın tüm ortaklara birlikte yöneltilmesi gereklidir.³⁷

2.2.İş Sahibi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi, sözleşmede öngörülen taşınmaz hissesinin ya da bağımsız bölüm mülkiyetinin devri karşılığında, söz konusu taşınmaz üzerinde sözleşmede öngörülen evsaf ve şartlarda inşaatın yapım işini yükleniciye veren gerçek ya da tüzel kişidir.³⁸

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmaz ya da taşınmazların tek başına sahibi ya da paydaşı olan gerçek ve tüzel kişiler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibi olarak taraf olurlar. Arsa payı inşaat sözleşmesine konu taşınmazın gerçek ya da tüzel kişi olan tek bir maliki olabileceği gibi, sözleşme konusu taşınmazın elbirliği ve müşterek mülkiyet hükümlerine göre paydaşı olan birden fazla iş sahibi de olabilecektir.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, TBK.m.16 gereğince yasal temsilcileri rızası ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine taraf olabilirler ya da sözleşmeyi onların adına yasal temsilcileri de yapabilir.³⁹ Yasal temsilcinin hukuki işleme olan rızası, işlem yapılırken verilmesi halinde işleme katılma, işlem yapılmadan önce verilmesi durumunda izin, işlem yapıldıktan sonra verilmesi durumunda onay (icazet) olarak adlandırılır.⁴⁰

TMK.m.14 gereğince ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti bulunmamaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlı adına sözleşmeyi yasal temsilcisi yapabilecektir.⁴¹ TMK.m.462/1-3 gereğince vasinin, bir kısım taşınmaz hissesinin devrini içeren ve “*olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri*” kapsamında olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini kısıtlı adına

³⁷ Peksöz, **a.g.e.**, s. 178.

³⁸ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 31; Kurt, **Temerrüt**, s. 42; Arda Sinan Atabekoğlu, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

³⁹ Kaya, **a.g.e.**, s. 11.

⁴⁰ Mustafa Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 81.

⁴¹ Kaya, **a.g.e.**, s. 12.

imzalayabilmesi için, vesayet makamından⁴² yani kısıtlının yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesinden bu konuda izin alması gereklidir. Sulh hukuk mahkemesinin bu konuda verdiği kararlara karşı denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesi nezdinde itiraz edilebilecek ise de denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinin itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir.

TMK.m.458 gereği, yasal danışmanlığa ilişkin hükümler saklı kalmak kaydı ile bir kimseye kayyım atanması onun fiil ehliyetini etkilemeyecektir. Kayyım TMK.m.458 gereğince özel olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalamak üzere görevlendirilmiş olabilir, bu durumda kayyım vesayet makamının talimatına aynen uymak suretiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini imzalayabilecektir. TMK.m.460 gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi konusu arsayı da kapsayan bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilen kayyımın görevlendirilmesinde açıkça arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalama yetkisi bulunuyorsa kayyım arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapabilecektir. Bu hallerin dışında kayyım, ancak temsil olunanın vereceği özel yetki ile ya da temsil olunanın bu yetkiyi verecek durumda bulunmaması halinde vesayet makamının izni ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapabilir.

Yasal danışman atanması ile kişinin ehliyeti genel olarak değil, sadece belirli işlemleri yaparken yasal danışmanın onayını alma mecburiyeti getirilmiş olması nedeniyle sadece yasal danışmanın onayını alması gereken işlemler yönünden kısıtlanmış olur⁴³. Oy danışmanlığı olarak adlandırılan bu hallerde, danışman ehliyeti kısıtlanan kişiyi temsil etmez, kısıtlanan kişi işlemi bizzat gerçekleştirir, danışman sadece atama konusu işlemlerin gerçekleştirilmesinde onunla birlikte hareket eder ve bu yönü ile vasi ve kayyımdan ayrılır. ⁴⁴ TMK.m.429 gereği kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye “*Taşınmazların alımı, satımı*” ve “*olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri*” hususlarında bir yasal danışman atanmış ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanması hususunda yasal danışmanın da

⁴² TMK.m.397 ve 411 gereğince vesayet makamı, küçüğün ya da kısıtlının yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı ise yine aynı yerdeki asliye hukuk mahkemesidir.

⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s. 65.

⁴⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s. 65.

olumlu görüşünü yani onayını almak zorundadır, aksi taktirde işlem geçersiz olacaktır.⁴⁵

3.UNSURLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin unsurlarını üç ana başlık altında toplayabiliriz.

3.1.Akdin Esaslı Unsurları Hususunda Tarafların Anlaşması

TBK.m.2/I'de açıkça düzenlendiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenici ve iş sahibi arasında akdin esaslı unsurları hususunda mutabakata varılması ile kurulmuş olacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin karşısında genelde birden fazla iş sahibi yer almakta ve çoğu zaman tüm bu arsa sahipleri ile aynı anda sözleşme imzalama imkanı bulunmamaktadır.⁴⁶

Elbirliği ile mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda, TMK.m.702/II⁴⁷ gereğince gerek yönetim gerekse tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi ancak elbirliği halinde malik olanların oybirliği ile birlikte hareket etmeleri yani tüm paydaşların birlikte sözleşmeyi imzalamaları halinde mümkündür. Benzer bir biçimde müşterek mülkiyet hükümlerine tabi olan bir taşınmazda da TMK.m.691/I⁴⁸ gereğince, tüm taşınmazı ilgilendiren olağan yönetim sınırlarını aşan bir yapı işi olması ve taşınmazın tamamı üzerinde tasarruf işleminin söz konusu olması durumunda, tüm paydaşlar tarafından oybirliği ile aksi kararlaştırılmamışsa, tüm paydaşların oybirliği ile hareket etmeleri ve tümünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini imzalamaları mecburidir.⁴⁹ Eğer bir taşınmazda hem elbirliği hem de müşterek mülkiyet ilişkisinin bulunması

⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s. 67.

⁴⁶ Ece Çetintepe, **Kat karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları**, Ankara, Yetkin, 2020, s. 24-25.

⁴⁷ TMK.m.702/II “Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir.”

⁴⁸ TMK.m.691/I “Paylı malın özgüldüğü amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.”

⁴⁹ “Olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar başlıklı TMK'nın 692. maddesinde paylı mülkiyetin özgüldüğü amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi ve paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılmasının

durumunda, elbirliği mülkiyet hükümlerine göre bir payda malik olanlar bir hisse olarak kabul edilecektir.⁵⁰

Ayrıca zorunlu tevhide tabi olan yani ancak tevhit edilerek inşaat izni alınabilecek parseller bakımında da aynı durum geçerlidir.⁵¹ Eğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi halen kat mülkiyeti devam eden yapı ya da yapıların arsa sahipleri ile akdedilecekse kat mülkiyeti ya da irtifakı devam ettiği müddetçe, KMK.m.45 gereğince önemli işler kapsamında yer alan bu karar tüm kat maliklerinin oybirliği ile alınabilecektir.⁵²

Görüldüğü üzere birden fazla iş sahibinin bulunduğu durumlarda, tüm arsa sahiplerinin oybirliği ile katılımı ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin (TMK.m.702/II ya da 691/I ya da KMK.m.45 gereği) imzalanması gereklidir.

Şu kadar ki, istisnai bir durum olarak, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 6. Maddesindeki şartlarla bu kanunun uygulama alanına giren yerlerde ekonomik ömrünü tamamladığı tespit edilen taşınmazlar bakımından arsa paylarının 2/3 çoğunluğu ile geçerli bir inşaat sözleşmesi kurulması imkânı vardır.⁵³

oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça bütün paydaşların kabulüne bağlı olduğu hükmü getirilmiştir. Arsa üzerinde inşaat yapımı olağan kullanımın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapım işlerinden sayıldığı ve paydaşların oybirliğiyle aksini kararlaştırdığı ileri sürülüp kanıtlanmadığından kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.” 15. HD. 4.6.2012 T., 2012/2509 E. 2012/4151 K. (Kazancı Bilişim)

⁵⁰ Kartal, a.g.e., s. 14.

⁵¹ “2424 ve 2425 parsel sayılı taşınmazlar üzerinde kat karşılığı inşaat yapımını üstlenmiştir. Sözleşme iş sahibi olarak sadece davacı yer almaktadır. Dosya kapsamındaki tapu kayıtlarından inşaatın yapılacağı arsalardan 2424 parsel sayılı taşınmazda sözleşmenin yapıldığı tarih itibarıyla dava dışı A B 'in 447/567 oranında pay sahibi olduğu anlaşılmaktadır.... Dosyadaki düzenleme şeklinde yapılan sözleşmede 2424 parselde pay sahibi olan A _____ B _____ yer almadığı gibi bu iş sahibi ile yükleniciler arasında imzalanmış başkaca arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi de bulunmamaktadır. Ümraniye Belediye Başkanlığı da 15.06.2009 tarihli yazı cevabında 2424 ile 2425 parsellerin tevhit edilmeden uygulama yapılamayacağını bildirmiştir. Sözleşme konusu 2424 ve 2425 parseller tevhit edilmeden inşaat yapılması mümkün olmadığı 2424 parselde pay sahibi olan A.... B sözleşme taraf olarak yer almadığı ve kendisi ile yapılmış ayrı bir sözleşme de bulunmadığından davacı ile davalı yükleniciler arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersizdir. Sözleşmenin feshi talebinin içerisinde geçersizliğinin tespiti isteminin varlığı da kabul edilmektedir.” 15. HD. 4.6.2012 T., 2012/2509 E. 2012/4151 K. (Kazancı Bilişim)

⁵² Kat Mülkiyeti Kanunu m.45 “Ana gayrimenkulün bir hakla kayıtlanması veya arsanın bölünmesi ve bölünen kısmın mülkiyetinin başkasına devrolunması gibi temlik tasarruflar veya ana yapının dış duvarlarının, çatı veya damının reklam maksadıyla kiralanması gibi önemli yönetim işleri ancak bütün kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri karar üzerine yapılabilir”.

⁵³ 31.05.2012 Tarihli ve 28309 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un 6.maddesinin birinci fıkrasında “Bu

Eğer sözleşme tüm arsa sahipleri tarafından değil, bir kısım iş sahibi tarafından imzalanmışsa burada ilk başta, diğer arsa sahiplerinin yüklenici ile başka bir sözleşme imzalayıp imzalamadığının araştırılması ve başka bir sözleşmenin tespit edilememesi durumunda ise, sözleşmeyi imzalayan iş sahibi ya da sahiplerinin, sözleşmede imzası bulunmayan arsa sahipleri adına da hareket edip etmediği hususu incelenmelidir. Keza, sözleşmeyi imzalayan iş sahibi, imzası bulunmayan iş sahibi ya da sahipleri adına temsil yetkisi olmadan hareket etmişse, hiç şüphesiz sözleşme, imzası bulunmayan ve temsil yetkisi de vermeyen iş sahibini bağlamayacak⁵⁴ ancak ortada bir yetkisiz temsil söz konusu olacağından TBK.m.46/I gereğince sözleşmeyi imzalamamış olan iş sahibi, söz konusu sözleşmeye onay vererek o sözleşmenin tarafı haline gelebilecektir. Ancak sözleşmeye onay verinceye kadar sözleşmenin geçerliliği askıda olacak⁵⁵ ve onay verilmesi durumunda ise onay geriye etkili hüküm ifade edecek ve sanki sözleşme kurulurken doğrudan doğruya temsil ilişkisi varmış gibi sözleşme en başından itibaren geçerli olarak doğmuş olacaktır.⁵⁶

çerçevede riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu karara katılmayanların arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde bu paylar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye devredilir. Riskli yapılarda ise anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılincaya kadar satış işlemi tekrarlanır.” ibaresi yer almaktadır. Bkz. Gül Üstün, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 162-163-164; Ayşe Denizhan, **6306 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrası Kapsamında Uzlaşmayan Azınlığın Arsa Payının Satışına İlişkin Talebin İdarece İncelenme Usulü Üzerine Bir Değerlendirme**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kentsel Dönüşüm Özel Sayısı, Y. Temmuz-2016, S. 14, Ankara, Seçkin, 2016, s. 44-47. Ancak unutulmamalıdır ki, 6306 Sayılı Kanun'un 6.maddesi, 2/3 ve üzerindeki pay çoğunluğuna satış baskısı altında paydaşların oy birliğinin sağlanması hususunda yasal bir imkan vermektedir.

⁵⁴ Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil**, İstanbul, Yasa Yayınları, 1988, s. 37.

⁵⁵ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bs., C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 257, N. 761, dn. 845; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 44.

⁵⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 257, N. 762; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Attila Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s. 201; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 73.

Onama, yenilik doğuran bir işlem olup, tek taraflı irade açıklamasının karşı tarafa ulaşması ile netice doğuracak, kural olarak kayıtsız ve şartsız olacak ve geriye alınamayacaktır.⁵⁷

Yargıtay içtihatları, bir kısım iş sahibi tarafından imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, imzalamayan arsa sahiplerinin tümü tarafından onay verilmesi durumunda sözleşmenin geçerli hale geleceği istikametindedir⁵⁸. Yargıtay yine aynı doğrultuda, tüm arsa sahipleri tarafından imzalanmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, imza sahibi arsa sahipleri tarafından dava konusu yapılması durumunda bu davanın hemen reddi yerine, imzası bulunmayan arsa sahiplerinin sözleşmeye onaylarının sağlanması amacıyla davacıya süre verilmesi, bu süre içerisinde sözleşmeye onaylarının sağlanması durumunda davaya devam edilmesi, muvafakatlerinin sağlanamaması durumunda ise oybirliği sağlanamadığının ve sözleşmenin geçersiz olduğunun tespiti ile yetinilmesi gerektiği görüşündedir.⁵⁹

Hiç şüphesiz, yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanabilmesi için, öncelikle bir yetkisiz temsil ilişkisinin mevcut olması gereklidir. Yani sözleşmeyi imzalayan iş sahibinin, aynı zamanda sözleşmede imzası olmayan diğer arsa sahiplerinin adına da hareket etmesi zorunludur. Ancak söz konusu içtihatlarda da açıkça görüldüğü üzere Yargıtay'ın özellikle uygulamada karşılaşılan çoğu ülkemize özgü sorunları aşmak

⁵⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 258, N. 762; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 202.

⁵⁸ “Bu düzenlemede, elbirliği ya da müşterek mülkiyete konu taşınmaz mallar üzerinde inşaat yapılması için imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tüm ortakların veya müşterek paydaşların katılımıyla yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Kural bu olmakla birlikte, bazı ortak ya da müşterek paydaşlar tarafından yapılan sözleşmelere diğer ortak ya da paydaşların onay vermeleri durumunda da kat karşılığı inşaat sözleşmeleri geçerli hale gelir.” HGK. 8.4.2021 T., 2017/23-1612 E. 2021/441 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁹ “Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir. Davalı reddini savunmuş, mahkemenin kabule dair kararı davalı tarafından temyiz edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 692. maddesi gereğince, paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemleri yapılması, özgülendiği amacın değiştirilmesi, korunmanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşıp, yapı işlerine girilmesi oybirliğiyle, aksi kararlaştırılmış olmadıkça bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. Taraflar arasında resen düzenleme şeklinde imzalanan 9.4.1999 tarihli sözleşme biçimine uygun ise de, sözleşme konusu 8 pafta, 5484 ada, 11 parsel sayılı taşınmazda davalı dışında Belediye ve diğer şahısların da payının bulunduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu istemde davalı dışındaki paydaşlarla sözleşme yapıldığı veya onların muvafakatlarının alındığına dair belge de ibraz edilmiş değildir. O halde yapılması gereken iş, bu haliyle yasal anlamda sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceğinden, davacıya diğer paydaşlardan muvafakat alması veya yapılan sözleşmenin ibraz ettirilmesi, bunların yerine getirilmemesi durumunda, geçersiz sözleşmeye dayanarak pay istenemeyeceğinden davanın reddine, muvafakat alınması durumunda, inşaatın yasal hale getirilmesi, iskan ruhsatının alınması için davacıya yetki ve uygun süre verilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulmasından ibarettir.” 15. H D. 15.3.2010 T., 2009/1822 E. 2010/1456 K. (**Kazancı Bilişim**)

için, istikrarlı bir biçimde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yetkisiz temsilin varlığını sorgulamadan (açıkça karar içeriğinde belirtilmese de büyük ihtimalle TMK.m.2 dürüstlük kuralına dayanarak) yetkisiz temsil hükümlerine göre paydaşlar arasında oybirliğine ulaşma imkanı oluşturduğu anlaşılmaktadır.

İş sahiplerinden birinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, sadece kendi nam ve hesabına imzalamış olması durumunda, burada borçlandırııcı bir işlem bulunduğundan sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş olacak fakat sadece imzalayan iş sahibini bağlayacaktır. Ancak diğer arsa sahipleri bu sözleşmenin ifasına her zaman engel olabileceklerdir. Böyle bir ifa engeliyle karşılaşılması, kuşkusuz sözleşmeye taraf olan iş sahibi bakımından kusurlu ifa imkânsızlığı teşkil edecektir.

Ancak bu duruma rağmen Yargıtay tüm arsa sahipleri tarafından imzalanan bir sözleşme bulunmadığı takdirde “*yasal anlamda sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceğinden*”⁶⁰ bahsetmektedir. Oysa tüm arsa sahiplerinin katılımı olmadan arsa sahiplerinden birisinin sadece kendi adına hareket etmesiyle imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenici ile sözleşme tarafı olan arsa sahipleri bakımından borçlandırııcı işlem bakımından geçerlidir ve az önce belirtildiği üzere edimini yerine getirmeyen taraf ifa etmemenin sonuçlarına katlanacağı şüphesizdir.⁶¹ Sözleşmeyi imzalayan iş sahibinin iyiniyetli olması ya da kusurunun bulunmaması da sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.⁶²

Bununla birlikte bazı müellifler, ileride oybirliği sağlanacağı düşüncesi ile sözleşmeyi imzalayan bir iş sahibinin, borçlandırııcı işlemde kaynaklanan sorumluluğunun söz konusu olmayacağı, keza arsa payı karşılığı inşaat

⁶⁰ Bkz. 15. HD. 15.3.2010 T., 2009/1822 E. 2010/1456 K. (**Kazancı Bilişim**); “İş bu nedenlerle mahkemece davacı yükleniciden dava dışı hissedar ... ile resmi şekilde düzenlenmiş kat karşılığı inşaat sözleşmesinin olup olmadığının sorulması, sözleşme ilişkisi varsa söz konusu sözleşmenin dava dosyasına kazandırılması ve dava dışı bu paydaşın davaya muvafakatinin olup olmadığının davacı yükleniciden sorulması, muvafakatinin olmadığının anlaşılması durumunda davacı yükleniciye iş bu iş sahibi paydaşı da davaya dahil etmesi için süre verilmesi; resmi şekilde düzenlenmiş sözleşme ilişkisinin bulunmadığının anlaşılması durumunda tüm arsa sahiplerince imzalanmış ortada geçerli bir sözleşmenin olmadığı sonucu ortaya çıkacağından bu sözleşmeye dayalı olarak davacı yüklenicinin talepte bulunamayacağı sonucuna göre karar verilmesi gerekirken mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu verilen karar doğru olmamış, kararın belirtilen nedenlerle bozulması uygun bulunmuştur.” 15. HD. 19.9.2019 T., 2018/4298 E. 2019/3546 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁶¹ Kaya, **a.g.e.**, s. 13.

⁶² Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 203.

sözleşmelerinin tam iki taraflı sözleşmelerden olduğu, her iki tarafta da birden fazla iş sahibi ya da yüklenicinin yer almasının bu durumu değiştirmeyeceği ve sözleşmeyi çok taraflı hale getirmeyeceği, sözleşmeyi imzalanmasındaki maksadın tüm arsa sahiplerinin sözleşmenin tarafı olacağı inancı olduğu, yoksa tek başına yüklenici ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapma iradesinin olmadığı bu nedenle tüm iş sahipleri tarafından imzalanmayan sözleşmenin yoklukla malul olacağı kanaatindedir.⁶³

Gerçekten de uygulamada hazırlanan arsa payı karşılığı sözleşmeler içerisinde diğer arsa sahiplerinin durumuna ve oybirliğinin nasıl sağlanacağına ilişkin hükümlere çok nadir olarak yer verilmektedir. Sözleşmeyi kendi nam ve hesabına imzalayan iş sahibinin iradesi hususunda her somut olayın kendi özelliklerine göre değerlendirme yapılacağı ve sonuca ulaşılabileceği şüphesizdir. Eğer iş sahibi sözleşmeyi kendi nam ve hesabına imzalamış ve sözleşme içeriğinden iş sahibinin, diğer arsa sahiplerinin ileride söz konusu sözleşmeyi imzalamaları ve bu surette ileride oybirliğine ulaşılması şartı ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini imzaladığı sonucuna ulaşılyorsa, burada ileride tüm arsa sahiplerince sözleşmenin imzalanması yani oybirliği sağlanması geciktirici şartına bağlı olarak imzalanan bir sözleşme olduğu söylenebilir. Zira, tarafların yaptıkları bir işlemin, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olayın gerçekleşmesi koşulu ile hüküm doğuracağı kararlaştırılmış⁶⁴ ise artık sözleşmenin geciktirici şarta bağlı olduğundan bahsedilecektir.⁶⁵ Geciktirici şart gerçekleşinceye kadar, taraf iradelerinin yöneldiği sözleşmenin hukuki etkisi söz konusu olmayacak, sözleşme hüküm doğurmayacaktır.⁶⁶ Şartın gerçekleşmesi şüpheli olduğundan, şart gerçekleşmeden önceki süreçte sözleşme askıda olacaktır.⁶⁷

⁶³ Emrehan İnal, **Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 177-178; Taner Türe, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Kurulması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 45.

⁶⁴ Aynı zamanda bu şart, hukuki işlemin tarafı olan kimselerin iradelerine bağlı olmadığı, ileride gerçekleşmesi şüpheli olaylara bağlandığı için aynı zamanda tesadüfi bir şarttır. Bkz. Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992, s. 129-130.

⁶⁵ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 525, N. 1489.

⁶⁶ Sirmen, **a.g.e.**, s. 130.

⁶⁷ Sirmen, **a.g.e.**, s. 130.

TBK.m.47 gereğince bu onama beyanı, açık ya da zımni olabilir. Bir görüşe göre yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem özel bir şekle bağlı olsa dahi onama bir şekle bağlı değildir, duruma göre bazen susma dahi onama olarak kabul edilebilir.⁶⁸ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması için temsil yetkisi verilmesi örneğinde olduğu gibi, sözleşme özel bir şekle bağlı ise sözleşmelerin yapılmasına ilişkin temsil yetkisi de ve dolayısıyla onama da o şekle tabi olmalıdır ki bu durum söz konusu temsil işlemi için şekil şartı getiren kanun koyucunun amacına en uygun çözüm yolu olsun.⁶⁹ Katıldığımız görüşün kabulü halinde, dürüstlük kuralının uyuşmazlıklara uygulanması ile şekil şartının katı bir biçimde tatbikinin ve bunun neticesinde hakkaniyete aykırı sonuçlara varılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Böylece, birinci görüşçe kabul edilen zımni ve açık onama hallerinin büyük bölümünde, dürüstlük kuralı gereği şekil şartı olmaksızın onamanın gerçekleştiği sonucuna çoğu zaman varılacak ancak kanun koyucunun şekil şartı düzenlemesi de yok sayılmamış olacaktır.⁷⁰

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine taraf olmayan ancak söz konusu taşınmazda hissedar olan belediyenin, inşaat ruhsatı vermesini ve bu ruhsatı iki kez yenilemesini TBK.m.46/I'de düzenlenen yetkisiz temsil hükümleri bağlamında geçerli bir zımni onay olarak kabul etmiş ve arsa payı inşaat sözleşmesinin geçerli ve ayakta olduğuna karar vermiştir.^{71 72} Yine benzer biçimde Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince sözleşmede imzası bulunmayan arsa sahipleri adına da kat irtifakı tesis edilmesini, bu arsa sahiplerinin sözleşme ile yükleniciye düşen taşınmaz

⁶⁸ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 202; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 68.

⁶⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I, s. 258, N. 762, dn. 852.

⁷⁰ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 60-62-68.

⁷¹ “Bilindiği üzere TMK’nın 692. maddesi hükmünce, (eski MK. 625/1) paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi, oybirliği ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. Buradan hareketle somut uyuşmazlıkta tapuda paydaş belediyenin 11.07.1995 günlü sözleşmede taraf olarak yer almadığından bahisle anılan yasa hükmüne istinaden sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülebilir ise de, önceki bozma uyarınca davacı arsa sahiplerince aleyhine dava açılıp asıl dava ile birleştirilmek suretiyle kendisine de husumet yöneltilen belediyenin, tapuda paydaş olduğu taşınmaza yapı ruhsatı verdiği, ilerleyen yıllar içinde de tadilatlar nedeniyle bu ruhsatı iki kez yenilediği, bu suretle bitme aşamasına gelen inşaatı kabullenerek 11.07.1995 tarihli diğer arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki sözleşmeye onay verdiğinin benimsenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.” 5. HD. 7.7.2011 T., 2011/1207 E. 2011/4455 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁷² Hiç şüphesiz Yargıtay’ın vardığı bu sonuca ulaşabilmek için öncelikle sözleşmeyi imzalayan iş sahibinin tüm arsa sahipleri adına hareket ettiğinin yani yetkisiz temsilin varlığının tespiti gereklidir.

hisselerinin satışı için yükleniciye vekaletname vermesini ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak imza sahibi arsa sahipleri ile birlikte dava açılmasını sözleşmeye onay verme olarak kabul etmiş ve oybirliğinin sağlandığına karar vermiştir.⁷³

3.2.Sözleşmeye Uygun Olarak Yapı İnşası ve Teslimi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin asıl borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, teknik şartname, mimari proje ve inşaat ruhsatına uygun olarak bütünlük arz eden bir yapı inşa etmek ve bu yapı üzerinde iş sahibine ait olan bağımsız bölümleri iş sahibine teslim etmektir.⁷⁴

Sözleşme içerisinde bir ya da birden fazla yapı ya da söz konusu yapılarıdaki bağımsız bölümlerin ofis, dükkan, konut sair başka bir kullanım amacına göre inşa ve teslim edileceği de öngörülmüş olabilir. Bu durumda inşa ve teslim yükümlülüğünün bu hususlar dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerekecektir.

⁷³ “Az yukarıda belirtilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi. Necla Kervancı Sözer ve Berk Kervancı tarafından imzalanmamış ise de; kat irtifakı, 27.04.1994 tarihinde taşınmazın tüm malikleri yani iş sahibi davacılar adına tesis olunmuş ve davacılar tarafından yükleniciye verilmesi gereken bağımsız bölümlerle irtifaklı arsa payları yüklenici Nejat Er'e verilen vekaletnameye dayalı olarak davalılara satılmıştır. Ayrıca, Berk Kervancı ve Necla Kervancı da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini imzalayan diğer davacılarla birlikte dava açmışlardır. Belirtilen bu hususlar. Berk Kervancı ve Necla Kervancı Sözer'in imzalarının bulunmadığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine onay verdiklerini göstermektedir. Davacıların müşterek paydaş olmaları durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 692. maddesi uyarınca paydaşların; el birliği mülkiyeti halinde de aynı Kanun'un 702. maddesi gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasında ortakların iradeleri birleşmiş olduğu gibi, olağanüstü tasarruflardan sayılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi davasında da "oy birliği" sağlanmış olmaktadır.” 15. HD. 29.6.2010 T., 2010/2665 E. 2010/3755 K. (Kazancı Bilişim)

⁷⁴ Erman, a.g.e., s. 33; Sendi Yakuppur, **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıklar**, İstanbul, On iki Levha, 2009, s. 63; Mustafa Gür, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 30 vd.

3.2.1.Teslim

Teslim genellikle tamamlanmış eserlerin, sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibine verilmesi anlamındadır.⁷⁵ Teslim TBK içerisinde açıkça düzenlenmemiş olsa da, TBK.m.473/1, 474/I, 475/I, 478/I ve 479/I’de teslime yer verilmiştir.⁷⁶

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaat, iş sahibinin sahibi olduğu ve dolaylı zilyetliğinde bulunan arsa üzerinde gerçekleştirildiğinden yani iş sahibinin hakimiyet alanı içerisinde bulunduğundan, hukuki anlamda teslim iş sahibine bildirim yapılması ile gerçekleşecektir. ⁷⁷ Ancak bu bildirimin sonuç doğurabilmesi için iş sahibine ya da yasal temsilcisine ulaşması gereklidir. ⁷⁸ Kural olarak teslim en erken yüklenicinin bildiriminin ulaşma anında gerçekleşmiş olur. ⁷⁹

Bildirim açık ya da örtülü olarak gerçekleştirilebilir.⁸⁰ Yüklenici, yazılı ya da sözlü⁸¹ açık bir bildirim yapabileceği gibi, bağımsız bölümleri, inşaatın tamamlandığı hususu açıkça anlaşılabilecek şekilde iş sahibinin tasarrufuna bıraktığında da teslimin gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir. ⁸² Ancak iş sahibinin bu şekilde inşaatın tamamlandığını anlayamayacak durumda olması halinde bildirimin açık olarak yapılması gereklidir. ⁸³ Örtülü tamamlama bildirimlerinde ise yüklenicinin fiili hakimiyetine son verme anı bildirimin gerçekleştiği an olarak kabul edilmektedir.⁸⁴ Örtülü tamamlama bildiriminde somut olayın özelliklerinden dürüstlük kuralı gereğince, iş sahibinin, yüklenicinin fiili hakimiyetine son verdiğinden daha sonra haberdar olduğu anlaşılıyorsa, bildirim tarihi öğrenme tarihi olarak kabul edilmelidir.⁸⁵

⁷⁵ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 125; Haluk Burcuoğlu, **Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 287; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. bs., Ankara, Yetkin, 2021.

⁷⁶ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 405.

⁷⁷ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 125; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 52.

⁷⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 53.

⁷⁹ Gür, **a.g.e.**, s. 46.

⁸⁰ Tandoğan, **Borçlar**, C.II, s. 125; Ayan, **a.g.e.**, s. 52.

⁸¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 82, dn. 266.

⁸² Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu (İnşaat)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 37; Kurt, **Temerrüt**, s. 82.

⁸³ Ayan, **a.g.e.**, s. 53; Kurt, **Temerrüt**, s. 82; Gür, **a.g.e.**, s. 46.

⁸⁴ Sabure Paket, **Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul**, Ankara, Yetkin, 2020, s. 95.

⁸⁵ Ayan, **a.g.e.**, s. 53, dn. 155; Paket, **a.g.e.**, s. 94.

Yine bildirim olmaksızın iş sahibi, taşınma ya da kiraya verme örneğinde olduğunda gibi bağımsız bölümleri kullanmaya başlamışsa teslimin varlığı kabul edilebilirse⁸⁶ de önemli eksikliklerin varlığı halinde, yine teslimin gerçekleşmediği kabul edilecektir.⁸⁷ İş sahibi, bağımsız bölümleri teslim alırken ihtirazi kayıt ileri sürmeden fiilen kullanmaya başlaması durumu teslimin gerçekleştiği hususunda bir karine teşkil edecek ve ispat yükü bu nedenle yer değiştirdiğinden, eksik teslimi iş sahibi ispat edecektir.⁸⁸

Ancak tek başına bildirimin yapılması yeterli olmayıp, aynı zamanda yüklenicinin, teslim konusu taşınmazlardaki kendi hakimiyetine son vermesi ve (bağımsız bölüm anahtarlarını iş sahibine verilmesi veya fiili egemenliğine engel olan iskelelerin gibi engellerin kaldırılması örneklerinde olduğu gibi) bağımsız bölümleri iş sahibinin bağımsız bölümden yararlanmasını ve onun üzerinde fiili egemenliğini kurmasını sağlayacak durumda bırakmalıdır.⁸⁹ Ancak önemsiz, tali ve taşınmazdan faydalanmayı önemli ölçüde engellemeyen hususlar teslimin gerçekleştiğini kabule engel teşkil etmemelidir.⁹⁰

İnşaat tamamlanmadan iş sahibine bildirim gönderilmesi elbette ki teslim sonucunu doğurmayacaktır.⁹¹ Kural böyle olmakla birlikte teslim ve teslim alma hukuki kavramlar olduğu için, taraflar sözleşmeye koyacakları kayıtlar ile teslimi, inşaatı tamamlama dışında başka şartlara bağlamaları ve farklı teslim anı belirlemeleri mümkündür.⁹² Teslimin tamamlanmış kabul edilebilmesi için yüklenicinin üzerine almış olduğu bütün işlerin tamamlanması gerekmekte olup aksi taktirde teslimin gerçekleştiği kabul edilmeyecektir.⁹³ Örneğin, sözleşme ile yüklenici sadece inşaatın yüzde seksen seviyesine getirmeyi üstlenmiş ise, teslimin varlığı sözleşmenin o

⁸⁶ Seliçi, **İnşaat**, s. 37.

⁸⁷ Tandoğan, **Borçlar**, C.II, s. 126; K. Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 194-195.

⁸⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 81; Kurt, **Temerrüt**, s. 69.

⁸⁹ Tandoğan, **Borçlar**, C.II, s. 125-126; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Dönme)**, İstanbul, Kazancı, 1989, s. 168-169; Erman, **a.g.e.**, s. 33; Kurt, **Temerrüt**, s. 82; Gür, **a.g.e.**, s. 47.

⁹⁰ Öz, **Dönme**, s. 168-169; Yakuppur, **a.g.e.**, s. 34; Gür, **a.g.e.**, s. 47.

⁹¹ Erman, **a.g.e.**, s. 33; Yakuppur, **a.g.e.**, s. 34.

⁹² Tandoğan, **Borçlar**, C.II, s. 127; Seliçi, **İnşaat**, s. 37; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 288; Kurt, **Temerrüt**, s. 68.

⁹³ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 126.

hükmüne göre belirlenecektir.⁹⁴ İmar Kanunu m.31'e göre "inşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir". İmar Kanunu m.30 gereğince de yapı kullanma izni alma yükümlülüğünü iş sahibine aittir. Sözleşmede yüklenicinin iskan alma şartı yer almıyor ve yüklenicinin iskan alma yükümlülüğü kendisine iskan alma hususunu da kapsar mahiyette vekalet verilmesi gibi sair hususlardan da anlaşılmıyorsa⁹⁵ sözleşmesel ilişki bağımsız bölümlerin teslimi ile sona erecektir.

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konulan kayıtlarla yapı kullanma belgesi alma yükümlülüğün yükleniciye tahmil edildiği ve teslimin yapı kullanma belgesi alma şartına bağlandığını görmekteyiz.⁹⁶ Hiç şüphesiz tarafların sözleşmelere koyduğu bu tür kayıtlar geçerlidir. Yargıtay, yüklenicinin yapı kullanma izni alma yükümlülüğü bulunan sözleşmelerde yapı kullanma izni alınmadığı süre teslimin gerçekleşmiş olmayacağı ve sözleşmesel ilişkinin devam edeceği kanaatindedir.⁹⁷ Ancak yapı kullanım belgesinin alınması her zaman teslimin gerçekleştiği anlamına gelmeyecek, yapı kullanma belgesi alınmasına rağmen teslim hususu ihtilafli ise teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği, elektrik, su, doğalgaz vesair abonelik sözleşmelerinin celbi, nüfus kayıtları, tanık beyanları ve sair tüm deliller ile birlikte hakim tarafından değerlendirilecektir.⁹⁸

⁹⁴ "yüklenicinin inşaatı %80 seviyesine kadar yapmayı üstlendiği de gözetilerek" 15. HD. 20.12.2011 T., 2011/85 E. 2011/7730 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁵ "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde ifa, işin tamamlanıp teslim edildiğinde tamamlanacağından tarafların sözleşmeden kaynaklanan alacakları da en geç inşaatın tamamlandığı ve teslim edildiği tarihte istenebilir hale gelir. 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 31. maddesine göre inşaatın bitim günü yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarih ise de; somut olayda sözleşmede teslim iskân koşula bağlanmadığı ve iş sahibi yüklenicilere yapı kullanma izin belgesi alma yetkisini ihtiva eden vekâletname vermediğinden zamanaşımı süresinin iş sahibine bırakılan bağımsız bölümlerin teslim tarihinden başlatılması gerekir"⁹⁵ 15. HD. 22.5.2013 T., 2013/196 E. 2013/3307 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁶ Öz, Dönme, s. 170.

⁹⁷ "Dairemizin 30.01.2012 tarihli 2011/7412 Esas 2012/410 Karar sayılı ilamında belirtildiği gibi kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan uyumsuzluklarda zamanaşımının başlaması için taraflar arasındaki ilişkinin sonlandırılmış olması gerekir. Mahkemece bozmaya uyularak yapılan inceleme ile ... 25. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/36 Esas sayılı dosya kapsamı da dikkate alındığında dava konusu dairenin bulunduğu binanın iskân ruhsatının 12.06.2002 tarihinde alındığı ...Gerçekten de taraflar arasındaki ilişki yapılan binanın iskânının alınmasıyla son bulmakta olup 12.06.2002 iskân tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımının 12.06.2007 tarihinde dolduğu" 15. HD. 14.11.2019 T., 2019/756 E. 2019/4601 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁸ "Davalı iş sahibi adına tapu devri yapılmış olması bağımsız bölümün teslim edildiği anlamına gelmez. Teslim olgusunun davacı yüklenici tarafından kanıtlanması gerekir. Ayrıca iskan ruhsatının alınmış olması da teslimi tek başına kanıtlamaz. Bu nedenle, davacı yüklenicinin teslimle ilgili delillerinin toplanıp (elektrik-su doğalgaz abonelikleri, kira sözleşmeleri, tanık beyanları vb.) teslim olgusunun tam olarak belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik

Biz, yapı kullanma izni alınması şartına bağlı sözleşmelerde, iş sahibi bağımsız bölümü fiilen kullanmaya başlamış olsa dahi ifanın gereği gibi gerçekleşmediği, fiilen kullanım söz konusu olduğu takdirde dürüstlük kuralı gereği artık kullanım tarihinden itibaren kira tazminatı talep edilemeyeceği⁹⁹, ancak iş sahibinin bu ihlal nedeniyle uğradığı uygun nedensellik bağı içerisinde başkaca zararlarının talep etmesine bir engel bulunmadığı, sözleşmede yapı kullanma izninin süresinde alınmaması hali için ya da bu hali de kapsayan bir cezai şartta yer verilmişse, bu cezai şartın geçerliliği devam ettiği sürece talep edilmesine bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

Yapı kullanma izninin alınmamasının seçimlik hakların kullanılmasına imkan verip vermeyeceği hususunda ise öncelikle iznin alınmama nedeninin tespiti ile iş sahibi tarafından fiilen kullanımına başlanan, inşaatın geldiği aşama itibari ile herhangi mevzuata aykırılık taşımayan sadece sürecin uzaması nedeniyle ya da imara uygun hale getirilebilecek küçük ya da önemsiz aykırılıklar sebebiyle yapı kullanma izni alınamaması durumunda, tarafların anlaşması ile yükleniciye tahmil edilen bir yan borç olan yapı kullanma izni alma yükümlülüğü nedeniyle, hem de yapılan işle orantısız (yapılan işin yanında önemsiz kalan) ihlale dayanarak iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı verilmemesi gerektiği keza bunun dürüstlük kuralına aykırı olacağı¹⁰⁰ şeklinde ifade edilen görüşe aynı gerekçelerle katılmaktayız. Ancak şunu ekleyelim ki, yapı kullanma izni alınamaması durumu, imar mevzuatına veya sözleşmede kararlaştırılan projeye aykırı inşaat yapılmasından kaynaklanıyorsa, iş sahibinin temerrüt hükümlerine başvurabileceği istisnasız kabul edilmelidir.

incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiş hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.” 23. HD. 12.11.2019 T., 2016/8208 E. 2019/4668 K. (Kazancı Bilişim)

⁹⁹ “davalı yüklenici tarafından 30.07.2008 tarihinde fiili teslim olgusu iddia edilmiş olup, mahkemenin bu konudaki araştırması da yeterli olmayıp, bu itibarla mahkemece, öncelikle 30.07.2008 tarihli bina teslim tutanağında imzası bulunan iş sahibine karşı sorumlu inşaat mühendisinin, arsa sahipleri adına inşaatı teslim almaya yetkili kılınıp kılınmadığının araştırılması, teslim almaya yetkisinin bulunmadığının anlaşılması halinde ise fiili teslim konusunda tarafların tüm delillerin toplanarak, ayrıca bağımsız bölümlere ait elektrik, su, doğalgaz vs. abonelik bilgileri de ilgili yerlerden celbedilerek fiili teslim tarihinin belirlenmesi, fiili teslim tarihinden önce satılmayan iş sahibine ait bağımsız bölümler için kira tazminatına hükmedilmesi, fiili teslim tarihinden sonra kira tazminatı talep edilemeyeceği gözetilerek hüküm kurulması gerekirken iskan iznin alındığı 12.10.2010 tarihine kadar kira tazminatına karar verilmesi doğru olmamıştır. Kira tazminatı, talep edilebileceği tarihten itibaren TBK.nın 147. maddesi uyarınca 5 yıl geçmekle zaman aşımına uğrar. Somut olayda da yukarıdaki bentte açıklandığı şekilde fiili teslim tarihinin tespiti sonrası, kira tazminatının talep edilebilir olduğu tarihten itibaren zaman aşımı itirazı hususunun değerlendirilmemesi de doğru görülmemiştir.” 23. HD. 19.3.2019 T., 2016/4371 E. 2019/1061 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁰⁰ Öz, **Dönme**, s. 170.

3.2.2. Teslim Alma (Tesellüm)

Bildirim ulaştığında yüklenicinin eseri teslim etmesi ile iş sahibinin eseri teslim alması aynı anda gerçekleşir, yoksa teslim alma, teslimden sonra gerçekleşen bir olgu değildir.¹⁰¹ Teslim alma ve etme, aslında aynı olayı yani iş sahibinin sözleşme konusu eser üzerinde fiili hakimiyet tesis etmesini ifade eder.¹⁰² “*Tesellümde iş sahibinin teslimin hukukî sonuçlarına yönelik özel bir teslim alma iradesi bulunmasına gerek yoktur*”¹⁰³. Bu çerçevede bildirimin yapılması ve iş sahibine ulaşması ile teslim gerçekleşir.¹⁰⁴ İş sahibinin, haklı bir sebep olmadan teslim almaktan imtina etmesi onu borçlu temerrüdüne düşürmez.¹⁰⁵ İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin eseri kabul borcu bulunmamakta olup inşaatı yaptırma ve inşaatı teslim alma yalnızca bir hak olarak düzenlenmesi nedeniyle kural olarak yüklenici mahkemeye müracaatla iş sahibini eseri teslim almaya zorlayamaz.¹⁰⁶ Keza alıcıya satım konusunu teslim almayı bir borç olarak yükleyen TBK.m.232 benzeri bir düzenleme eser sözleşmelerinde bulunmamaktadır.¹⁰⁷ Bu nedenle sözleşme gereği ya da olayda halin icabından iş sahibinin teslimle ilgili bir işlem yapması ya da bir işleme katılması gerektiği halde gereğini yapmıyorsa şartları bulunması durumunda iş sahibi hakkında alacaklı temerrüdü hükümleri söz konusu olabilecektir.¹⁰⁸

Eksik ifa, yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılan ya da TMK.m.2 dürüstlük kuralı gereğince yapması gereken işlerin bir bölümünü hiç yapmamış olması durumudur.¹⁰⁹ Kural olarak iş sahibi tamamlamamış bir inşaatı teslim almaya

¹⁰¹ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 127; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 288; Turan Şahin, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2012, s. 49.

¹⁰² Kurt, **Temerrüt**, s. 69.

¹⁰³ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 127.

¹⁰⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁰⁵ Ayan, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁰⁶ Öz, **İnşaat**, s. 130-131.

¹⁰⁷ Öz, **İnşaat**, s. 130.

¹⁰⁸ Öz, **İnşaat**, s. 130-131.

¹⁰⁹ Gür, **a.g.e.**, s. 82; “*Ayıplı iş, sözleşme ve yasa hükümlerine göre eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken unsurların bulunmasıdır. Eksik iş ise, hiç yapılmayan iştir.*” 15. HD. 22.3.2010 T., 2009/1859 E., 2010/1605 K. (Kazancı Bilişim); “*Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır*”

zorlanamaz.¹¹⁰ Ancak iş sahibi, dürüstlük kuralı gereği önemsiz eksiklikleri ileri sürerek bağımsız bölümleri teslim almaktan kaçınmaz.¹¹¹ Eserdeki eksikliğin önemli olup olmadığı eksik kalan işin niteliği ile kalan işin toplam işe oranına bakılarak tespit edilecektir.¹¹² İş sahibinin, yükleniciye eksik teslimi kabul edeceğini bildirmesinde olduğu gibi bazı istisnai durumlarının varlığı halinde ya da dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde teslimin gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir.¹¹³

TBK.m.474/I ayıbın varlığı kural olarak teslimde engel olmayacağından, iş sahibi eseri teslim almak zorundadır.¹¹⁴ Bağımsız bölümün kullanılmasını engelleyecek ya da hakkaniyet gereği iş sahibinin kabulü beklenemeyecek mahiyetteki önemli ayıpların mevcudiyeti halinde iş sahibi bağımsız bölümleri teslim almaya zorlanamaz.¹¹⁵ Bu durumda yüklenici ağır ayıplı bağımsız bölümleri almaktan kaçınıp temerrüt hükümlerine başvurabilecektir.¹¹⁶

Elbette ki, kabule zorlanamayacak derecede ayıplı olma her somut olayın şartlarına, taraf menfaatleri ile hakkaniyete göre belirlenecektir.¹¹⁷ Ancak TBK.m.475'in bu belirmede ölçüt olmadığı, keza bu hükmün dönme hakkının kullanımında teslim almaktan çekinmeyi düzenlediği, bu bağlamda iş sahibinin TBK.m.475'e göre dönme hakkını kullanamayacağı durumlarda bile dürüstlük kuralı gereğince teslim almaktan kaçınabileceği belirtilmiştir.¹¹⁸ Sözleşmelerde düzenlenen belirli özelliklerin bulunmaması haline dayalı kabul edilmezlik iddiaları hakkında

23. HD. 11.3.2015 T., 2015/973 E. 2015/1534 K. (**Kazancı Bilişim**); “Eserdeki açık ayıpların B.K.nun 359. maddesi gereğince imar olunan şeyin teslim edildikten sonra iş sahibi tarafından işlerin mutat cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz yükleniciye bildirilmesi gerekir. Gizli ayıplar ise, yapılan şeyin kullanımı sırasında ve zaman içinde ortaya çıkacağından Borçlar kanununun 562'nci maddesi uyarınca öğrenilir öğrenilmez yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Aksi takdirde yüklenici gerek açık gerekse gizli ayıplı işlerin mesuliyetinden kurtulur. Eksik iş ise, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından, eksik işin varlığı halinde ayıp ihbarı gerekmez. Dolayısıyla eserde eksik iş saptanırsa bundan B.K.nun m. 360 hükmüne göre yüklenici daima sorumludur.” 14. HD.

25.10.2011 T., 2011/10346 E. 2011/12661 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁰ Kurt, **Temerrüt**, s. 70.

¹¹¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 70.

¹¹² Kurt, **Temerrüt**, s. 70.

¹¹³ Kurt, **Temerrüt**, s. 70.

¹¹⁴ Kurt, **Temerrüt**, s. 68.

¹¹⁵ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 167; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 286; Erman, **a.g.e.**, s. 126; Kurt, **Temerrüt**, s. 70.

¹¹⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 69.

¹¹⁷ Erman, **a.g.e.**, s. 144.

¹¹⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 59.

önemli ayıbın varlığı, karine olarak kabul edilecek, bu hususun aksi yüklenici tarafından kanıtlanacak ve uyuşmazlığın çözümünde dürüstlük kuralı belirleyici olacaktır. ¹¹⁹ Ancak dürüstlük kuralı gereği iş sahibi, eserin kullanılmasına engel olmayan daha az önemli ayıpları gerekçe göstererek bağımsız bölümleri teslim almaktan imtina edemez. ¹²⁰

3.2.3.Kabul

Kabul, iş sahibinin kendisine teslim edilen bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun olarak ve ayıpsız sayıldığına ilişkin olarak açık ya da zımni bir irade beyanında bulunmasıdır. ¹²¹ İş sahibi, kabul ile birlikte inşaatın sözleşmeye ve sözleşme ile elde edilmek istenen amaca uygun olarak tamamlanıp teslim edildiğini ve ayıp iddiasında bulunmayacağını, bağımsız bölümleri mevcut hali ile benimsediğini beyan etmiş olacaktır. ¹²² Kabul beyanı ile, iş sahibi olağan ayıplara ilişkin haklarından vazgeçmiş olup bu haklarını kaybeder ve bu doğrultuda yüklenici de ayıplara ilişkin sorumluluktan kurtulmuş olur. ¹²³ Teslim anında ya da sonrasında kabul beyanının her zaman yapılabilmesi mümkündür. ¹²⁴ Görüldüğü üzere eseri teslim alma (tesellüm) ile kabul birbirilerinden çok farklı kavramlardır. ¹²⁵

3.3.İnşaat Bedeli Olarak Kararlaştırılan Arsa Payının Yükleniciye Devri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, iş sahibinin asıl edimi, yükleniciye sözleşmede öngörülen miktarda arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetinin geçirilmesidir. ¹²⁶ Keza, söz konusu inşaatın yüklenici tarafından inşa ve teslim edilmesinin karşılığı, söz konusu arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetlerinin yükleniciye devri hiç şüphesiz eser sözleşmelerinde iş sahibinin ücret ödeme borcuna karşılık gelmektedir. ¹²⁷

¹¹⁹ Erman, **a.g.e.**, s. 144.

¹²⁰ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 167; Erman, **a.g.e.**, s. 126; Ayan, **a.g.e.**, s. 58.

¹²¹ Ayan, **a.g.e.**, 50; Paket, **a.g.e.**, s. 120; Kurt, **Temerrüt**, s. 69; Şahin, **a.g.e.**, 53.

¹²² Paket, **a.g.e.**, s. 120-121.

¹²³ Öz, **Dönme**, s. 119; Paket, **a.g.e.**, s. 121.

¹²⁴ Şahin, **a.g.e.**, s. 54.

¹²⁵ Kurt, **Temerrüt**, s. 69.

¹²⁶ Erman, **a.g.e.**, s. 33.

¹²⁷ Yavuz, **Borçlar**, s. 556.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa “iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur” hükmünü içeren TBK.m.479/I gereğince, iş sahibinin, sözleşme gereğince arsa payının ya da bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye geçirme borcu, teslimden önce doğmayacaktır. Bu durumda yüklenici, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, teslim gerçekleşmeden iş sahibini, pay devrine zorlayamayacaktır.¹²⁸ Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yükleniciye yapacağı arsa payı ve bağımsız bölüm devirlerinin zaman ve sair koşullarının farklı olarak düzenlendiği görülmektedir.

3.3.1. Kesin Teslim İle Devir Öngören Sözleşmeler

Bu tip sözleşmelerde, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi yani inşaatı tamamlaması ve teslimi halinde iş sahipleri, sözleşme gereğince yükleniciye ait olan bağımsız bölümlerin devrini gerçekleştirmektedir. Ancak günümüzde, ülkemizin ekonomik gerçekleri ve özellikle inşaat firmalarının finansman ihtiyaçları nedeniyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çok azında kesin teslim şartına bağlı devir söz konusu olmaktadır.

3.3.2. İnşaatın Tamamlanma Oranına Göre İpotek Terkini Öngören Sözleşmeler

Yüklenici henüz sözleşmeden kaynaklanan edimlerini tümüyle ifa etmeden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygun olarak edimlerini ifa etmesi neticesinde kendisine düşecek bağımsız bölümlerin ya da arsa paylarının, sözleşmede belirlenen bir aşamada (genellikle kat irtifakının tesisinde), üzerlerine iş sahibi lehine üst sınır ipoteği tesis edilerek yükleniciye devrini ve yine yüklenicinin sözleşmede öngörülen inşaat aşamalarına geldiğinde, sözleşmede belirlenen şekilde iş sahibinin kademeli olarak ipotek terkinini öngören sözleşmeler de yapılabilmektedir.¹²⁹

¹²⁸ İsmail Atamulu, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara, Yetkin, 2014, s. 29.

¹²⁹ Herhangi bilimsel bir dayanağı olmaksızın, muhtemelen çıkış kaynağıyla ilgili olarak bu tip sözleşmeler, uygulamada yaygın olarak İstanbul ekolü sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır.

3.3.3. İnşaatın Tamamlanma Oranına Göre Aşamalı Olarak Belirli Miktarda Arsa Payı veya Bağımsız Bölüm Devri Öngören Sözleşmeler

Arsa payı inşaat sözleşmesinde, inşaat sürecinin belirlenen aşamalarında yükleniciye belirli miktarda arsa payı ya da bağımsız bölüm devri öngörülebilmektedir.¹³⁰ Bu sözleşmelerde sözleşmenin imzası ile inşaatın teslimi sürecine ilişkin, inşaat ruhsatının alınması, kat irtifakının tesisi, inşaatın kabasının tamamlanması, çatının örtülmesi, iskanın alınması gibi çeşitli aşamalar ve bu aşamalarda yükleniciye yapılacak devir miktarları belirlenmektedir.

3.3.4.Arsanın Tamamının Sözleşmeyle Birlikte Yükleniciye Devri

Uygulamada çok az karşılaşılsa da sözleşmenin imzası sonrasında sözleşme konusu arsanın tamamının mülkiyetinin, üzerine iş sahibi lehine üst sınır ipoteği tesis edilerek yükleniciye temlik edildiği, yüklenicinin genellikle kat irtifakının tesisi ile iş sahibine düşen bağımsız bölümleri iş sahibine iade ettiği görülmektedir.

4.ŞEKLİ

4.1.Resmi Şekil Şartına Bağlı Olması

Hukukumuzda özellikle özel hukuk sözleşmelerinde asıl olan şekil serbestisidir. (TBK.m.12) Taraflar kanunda düzenlenen istisnalar haricinde diledikleri şart ve biçimde sözleşme akdedebilirler. Kanunun herhangi bir şekil şartı öngördüğü hallerde, bu şekil şartı geçerlilik şartı olarak nitelendirilecek olup, bu kurala uymadan kurulan sözleşmeler hüküm doğurmayacaktır. (TBK.m.12/II)

İnşaat sözleşmeleri için de yasal bir geçerlilik şartı öngörülmüş değildir.¹³¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanunda düzenlenmediğinden doğal olarak

¹³⁰ Herhangi bilimsel bir dayanağı olmaksızın, muhtemelen çıkış kaynağıyla ilgili olarak bu tip sözleşmeler, uygulamada yaygın biçimde Ankara Ekolü sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır.

¹³¹ Öz, **İnşaat**, s. 4.

şekline ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eser sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını taşıyan bağımsız, çift tipli karma nitelikte sözleşmeler olarak nitelendirmiştik. Eser sözleşmeleri kural olarak şekil şartına tabi değilken¹³², taşınmaz satış sözleşmeleri ancak resmi şekilde akdedilebilir. (TBK.m.237, TMK.m.706)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de karma nitelikte bir sözleşme olduğundan, şekil sorununun incelenmesi hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Gerek doktrin gerekse Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması zorunluluğu hususunda hemfikirdir. Nitekim Yargıtay ‘‘ taşınmaz mülkiyetinin devri söz konusu olduğu için bu sözleşmenin resmî biçimde yapılması gerekmektedir’’¹³³ diyerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bu çerçevede, resmi şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersiz olacaktır.’’¹³⁴

Yine Tapu Kanunu’nun 26. Maddesi gereğince taşınmaz satışı için akdedilecek sözleşmelerin tapu memuru huzurunda yapılmak ve resmi senedin de tapu memurları tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. 1512 Sayılı Noterlik Kanunu’nun 60 maddesinin 3. Fıkrası 23.06.2002 tarihli ve 7413 sayılı Kanunu’nun 11. Maddesi ile değiştirilerek, aralarında taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin de bulunduğu noterlerin görevleri arasına ‘‘taşınmaz satış sözleşmesi yapmak’’ ibaresi eklenmiştir.’’ Yine 23.06.2002 tarihli ve 7413 sayılı Kanunu’nun 12. Maddesi ile 1512 Sayılı Noterlik Kanunu’nun 61/A maddesi eklenmiş ve böylece noterlerde taşınmaz satış sözleşmesi yapılabilmesi imkanı getirilmiştir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi noterler tarafından düzenleme şeklinde tanzim edilmesi zorunludur. Noter önünde yapılacak olan sözleşme, düzenleme şeklinde değilse notere onaylatılan söz konusu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekil yönünden geçersiz olacaktır. Erman, tarafların kendi aralarında düzenlediği

¹³² Eser sözleşmeleri her ne kadar şekle tabi değilse de yazılı şekilde yapılması ispat bakımından kolaylık sağlar. Ancak, HMK.m.200 gereğince belli sınırı aşan bedellere ilişkin hukuki işlemlerin senetle ispat zorunluluğu bulunmaktadır.

¹³³ HGK. 22.11.2017 T., 2017/14-2265 E. 2017/1435 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁴ ‘‘Sözleşme geçersiz de olsa sebepsiz zenginleşme hükümlerince taraflar birbirlerine verdiklerini geri isteyebilir’’ 15. HD. 11.05.2010 T., 2009/2834 E. 2010/2765 K. (**Kazancı Bilişim**)

sözleşmenin, noter tarafından damgalanmak suretiyle onaylanması ve noter huzurunda taraflarca okunması ve kendi iradelerine uygun olarak imzalanması durumunda, bu sözleşmenin geçerli olabileceği kanaatindedir.¹³⁵ Yargıtay, onaylama şeklinde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini geçersiz addetmektedir.¹³⁶

4.2.Geçerlilik Şartı Oluşu

TBK.m.12/2 gereğince şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. Bu hüküm emredici nitelikte olup, taraflarca ileri sürülmesi dahi hakim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Yargıtay 30.09.1988 tarihli ve 1987/2 Esas ve 1987 sayılı içtihadı birleştirme kararında açıkça *“nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık”* şeklinde açıklamak suretiyle hakimin resmi şekil şartını re'sen gözetmesi gerektiğine karar vermiştir.¹³⁷ Ancak Yargıtay, şekle uyulmaması nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye ilişkin olarak taraflarca geçerli kabul edilerek ifasına başlanılmış ve önemli bir bölümü yerine getirilmişse, dürüstlük kuralı (TMK.m.2) uyarınca burada artık tarafların sözleşmeyi ayakta tutmak iradesi olduğu sonucuna varılması ve hakimin şekle aykırılığı re'sen dikkate almaması gerektiğine karar vermiştir.¹³⁸ Schwarz'a göre, davalının, hukuki işlemin şekil bakımından hükümsüz olduğuna dair itirazı, şekli itiraz değil, davanın dayanağı olan vakıanın inkarı anlamına gelir.¹³⁹

¹³⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 17.

¹³⁶ “Somut olayda dosyada bulunan taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmamıştır. Sözleşmenin sadece noterde tasdik ettirildiği anlaşılmaktadır... Bu yönler dikkate alındığında taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunmadığı açıktır. Yapılan sözleşme yok hükmündedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin yok hükmünde olması durumunda tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiklerini geri alabilirler” diyerek onaylama şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerini geçersiz saymıştır. 15. HD. 11.03.2008 T., 2007/1867 E. 2008/1561 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁷ İBK. 30.09.1988 T., 1987/2 E. 1988/2 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁸ HGK. 17.02.1984 T., 1983/359 E. 1984/121 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁹ Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, C. I, Çev. Bülent Davran, İstanbul, Kardeşler Basımevi, 1948, s. 247.

4.3.Geçersizliği İleri Sürmenin Dürüstlük kuralı İle Bağdaşmadığı Haller

Her ne kadar şekil eksikliği nedeniyle sözleşmeler geçersiz ise de TMK.m.2 dürüstlük kuralı çerçevesinde bazı durumlarda şekil eksikliği göz önüne alınmayacaktır. Dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde şekil eksikliği ileri sürülüyor ise artık sözleşmenin geçerliliğine yönelik itirazlar kabul edilmeyecektir.

Taraflardan biri davranışları ile söz konusu sözleşmede, şekil şartına uyulmamasına rağmen ifa edileceği doğrultusunda karşı tarafa güven vermiş ve şekil eksikliğine neden olmuşsa daha sonra şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez.¹⁴⁰ Keza, TMK.m.2 kuralının tipik örneği olan çelişkili davranış yasağına aykırı bu hak kullanımı korunmayacaktır.¹⁴¹

Sözleşmenin şeklinin kendi menfaati için geçersiz hale getiren veya bu duruma susan, sözleşmenin geçerli hale gelmesine yanıltıcı hareketlerle engel olan taraf daha sonra sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri süremez.¹⁴² Yargıtay da aynı kanaattedir.¹⁴³

¹⁴⁰ Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin, 1998, s. 193.

¹⁴¹ Erman, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁴² Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 107.

¹⁴³“*hakkin kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme ve edimini ifa etmekten kaçınma hakkının kullanılması yönünden de bir sınır oluşturur. Diğer taraf, tıpkı geçerli sözleşmelerde olduğu gibi, edimin aynen ifasını veya ifa edilmemekten doğan olumlu zararını isteyebilir. Böylece, yasada öngörülen butlan sonucu etkisiz bırakılmakta, hakime hak ve nasafete uygun karar verebilme olanağı sağlanmakta, sözleşenlerin de karşılıklı çıkar dengesi sağlanabilmektedir.*

Hemen belirtelim ki, yasal butlan sonucunu bu şekilde etkisiz bırakmakta, çok hassas ve titiz davranılmalı, çok sınırlı olaylarda uygulanabileceği unutulmamalı, her somut olayda butlan iddiasının öne sürüldüğü hal ve şartlara, tarafların sözleşme öncesi ve sonrası tutum ve davranışlarına bakılmalı, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin toplumun adalet duygularını rahatsız edici çok açık unsurların varlığı araştırılıp sonuca gidilmelidir.

Şekil noksanı nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmedeki edim ve karşı edimler fiilen ifa edilmemiş olsa dahi bir tarafın:

a) Yasada öngörülen şeklin gerçekleşmesinde kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olduğunun,

b) Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duygularını rencide ettiği veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, aksine sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığının,

c) Edimini mutlaka ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmiş olduğunun,

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde karşılaşılan aşağıdaki durumlar¹⁴⁴ sınırlı sayıda olmayıp, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak ileri sürülen şekil eksikliği iddiasının hangi şartlarda geçersiz olacağı her somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.¹⁴⁵

4.3.1. Edimlerin Karşılıklı Olarak Tamamen İfa Edilmesi

Taraflar şekle aykırı sözleşmenin tüm edimlerini sözleşme geçerliymişçesine tamamen yerine getirmiş ise, taraflardan biri artık şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca verdiklerinin iadesi istemini ileri süremez.¹⁴⁶

Anlaşılması halinde dahi şekil eksikliğini ileri sürerek, edimini ifa etmekten kaçınması "bir hakkın kötüye kullanılması yasağına" aykırılık teşkil edeceği ve bu halde de diğer tarafın geçerli sözleşmelerde olduğu gibi şekil noksanı nedeniyle geçersiz olan sözleşmenin aynen ifasını veya ifa edilmemesinden doğan olumlu zararlarını isteyebileceği kabul edilmektedir." 13. HD. 22.11.1996 T., 1996/8841 E. 1996/10366 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁴⁴ "resmi şekilde düzenlenmiş bulunmadıkça geçerli olmaz. Ancak, taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse yahut yüklenici inşaatı bitirmiş veya çok büyük bölümünü yapmış ve iş sahibi inşaatın devamı süresince karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş ise, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gereğince "dürüst davranma" kuralı uyarınca, adi yazılı şekilde yapılan yani zorunlu şekil koşuluna uygun yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yanları bağlayıcı olur." 15. HD. 28.10.2008 T., 2007/5546 E. 2008/6371 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁴⁵ Sütçü, a.g.e., C. I, s. 129.

¹⁴⁶ Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 8. bs., İstanbul, Beta, 2011, s. 63; "Somut olayda, davacı iş (arsa) sahibi tarafından tapuda davalı yüklenici şirkete arsa payı devir ve kaydı yapıldığı gibi davalı yüklenicide inşaatı bitirerek davacı iş (arsa) sahibine dört adet bağımsız bölümü teslim etmiş ve böylece taraflar karşılıklı olarak ifada bulunmuşlardır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK.2. maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kuralına aykırı olup, sözleşme artık geçerli hukuki sonuç doğurur." HGK. 23.10.1991 T., 1991/15-396 E. 1991/511 K. (**Kazancı Bilişim**); "bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakim M. K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine" İBK. 30.09.1988 T., 1987/2 E. 1987 K. (**Kazancı Bilişim**) "Yanlar arasındaki adi yazılı sözleşme geçersiz ise de, işin fiilen ikmal olunması ve iş sahibince teslim alınarak bir kısım tapu paylarının yükleniciye devredilmesi karşısında akdin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz." 15. HD. 23.10.2002 T., 2002/2457 E. 2002/4795 K. (**Kazancı Bilişim**); "Arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde düzenleme şeklinde yapılması geçerlilik şartıdır. Taraflar arasındaki adi yazılı şekilde arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi yapılmış ise de yüklenici tek parseli ifraz suretiyle iki parselé dönüştürdüğü 868 ada 2 parselde sözleşmede belirtilen nitelik ve miktarda bağımsız bölüm yapılarak taraflar arasında sözleşmeye uygun paylaştırıldığı anlaşıldığından ifa nedeniyle adi yazılı sözleşme geçerli hale gelmiştir." 6. HD. 2.3.2022 T., 2021/3399 E. 2022/1113 K. (**Kazancı Bilişim**)

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında “*bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanunu’na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin TMK.m.2’yi gözeterek açılan tescil davasını kabul*”¹⁴⁷ edebileceğini belirtmiştir.

4.3.2.Yüklenici Tarafından Ediminin Tamamının Veya Önemli Bölümünün Tamamlanmış Olması

Yüklenici tarafından, inşaatın bitirilmesine ya da tamamına yakın bir biçimde tamamlanmasına kadar sesini çıkarmayan iş sahibinin, sıra kendi ediminin ifasına gelince şekil eksikliğini ileri sürerek, örneğin tapuda ferağdan imtina etmesi dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olacak ve bu durum kanun koyucu tarafından himaye edilmeyecektir.¹⁴⁸

Yargıtay’ın %47-50-65 oranında tamamlama oranlarını, büyük ölçüde tamamlama olarak kabul etmeyen ve dolayısıyla bu oranlarda şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin objektif iyiniyet kuralına aykırı olmadığına karar veren içtihatları bulunmaktadır.¹⁴⁹ İnşaatın büyük kısmının tamamlanmış sayılmasından kastedilenin %85-90¹⁵⁰, %90 civarı ya da %90-95 arasında tamamlama oranı olduğu ileri

¹⁴⁷ İBK. 30.09.1988 T., 1987/2 E. 1988/2 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁴⁸ Kostakoğlu, a.g.e., s. 63; Erman, a.g.e., s. 23.

¹⁴⁹ “Edimlerin ifasından sonra, taraflardan birinin, sözleşmenin şeklen geçersizliğini ileri sürmesi iyiniyetle bağdaşmaz (MK. 2. mad.) . Somut olayda, taraflar arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yukarıda açıklanan şekle uygun yapılmadığından geçersizdir. Tapuda pay devri yapılarak geçerlilik de kazandırılmamıştır. İnşaatın seviyesi (% 47) itibarıyla edinimin ifasından da söz edilemez” 15. HD. 28.4.2003 T., 2002/6353 E. 2003/2228 K. (Kazancı Bilişim); “Resmi şekle uyulmadan yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerlilik kazanmaları için sözleşme ile birlikte ya da inşaatın devamı süresinde tapuda pay devrinin yapılması ya da inşaatın önemli ölçüde tamamlanmış olması gerekir. Somut olayda yanlar arasında imzalanan 08 Haziran 1998 tarihli sözleşme adi yazılı olarak düzenlendiği gibi getirilen tapu kayıtlarına göre yükleniciye tapuda pay devri de yapılmadığı anlaşılmıştır. Mahkemenin kabulüne göre dahi inşaatın %65 seviyesinde tamamlandığı belirlenmiş olduğundan edimin önemli oranda tamamlandığından ve bunun sonucu olarak sözleşmenin geçerli hale geldiğinden bahsedilemez.” 15.HD. 22.03.2010 T., 2009/1322 E. 2010/1585 K. Bkz. Sütçü, a.g.e., C. I, s. 131; Yargıtay’ın %50’lik bir tamamlama oranı için şekil şartı eksikliğinin dile getirilmesinin objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmadığı hususunda bkz. 15.HD. 21.03.1988 T., 1987/2035 E. 1988/1121 K. (Kostakoğlu, a.g.e., s. 64.)

¹⁵⁰ Kostakoğlu, a.g.e., s. 65.

sürülmüştür.¹⁵¹ Yargıtay'ın %90 ve üzerindeki tamamlama oranlarına ulaşılması durumunda, şekil eksikliğinin ileri sürülmesini objektif iyiniyet kurallarına aykırılık olarak değerlendiren içtihatları mevcuttur.¹⁵² Bu durumda hakimin, inşaatın fiziken tamamlanan kısmını, taraflar arasındaki sözleşmeyi ve ihtilafın niteliğini, iyiniyet kuralları ile birlikte değerlendirerek takdir hakkını kullanacağı belirtilmiştir¹⁵³. Biz ise, hakimin , tespit ettirdiği inşaat oranının %90 ve üzeri bir seviyede bulunması halinde bu durumun tek başına şekil eksikliği iddiasının reddedilmesi için yeterli olduğu ve hakimin bu konuda bir takdir hakkı bulunmadığı kanaatindeyiz.¹⁵⁴

Bu oranın altındaki özellikle Yargıtay'ın eski içtihatlarında kabul ettiği daha düşük ifa oranlarında da hakimin şekle aykırılığın düzeldiği durumlara ilişkin takdir hakkı bulunmalıdır. Özellikle iş sahibinin şekle aykırılığa rağmen, hiç sesini çıkarmadan, yükleniciye şekil eksikliğini ileri sürmeyeceği yönünde güven verecek şekilde inşaatın belirli bir süre devamına ve aşamaya gelmesine göz yumduğu hallerde, belirli bir zaman sonra daha kârlı fırsatları değerlendirebilmek amacıyla şekle aykırılığı yükleniciye karşı ileri sürdüğü durumlarda, hakim hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki bu geçersizlik iddiasını kabul etmemelidir.

4.3.3.Arsa Payının Tamamının Yükleniciye Devredilmiş Olması

Şekil şartına uyulmadan yapılan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, iş sahibi tarafından taahhüt edilen arsa paylarının tamamı, iş sahibi tarafından yükleniciye devredilmişse artık eksikliğine dayanılması iyiniyet kurallarına

¹⁵¹ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 126.

¹⁵² “Her ne kadar, sözleşme adi nitelikte ise de inşaatın bilirkişi raporuna göre %93-94 seviyesinde olduğu anlaşıldığından, bu aşamadan sonra şekil noksanlığının ileri sürülmesi MK'nın 2. Maddesi uyarınca iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz.” 15. HD. 22.06.2006 T., E. 3112-3819 K. Bkz. Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 127.

¹⁵³ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁵⁴ “Sözleşme şekil eksikliği yönünden geçersiz olunca buna dayanılarak herhangi bir istemde bulunulamaz. Ne var ki sözleşme büyük ölçüde yerine getirilmiş ise, geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olup iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz (TMK. 2. md.). Dairemizin yerleşen uygulaması bu yöndedir. O halde mahkemece yapılacak iş, inşaatın getirildiği seviyenin bilirkişiden ek rapor alınarak saptanması, eserin tümüne yakın bölümü tamamlanmış ise davanın şimdiki gibi kabulü, aksi takdirde yukarıda açıklanan nedenlerle reddine karar vermek olmalıdır.” 15. HD. 22.06.2006 T., E. 3112/3819 K. Bkz. Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 127.

aykırı olacak ve kanun koyucu tarafından himaye edilmeyecektir.¹⁵⁵ Yargıtay da aynı kanaattedir.¹⁵⁶

4.3.4. Tarafların Karşılıklı Olarak Edimlerini Kısmen İfa Etmeleri

Şekil şartlarına uygun olmadığı için geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gereğince, taraflar edimlerini kısmen de olsa karşılıklı olarak ifa etmişlerse yani iş sahibi yükleniciye kısmi arsa payı devri gerçekleştirmiş ve yüklenici de söz konusu taşınmaz üzerinde inşaat işlerini kısmen de olsa tamamlamışsa, artık taraflardan herhangi birinin şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi, TMK.m.2’de düzenlenen iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edecek ve kanun koyucu tarafından korunmayacaktır.¹⁵⁷

4.4.Ön Sözleşme

Ön sözleşme ile taraflar birbirlerine karşılıklı olarak ileride bir sözleşme kurma vaadinde bulunmaktadır.¹⁵⁸ Sonra yapılacak sözleşme ancak bir borç sözleşmesi olabilir, eğer sonraki sözleşme bir tasarruf işlemi olacaksa ortada bir ön sözleşme yok demektir.¹⁵⁹ Ön sözleşme ile ileride gerçekleştirilecek sözleşmenin ana hatlarının belirlenmesi ya da nasıl belirleneceğinin gösterilmesi yeterli olacaktır.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁵⁶ “İş sahibi olan davacılar ile davalı yüklenici arasında arsa payı devri karşılığı yapılan değişik tarihli adi yazılı sözleşmeler vardır. Ne var ki, adi yazılı bu sözleşmeler yükleniciye tapu devri suretiyle geçerli hale gelmiştir. Bu hali ile davacılar ile davalı yüklenici arasındaki arsa payı devri karşılığı sözleşmelerin bulunduğu gerçektir.” 15. HD. 18.12.2003 T., 2003/2679 E. 2003/6105 K. (**Kazancı Bilişim**); Arsa sahiplerinin bir kısmının, sözleşme gereğince devretmeleri gereken payı devretmeleri halinde bütün sözleşmenin geçerli olduğuna ilişkin Yargıtay kararları da bulunmaktadır.” “dava dışı paydaşlardan bir kısmı, kendi paylarını tapuda resmi biçimde yükleniciye intikal ettirdiklerinden, artık biçim koşulunun gerçekleştiğinin ve sözleşmenin sonradan geçerlilik kazandığının kabulü gerekir.” 15. HD. 07.10.1999 T., 1999/2200 E. 1999/3523 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁵⁷ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 66.

¹⁵⁸ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 142.

¹⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 142; Oğuzman / Öz, **Borçlar**, C. I, s. 200.

¹⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 145; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 201, N. 590; “Ancak taraflar, öyle durumlarla karşılaşılabilir ki, o hal ve durum içinde asıl sözleşmenin yapılması mümkün olmayabilir. Bu durum fiili bazı nedenlerden kaynaklanmış olabileceği gibi hukuki bazı nedenlerden de kaynaklanmış olabilir. Bu duruma, sözleşmenin yapılması düşünüldüğü anda sözleşme konusunda geçici imkânsızlık olması hali veya miras bırakandan intikalen yapılacak bir taşınmaz satışının, intikalin henüz gerçekleşmemiş olması nedeniyle yapılamaması örnek olarak gösterilebilir. (Feyzi Necmeddin Feyzioğlu: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, sayfa 278 vd.). İşte bu gibi durumlarda yasa

Taşınmaz satış sözleşmesi Tapu Kanunu'nun 26. maddesi gereği tapu sicil müdürlükleri ile 1512 Sayılı ¹⁶¹ Noterlik Kanunu'nun 61A maddesi noterlerde

koyucu taraflara, BK.md. 22/I' deki "Bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir" şeklindeki hüküm ile ön sözleşme = akit yapma vaadi sözleşmesi yapabilme yetkisi tanımıştır. Böylelikle taraflar, şartlar oluşunca yapacakları asıl sözleşmeyi yapmayı şimdiden teminat altına almış olurlar.

Görülüyor ki, ön sözleşme kavram olarak, tarafların ileride bir başka sözleşme (asıl sözleşme) yapacaklarına ilişkin olarak akdettikleri bir sözleşmeyi ifade eder. Bir başka deyişle akit yapma vaadi=ön sözleşme, akit yapma borcunu doğuran bir hukuki işlem den ibarettir. Ön sözleşmenin konusu da her zaman borçlandırıcı bir işlemdir (Gül Doğan; Ön Sözleşme-Sözleşme Yapma Vaadi- bası 2006, sayfa 52).

Ön akitle, alelade bir vaadi birbirinden dikkatle ayırmak gerekir. Çünkü her vaat, bir "akit yapma vaadi" sayılamaz. Diğer taraftan ön akit, şarta bağlı bir sözleşme de değildir. Zira şarta bağlı borçlarda, şart gerçekleşinceye kadar bir hak mevcut olmadığı halde ön akdin yapılmasından itibaren vaat alacaklısı yararına bir hak doğmaktadır. Ancak bu hak kullanılıncaya kadar kendisini belli etmez. Vaat alacaklısının vaadi kabul ettiğini bildirmesi hakkını kullanması demektir. Böylece ön sözleşmenin özelliğini asıl sözleşmeden aldığı görülmektedir.

Asıl akdi yapma zorunluluğunu doğuracak nitelikte ve geçerlilikteki bir ön akitte bulunması gereken şartlar şunlardır:

a) Ön akitte, ileride yapılacak olan asıl akdin konusu ve esaslı şartları yeterince bir açıklıkla saptanmış olmalı, hiç olmazsa saptanması mümkün bulunmalıdır.

b) Ön akdin geçerli olarak doğmuş sayılabilmesi için, tarafların karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerin birbirine uygun olması, her türlü iradeyi sakatlayan sebeplerden uzak bulunması ve tarafların akit yapma ehliyetini haiz olmaları da doğal ve zorunlu şartlardandır.

Eğer Kanun, iki tarafı korumak amacıyla (yani tarafların çıkarları için) asıl akdin sıhhatini bir şekle tâbi tutmuşsa, ön akdin de aynı şekilde yapılması icap eder. BK. md. 22/II' de ifadesini bulan hükümden anlaşılacağı üzere, ön akdin de aynı şekilde yapılması zorunluluğu, asıl akit için (kanunen) ve (tarafların menfaatini koruma amacıyla), (bir sıhhat şartı olarak) konulmuş şekiller için söz konusudur. Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, ön sözleşme, asıl sözleşmeyi yapma vaadinden ibaret bir muhtevayı taşımasına rağmen, kendisi de başlı başına bir akitir. Bu nedenle ön sözleşme de tarafları bağlar ve asıl sözleşmenin yapılmasını isteme açısından tarafları alacaklı-borçlu durumuna sokar (Feyzi Necmeddin Feyzioğlu: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sayfa 278 vd.). Belirtilen sebeplerle, iki tarafa borç yükleyen ön sözleşmelerin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olduğu göz önünde tutulduğunda, karşılıklı borç doğuran sözleşmelere uygulanacak hükümlerin (BK. md. 106-108) ön sözleşmelere de uygulanması gerekir. Böylece alacaklı kendisine tanınan hakları ancak söz konusu hükümler çerçevesinde kullanabilecektir (Doç Dr. Gül Doğan: Ön Sözleşme-Sözleşme Yapma Vaadi, sayfa 187 vd.).

Diğer yandan, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanması zorunlu BK' nın 106 maddesinin ilk fıkrası "karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehlin tayinini hâkimden isteyebilir" hükmünü içermektedir. Görülüyor ki, "Bir mehil tayini suretiyle fesih hakkı"nı düzenleyen bu maddedeki seçimlik haklardan birisinin alacaklı tarafından kullanılması, meselâ "fesih" hakkının seçilmesi ancak ve ancak temerrüde düşen borçluya, borcun ifa edilmesi için uygun bir mehil verilmesi veya uygun bir mehil tayininin hâkimden istenmesi halinde olanaklıdır. Bütün bunlar yerine getirilmiş olursa da bir tarafın fesin iradesine, diğer tarafın karşı koyması halinde ön sözleşmenin de başlı başına bir akit olma özelliğinden dolayı fesih için de mutlaka mahkeme hükmü gerekecektir." HGK. 28.04.2010 T., E. 193/235 K. Bkz. İlker H. Duman, **İnşaat Hukuku**, 10. bs., Ankara, Seçkin Hukuk, 2021, s. 109-111.

¹⁶¹ Noterlik Kanunu Geçici Madde 21/Son - (Ek: 23/6/2022-7413/14 m.) "Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, 60 ıncı maddede yapılan değişiklik ve eklenen 61/A maddesi, bu maddelerde öngörülen bilişim sisteminin kurulduğunun Adalet Bakanlığı resmi internet sitesinde duyurulduğu tarihten itibaren uygulanmaya başlanır. Bu bilişim sistemi, 1/1/2023 tarihine kadar kurulur. Cumhurbaşkanı bu süreyi altı aya kadar uzatabilir"

“taşınmaz satış sözleşmesi” yapılması mümkündür. 1512 Sayılı Noterlik Kanunu’nun 60. maddesinin üçüncü fıkrasında noterlerin görevleri arasında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaya da yer verilmiştir. TBK.m.29/II hükmü gereğince, ‘*kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, ön sözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır*’ denilmektedir. İşbu çerçevede ancak tapuda ya da noterlikte resmi şekilde yapılacak taşınmaz satış sözleşmesinin ön sözleşmesi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de resmi şekilde yapılması gerektiği açıktır. Dolayısıyla ön görülen sözleşmenin geçerlilik şekline uymadan yapılan ön sözleşmeler geçersiz olacaktır.¹⁶² Böyle bir sözleşme, ne şekil şartının yerine getirilmesine ne de ifasına ilişkin bir talep hakkı verir. Ayrıca cezai şart veya pişmanlık akçesi ödenmesine ilişkin fer’i alacaklar da talep edilemez.¹⁶³

4.5.Sözleşmenin Değiştirilmesi ve Ek Sözleşme

TBK.m.13/I-III hükümlerine göre “*kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur... Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.*” Bu çerçevede, resmi şekilde yapılan geçerli bir sözleşme hükümlerinin sonradan tadil edilmesi veya şartlarının ağırlaştırılması gerekir ve istenirse bunların da resmi şekilde yapılması zorunludur.¹⁶⁴

¹⁶² “özellikle taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat yapımına dair ön sözleşmenin haricen düzenlendiği, arsa payı devrini içeren sözleşmelerin düzenleme biçiminde noter veya tapu memurunun huzurunda yapılması yasal koşul olup ve BK’nın 22. maddesince de ön sözleşmenin de asıl sözleşmenin yasal şekil koşuluna uygun yapılması zorunlu olduğundan, geçersiz sözleşmenin feshi de söz konusu olamayacağından mahkemenin feshin haksız olduğuna dair gerekçesi yerinde değil ise de sonuca etkili görülmediğinden.” 15. HD. 13.9.2012 T., 2011/4418 E. 2012/5733 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁶³ Gül Doğan, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No:6, İstanbul, 2006, s. 157.

¹⁶⁴ “Taraflar arasında Noterce düzenlenen 26.12.1990 tarihli asıl sözleşmede, dava konusu 3 nolu dükkan mal sahibine ait iken 14.10.1992 tarihli adi sözleşme ile bu yer davacıya bırakılmıştır. BK.12.md.ve Hukuk Genel Kurulunun 30.3.1974 gün, 1969/1-1257 E.-308 Sayılı kararı gereğince resmi şekle bağlı sözleşmedeki esaslı değişikliğin geçerli olabilmesi için değişiklik içeren sözleşmesin de resmi biçimde yapılması gerekir. Dava konusu olayda, 14.10.1992 günlü sözleşme adi şekilde yapıldığından 3 nolu dükkanın devrine ilişkin taahhüt geçersizdir. Bu nedenle davacının açtığı tapu iptal ve tescil davasının reddi yerine kabulünde isabet bulunmamaktadır. Ne var ki; aynı sözleşme uyarınca ilk sözleşmeden farklı olarak iş sahibi yararına bir bedel ödenmiş veya menfaatler yaratılmış ise bunların değeri iş sahibi yararına sebepsiz zenginleşmeye yol açacağından bu işlerin neler olduğu davacı yükleniciye açıklattırılarak ispatlandığı takdirde dava tarihi itibarıyla değerlerinin saptanması ve bulunacak miktarın hüküm altına alınması gerekir.” 15. HD. 18.06.2001 T., 2001/1258 E. 2001/3286 K. (Kazancı Bilişim)

Yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, cezai şart düzenlenmesi ya da tutarının belirlenmesi, taraflara ait olacak bağımsız bölüm numaralarının değişmesi, yapılacak arsa payının azaltılması ya da arttırılmasında olduğu gibi esaslı noktalarda değişiklik ya da sözleşmede olmayan esaslı konularda sözleşmeye ekleme yapılacaksa bunların da yine resmi şekilde yapılması gerekecek, aksi taktirde geçersiz olacaktır.¹⁶⁵

İş sahibi ve yüklenicinin iradelerinin birleşmeleri durumunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca gerçekleşen kat irtifakı tesisi işlemiyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde değişiklik yapılabilecektir.¹⁶⁶ Taraf iradelerinde herhangi bir sakatlık bulunmaması durumunda, iş sahibi ve yükleniciye ait olacak bağımsız bölümler arasında değişim, üst kattaki dairelerin dubleks olması, bağımsız bölümlerin konum ve cephelerinde ve benzeri hususlarda kat irtifakı tesisi işlemi suretiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tadil edebilme imkanı bulunmaktadır.¹⁶⁷

Ancak kat irtifakı, iş sahibinin ve yetkili temsilcisinin katılımı ile değil, özellikle uygulamada sık karşılaşıldığı üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye ya da onun gösterdiği kimselere verilen vekaletnameler kötüye kullanılarak gerçekleştirilmiş ise iş sahibi sözleşmenin tadil edilmediğine ilişkin iddia ve taleplerine değer verilmesi gerekecektir. Yargıtay bu hususu gayet açık bir biçimde ifade etmiştir.

¹⁶⁵ “Taraflar, resmî şekilde akdettikleri KKİS.’de kararlaştırdıkları paylaşımda/sözleşme bedelinde değişiklik yapmak isterlerse; bu değişikliğe dair akdedilecek sözleşmenin geçerliği de, asıl sözleşme gibi resmî şekle tâbidir” 15. HD. 11.07.2012 T., 2012/4156 E. 2012/5335 K. (**Kazancı Bilişim**); “Ek sözleşmedeki bu değişiklik asıl sözleşmeyi esaslı surette nakzeden bir husus olup Borçlar Kanunu’nun 12. maddesi uyarınca geçersizdir.” 15. HD. 07.07.2011 T., 2010/2138 E. 2011/4447 K. (**Kazancı Bilişim**); “Somut olayda, tescili talep edilen bağımsız bölümün asıl sözleşmedeki paylaşıma göre davalı yükleniciye ait olup bu bağımsız bölümün iş sahibine verilmesini öngören tarihsiz ek sözleşmenin adi yazılı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle BK.nun 12. maddesi hükmü karşısında geçersiz bulunmaktadır.” 15.HD. 26.12.2007 T., 2007/5787 E. 2007/8251 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁶⁶ Sütçü, a.g.e., C. I, s. 152.

¹⁶⁷ Sütçü, a.g.e., C. I, s. 152;” Belediyece tasdikli proje esas alınarak tapuda düzenlenen kat irtifakı resmi senet niteliğindedir. Tasdikli projeye uygun kurulan kat irtifakı paylaşım yönünden sözleşme hükümlerinin tadili niteliğindedir. Davacıların murisi her bir bağımsız bölüme düşen arsa paylarını ayrı ayrı belirleyen kat irtifakını tapuda bizzat kendisi kurduğundan ve bağımsız bölümlerin paylaşımına rıza gösterdiğinden mirasçıları olan davacılar dairelerin küçük alanlı inşa edildiğinden ve 3. normal kattaki dairelerin dubleks yapıldığından bahisle diğer iş sahibinden ve yükleniciden hak talebinde bulunamazlar.” 15. HD. 26.10.2004 T., 2004/767 E. 2004/5380 K. (**Kazancı Bilişim**)

*“Hemen belirtilmelidir ki kat irtifakı listesi resmi nitelikte düzenlenen sözleşmenin değiştirildiği anlamında yorumlanamaz. Zira kat irtifakı, davacının davalı ve yakınlarına verilen vekaletnameyle ve davacının katılımı olmaksızın tek taraflı düzenlenmiştir.”*¹⁶⁸

Her ne kadar taraflar resmi şekilde arsa karşılığı inşaat sözleşmesini imzalamış iseler de sonradan oluşan bazı durumlar sözleşmeye ek yapmayı ve bu ekle birlikte sözleşme hükümlerini değiştirmeyi gerektirebilir. TBK.m.13/II *“ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır”* hükmünü getirmektedir. Elbette ki resmi şekil kapsamında olan değişiklik ve ek sözleşmeler, bir tarafın sözleşmesel yükümlülüğünü diğer taraf aleyhine azaltan ya da ortadan kaldıran ya da değiştiren ya da ağırlaştıran hükümlere ilişkin olup, ifa yeri ya da zamanı gibi ikincil nitelikli değişikliklerin ve eklemelerin her zaman yapılabilmesi mümkündür.¹⁶⁹

Asıl sözleşmenin yasal nedenlerle değil de sadece tarafların iradeleri ile resmi şekilde yapılması durumunda TBK.m.13’ün uygulanmayacağı belirtilmiş ise de¹⁷⁰, Yargıtay’ın aksi yönde de kararları mevcuttur.¹⁷¹

Yukarıda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil şartı yokluğundan geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirildiği

¹⁶⁸ 15. HD. 6.3.2007 T., 2006/773 E. 2007/1374 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁶⁹ Yaşar E. Selimoğlu, **Eser Sözleşmesi**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 74; *“Miktarının sonradan ayrıca belirleneceği açıklanmış olsa bile, bir sözleşmede tür ve miktarına açıkça yer verilmeyen bir seçimlik cezai şartın sonradan kararlaştırılması, sözleşmenin cezai şart borçlusu aleyhine değiştirilmesi, dolayısıyla, sözleşmeye o yolda yeni bir hüküm eklenmesi niteliğindedir. Dolayısıyla, buna ilişkin işlemin, asıl sözleşmenin tabi bulunduğu şekle uygun olarak yapılması, geçerlilik şartıdır.”* HGK. 19.03.2003 T., 2003/15-124 E. 2003/175 K. Bkz. Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 76; *“Borçlar Kanunu’nun 12. maddesince yazılı olması lâzım olan bir akdın tadili dahi yazılı olarak lâzımdır. Şu kadar ki, bu akdi nakz ve tadil etmeyen mütemmim ve fer’i şartlar bu hükümden müstesna tutulmuştur. Buna mukabil, borcun muhtevasını genişleten veya kanunî şekle bağlı olarak yapılmış sözleşmede mevcut herhangi bir kaydı kaldıran ya da değiştiren âkitten doğan borçları ağırlaştıran anlaşmalar için şekil zorunluluğu kesindir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 60/3 maddesinde yazılı şekle uygun olarak yapılmayan 22.8.1980 tarihli adı ek mukavele geçersizdir (Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2 ANDREAS VON Tuhr s. 238-239 ve Borçlar Hukuku- Dördüncü Bası, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay s. 129-130 ve Dr. H. Decker- Dr. Bülent Olcay tercümesi s. 61-62). Adı şekilde ek mukavele ile getirilen değişiklik esas akdi tehlikeye düşürecek nitelikte olup bätıldır”*. 15. HD. 19.3.1985 T., 1985/243 E. 1985/916 K. Bkz. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 147-148.

¹⁷⁰ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 77.

¹⁷¹ *“burada eser sözleşmesinin zorunlu olmadığı halde resmi şekilde yapılmış olması, tarafların, eser sözleşmesine ilişkin değişikliklerin de ancak aynı şekilde yapılması halinde geçerli olacağına ilişkin, Borçlar Kanunu’nun 16. maddesi anlamında bir kararlaştırma içinde bulunduklarının kabulünü gerektirir.”* HGK. 19.03.2003 T., 2003/15-124 E. 2003/175 K. (**Kazancı Bilişim**)

hallere benzer şekilde, ek sözleşmelerde de taraflar edimlerini büyük ölçüde yerine getirdikten sonra ek sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.¹⁷²

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sona erdiren işlemlerin, resmi şekle tabi olmadığı, tarafların yaptıkları adi yazılı sözleşmenin de geçerli olduğu belirtilmiştir.¹⁷³ TBK.m.132 hükmü gereğince “*borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.*” Bu çerçevede, resmi şekilde yapılan arsa payı inşaat sözleşmeleri gereğince tarafların yükümlülüklerini kısmen ya da tamamen sona erdiren adi yazılı ibra sözleşmeleri de geçerlidir.¹⁷⁴ Aslında ibra TBK.m.132 hükmünde dar anlamda bir borcu sona erdiren bir işlem olarak düzenlenmiştir. Tüm sözleşmenin anlaşma ile ortadan kaldırılması ise “ikale” olarak adlandırılır ve kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Fakat bir sözleşmeden doğan tüm dar anlamda borçların ibrasının da aynı sonucu doğurmasından ve kanunun kuruluşu şekle tabi sözleşmelerden doğan borçların ibrasının şekle tabi olmadığını düzenlemesinden hareketle, ikalenin de geçerlilik şekline tabi olmadığı kabul edilmelidir.¹⁷⁵

¹⁷² “Dosya kapsamındaki belgelerden, ek sözleşmede yapılacağı belirtilen işlerin önemli ölçüde ifa edildiği ve yüklenici tarafından iş sahibine ödenmesi gereken bedelin ödendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, tarafların karşılıklı duydukları güven sonucu ek sözleşmenin ifa edildiği ve YİBGK 30.09.1988 tarih, 1987/2 esas ve 1988/2 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da ifade edildiği gibi, artık ek sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin iyiniyetli kabul edilemeyeceği açıktır.” 23. HD. 16.12.2013 T., E. 6521 – 8055 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁷³ Sütçü, a.g.e., C. I, s. 166; “Re’sen düzenlenen sözleşmenin aynı koşullarda feshedileceği konusunda hukuki kural yoktur. Davacının verdiği vekaletname fesih yetkisi içerdiğine, vekil de bu yetkisini kullanıp, sözleşmeyi feshettiğine göre bu fesih geçerli kabul edilmelidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların iradesi fesih konusunda birleştiği takdirde ayrıca yargılama gerekmez. Bu tür sözleşmelerde tek taraflı irade beyanıyla fesih gerçekleşmez ise de somut olayda olduğu gibi taraflar birlikte karar almak suretiyle feshi gerçekleştirmiş olduklarında sonuç taraflar bakımından bağlayıcı olur. Bir başka anlatımla sözleşme feshedilmiş sayılır.” 15. HD. 17.12.2004 T., 2004/2358 E. 2004/6571 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁷⁴ “İhtilâf 17.09.2014 tarihli “Teslim Tesellüm Belgesi ve İbraname” başlıklı belgenin geçerli kabul edilip edilmeyeceği konusundadır. Bu belge davacı ile aralarında düzenlenen 22.09.2011 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili olarak davalı tarafından sunulmuş ve taraflarca imzalanmıştır. 6098 Sayılı TBK 132. madde de belirtilen “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.” hükmüne göre 17.09.2014 tarihli “Teslim Tesellüm Belgesi ve İbraname” başlıklı belge taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı olduğundan” 15. HD. 20.2.2019 T., 2018/2554 E. 2019/707 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁷⁵ Öz, İnşaat, s. 285-286.

5.HUKUKİ NİTELİĞİ

5.1.Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Sözleşmenin her iki tarafına da borç yükleyen sözleşmelere iki taraflı, bu sözleşme ilişkilerinde bir tarafın edimi diğer tarafın edimin karşılığı ise o zaman bunlar tam iki taraflı (karşılıklı-sinallagmatik) sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak inşaat yapma ve teslim etme borcu karşılığında iş sahibinin de sözleşmede öngörülen arsa payı ya da bağımsız bölümleri yükleniciye devretme borcu bulunmaktadır.¹⁷⁷ Hem her iki tarafa da borç yüklemesi hem de sözleşmenin bir tarafının borcunun diğer tarafın borcunun karşılığı olması nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki taraflı sözleşmelerdir.¹⁷⁸

Yukarıda değindiğimiz üzere arsa payı karşı inşaat sözleşmelerinde, bir tarafta birden fazla yüklenici ya da iş sahibi yer alabilecektir. Sözleşmenin bir ya da her iki tarafında, birden fazla kişinin bulunması sözleşmenin iki taraflı özelliğini ortadan kaldırmamakta ve sözleşmeyi çok taraflı sözleşme haline getirmemektedir.¹⁷⁹ Keza, bir hukuki işlemin tarafı olmak için gerekli olan bir irade beyanını, birden fazla kişi birlikte meydana getiriyorsa, o zaman burada birlikte (müşterek) hukuki işlem den bahsetmek gerekecektir.¹⁸⁰ Bu durum da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf olan birden fazla iş sahibinin ya da yüklenicinin imzaladığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin karşılıklı olarak her iki tarafta da tek bir irade beyanı ile gerçekleştiği hususunu değiştirmeyecektir.¹⁸¹

¹⁷⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 48, N. 158-159.

¹⁷⁷ Erman, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁷⁸ Erman, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁷⁹ İnal, **a.g.e.**, s.180, dn. 42; Türe, **a.g.e.**, s. 45, dn. 42.

¹⁸⁰ Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 205, N. 115.

¹⁸¹ Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 205, N. 115.

5.2.Rızai Bir Sözleşme Olması

Kurulması ve hüküm doğurması için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gereken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri rızai sözleşmelerdir.¹⁸²

5.3.İvazlı Bir Sözleşme Olması

Taraflarca, belirli bir ivaz karşılığı yani karşı tarafın edimini elde etmek için yapılan sözleşmelere ivazlı sözleşmeler denilmektedir.¹⁸³ TBK.m.470 gereği “*eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Bedel ödeneceği kararlaştırılmış ise bedelin açıkça belirtilmesinin aranmayacağı belirtilmiştir.¹⁸⁴ Tüm tam iki taraflı sözleşmeler gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de ivazlı sözleşmelerdir.¹⁸⁵

5.4.İsimsiz Bir Sözleşme Olması

Türk Borçlar Kanunu’nda “Özel Borç İlişkileri” başlığı altında, Türk Ticaret Kanunu’nda¹⁸⁶ ve 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu gibi özel kanunlarda da çeşitli sözleşme türleri ayrıca düzenlenmiştir.¹⁸⁷ İşte kanunla düzenlenen bu sözleşmelere isimli sözleşmeler adı verilmektedir.¹⁸⁸ Ancak, Türk hukuk sisteminde sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir.¹⁸⁹ Kanuna ve

¹⁸² Tandoğan, **a.g.e.**, C. II, s. 28; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 253, N. 710; Kurt, **Temerrüt**, s. 45; Özge Eken, **İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatım Halleri**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 24.

¹⁸³ Eren, **a.g.e.**, s. 256, N. 718.

¹⁸⁴ Eken, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁸⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 256, N. 718.

¹⁸⁶ TTK.m.917’de düzenlenen taşıma komisyonculuğu sözleşmesi gibi.

¹⁸⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I, s. 48, N. 162.

¹⁸⁸ Saibe Oktay, **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Doldurulması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1996, C. 55, S. 1-2, s. 263.

¹⁸⁹ “Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, Borçlar Kanunu’nda öngörülen (sözleşme serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak ve irade erklığı, (sözleşme hürriyeti) kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına almıştır (Anayasa m. 40). O halde sözleşme serbestliği prensibine göre kişi ‘kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma: nev’i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına) ve ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini)değiştirmek ve konusunu yasal

ahlaka aykırı olmadığı müddetçe taraflar, diledikleri tipte ve içerikte sözleşme yapabilirler.¹⁹⁰ İşte kanun koyucu tarafından değil de taraf iradeleri meydana getirilen sözleşmelere de isimsiz sözleşmeler adı verilmektedir.¹⁹¹

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri Kat Mülkiyeti Kanunu madde 10/5'te “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” ve 6306 Sayılı Kanunu'nun 6.maddesinde “*kat karşılığı*” olarak, TMK.m.1009/1, Tapu Kanunu m. 26/8 ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün 47/I-c maddesinde “*arsa payı karşılığı inşaat*” olarak anıldığı halde, kanun koyucu tarafından tanımlanmamıştır. Kanun koyucu tarafından isim verilerek anılmış olmasına rağmen, sınıflandırma kriteri olarak kanunun birtakım kurallarla düzenlemediği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ve diğer sözleşmelerin isimsiz sözleşme olduğunun kabulü gereklidir.¹⁹² Yani bir sözleşmeyi kanun koyucunun adlandırması değil düzenlemesi o sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmektedir.¹⁹³

194

Öğretide¹⁹⁵ ve uygulamada¹⁹⁶ tipik-atipik sözleşme ayrımı, isimli-isimsiz sözleşme ayrımı ile eşanlamli olarak kabul edilip kullanılmaktadır. Kuntalp¹⁹⁷ ise, isimli-isimsiz sözleşme ayrımının normatif düzenlemeden kaynaklanırken, tipik-atipik sözleşme ayrımının hukuki gerçekliğe dayandığı ve iki farklı anlama geldiği kanaatindedir. Keza, yazara göre, tipik-atipik sözleşme ayrımında, uygulamada

sınırlar içinde serbestçe tayin etmek' hakkını haizdir. Bu serbestinin nedenini; devamlı olarak değişen ve gelişen toplumun gerek sosyal ve gerekse ekonomik ihtiyaçlarının zorlamasında ve buna karşılık (kanunları yaparken kendisine gerekli malzemeyi genellikle geçmişteki tecrübe, ilmi ve kazai içtihadlardan alan) yasa koyucunun bu nitelikteki hayati ihtiyaçları önceden derpiş edip, uzun bir geleceğin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını düzenleyememesinde aramak lazımdır” 4. HD. 26.10.1978 T., 1977/13113 E. 1978/12134 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁹⁰ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, 6. Tıpkı bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 9.

¹⁹¹ Oktay, **a.g.m.**, s. 264; Tezcan, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁹² Oktay, **a.g.m.**, s. 264.

¹⁹³ Oktay, **a.g.m.**, s. 264.

¹⁹⁴ İsimli sözleşmeler, öğretide genel olarak sui generis sözleşmeler, karma sözleşmeler ve birleşik sözleşmeler olmak üzere üçlü ayrımına tabi tutulmaktadır. Oktay, **a.g.m.**, s. 272; Tezcan, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁹⁵ “*Kanun tarafından düzenlenmemiş bu tür sözleşmelere atipik veya isimsiz sözleşme adı verilir*” Bkz. Atamulu, **a.g.e.**, s. 32.

¹⁹⁶ “*Kanuni tipe uygun olmayan atipik bir karma sözleşme ile*” HGK. 22.4.2015 T., 2013/13-1917 E. 2015/1258 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁹⁷ Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. bs., Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2013, s. 7.

karşılaşılan sözleşmeler, tipleşmiş olup olmadıklarına göre ayrıma tabi tutulmaktadır. Böylece, kanun ya da uygulamada tipleştirilen sözleşmeler tipik, tipleşmemiş sözleşmeler atipik sözleşmelerdir. Yani isimsiz bir sözleşme, uygulamada tipleştiğinde artık bir tipik sözleşmedir. Yazara göre “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş olmasına karşın, uygulamanın yarattığı bir tip niteliğindedir.*”¹⁹⁸

5.5.Çift Mahiyetli Karma Sözleşme Olması

Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli akit tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya geldiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır.¹⁹⁹ Sözleşmenin taraflarından her birinin ediminin ya da edimlerinin çeşitli tipteki sözleşmelerden birine özgü olduğu, yani değişik tipteki sözleşmelerin edimlerinin birbiriyle değiş tokuş edildiği sözleşmeler, çift mahiyetli karma sözleşmeler adlandırılmaktadır.²⁰⁰ Keza satım veya trampa sözleşmelerinin mülkiyet devri edimi ile eser sözleşmelerindeki eser meydana getirme edimlerinin değiş tokuş edildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de çift mahiyetli karma sözleşmelerdir.²⁰¹

Yargıtay’ın genel olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini çift mahiyetli karma sözleşme olarak kabul etmektedir.²⁰² Yargıtay’ın birkaç kararında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden sui generis sözleşme olarak bahsedilmişse de bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir.²⁰³ Keza, sui generis bir sözleşmenin

¹⁹⁸ Kuntalp, **a.g.e.**, s. 7-8.

¹⁹⁹ Tandoğan, **Borçlar**, C. I/1, s. 69.

²⁰⁰ Tandoğan, **Borçlar**, C. I/1, s. 69; Seliçi, **İnşaat**, s. 11.

²⁰¹ Tandoğan, **Borçlar**, C.I/1, s. 71; Seliçi, **İnşaat**, s. 11; Suat Sarı, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi**, İÜFHD, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 273-299.

²⁰² “*davalının edimi (borcu) eser sözleşmesinin (İstisna Akdinin) ; Davacının karşı edimi ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat (apartman) yapımı) diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır.*” HGK. 9.6.1982 T., 1979/15-1613 E. 1982/565 K. (**Kazancı Bilişim**); “*TBK’nın 470. vd.) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.*” 23. HD. 4.3.2020 T., 2016/6059 E. 2020/1489 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁰³ “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa karşılıklı borç yükleyen (synallagmatik) sözleşmelerden olup, bu sözleşme ile yüklenici, üzerinde taraflar arasında anlaşılmış bulunan vasıflarda ve imar mevzuatına uygun bir bina yapmayı üstlenirken arsa sahipleri de edim olarak, belirlenen arsa payının devrini gerçekleştirmeyi üstlenirler. Yapısı gereği bu sözleşme türü “götürü bedelli” olup, arsa maliklerinin arsa payı devretmekten başka borçları bulunmamaktadır. Bu anlamda*

varlığından bahsedebilmek bu tip sözleşmenin unsurlarının kanunla düzenlenen sözleşmeler içerisinde yer almaması gereklidir.²⁰⁴

Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler konusunda çeşitli kuramlar bulunmaktadır.²⁰⁵ Birleştirme kuramı, Yargıtay²⁰⁶ tarafından kabul edilmekte ve öğretide²⁰⁷ de bazı müellifler tarafından savunulmaktadır. Bu kurama göre, önce karma sözleşme, çeşitli sözleşme tiplerine göre unsurlarına ayrılacak; sonrasında her farklı sözleşme tipine ait edime, kendi sözleşme tipine ait hükümler tatbik edilecek ve nihayetinde karma sözleşmeyi oluşturan edimlerin hukuki sonuçları birbirine bağlanacaktır.²⁰⁸ Kişilerin sözleşmesel bir ilişkiye girerken, bu sözleşmenin hangi hukuki şartlara tabi olduğunu, edimlerini yerine getirirken uyması gereken ve ileride bir ihtilaf yaşandığında uyuşmazlığa uygulanacak hükümleri bilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak yaratma (kıyas) kuramı uygulandığında hakim öncelikli olarak olmasa bile, gerektiğinde, asıl edimlerin uyduğu kanuni tiplere ilişkin hükümleri uygulama dışında bırakabilmesi, bu hükümler yerine örf ve adete ve hatta gerektiğinde TMK.m.1 gereğince kanun yaratma yoluna başvurabilecek olması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin mahiyet ve arz ettiği önem dikkate alındığında, biz de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde birleştirme kuramının uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

sözleşmenin ifasından doğacak borçların tamamından yüklenici sorumludur. Öte yandan bu sözleşme kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olup arsa malikleri için ticari nitelikte değilken, yüklenici için ticari niteliktedir.... Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerin kıyas yoluyla satım ya da trampa sayılması ve bu kapsamda vergiye tâbi olduklarının düşünülmesi de doğru değildir.” 23. HD. 22.2.2018 T. 2016/711 E. 2018/521 K. (**Kazancı Bilişim**); HGK. 27.5.2015 T., 2014/23-718 E. 2015/1433 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁰⁴ Yavuz, **Borçlar**, s. 558.

²⁰⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 6.

²⁰⁶ “Kural olarak, karma sözleşmeye, herbir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. O halde, davalının yüklendiği yapı yapma edimi için BK'nun bu tip sözleşmeyi düzenleyen (355 ve bunu izleyen) maddelerinin uygulanmasına karşılık davacının arsa payı mülkiyetini davalıya devir borcu yönünden, satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır” HGK. 9.6.1982 T., 1979/15-1613 E. 1982/565 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁰⁷ “bugün daha doğru olarak terkip nazariyesi (Kombinationstheorie) üstünlük görmektedir; bu nazariyeye göre bu nevi akitlere, her bir mükellefiyet bakımından tekabül eden akit tipinin prensipleri tatbik ve böylece muhtelif tiplerin prensipleri terkip edilmektedir.” Andreas B. Schwarz, **a.g.e.**, C. I, s. 170-171.

²⁰⁸ Tandoğan, **Borçlar**, C. I/1, s. 74.

Yargıtay tarafından kabul edilen birleştirme kuramı, bazı müelliflerce eleştirilmekte ve yaratma (kıyas) teorisinin kabul edilmesi gerektiği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine istisna ve taşınmaz satım sözleşmelerine ilişkin hükümlerin ancak kıyas yolu ile uygulanabileceği, bu sözleşme hükümlerinin çatışması halinde sözleşmenin amacı ve taraf menfaatleri dikkate alınarak çözüme gidilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.²⁰⁹

5.6. Temlik Borcu Doğuran Bir Sözleşme Olması

Temlik (devir) borcu doğuran sözleşmeler, bir hakkın kesin olarak başkasına devrine doğru yönelmiş akitlerdir. Borç doğurucu işlem niteliği taşıyan bu akitler, hakkın devri borcu doğururlar ancak hakkı devretmezler. Hakkın devri için ayrıca bir tasarruf işlemine ihtiyaç bulunmaktadır.²¹⁰ Bir hakkın devrine ilişkin taahhütler de, temlik borcu doğuran sözleşmeler kapsamındadır.²¹¹ İşte yükleniciye sözleşmede öngörülen oranda arsa payı ya da bağımsız bölüm devrini öngören arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de temlik borcu doğuran sözleşmelerdir.

5.7. Ani-Sürekli Edimli Sözleşme Olduğu Tartışmaları ve Geçici-Sürekli Karmaşığı Sözleşme Görüşü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi mi ani edimli borç ilişkisi mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Ani edimli borç ilişkisinde edimin yerine getirilmesiyle (alacaklının menfaatinin gerçekleşmesi) ve borç ilişkisinin sona ermesi ile aynı anda gerçekleşmektedir.²¹² Ani edimli borç ilişkilerinde bağlılık sözleşmenin sona ermesine, sürekli borç ilişkilerinde ise devamına yöneliktir ve gelecekteki bir zamanda, anlık bir ifa ile sona ermemekte, ilişki devam ettikçe edim borcu sürekli ifa edilmektedir.²¹³

²⁰⁹ Erman, **a.g.e.**, s. 7.

²¹⁰ Tandoğan, **Borçlar**, C. I/1, s. 3; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 49, N. 163.

²¹¹ Tandoğan, **Borçlar**, C. I/1, s. 3.

²¹² Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi (Sürekli)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 8.

²¹³ Seliçi, **Sürekli**, s. 8.

Bir sözleşmenin ani edimli ya da sürekli sözleşme olarak nitelendirilmesinin hukuki sonuçları büyük önem arz etmektedir. Zira sözleşme ilişkisinin bir tarafın irade açıklamasıyla dönme veya imkansızlık yüzünden sona ermesi halinde, ani edimli sözleşmeler geçmişe etkili şekilde ortadan kalkarken, sürekli edimli sözleşme ilişkileri kural olarak ileriye etkili sona ererler.²¹⁴ Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi olarak nitelendirilirse, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve sürekli edimli borç ilişkisi olarak nitelendirildiğinde ise sözleşme ileriye etkili olarak nihayetlenecektir.²¹⁵

Doktrinde savunulan bir görüşe göre eser sözleşmeleri mutlak ani edimli borç ilişkisi olup, yüklenici, iş sahibi ile yaptığı sözleşme neticesinde bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt ettiği eseri, meydana getirip teslim etmesi neticesinde borç ilişkisi nihayetlenmiş olur.²¹⁶ Keza, iş sahibinin söz konusu sözleşmenin ifasına olan çıkarı işin tamamlanması ve kendisine teslimi ile gerçekleşecektir.²¹⁷

Eser sözleşmelerinin ani edimli borç ilişkisi olarak nitelendirilmemesi gerektiği görüşünde olan Serozan, eser sözleşmelerini sadece sonuç meydana getirmek olarak görmenin doğru olmadığını, yüklenicinin ifa hareketlerinin çoğu kez sürekli borç ilişkisi doğuracağını belirtmektedir.²¹⁸ Bu fikri savunanlar, yüklenicinin eseri meydana getirmek doğrultusunda faaliyet gösterme yükümü altına da girdiğini belirtmekte, iş görme ediminin de zamana yayılmaları nedeniyle sürekli borç ilişkisi doğurduğunu düşünmektedirler.²¹⁹

Ancak sözleşmenin türlerinin belirlenmesinde, geçerli olan edimin ifa süresi olup, sözleşmenin süresi ya da edim borçlunun edimini ifa için geçirdiği ifa hazırlık süresi, sözleşmenin niteliğini etkilemeyeceği de belirtilmiştir.²²⁰ Keza, ani-sürekli sözleşmelerin hemen hemen büyük bölümünün bir hazırlık evresi vardır.²²¹ Ancak, sözleşme türünün belirlenmesinde önemli olanın sözleşmenin yürürlükte bulunduğu

²¹⁴ Öz, **Dönme**, s. 12.

²¹⁵ Kocaağa, **İnşaat**, s. 54.

²¹⁶ Öz, **Dönme**, s. 17; Seliçi, **İnşaat**, s. 26; Eken, **a.g.e.**, s. 22-23; Kocaağa, **İnşaat**, s. 56.

²¹⁷ Öz, **Dönme**, s. 18.

²¹⁸ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme (Dönme)**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 175.

²¹⁹ Öz, **Dönme**, s. 16.

²²⁰ Öz, **Dönme**, s. 14.

²²¹ Öz, **Dönme**, s. 14.

süre ya da ifaya hazırlık süresi değil, kira, hizmet vesair sözleşmelerinde olduğu gibi belirli zamana yayılan ifanın varlığının gerektiği belirtilmiştir.²²²

Ancak, TBK.m.473/I gereğince, teslimden önceki gecikme nedeniyle sözleşmeden erken dönme imkanı tanınmasının, yüklenicinin ediminin teslimden ibaret olmadığı ve inşaat süresini de kapsadığını gösterdiği ileri sürülmüştür.²²³ Eser sözleşmelerinde, iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşmasına ilişkin TBK.m.485 ve yüklenicinin ölümü ve yeteneğini kaybetmesine ilişkin TBK.m.486'da olduğu gibi, eser sözleşmesinin sona ermesine ve yüklenicinin yaptığı işle orantılı ücret isteyebileceğine ilişkin hükümlerin, sürekli borç ilişkilerindeki ileriye etkili fesihle uyum içerisinde olduğu belirtilmiştir.²²⁴

Bazı müellifler, bu tip sözleşmelerin karma nitelikte olduğu,²²⁵ ani edimli borç ilişkisi ve sürekli borç ilişkisi niteliğinin bir arada bulunduğunu, çıkarlar dengesi değerlendirilerek yerine göre ani yerine göre sürekli borç ilişkilerine ilişkin hükümlerin tatbik edilebileceğini ileri sürmüştür.²²⁶ Nitekim arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da söz konusu sözleşmelerin sürekli-geçici karmaşığı bir özellik taşıdığı kabul edilmiş²²⁷ ve inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuru ile işi zamanında bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından dönülmesi halinde TBK.m.123 ve

²²² Öz, **Dönme**, s. 13-14.

²²³ Kocağa, **İnşaat**, s. 55.

²²⁴ Öz, **Dönme**, s. 17, dn. 70.

²²⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 8.

²²⁶ Öz, **Dönme**, s. 19.

²²⁷ "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. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılamaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır? İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir." İBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (**Kazancı Bilişim**)

125 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğine ancak olayın niteliği ve haklı gösterdiği durumlar nazarı dikkate alınarak ve TMK.m.2 dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı hükmü de gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir.

5.8. Tapuya Şerh Edilebilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, TMK.m.1009 hükmü gereğince tapuya şerh edilebilir. Nitekim söz konusu düzenlemenin öncesinde de uygulamada 7.6.1994 tarihli (Mülga) Tapu Sicil Tüzüğü'nün 55/c hükmü gereğince noterde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerhi mümkün olmaktaydı. Keza, TMK.m.1009 gerekçesinde de uygulamada yaygın olarak yapılan şerhlerin, tüzükteki düzenlemenin yanı sıra kanuni dayanağının da bulunması gerektiği belirtilmiştir. Nitekim 5831 Sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Tapu kanununun 26. maddesinin 7. fıkrasına yapılan bir ekleme ile, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi için ayrı şerh anlaşması gerekmeksizin sözleşmeye ilişkin noter senedinin taraflardan birinin ibrazı ile beş (5) yıl için sicile şerh edilebileceği hükmü getirilmiş, böylece taşınmaz satış vaadi şerhi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi arasında hiçbir hüküm farkı kalmamıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra, iş sahibinin arsa paylarından bir kısmının ya da tamamını üçüncü kişilere devretmesi mümkündür. İşte bu şerh ile yüklenicinin sözleşmeden doğan kişisel haklarını devralan yeni arsa sahibine karşı da ileri sürülebilmesi anlamına gelmektedir.²²⁸

Her ne kadar şerhin sözleşmenin hangi tarafı lehine verileceğine dair açıklık kanunda yoksa da, burada şerhin işlevinin yüklenicinin yaptığı iş karşılığı iş sahibinden olan taşınmaz payı devrine dair alacağını korumak olduğu anlaşılmaktadır.²²⁹ Esasen iş sahibi şerhli taşınmaz paylarını yükleniciye devrettikten

²²⁸ Bu hususa ilişkin Bkz. Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler (Şerh)**, 2. Tıpkı bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 115 vd.

²²⁹ Bu şerh hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. M. Turgut Öz, **Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı, İnşaat Hukuku ve Uygulaması (Arsa Payı)**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi ve Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakülteleri 10-11 Kasım 2016 Tarihli Uluslararası İnşaat Hukuku Sempozyumu, Kasım 2017, s. 349-377; Öz, **İnşaat**, s. 127 vd.

sonra yüklenici işi bitirmeden bunları üçüncü kişiye devretmişse, temerrüt hükümlerine göre geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönen iş sahibinin şerh korumasına ihtiyacı olmadan, yerleşik Yargıtay içtihatları doğrultusunda devralan bu üçüncü kişilerden hatta onlardan da pay devralan kişilerden bu payları geri alma imkanı bulunduğu açıktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin etkisi özellikle şerhin asıl koruduğu yüklenici bakımından büyük önem arz etmektedir.

Eşyaya bağlı borç “bir kimseyi bir mal üzerinde aynı hak sahibi olduğu için yükümlülük altına sokan haklar”²³⁰ olarak tanımlanmaktadır. Bazı müellifler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerhinin eşyaya bağlı borç ilişkisi meydana getirdiği kanaatindedir.²³¹ Bu görüşe göre şerh, söz konusu borç ilişkisindeki taraf sıfatını, sözleşme konusu taşınmaz üzerindeki hak sahipliğine bağlı hale getirir.²³² Borç ilişkisi şerhten sonra taşınmazı satın alan her şahıs, kendi mülkiyeti devam ederken doğan borçtan sorumlu olur.²³³ Yargıtay da bu kanaattir.²³⁴

Eşyaya bağlı borç etkisinin ancak borcun doğumundan önce mülkiyet devrinin gerçekleştiği hallerde söz konusu olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.²³⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yapıldıktan daha sonra borçların doğması ancak geciktirici şartın varlığı ile mümkün olabilir. İş sahibinin yükleniciye mülkiyet payı devrinin vadeye bağlı olması, bu borcun sonradan doğumu anlamına gelmez.

Bir görüşe göre burada, kanun şerhe sözleşmede taraf sıfatını geçiren bir etki tanımaktadır.²³⁶ Bu görüşe göre, iş sahibi üçüncü kişiye tapuda taşınmaz payı devrederken, amaca göre yorumla, aynı zamanda yükleniciden olan sözleşmesel

²³⁰ Kemal M. Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku (Eşya)**, 23. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 286, N. 1039 vd.

²³¹ Gökhan Şahan, **Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 63.

²³² Sarı, **a.g.m.**, s. 292.

²³³ Sarı, **a.g.m.**, s. 292.

²³⁴ “4721 Sayılı TMK 1009. maddesine göre; “Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, şufa... sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar, tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.” Şerhin sağladığı etki, kişisel hakkın kaynaklandığı borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün, taşınmaz mülkiyetine bağlanması, böylece kişisel hakla ilgili eşyaya bağlı borç haline gelmesidir. Bu şerhedilmiş kişisel hakka dayanan dava sonucunda tapu kütüğünde değişiklik olacağından şerhe ilişkin davalarında taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekir.” 15. HD. 13.5.2019 T., 2018/3865 E. 2019/2257 K. (**Kazancı Bilişim**)

²³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Eşya**, s. 286, N. 1039 vd.

²³⁶ Gümüş, **Şerh**, s. 125.

hakkını da bu pay oranında aynı kişiye temlik etmiş sayılmalıdır. İş sahibinden taşınmazda mülkiyet payı devralan üçüncü kişinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakları (ifa, gecikme zararının tazmini, ifa yerine tazminat) yükleniciye karşı ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Bu elbette şerhli taşınmaz payı devrinde de söz konusu olacaktır. Fakat sözleşmeden dönme hakkını tek başına kullanamaması gerekir. Şerhin munzam etkisi, yüklenicinin, işbu sözleşme uyarınca arsa payı talep etme hakkı doğduğunda, şerhli taşınmaz payı devralan üçüncü kişiden (ve bundan devralanlardan) bunların mülkiyetini talep etmesine olanak verecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerhi ile yükleniciden arsa payı iktisap etmiş olan üçüncü kişilerin TMK.m.1023 hükmü uyarınca iyiniyet iddiasında bulunmaları da mümkün değildir. Fakat işin niteliği gereği, sözleşmeyi yapan iş sahibinin üzerinde taşınmaz payı kaldığı ölçüde, önce onun elindeki payı talep etmesi, ancak bunun alacağını karşılamadığı oranda üçüncü kişinin payına başvurusu önerilmektedir.²³⁷ Bu konuda son olarak belirtelim ki, şayet taşınmaz payları üzerinde 634 Sayılı Kat Mülkiyeti kanunu uyarınca yüklenicinin de paydaş sıfatıyla taraf olduğu bir kat irtifakı kurulmuşsa, kat irtifakının mevcudiyeti süresince esasen şerhin koruyucu etkisine gerek kalmayacaktır.

²³⁷ Öz, **Arsa Payı**, s. 370.

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

1.TANIM

Henüz ifası mümkün ve muaccel olan bir borcun borçlusunun, ifa etmekten kaçınamayacağı edimini yerine getirme mükellefiyetini zamanında ifa etmemesi durumu, borçlu temerrüdü olarak tanımlanmaktadır.²³⁸

2.TEMERRÜDÜN ŞARTLARI

TBK içerisinde, “işe başlama ve yürütme” başlığı altındaki yüklenicinin zamanında işe başlamadığı ve işin vadeye yetişmeyeceği özel durumun düzenlendiği 473. madde dışında, eser sözleşmelerinde ifa zamanındaki yüklenici temerrüdünü düzenleyen özel hükümler bulunmadığı için, Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümler kısmındaki borçlu temerrüdü hükümleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanacaktır.²³⁹

TBK.m.117/I gereğince “*muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” Madde metnin de açıkça anlaşıldığı üzere temerrüdün iki şartı bulunmaktadır. Bunlar biri alacağın muaccel olması ve diğeri ise ihtardır.²⁴⁰ Ancak kusur, temerrüdün bir şartı değildir.²⁴¹ Alacaklı taraf, mütemerrit olan diğer tarafın kusurlu olmasına gerek olmaksızın gecikme faizi talep edebileceği gibi, karşılıklı edimleri içeren iki taraflı akitlerde temerrüde düşmeyen tarafın, diğer tarafın kusurlu

²³⁸ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, C. I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 605; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Mesuliyet)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 468-469.

²³⁹ Öz, **İnşaat**, s. 162.

²⁴⁰ Mustafa Göktürk Yıldız, **Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 3.

²⁴¹ Fritz Funk, **Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler**, Çev. Hıfzı Veldet, Cemal H. Selek, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1938, s. 161; Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Borçlar Hukuku, C. I**, Çev. Recai Seçkin, 2. bs., Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1947, s. 759; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Rafet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1987, s. 235; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995, s. 23; Öz, **İnşaat**, s. 162-163.

olup olmadığına bakılmaksızın sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır.²⁴² Ancak, mütemerrit borçludan tazminat talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gereklidir.²⁴³ Fakat TBK m.112 uyarınca kusursuzluğunu ispat yükü borçluda olduğu gibi, ifa yardımcılarının sebep olduğu temerrütte TBK m.116 uyarınca kusursuz sorumluluğu doğacaktır. Ödemezlik def'inin, tam iki taraflı sözleşmelerde ileri sürülmesinin temerrüde engel olup olmadığı tartışmalıdır.²⁴⁴ Bir görüşe alacaklının edimini ifa etmesi ya da edimini ifayı teklif etmesi temerrüdün bir ilave koşulu değildir.²⁴⁵ Diğer görüşe göre ise, ödemezlik def'i ileri sürülmesine gerek olmaksızın temerrüde engel olacaktır.²⁴⁶

2.1.Muacceliyet

Bir borcun muaccel olması, yasal ve sözleşmesel bir engel bulunmaksızın, alacaklının, borçludan sözleşme konusu edim borcunu ifa etmesini talep ve dava edebilmesi durumu olarak tanımlanabilir.²⁴⁷ Borçlunun bir def'i hakkının bulunması hatta bunu ileri sürmesi muacceliyetin gerçekleşmesini engellemeyecektir.²⁴⁸ Borç muaccel ise, ifa talep edilebilecek ve borçlu ifaya zorlanabilecektir.²⁴⁹ Eğer vade gelmemiş ve borçlunun ifa için hala vakti varsa ya da ya da borç bir geciktirici şarta bağlıysa ve söz konusu şart hala gerçekleşmemişse o zaman borcun muaccel olduğundan bahsedilemeyecektir.²⁵⁰

²⁴² Oser/Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, C. II, Çev. Recai Seçkin, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1950, s. 759; Havutçu, **Müşpet**, s. 23.

²⁴³ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, C. II, s. 760; Havutçu, **Müşpet**, s. 23.

²⁴⁴ Havutçu, **Müşpet**, s. 32.

²⁴⁵ Havutçu, **Müşpet**, s. 23.

²⁴⁶ "Alman Hukukunda doktrinde hemen hemen ittifakla benimsenen görüş ise, ödemezlik def'inin ileri sürülmesine bağlı olmaksızın temerrüdü önleyeceği, alacaklının kendi edimini ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmasının, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün ek maddî şartı olduğu şeklindedir" Bkz. Havutçu, **Müşpet**, s. 32, dn. 58.

²⁴⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 470; Eren, **a.g.e.**, s. 1225, N. 3407; Havutçu, **Müşpet**, s. 25; Mehmet D. Yener, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2011, s. 9.

²⁴⁸ Yıldız, **a.g.e.**, s. 4.

²⁴⁹ Öz, **İnşaat**, s. 162-163; Yıldız, **a.g.e.**, s. 4.

²⁵⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 470; Yıldız, **a.g.e.**, s. 4; "Somut olayda, davalı arsa sahipleri, 60/100 arsa payını yüklenicilerin 23.9.1981 tarih 59511, 20.5.1983 tarih bula sayılı noterlikçe keşide olunan ihtarlara rağmen tapuda ferağ vermeye yanaşmadıkları gibi, vecibelerini ifaya hazır olduklarını da bildirmediklerinden, mütemerrit duruma düştüklerinin kabulü gerekir. Taraflar arasındaki sözleşmeye, olaya uygulanan yasal hükümlere göre, davalı arsa sahipleri ihtarlara rağmen edimlerini öncelikle

Muacceliyet, borçlunun borcunu eda etme ve böylece geçerli bir biçimde borcundan kurtulma yetkisi²⁵¹ olan ifa edilebilirlik ile karıştırılmamalıdır, keza borç ifa edilebilir olmakla birlikte henüz muaccel değilse, temerrüt de söz konusu olmayacaktır.²⁵² TBK.m.117 gereğince kural olarak, aksi sözleşmeden, sözleşmenin özelliklerinden ya da halin icabından anlaşılmıyorsa, borçlu borcunu vadesinden önce ifa edebilme yetkisini haizdir.²⁵³

2.1.1.Teslimin Vadesi

2.1.1.1.Sözleşmede Teslim Vadesinin Belirlenmiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bağımsız bölümlerin teslimi için bir takvim günü belirlenebileceği gibi, sözleşmesinin imzalandığı, tevhit işleminin gerçekleştiği, arsanın tüm arsa sahipleri tarafından sözleşmeye uygun olarak yükleniciye teslim edildiği, inşaat ruhsatının alındığı vesair belirlenen somut bir olayın gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacak belirli bir sürenin sonu da teslim tarihi olarak belirlenebilir.²⁵⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde belirlenen vadenin gelmesi ya da teslim tarihinin tayini için sözleşmede tespit edilen ve belirlenen somut bir olayın gerçekleşmesinden sonra işlemeye başlayacak ifa süresinin dolması ile yüklenicinin teslim borcu muaccel hale gelir.²⁵⁵ Muacceliyet tarihi, sözleşme ile belirlenmişse artık ayrıca iş sahibinin muacceliyet için talepte bulunmasına, ihtar göndermesine ve sair bir işlemi gerçekleştirmesine gerek yoktur.²⁵⁶

Sözleşme konusu yer boş bir arsa ise ve yükleniciye sözleşmeye uygun olarak teslim edildiği durumlarda sorun yoktur. Ancak uygulamada çoğu zaman arsa sahiplerinin bizzat kendilerinin ya da varsa kiracılarının söz konusu bağımsız bölümleri boşaltmaları için belirli bir zamana ihtiyaçları bulunmaktadır. Bazı durumlarda arsa sahiplerinin kiracılarını tahliye etme mecburiyetleri, çözümü uzun

yerine getirmedikleri ve böylece temerrüde düştükleri anlaşıldığından, karşı taraftan borcun ifasını talep edemezler.” 15. HD. 19.10.1987 T., E. 987/3088- 3590 K. Bkz. Kostakoğlu, a.g.e., s. 296.

²⁵¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 89.

²⁵² Eren, **a.g.e.**, s. 1225, N. 3408; Havutçu, **Müspet**, s. 23.

²⁵³ Kurt, **Temerrüt**, s. 89.

²⁵⁴ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 128; Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 48; Yener, **a.g.e.**, s. 9; Yıldız, **a.g.e.**, s. 6.

²⁵⁵ Kurt, **Temerrüt**, s. 91; Yener, **a.g.e.**, s. 10.

²⁵⁶ Yener, **a.g.e.**, s. 10.

zaman alan hukuki ihtilaflara sebebiyet verebilmekte ve bu çerçevede üzerinde kullanılan bina bulunan taşınmazların yükleniciye teslimleri için zaman gerekli olmaktadır.

Bu bağlamda, öncelikle sözleşmede öngörülen ve yüklenicinin uymakla yükümlü olduğu sürelerin işlemeye başlaması için, arsa sahiplerinin taşınmazı sözleşmeye uygun ve yüklenicinin ifasına engel olmayacak şekilde teslim etmeleri gereklidir. Sözleşmede düzenlenen, yüklenicinin uymakla yükümlü olduğu süreler, sözleşmede imza tarihinden itibaren başlayacağı şeklinde aksine bir hüküm olsa dahi, arsanın tamamının sözleşmeye uygun olarak yükleniciye tesliminden sonra başlayacağı şüphesizdir. Zira, kendi öncelikli yükümünü yerine getirmeyen iş sahibi, bu şartlar devam ettikçe yüklenicinin geciktiğini ileri süremez.

Yine sürenin başlaması, belirlenen tevhit işleminin gerçekleşmesi ve inşaat ruhsatının alınması gibi belediyeler ya da diğer kamu kurumları nezdinde yapılacak sair işlemlere bağlanmışsa, muacceliyet tarihi söz konusu işlemin gerçekleşme tarihinden itibaren hesap edilecektir.²⁵⁷

Eğer sözleşmede bu işlemlerin gerçekleşmesi için herhangi bir süre öngörülmemişse muacceliyet tarihinin belirlenebilmesi için, bu işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için gerekli makul sürelerin tespiti gereklidir.²⁵⁸ Makul süre, dürüst bir yüklenicinin söz konusu işlemi, eksiksiz ve doğru müracaatlarla, somut olayın şartlarına ve idari süreçlerin gerçeklerine göre fiilen gerçekleştirebileceği süredir.²⁵⁹ Keza, sözleşmede bu işlemlerin müracaatı ve hatta sonuçlandırılması için gereken azami süreler öngörülmemişse, öncelikle eksiksiz ve doğru bir müracaat için ve sonrasında da bu müracaatın idarede neticelenmesi için gerekli makul süreler belirlenecek ve yüklenicinin uymakla yükümlü olduğu sürelerle ilave edilecek ve teslim süresi bu şekilde belirlenecektir.²⁶⁰ Yüklenicinin, kendisinin hiçbir kusuru

²⁵⁷ Duman, **a.g.e.**, s. 475; Yıldız, **a.g.e.**, s. 6.

²⁵⁸ “sözleşme tarihinden itibaren ne kadarlık makul süre içerisinde yapı ruhsatının (inşaat ruhsatının) alınabileceği tespit ettirilip bu sürenin sözleşme tarihine eklenerek bulunacak inşaata başlama tarihinden itibaren” 15. HD. 03.7.2012 T., 2012/700 E. 2012/5042 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁵⁹ Duman, **a.g.e.**, s. 475; Kurt, **Temerrüt**, s. 92; Eken, **a.g.e.**, s. 56-57.

²⁶⁰ “Taraflar arasındaki 29.04.1998 tarihli Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin (L) maddesinde inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 48 ayda tamamlanması kararlaştırılmıştır. Sözleşmede inşaat ruhsatının alınma süresi hakkında bir düzenleme yer almamaktadır...Taraflar arasındaki sözleşmede

olmaksızın, resmi kurumlardan kaynaklanan nedenlerle makul sürenin aşıldığına ilişkin iddiaları mücbir sebep hükümleri doğrultusunda değerlendirilecektir.

Tarafların anlaşarak vade tayini yetkisini iş sahibine, yükleniciye ya da üçüncü bir kişiye verildikleri durumlarda muacceliyet ihbarına göre belirleme yapılması gerekecektir.²⁶¹ Sözleşme içerisinde inşaatın süresi belirlenmişse, söz konusu süreye göre inşaatın temposunu yüklenici belirleyecektir.²⁶²

2.1.1.2.Sözleşmede Teslim Vadesinin Belirlenmemiş Olması

Alacağın muaccel olacağı an, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ya da söz konusu sözleşmenin imzalanmasından sonra tarafların yapacağı bir anlaşma ya da ihbar ya da kanun hükmü ya da sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlenebilirse de bunların hiçbirisi söz konusu değilse TBK.m.90 gereğince alacağın doğduğu andır.²⁶³

*“Taraflar arasında düzenlenen sözleşme içeriğinde yüklenicinin işe başlama ve bağımsız bölümleri davacıya teslim etme sürelerine dair herhangi bir şart kararlaştırılmamıştır. Başka bir anlatımla, sözleşmede eserin teslim süresi kararlaştırılmamış, teslim süresini belirleme yetkisi davalıya tanınmıştır. Ancak; davalı, bu yetkisini kullanırken, objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmalı ve haklı nedenlere dayalı gecikmeler hariç, eserin niteliğinin ve büyüklüğünün gerektirdiği imalât süresi içinde eseri tamamlamalıdır.”*²⁶⁴

Yüklenicinin teslim tarihi sözleşme içerisinde belirlenmemişse, sözleşme içerisindeki bu boşluk, farz edilen taraf iradelerine ve inşaatın mahiyetine özellikle söz konusu inşaatı başlayıp bitirmek için tecrübeli bir uzmanın işe zamanında başlayıp, mutat vasıtaları ve gücünü sürekli kullanarak işi tamamlamak için ne kadar süreye ihtiyacı olduğu tespit edilecektir.²⁶⁵

inşaat ruhsatının alınması için bir süre öngörülmemişse makul süre içerisinde inşaat ruhsatı alınarak inşaaata başlanılması gerekir.” 15. HD. 13.5.2008 T., 2007/4556 E. 2008/3186 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁶¹ Yıldız, **a.g.e.**, s. 9.

²⁶² Seliçi, **İnşaat**, s. 84.

²⁶³ Eren, **a.g.e.**, s. 1226, N. 3410; Öz, **İnşaat**, s. 163; Yıldız, **a.g.e.**, s. 5.

²⁶⁴ HGK. 21.3.2012 T., 2012/13-164 E. 2012/219 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁶⁵ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 128.

Belirlenecek makul süre sonunda ifa talep edilebilir hale gelecek ancak yüklenicinin borcu kendiliğinden muaccel olmayacak, işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı takdirde iş sahibinin ifayı talep etmesi yani muacceliyet bildirimi ile yüklenicinin borcu muaccel olacaktır.²⁶⁶ İfa edilebilir borcu muaccel hale getiren muacceliyet ihbarı ile, muaccel borcun derhal ifa edilmemesi üzerine gönderilen ve yükleniciyi temerrüde düşüren temerrüt ihtarı birbiri ile karıştırılmamalıdır.²⁶⁷

İnşaat başlama süresi yüklenicinin yapacağı herhangi bir işleme bağlanmış olması durumunda, hakkaniyet çerçevesinde belirlenecek süre içerisinde yüklenici işe başlamalıdır.²⁶⁸ Bu husus esasen TBK m.473/1 hükmünde açıkça düzenlenmiş, özellikle belirli vadesi olmayan eser sözleşmelerinde zamanında işe başlamama iş sahibi için başlı başına bir sözleşmeden dönme sebebi olarak düzenlenmiştir. Yüklenicinin işe başlayacağı, inşaat ruhsatını alacağı ve inşaatı tamamlayıp teslim edeceği makul süre, mahallinde yapılacak bilirkişi incelemesi neticesinde emsal inşaatlar, mücbir ve haklı sebepler gözetilerek ve taleple de bağlı kalınarak tespit edilecektir.²⁶⁹ Taraflardan herhangi birinin tespit davası açmakta korunmaya değer hukuki menfaati varsa tespit istemi kabul edilecek, ancak aynı zamanda eda davası açma imkanının bulunması ve eda davasının tespit hükmünü de içermesi durumunda olduğu gibi, menfaat yokluğu halinde istemler reddedilecektir.²⁷⁰ Tespit davası

²⁶⁶ Öz, **İnşaat**, s. 163.

²⁶⁷ Öz, **İnşaat**, s. 163.

²⁶⁸ Duman, **a.g.e.**, s. 476.

²⁶⁹ “Bu durumda mahkemece yapılacak iş: konusunda uzman bilirkişiler ile mahallinde keşif yapılarak, yüklenici tarafından derhal işe başlanılmış olmak suretiyle -mücbir ve haklı sebepler hariç tutularak- davaya konu bağımsız bölümlerin inşaat ruhsatının ne kadar sürede alınabileceğinin, bundan sonra da ne kadar sürede (makul süre) inşaatın tamamlanarak -deprem v.s gibi mücbir ve haklı sebeplerde gözetilmek suretiyle- iskan ruhsatının alınabileceğinin, emsal inşaatlar da dikkate alınıp tespit edilerek, bu konuda ayrıntılı, açıklayıcı ve denetime elverişli bir rapor alınması, davacının talebinin –taleple bağıllık ilkesi de gözetilerek- değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesinden ibarettir.” HGK. 21.3.2012 T., 2012/13-164 E. 2012/219 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁷⁰ “Tespit davası ile istenen hukuki korunma, eda davası ile tamamen elde edilebilecekse o zaman davacının ayrı bir tespit davası açmasında hukuki yararı yoktur. İdeal veya geleceğe dönük bir yarar yeterli değildir. Kural olarak, eda davalarında hukuki yararın varlığı asıldır ve ayrıca bu yönde bir ispat yükümlülüğü yoktur. Eda davası ile aynı zamanda davanın dayandığı hakkın veya hukuki ilişkinin var olduğunun tespiti de hükmü altına alınır ve buna bağlı olarak eda emrini kapsar. O halde eda davası açmak mümkün ise tespit davası açılmaz. Tespit davalarında ise; hukuki ilişkinin varlığının, hemen tespit edilmesinde davacının korunmaya değer bir hukuki yararının bulunması gerekir.” 23. HD. 11.11.2014 T., 2014/3379 E. 2014/7173 K. (**Kazancı Bilişim**)

açmakta korunmaya değer menfaatin varlığının kabulü uygulamada “*üç şartın birlikte varlığına bağlıdır.*

a-)Davacının bir hakkı veya hukuki durumu, güncel (halihazır) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı;

b-)Bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı;

c-)Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen (icraya konulamayan) tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır.”²⁷¹

2.1.2.Süre Uzatım Halleri

Taraflar arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülen sürenin işlemeye başlamasından sonra, bağımsız bölümlerin süresinde teslim edilmesini engelleyecek mahiyette işin ilerlemesini geciktirecek ya da durduracak nedenlerin ortaya çıkması durumunda süre uzatımı mümkündür.²⁷² Sözleşme içerisinde öngörülen süre uzatım hallerinden birinin gerçekleşmesi söz konusu olabileceği gibi, sözleşme içerisinde hiç süre uzatım hali öngörülmemiş ya da öngörülen hallerin dışında farklı bir süre uzatım hali de gerçekleşmiş de olabilir.²⁷³ Kabul edilen uzatım süresi, mevcut teslim sürenin son gününe eklenerek, yeni teslim tarihi tespit edilecektir.²⁷⁴

İş sahibine yüklenebilecek nedenlerle bağımsız bölümlerin tesliminin öngörülen süre içerisinde gerçekleşmemesi durumunda, süre uzatımı yolu ile telafi edileceği ve iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği belirtilmiştir.²⁷⁵ Gecikme olacağı vaziyetten anlaşılıyorsa, yüklenicin özen borcu çerçevesinde durumun iş sahibine durumu bildirmesi gereklidir.²⁷⁶ Sözleşmede delil sözleşmesi mahiyetinde farklı bir

²⁷¹ 23. HD. 11.11.2014 T., 2014/3379 E. 2014/7173 K. (Kazancı Bilişim)

²⁷² Eken, **a.g.e.**, s. 58.

²⁷³ Eken, **a.g.e.**, s. 58.

²⁷⁴ Eken, **a.g.e.**, s. 58.

²⁷⁵ Seliçi, **İnşaat**, s. 81.

²⁷⁶ Seliçi, **İnşaat**, s. 81; Ayan, **a.g.e.**, s. 136; Kurt, **Temerrüt**, s. 116; Eken, **a.g.e.**, s. 59.

usul öngörülmemesi durumunda, iş sahibine yapılacak bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı değildir ancak bu bildirim açık ve anlaşılır olmalıdır.²⁷⁷

Süre uzatım nedeni olan durma ya da yavaşlama, arsa sahiplerinin riziko alanında gerçekleşmiş ve yüklenicinin, sözleşme hükümleri ya da dürüstlük kuralı gereği kalan inşaat süresi içerisinde çalışma hızını arttırması kendisinden beklenmiyorsa, kural olarak yüklenici arsa sahiplerine bildirimde bulunması şartıyla süre uzatımı mümkün olabilir.²⁷⁸ TBK.m.472/III “*eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur*” hükmü de bu doğrultudadır.²⁷⁹ Bu bildirimin süresi içerisinde yüklenici tarafından yapılmaması nedeniyle iş sahibinin mevcut sürenin geçerli olduğuna ilişkin güveninin korunacağı, teslim süresinin uzatılmayacağı ve bu nedenle yüklenicinin temerrüde düşebileceği ileri sürülmüştür.²⁸⁰ Yani iş sahibine bildirimde bulunmaz ise, gecikmenin riskine yüklenici katlanacak ve teslim süresi uzamayacaktır.²⁸¹ Ancak bildirim yükümlülüğünün ihlali hakkında, yüklenicinin kusurunun bulunmadığı ya da iş sahibinin süre uzatım nedenini zaten bildiği ya da bilmesi gerektiğinin halin icabından anlaşıldığı durumlarda TMK.m.2 dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu istisnalar hariç bildirim yükümlülüğünü derhal yerine getirmeyen, hiç ya da zamanında bildirimde bulunmayan yüklenici, bundan kaynaklanacak zararlardan da sorumlu olacaktır.²⁸²

²⁷⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 136; Duman, **a.g.e.**, s. 476.

²⁷⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 116; Duman, **a.g.e.**, s. 476.

²⁷⁹ “TBK’nın 472/III. maddelerinde iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenicinin bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorunda olduğu, bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olacağı belirtilerek, yüklenicinin genel ihbar mükellefiyeti hususu düzenlenmiştir.” 15. HD. 13.7.2017 T., 2017/907 E. 2017/2889 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁸⁰ Duman, **a.g.e.**, s. 476.

²⁸¹ Ayan, **a.g.e.**, s. 137; Kurt, **Temerrüt**, s. 116, dn. 125; Berkiye Gizem Erkin, **İnşaat Hukukunda Süre Uzatımı**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 59; “bozukluk dolaplarda değil, dolabın monte edileceği zeminde olsa bile, davalı yüklenici zemindeki kusura rağmen dolapları monte ettiğinden ve zemin kusurunu iş sahibine ihbar etmediğinden BK.nun 357. maddesi uyarınca sorumluluktan kurtulamaz.” 15. HD. 19.6.2002 T., 2002/2048 E. 2002/3326 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁸² Erman, **a.g.e.**, s. 34.

Dürüstlük kuralı gereğince inşaatın hızlanması yüklenici için bir ek maliyet getirmiyorsa ya da riziko iş sahibinin alanında gerçekleşmekle birlikte iş sahibi ek maliyetleri karşılamayı kabul ediyorsa ve yüklenicinin buna imkanı varsa, yüklenicinin inşaatı hızlandırma mükellefiyetinin bulunduğu ileri sürülmüştür.²⁸³

İnşaatın durmasına ya da yavaşlamasına neden olan şey, yüklenicinin riziko alanında meydana gelmişse bu durumda yüklenici, işin öngörülen teslim süresine yetişmesi için tüm masrafları kendisine ait olmak üzere işi hızlandırmakla ve tüm gerekli tedbirleri almakla mükelleftir.²⁸⁴ Yüklenici kendi kusuru nedeniyle süre uzatımı talep edemez.²⁸⁵ Yüklenicinin inşaatı hızlandırarak inşaatı öngörülen sürede tamamlamak zorunda olduğu durumlarda teslim süresi için süre uzatımı söz konusu olmayacaktır.²⁸⁶ Ancak her iki tarafın da kusurunun bulunduğu hallerde, TBK.m.114/II ve TBK.m.52 gereğince müterafik kusur da dikkate alınarak uzatım süresi hesaplanacaktır.²⁸⁷

İş sahibinin risk alanında gerçekleşen teslimin süresinde yapılmasına mani bir olgunun varlığı halinde, sözleşmenin süresi, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde kendiliğinden uzayacaktır.²⁸⁸ Bu durumda iş sahibinin bu gecikmeyi kabul etmesi ya da bu konuda hakimin karar vermiş olması gerekmeksizin süre uzatımının kendiliğinden gerçekleşeceği belirtilmiştir.²⁸⁹ Ancak taraflar bu hususun aksine sözleşmeye hüküm koyarak, teslimin süresinin bu ahvalde uzatımını iş sahibinin onayına bırakabilirler, keza bu durumda süre uzatımı kendiliğinden yürürlüğe girmeyecektir.²⁹⁰

İş sahibinin etki alanında meydana gelebilecek olan süre uzatım hallerine, arsanın hiç²⁹¹ ya da sözleşmeye uygun olarak yükleniciye teslim edilmemesi ya da

²⁸³ Duman, **a.g.e.**, s. 479.

²⁸⁴ Duman, **a.g.e.**, s. 477.

²⁸⁵ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 291.

²⁸⁶ Duman, **a.g.e.**, s. 477.

²⁸⁷ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 291.

²⁸⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 117.

²⁸⁹ Kurt, **Temerrüt**, s. 117.

²⁹⁰ Ayan, **a.g.e.**, s. 105; Kurt, **Temerrüt**, s. 117, dn. 129.

²⁹¹ “*arsa sahipleri öncelikle arsayı inşaata elverişli ve boş şekilde yükleniciye teslim etmekle yükümlü ise de, sözleşme ve ek protokol ile tahliye sağlamayı yüklenici kabul ve taahhüt ettiği BK'nın 23. ve 24. maddelerine göre sözleşmenin 13-h bendi ve ek protokolün son cümlesinin geçersizliği söz konusu olmadığı arsa sahiplerinin yüklenicinin avukatına tahliye davası açmak üzere vekaletname vermek*

geç teslim edilmesi, yüklenicinin edimlerini ifa edebilmesi için yüklenici ya da gösterdiği şahıslara işe uygun kapsamda hiç vekalet verilmemesi ya da verilen vekaletnamelerdeki yetkilerden haksız biçimde kısmen ya da tamamen azil gerçekleştirilmesi²⁹² ve azle rağmen söz konusu işlemleri arsa sahiplerinin bizzat gerçekleştirmekten imtina etmeleri; sözleşme gereğince bazı işlemleri bizzat arsa sahiplerinin yapmalarına karar verildiği halde, örneğin belediyeye sunulacak mimari projeye haklı bir gerekçe olmadan onay vermekten imtina etmeleri, kat irtifakı tesisi ya da pay temlikine ya da ipotek terkinine katılmamaları; tapu sicilinde belirli işlemlerin yapılmasını engeller mahiyette arsa sahiplerinden ya da önceki yükleniciyle devam eden hukuki ihtilaflardan ya da üçüncü şahıslarla ya da kendi aralarında süren ve yüklenicinin edimlerini ifa etmesine engel teşkil eden tedbir ya da yüklenicinin edimlerini ifa etmesine imkan vermeyen tarzda tapu kaydında takyidatların bulunması; kat malikleri temsilciler kurulunun toplanmaması ve yapması gereken işlemleri gerçekleştirmemesi, istifa eden temsilciler heyeti üyelerinin yerine yeni üye seçilememesi halinde temsilcilerin görevlerini yerine getirememeleri nedeniyle ıslak zemin, parke, mutfak ve banyo dolabı gibi yüklenicinin alım siparişi vermesi gereken çeşitli seçimlerin yapılmaması suretiyle yüklenicinin ifada ilerleyememesi; iş sahiplerinden herhangi birinin hacir altına alınması sürecinden ve sonrasında vasiden ya da vesayet makamının onay işlemlerinden kaynaklanan gecikmeler yaşanması, iş sahiplerinden herhangi birinin vefatı üzerine mirasçıların gerekli işlemleri yapmaktan imtina etmeleri ya da onlara ulaşılammaması ya da ulaşılmasına rağmen yurtdışında bulunmaları gibi çeşitli maniler sebebiyle vekaletname verme ve sair zorunlu işlemleri hiç ya da zamanında gerçekleştirememeleri; iş sahiplerinden herhangi birinin ya da onların mirasçılarından herhangi birinin gaip olması; iş sahibinin istediği değişikliklerden ya da ilave işlerden²⁹³ kaynaklanan gecikmeler vesair şekilde

suretiyle bu konudaki yükümlülüklerini yerine getirdiklerinden davacı iş sahibinin gecikme tazminatı istemekte haklı bulunması sebebiyle” 15. HD. 14.12.2011 T., 2011/1579 E. 2011/7513 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁹² “bozma ilamına uygun olarak ilave inşaat nedeniyle objektif olarak tespit edilecek sürenin teslim süresine eklenmesi ile arsa sahiplerince yüklenicilere verilen vekaletnamelerden azilin teslim süresine etkisinin dikkate alınması” 15. HD. 19.4.2021 T., 2020/2328 E. 2021/1783 K. (**Kazancı Bilişim**)

²⁹³ “davalının savunmaları doğrultusunda fazla inşaat nedeniyle verilmesi gereken ek süre ve ipoteğin kaldırılması konularıyla ilgili detaylı açıklamayı içeren rapor alınarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken” 15. HD. 24.1.1996 T., 1995/7011 E. 1996/312 K. (**Kazancı Bilişim**); “ortak yerlerde davacının arsa payı oranında, davacıya ait bağımsız bölümlerde tamamı alınarak hükmedilecek kira ve noksan iş bedellerinden mahsubuna gidilmesi, fazladan yapılan bu işler için ek

örnekler verilebilmesi mümkündür. Arsanın temel kazısında kaya ya da su hatta tarihi eser çıkması gibi arsadan kaynaklanan sorunlar da yine iş sahibinin riziko alanı içerisinde değerlendirilmektedir.²⁹⁴

İş sahiplerinin etki alanı bazen üçüncü şahıslarla ya da yükleniciyle çakışabileceği gibi, iş sahipleri hiç ilgisi olmayan hususlarda da süre uzatımın şartları oluşmuş olabilecektir. Bu durum en tipik olarak süresinde, eksiksiz ve doğru yapılan müracaatlara rağmen tevhit işlemi ya da inşaat ruhsatı ya da iskan alımı gibi belediyeler²⁹⁵, anıtlar yüksek kurulu ve sair çeşitli resmi kurumlar nezdinde yapılacak işlemler de makul sürenin aşılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²⁹⁶

Bazı müellifler, iş sahibinin riziko alanı dışında meydana gelen ve geçici olarak yüklenicinin edimini yerine getirmesi engelleyen kötü hava koşulları ve benzeri hallerin süre uzatımı sağlamayacağı ve dolayısıyla yüklenicinin temerrüdüne engel olmayacağı; hatta bu müelliflerden bazılarının göre yüklenicinin kendisinden beklenen gayreti göstererek aşamayacağı, öngöremeyeceği hatta mücbir sebep teşkil eden hallerin dahi temerrütte yüklenicinin kusuru aranmaması nedeniyle yüklenicinin temerrüdüne engel olmayacağını ileri sürmüşlerdir.²⁹⁷

Ancak bizim de katıldığımız diğer görüş, önlenmesi yüklenicinin kendi istek ve olanaklarının dışında olan hallerin, yüklenicinin kusursuz sayılmasının ötesinde, sözleşmeyi ihlali olarak değerlendirilemeyeceği, tarafların farazi taraf iradeleri kabul edilerek sürenin kendiliğinden uzayacağı ve yüklenicinin temerrüde düşmesine engel

süre gerekmiş ise bu sürenin de kira parasına esas gecikme süresinden düşülmesi suretiyle hükme varılması gerekirken” 15. HD. 15.2.1994 T., 1993/2658 E. 1994/791 K. (Kazancı Bilişim)

²⁹⁴ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 116.

²⁹⁵ “yapılan işlemler ve getirtilecek belgelere göre temel üstü ruhsatının ne kadarlık makul sürede alınabileceğinin tesbiti ile bu süreden itibaren dava tarihine kadar inşaat süresi ve ek sürenin geçip, yüklenicinin temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmediği, getirtilecek belgeler, işlem dosyası ve mevcut delillere göre davalı yüklenicinin iradesi dışında dava dışı Belediye, Kadastro ve Tapu idarelerinden kaynaklanan inşaatın yapılmasını engelleyen ve süre uzatımını gerektiren haller bulunup bulunmadığı ile bunun süreye etkisi ve bu hale göre de dava tarihi itibarıyla yüklenici temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınıp dava sonuçlandırılmalıdır.” 15. HD. 23.1.2019 T., 2018/4287 E. 2019/355 K. (Kazancı Bilişim)

²⁹⁶ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 292.

²⁹⁷ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 116-117; Kurt, **Temerrüt**, s. 108-109.

olacağı şeklindedir.²⁹⁸ Yargıtay'ın da bu görüş doğrultusunda verdiği çok sayıda kararı mevcuttur.²⁹⁹

Yine bazı müellifler, riskler iş sahibinin riziko alanı içerisinde gerçekleşmiş ise de beklenmeyen hallerin varlığı halinde bağımsız bölümlerin teslim süresi kendiliğinden uzamayacağı, bu durumlarda sürenin uzayabilmesi için tarafların anlaşması ya da hakim kararının varlığının aranacağı kanaatindedir.³⁰⁰

Taraflar, inşaat süresinin ne kadar uzayacağı hususunda mutabakata varmışlarsa varılan anlaşma doğrultusunda uzatım süresi tespit edilecekse de, sözleşmede süre belirlenmemiş ya da taraflarca sonradan uzama süresi hususunda anlaşamamışlarsa o zaman uzatım süresinin tespiti hususunda bir boşluğun kabulü gereklidir.³⁰¹ Süre uzatım halleri eserin teslimindeki gecikme nedeniyle olan işlem ve olguların işe etki süresine ve dolayısıyla işi ne kadar geciktirdiğine göre taraflarca belirlenecek ancak bu mümkün olmazsa ve taraflarca başka bir usul de belirlenmemişse hakim tarafından tarafların ortak farazi iradeleri doğrultusunda tespit edilecektir.³⁰² Tarafların anlaşamaması üzerine, hakimin vereceği karar, yenilik doğurucu nitelikte değil sadece bir tespit hükmü olacaktır.³⁰³ Uzatılan süre içerisinde ifa yine gerçekleşmezse temerrüt meydana gelecektir.³⁰⁴

²⁹⁸ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 117; Seliçi, **İnşaat**, s. 82-69 dn.72; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 404; Yener, **a.g.e.**, 30; Aynı yönde Bkz. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 292.

²⁹⁹ “dava dışı idarelerin eylemleri, sözleşmede belirtilen işin yapımına engel olacak derecede hava koşullarının gerçekleşmesi, işin boyutu ve güzergahının değiştirilip sözleşme dışı işler yapılması nedeni ile davacı yüklenicinin süre uzatımına hak kazanıp kazanmadığı” 15. HD. 24.2.2016 T., 2015/6304 E. 2016/1206 K. (**Kazancı Bilişim**)

³⁰⁰ Kurt, **Temerrüt**, s. 119-120.

³⁰¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 117-118.

³⁰² Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 292; Kurt, **Temerrüt**, s. 118.

³⁰³ Kurt, **Temerrüt**, s. 119.

³⁰⁴ “Otopark sayısındaki artış nedeniyle ek süre, davacı iş sahibince süre uzatımı olarak verilen 281 gün içinde davalıya süre olarak verilmiş olmasına rağmen, inşaat süresi içinde yüklenici tarafından tamamlanıp yapı kullanma izin belgesi de alınarak teslim edilmediğinden davalı yüklenici temerrütte kusurludur.” 15. HD. 8.3.2019 T., 2018/5290 E. 2019/1015 K. (**Kazancı Bilişim**)

2.2.İfanın Mümkün Olması

Temerrüdün hiç kuşkusuz en önemli şartlarından bir tanesi de ifanın mümkün olmasıdır, keza sözleşme kurulduktan sonra borçlunun kusuruyla ya da kusuru olmadan ifanın imkansızlaşması halinde artık temerrüt söz konusu olmayacaktır.³⁰⁵

İmkansızlığı biri alacaklıya diğeri borçluya göre belirleyen görüşler mevcuttur. İmkansızlığı alacaklıya göre belirleyen müelliflere göre imkansızlık “*mevcut bir borcun cebri icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesidir*” keza cebri icra yolu ile elde edilemeyen bir borcun imkansızlaşmadığından bahsetmek doğru olmayacaktır.³⁰⁶ İfanın gerçekleşmesinde borçludan çok alacaklının yararı vardır ve hangi sebeple olursa olsun alacaklı cebri icra yolu ile alacağını elde edemiyorsa artık imkansızlık söz konusudur.³⁰⁷

Öğretide diğer görüş ise imkansızlığın borçluya göre ele alınması gerektiği yönündedir.³⁰⁸ Bu görüşteki müelliflere göre, alacaklı cebri icra yolu ile alacağını sağlayamayacak olsa bile borçlu isterse ifayı gerçekleştirebileceğinden artık imkansızlıktan bahsedilemeyecektir.³⁰⁹ Bu görüşteki müelliflerden (dar imkansızlık taraftarı olan) bazıları, imkansızlığın objektif olarak belirlenmesi gerektiği, borçlunun düşüncesinden veya ne söylediğinden ziyade ifayı gerçekleştirebilmesinin kesin olarak mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.³¹⁰

İmkansızlığı borçluya göre tanımlayan müelliflerden (geniş imkansızlık-beklenilmezlik teorisi taraftarı olan) bazıları ise, imkansızlığın borçlunun ifasının kendisinden beklenen tüm çabayı sarf etmesine karşın fiilen veya hukuken imkansız olduğu haller yanında borcun ifasının dürüstlük kuralı gereğince borçludan beklenilmeyeceği durumları da imkansız olarak telakki etmektedir.³¹¹

Bu iki imkansızlık görüşü arasında iş görme borçlarında ortaya çıkan farkın, borçlunun edimi ifa etmeyeceğini açıkça ifade ettiği hallerde önem kazandığı, zorla iş yaptırma imkanı bulunmadığı için, alacaklıyı esas alan görüş bakımından ifa

³⁰⁵ Öz, **Dönme**, s. 155-156; Havutçu, **Müspet**, s. 24; Yıldız, **a.g.e.**, s. 69.

³⁰⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 474, N. 1455; Öz, **Dönme**, s. 158.

³⁰⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 475, N. 1457.

³⁰⁸ Leyla Müjde Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık TBK m. 136 (İmkansızlık)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 81.

³⁰⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 474-475, N. 1456.

³¹⁰ Kurt, **İmkansızlık**, s. 82-83.

³¹¹ Kurt, **İmkansızlık**, s. 84-85.

imkansızlaşmış ise de, borçluyu esas alan görüşe göre borçlu açısından dilerse ifa mümkün olduğundan, imkansızlık değil temerrüt hükümleri söz konusu olacağı belirtilmiştir.³¹²

Sözleşme yapıldığı esnada TBK.m.27 gereğince edimin ifa edilmesi objektif³¹³ olarak, yani yalnızca borçlu bakımından değil herkes için imkansızsa sözleşme geçersizdir ve taraflardan birinin bu geçersizliği bildiği halde karşı tarafı bu konuda uyarmamışsa diğer tarafın menfi zararını tazmin ile mükellef olduğu belirtilmiştir.³¹⁴ “BK’nun 20. maddesine göre başlangıçtaki objektif imkânsızlık bir butlan sebebidir.”³¹⁵ Objektif imkansızlık sözleşmenin kurulduğu esnada mevcutsa, yani sözleşme geçersizse temerrüt de söz konusu olmayacaktır. Eğer sözleşmenin kurulduğu esnada bulunan imkansızlık sadece borçlu bakımından mevcut, üçüncü şahıslar için ifa mümkünse subjektif imkansızlık söz konusudur.³¹⁶ Başlangıçtaki subjektif ifa imkansızlığı ise sözleşmenin geçersizliğine neden olmayacak, borçlunun sorumluluğu dolayısıyla temerrüt hükümlerine tabi olacaktır.³¹⁷

Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ifanın imkansızlaşmasına ilişkin, borçlunun kusur durumu esasına göre TBK.m.112 ve TBK.m.136’da iki farklı düzenlenmeye yer verilmiştir.³¹⁸ TBK.m.136/I hükmüne göre “borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.” TBK.m.112 hükmü gereğince “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını

³¹² Oğuzman/Öz, a.g.e., C. I, s. 475, N. 1458.

³¹³ “BK’nun 20. maddesine göre başlangıçtaki objektif imkânsızlık bir butlan sebebidir. Önemli olan, edimi sadece borçlunun mu, yoksa herkesin mi yerine getirip getiremeyeceğidir. Buna göre, eğer edim, borçlu da dahil üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilemiyorsa, imkânsızlık objektiftir.” HGK. 29.9.2010 T., 2010/14-386 E. 2010/427 K. (Kazancı Bilişim)

³¹⁴ “bir akdin konusu mümkün değilse, o akit imkansızdır. Burada söz konusu olan imkansızlık, başlangıçtaki, yani sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan imkansızlıktır. Bu halde, konusu hukuki veya fiili sebeplerden dolayı imkansız olan sözleşme butlan yaptırımına tabidir ve başlangıçtan itibaren geçersizdir. Burada geçerli olan butlan yaptırımından bahsedebilmek için, imkansızlık sözleşmenin konusu ile ilgili olmalı ve yalnız borçlu bakımından değil, objektif mahiyette ve herkes için söz konusu olmalıdır. Batıl bir sözleşme baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Fakat, sözleşme yapılırken taraflardan biri imkansızlığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen diğer tarafı bundan haberdar etmemişse, bu durumda karşı tarafın uğradığı menfi zararı karşılamakla yükümlüdür HGK. 15.12.2010 T., 2010/13-618 E. 2010/668 K. (Kazancı Bilişim)

³¹⁵ HGK. 29.9.2010 T., 2010/14-386 E. 2010/427 K. (Kazancı Bilişim)

³¹⁶ Mehmet Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 180.

³¹⁷ Altunkaya, a.g.e., s. 189-190.

³¹⁸ Fatih Gündoğdu, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, XII Levha, 2014, s. 45.

gidermekle yükümlüdür.” Bu çerçevede kusurlu ifa imkansızlığı, sözleşmenin kurulduğu esnada ifası mümkün olan bir edimin, ifa zamanında borçludan kaynaklanan sebeplerle ifasının imkansızlaşması hali olarak tanımlanabilir.³¹⁹

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen sübjektif imkansızlığın da imkansızlık hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir.³²⁰ Ancak bu görüşe katılmayan müellifler, sübjektif imkansızlık hallerinde, imkansızlığa ilişkin hükümlerin değil, temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği keza bunun alacaklının yararına olduğu, bu durumda alacaklının imkansızlıkta sahip olmadığı aynen ifa ve sözleşmeden dönme imkanlarına da sahip olacağı kanaatindedir.³²¹

Ancak TBK.m.485 hükmü özel düzenleme getirmiş olup, bu hükmü göre *“eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşır sa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.”* Belirtelim ki kusurlu imkansızlığın, borçlu temerrüdünden sonra ortaya çıkması durumunda, imkansızlığın ortaya çıktığı tarihe kadar temerrüt hükümlerinin, sonraki döneme ise imkansızlık hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.³²²

TBK.m.485’te öngörülen imkansızlığın, iş sahibinin şahsında ya da tehlike anında gerçekleşen bir umulmayan hal nedeniyle, eserin yapımına başlanmasını ya da tamamlanmasını ya da tamamlanmış eserin teslimini objektif, sürekli ve mutlak olarak herkes için geçerli bir biçimde imkansızlaşması olduğu ileri sürülmüştür.³²³ Bu imkansızlığa, üzerinde inşaat yapılacak iş sahibine ait arazinin kamulaştırılması ya da imarının değiştirilip yeşil alan olarak ilan edilmesi ya da deprem ya da toprak kayması ve benzeri nedenlerle inşaat yapılamaz hale gelmesi ya da arkeolojik veya doğal sit alanı ilan edilmesi gibi örnekler verilebilir.³²⁴ İmkansızlığın gerçekleşmesi ile ayrıca

³¹⁹ Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 45.

³²⁰ “Objektif imkânsızlık, BK’nun 20, 96. ve 117.maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Objektif imkânsızlık-sübjektif imkânsızlık ayrımı baştaki imkânsızlık halinde önem kazanmaktadır. Sonraki imkânsızlığın doğurduğu hukuki sonuçlar açısından, objektif imkânsızlık ile sübjektif imkânsızlık arasında bir fark bulunmamaktadır.” HGK. 29.9.2010 T., 2010/14-386 E. 2010/427 K. (**Kazancı Bilişim**)

³²¹ Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 51-52, dn. 31.

³²² Öz, **Dönme**, s. 160.

³²³ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 442.

³²⁴ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 442-443.

bir fesih bildirimine gerek olmaksızın, sözleşme yasa gereği ileri etkili olarak sona erecek, inşaatın henüz tamamlanmamış kısımlarına ilişkin talepleri karşılıklı olarak sona erecek, yüklenici imkansızlık tarihine kadar işi tamamladığı kısma ilişkin sözleşmeye göre belirlenen işin bedelini ve bu bedelin içerisine girmeyen masraflarını iş sahibinden talep edebilecektir.³²⁵

TBK.m.485/II’de düzenlenen zararın, iş sahibin kusuru halinde, yüklenicinin talep edebileceği zararın müspet zarar olduğu³²⁶, yüklenicinin bu şekilde yapmaktan kurtulduğu harcamaların ve diğer işlerden elde ettiği gelirlerin ve dürüstlük kuralı gereği kasten yararlanmayı ihmal ettiği menfaatlerin düşülmesi gerektiği belirtilmiştir.³²⁷

TBK.m.486 hükmü gereği “*yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.*” TMK.m.486’da, yüklenicinin şahsi özellikleri göz önüne alınarak yapılmış ancak yüklenicinin ölümü ya da işi tamamlama yeteneğini kaybetmesi ile imkansızlaşmış sözleşmelerin kanun gereği ileri etkili olarak sona ereceği, ifa edilmemiş kısımlarına ilişkin hak ve borçlar ortadan kalkacağı, yüklenicinin meydana getirmiş olduğu kısmın iş sahibinin işine yarıyor olması durumunda söz konusu kısmın iş sahibi açısından, söz konusu kısmın kabulü ve tamamlama oranı doğrultusunda bedel ödenmesi mecburiyeti getirilmiştir.³²⁸

Eser sözleşmelerine ilişkin bir diğer özel hüküm olan TBK.m.483 gereği “*eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.*” TBK.m.483’e sözleşmeyi sona erdiren maddeler arasında yer verilmişse de bu hüküm her zaman sözleşmenin sona ermesine neden olmayacaktır.³²⁹

³²⁵ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 443.

³²⁶ Yavuz, **Borçlar**, s. 550.

³²⁷ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 443.

³²⁸ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 444.

³²⁹ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 317.

Beklenmedik olay, yükleniciye ya da iş sahibine tahmil edilemeyecek olan olaydır.³³⁰ TBK.m.483'te yer alan beklenmedik olay ifadesi, hem umulmayan halleri hem de mücbir sebebi birlikte ihtiva eder.³³¹ Sözleşme kurulduktan sonra, ancak eser tamamlanıp iş sahibine teslim edilmeden önce beklenmedik bir olay neticesinde kısmen ya da tamamen yok olması ve malzemenin de yüklenici tarafından sağlanması durumunda tüm bu hasara yüklenici katlanacaktır.³³² Henüz tamamlanmadan ya da tamamlandığı halde yükleniciye teslim edilmeden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olan eserin yeniden yapılması gerek yüklenici gerekse diğer üçüncü şahıslar bakımından mümkün olduğu sürece kural olarak imkansızlığa neden olmayacağı belirtilmiştir.³³³ Ancak eserin yeniden yapılması mümkün değilse artık sözleşme imkansızlık hükümleri doğrultusunda sona ermiş olacaktır.³³⁴ Keza, *“tamamlanınca ferdi ile belli olan ve yenisinin yapılması mümkün olmayan bir eser bitirilip de teslim edilmezden önce yahut tamir veya işlenmek için müteahhide verilen ferdi ile belli bir şey geri verilmezden önce taraflara isnadı kabil olmayan bir sebep yüzünden telef olursa, aynı zamanda müteahhit için kusursuz ifa imkânsızlığı ortaya”* çıkacağı belirtilmiştir.³³⁵ Ayrıca, sözleşmeye devam ederek eseri yeniden meydana getirmesi dürüstlük kuralı gereğince yükleniciden beklenemeyeceği hallerde de önemli sebeplere istinaden sözleşmenin sona erdirebileceği belirtilmiştir.³³⁶ Ancak, bu madde hükmünün uygulanabilmesi için iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmemiş olması gereklidir.³³⁷

2.3.İfanın Gerçekleşmemiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa ve arsa üzerinde bulunan ve arzın bir parçası olan yapılar ve kat irtifakının tesisi ile oluşan bağımsız bölümler zaten iş sahibine ait olduğu için mülkiyet devri ve TMK. m.992 gereğince de malike zilyetlik

³³⁰ Kocağa, **İnşaat**, s. 232.

³³¹ Kocağa, **İnşaat**, s. 232.

³³² Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 439.

³³³ Öz, **Dönme**, s. 161.

³³⁴ Öz, **Dönme**, s. 161.

³³⁵ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 317.

³³⁶ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 440.

³³⁷ Kocağa, **İnşaat**, s. 232.

devri hususları söz konusu olmayacaktır.³³⁸ Keza inşaat iş sahibinin arsası üzerinde gerçekleştiğinden zilyetliğin devri söz konusu olmadığı için sadece arsa üzerinde yüklenicinin fiili hakimiyeti sona erecektir.³³⁹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslimin, işin tamamlandığının iş sahibine zımni ya da açık bir biçimde bildirilmesi ile mümkün olduğu belirtilmiştir.³⁴⁰ Yüklenici inşaatı eksiksiz olarak tamamladığında, arsayı ve üzerindeki yapıyı iş sahibinin faydalanmasına uygun bir biçimde bırakarak inşaat sahasından çekilmesi zımni teslimdir.³⁴¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim, yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği için tekrar edilmeyecektir. Yüklenici süresi içerisinde ve sözleşmeye uygun olarak teslimi gerçekleştirmiş ise artık temerrüt söz konusu olamayacaktır.

2.4.Temerrüde Engel Olan Sebepler

2.4.1.Yüklenicinin İfadan Kaçınma Hakkı Bulunması

2.4.1.1.İş Sahibinin Açtığı Dönme Davasının Varlığı

Yüklenicinin bir def'i ileri sürerek ifadan kaçınma hakkının olduğu durumlarda yüklenicinin bu hakkını ileri sürerek ifadan kaçınması halinde temerrüde düşmeyeceği açıktır.³⁴² Yargıtay'a göre "*fesih davası devam ettiği sürece yüklenicinin inşaatı devam zorunluluğu da yoktur.*"³⁴³ Bu durumda iş sahibi tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesine ilişkin açılan dava devam ettiği sürece yüklenici inşaatı durdurma hakkını haiz olacaktır.³⁴⁴ Yine Yargıtay'a göre dava sonunda yüklenicinin temerrüde düştüğü ve sözleşmeden dönmenin şartlarının iş sahibi bakımından gerçekleştiği tespit edilip dönme hükmü verilince, bu süre boyunca

³³⁸ Öz, **Dönme**, s. 168.

³³⁹ Paket, **a.g.e.**, s. 93.

³⁴⁰ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 125; Paket, **a.g.e.**, s. 93.

³⁴¹ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 125; Öz, **Dönme**, s. 168.

³⁴² Öz, **Dönme**, s. 171.

³⁴³ 15. HD. 17.6.2013 T., 2013/2750 2013/3905 K. (**Kazancı Bilişim**)

³⁴⁴ "*Diğer taraftan, iş sahibi yükleniciye karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi BK'nın 81. (TBK'nın 97.) maddesinden yararlanma hakkı bulunan yükleniciyi ifaya zorlayamaz.*" 23. HD. 02.12.2014 T., 2014/1970 E. 2014/7747 K. (**Kazancı Bilişim**)

yüklenicinin inşaatı durdurması yine temerrüt hali sayılacaktır. Yargıtay içtihatları ile getirilen bu dava konusunda ileride ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

2.4.1.2.Ödemezlilik Def'i

TBK.m.97 gereğince “*karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*” “*Karşılıklı bir akit gereğince borç altına girenin, karşı edimin teklif veya ifa edilmesine kadar haiz olduğu edimi ifadan kaçınma hakkı olan ... akdin ifa edilmediği def'i*”³⁴⁵ de şartları varsa temerrüdü engelleyecektir. Eksik iki taraflı sözleşmelerde TBK.m.97 uygulama alanı bulmaz. ³⁴⁶ TBK.m.97 aynı anda ifa esasına dayanmaktadır³⁴⁷. İfa teklifinin, temerrüt ihtarı ile aynı mahiyette olması gereklidir.³⁴⁸ İspat külfeti tümüyle karşı tarafa ait olacaktır.³⁴⁹

İfa talebi, dava dışında bir yolla kendisine iletilen taraf, söz konusu sözleşme şekil şartına tabi olsa bile herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın ödemezlilik def'ini ileri sürebileceği, gerekçe belirtmesine gerek olmaksızın sadece ifa etmediğini beyan etmesinin yeterli olduğu ileri sürülmüştür.³⁵⁰

TBK.m.97 hükmünün bir “*dava temelinin yetersizliği savunması*” mı yoksa klasik anlamda bir def'i mi olduğu hususu Türk Hukuku'nda tartışmalı olmakla birlikte Türk ve İsviçre Hukuklarında hakim görüşün bir def'i olduğu yönünde olduğu belirtilmiştir.³⁵¹ Keza, ilki kabul edilirse hakim tarafından re'sen nazarı dikkate alınan bir hususken, def'i olarak kabul edildiğinde hakim tarafından incelenebilmesi için bu def'ie dayanan tarafça, davada ileri sürülmüş olması gerekecektir.³⁵²

³⁴⁵ Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1962, s. 1.

³⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altup, **a.g.e.**, s. 828-829.

³⁴⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altup, **a.g.e.**, s. 831.

³⁴⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 525.

³⁴⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 257.

³⁵⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 371, N. 1114.

³⁵¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 363, N. 1088.

³⁵² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 362, N. 1087.

Bazı müellifler, TBK.m.97'nin gerçek anlamda bir def'i olduğu³⁵³, yüklenicinin bu def'i hakkına sahip olmasının tek başına yeterli olmadığı, ancak iş sahibine kaşı ileri sürmesi durumunda dikkate alınacağı ve etkisi devam ettiği müddetçe süreyi uzatacağı kanaatindedir.³⁵⁴ Yani, süresi içerisinde yüklenici tarafından TBK.m.97'ye dayanılmaz ise, bu duruma yüklenici katlanacak ve ödemezlik def'i mahkemece res'en nazarı dikkate alınmayacaktır.³⁵⁵ Ancak bu husus davacının iddiasının muhteviyatından anlaşıldığı taktirde hakimın bu hususu kendiliğinden dikkate alması gerektiği ileri sürülmüştür.³⁵⁶

Bu görüşü savunan müellifler, diğer tarafın kanun maddesinin lafzından yola çıktığı ancak maddenin lafzı konusunda hatalı değerlendirme yaptıkları, maddenin amacının kendi ediminin ifasından kaçınmak suretiyle karşı tarafı edimini ifaya zorlamak olduğu, bunun mutlaka hakim tarafından yapılmasının gerekmediği, sorunun hakimın re'sen dikkate alması gerektirecek mahiyette bulunmadığı, bu maddenin bir tür teminat işlevi gördüğü ve hakimın istemde bulunmayan bir taraf lehine teminat sağlama yükümlülüğü bulunmadığı, mahkemelerin talep halinde karar verdiği, bir tarafın hakkını korumakta ihmali ya da yetersizliği varsa hakimın taraflar arasında denge sağlamak zorunda olmadığı, keza kaybedilecek bir husus olmadığı ayrı bir dava ile alacaklının alacağını yine talep edebileceğini, davacının kendi edimi ifa ya da teklif ettiğini ispatlamak zorunda kalacağını, aksinin kabulü halinde mahkemelerin çok ciddi araştırma yükü ile karşı karşıya kalacağı gibi pek çok iddia ile görüşlerini temellendirmeye çalıştıkları anlaşılmaktadır.³⁵⁷

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, kendi ediminin ifa ya da teklif edilmesi, karşı tarafın ediminin talep edilebilmesinin bir şartıdır.³⁵⁸ Keza bu görüşe göre, hakim her şart altında sözleşmenin kurucu unsurunun varlığını araştırarak olup, bu nedenle dava dilekçesinde ifa ya da usulüne uygun teklifin varlığına dayanılması

³⁵³ Kaniti, **a.g.e.**, s. 39; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 827.

³⁵⁴ Kurt, **Temerrüt**, s.104; Müge Ürem, **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme**, İstanbul, Onikilevha, 2017, s. 106.

³⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 827; Ürem, **a.g.e.**, s. 107.

³⁵⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 361, N. 1114.

³⁵⁷ Kaniti, **a.g.e.**, s. 41-42.

³⁵⁸ Kaniti, **a.g.e.**, s. 39.

ve bu hususların yargılama esnasında ispatı gerekecektir.³⁵⁹ Bunun için davalının, davaya dahil olması, süresi içerisinde TBK.m.97 anlamında ödemezlik def'inde bulunmaları ve davayı takip etmesi şart değildir. Bu görüşe göre, kendisine ait edimi yerine getirmeyen ya da teklif etmeyen yan tarafından açılan dava erken açılmış bir davadır ve reddedilmelidir.³⁶⁰

Görüşümüzün kabulü halinde mahkemelerin, tarafın iddia etmediği hususlarda çok ciddi araştırma yükü ile karşı karşıya kalacağına ilişkin eleştiriye katılmamaktayız. Mahkemeler dava konusu talebin, sözleşmedeki karşı ediminin ifa edilip edilmediğini ya da usulüne uygun teklif edilip edilmediğini inceleyecekse de burada kural olarak mahkemece araştırma ilkesi değil, taraflarca hazırlama ilkesi söz konusu olacak, dava dosyasında davacının kendi edimini ifa ettiğini ya da ifa teklifinde bulunduğu dair delillerin mevcut olması gerekecektir.

TBK.m.97'nin bir def'i olarak kabulü halinde ise, örneğin taşınmaz satış vaadine dayalı bir tapu iptal davasında, davacının satım bedelini ödeyip ödemediğini yani kendi edimini yerine getirip getirmediğini hakim re'sen dikkate alamayacak, bunun incelenebilmesi için satış vaadinde bulunan davalının, duruşmadaki yazılı ve sözlü savunmalarında ödemezlik def'ini ileri sürmesi gerekecek, davalı herhangi bir nedenle davayı takip etmemesi ya da edememesi durumunda ise yargılamada bu husus incelenmeden karar verilecektir. Bu görüşün kabulünün ve TBK.m.97'nin bu şekilde tatbikinin kanun koyucunun amacına ve hakkaniyete uygun adil bir çözüm olduğunu kabul etmek uygun görülmemektedir. Yargıtay'ın bu görüş doğrultusunda vermiş olduğu kararları mevcuttur.³⁶¹

³⁵⁹ Kaniti, **a.g.e.**, s. 36.

³⁶⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 524-525; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku (Borçlar)**, C. II, 2. bs., İstanbul, Arkadaş Matbaası, 1943, s. 754.

³⁶¹ “Ayrıca satış vaadi sözleşmeleri karşılıklı edimleri içerdiğinden davacı adına tescil isteyebilmek için öncelikle kendi yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Buna göre Borçlar Kanunun 81 ve 82. maddeleri uyarınca ya edimini yerine getirmesi veya yerine getirmeye hazır olduğunu açıklaması gerekir. Bedel tamamen ödenmedikçe tescile karar verilemez. Davacı, bakiye bedeli mahkemece belirlenecek yere yatırmaya hazır olduklarını bildirmiştir. Satış vaadi sözleşmesinde ödenmeyen kısım için davacıya Borçlar Kanunun 81. maddesi gereğince bakiye bedelin davalı adına depo edilmesi için önel verilerek bedel ödendikten sonra tescile karar verilmesi doğru görülmemiştir.” 14. HD. 18.3.2002 T., 2002/1414 E. 2002/1922 K. (**Kazancı Bilişim**)

Gene ayrıca, Yargıtay özellikle geçersiz harici sözleşme gereğince tarafların birbirlerine verdikleri edimlerin iadesinde TBK.m.97'in kıyasen uygulanacağı ve karşı tarafın edimini iade etmeden ya da iadesini teklif etmeden kendi ediminin iadesini talep edebilme şartının gerçekleşmemiş olacağı kanaatindedir.³⁶² Biz de Yargıtay'ın dürüstlük kuralı gereği TBK.m.97 hükmünü kıyasen geçersiz sözleşmelere uygulanmasına yönelik uygulamasının doğru olduğu kanaatindeyiz.

TBK.m. 479 hükmü gereği *“İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.”* Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmamışsa, iş tümüyle tamamlanıp hazır olduğu bildirilmediği sürece, bedelin kısmen ya da tamamen ödenmediği gerekçesiyle yüklenici ödemezlik def'ini ileri süremeyecek ve edimini ifa etmekten imtina edemeyecektir.³⁶³ Ancak, arsa payı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin tam olarak edimini ifa etmesi ve tesliminden önce, inşaatın geldiği belirli aşamalar itibari ile yükleniciye pay ya da bağımsız bölüm devri yapılacağı ya da yükleniciye devredilen bağımsız bölümler üzerindeki ipoteklerin terkin edileceği öngörülmüş ancak iş sahibi bu devirleri ya da terkinleri yapmaktan imtina ediyorsa o zaman yüklenici TBK.m.97 gereğince ödemezlik def'ini ileri sürme ve edimini ifaya devam etmeme hakkını haiz olacaktır. Karşı edim geçerli ve ifa edilebilir olduğu sürece ödemezlik def'i ileri sürülebilecektir ancak karşı edimin

³⁶² “Haricen gayrimenkul satılıp da bedeli satana ve gayrimenkul de alana teslim ve bu suretle gayrimenkul alanın intifaaına terk edildiği ve ahiren bunlardan biri ferağdan veya teferruğdan imtina ettiği takdirde muteber olmayan bu satış zmnında her iki tarafın verdiği istirdada hakkı mevcut ve Satın aldığı parayı ve müşteri de gayrimenkulu iade vecibeleriyle mükellef bulunmuşlar ise de birtaraf vecibesini ifa etmedikçe diğer tarafı ifayı vecibeye davet edemeyeceğine binaen aldığı bedeli iade etmeyen tarafın diğer tarafı gayrimenkulu iadeye icbar ve intifadan men edemeyeceğine ve para iade olununcaya kadar gayrimenkulden intifaa izin mevcut addedileceğine ve bu vaziyette yani verdiği bedel kendisine iade edilmeyen tarafın mütemerrit addine imkan bulunmadığına ve parası iade edilinceye kadar da intifa ettiği semerelerin tazminiyle ve ecrimisil itasıyla mükellef tutulamayacağına müzakere nisabı mevcudunun üçte ikisinin ittifakiyle karar verildi.” İBK. 10.07.1940 T., 1939/2 E. 1940/77 K. (Kazancı Bilişim)

³⁶³ Öz, Dönme, s. 171. “Her iki tarafa borç yükleyen kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de, öncelikle bina yapma yükümlülüğü altına giren yüklenici sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirmeli, daha sonra da iş sahibinden borcunu ifa etmesini talep etmelidir.” HGK. 8.4.2021 T., 2017/23-1612 E. 2021/441 K. (Kazancı Bilişim)

önemsiz kısımlarındaki gecikmelerden ötürü ödemezlik def'ini ileri sürmek objektif iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edecektir.³⁶⁴

Dava esnasında ileri sürülen ödemezlik def'inin koşullarının varlığını ispat yükünün, bunu ileri süren davalıda değil, şartlarının gerçekleşmediğini ileri süren davacı tarafta olduğu, davacının bu hususu aksini ispatlayamaması durumunda, davanın şimdilik kaydı ile reddedileceği, keza ödemezlik def'inin geciktirici mahiyette bir def'i olduğu ileri sürülmüştür.³⁶⁵

Yargıtay, TMK.m.734/II düzenlemesi öncesine ait önalım (şufa) davasına ilişkin bir içtihadı birleştirme kararında, hakimin karar vermeden önce, davacıya kendi edimini ifa ya da usulüne göre ifayı teklif etmesi için uygun bir süre vermesi gerektiğine, bu süre içerisinde edimini ifa ya da usulüne uygun olarak teklif etmeyen davacının davasının reddedileceğini belirtmiştir.³⁶⁶

2.4.1.3.İfa Güçsüzlüğü Ödemezlik Def'i

Yüklenicinin acze düşmesi yani *“alacaklılarını tatmin etmek için gerekli olan mali vasıtalarından yoksun”*³⁶⁷ olması üzerine hakları tehlikeye giren iş sahibi, ediminin tamamını önce ifa etmek zorundaysa ya da alacağı henüz muaccel değilse o zaman ödemezlik def'i, TBK.m.98'in kendisine sağladığı gerekli korumayı sağlamayacaktır³⁶⁸. Bu def'inin ödemezlik def'inin daha da kuvvetlendirilmiş türü olduğu ileri sürülmüştür.³⁶⁹ İfa güçsüzlüğü başlığı altındaki TBK.m.98 hükmü gereği *“karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınuncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.”* Bu def'i ifa güçsüzlüğü

³⁶⁴ Kaniti, **a.g.e.**, s. 73.

³⁶⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 372, N. 1116.

³⁶⁶ *“Şufa davasında hâkimin hükümden önce re'sen nazara alarak tâyin edeceği münasip bir mehil içinde satış bedeli ile şefie ait olması lâzım gelen satış masraflarını tediye veya tevdie karar verebileceğine ve tediye veya tevdiden sonra kaydın tashihine hükmedebileceğine”* İBK. 20.06.1951 T., E. 13/5 K. (Resmî Gazete)

³⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 834.

³⁶⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 373, N. 1119.

³⁶⁹ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar)**, C. I, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 750.

halinde ödemezlik def'i olarak adlandırılmıştır.³⁷⁰ Örneğin iş sahibinin iflas etmesi ve bu nedenle yüklenicinin haklarının tehlikeye düşme ihtimali varsa, yüklenicinin TBK.m.98 gereğince karşı edimin ifası hususunda güvence verilinceye kadar ifadan kaçınma hakkı bulunmaktadır. Burada iş sahibine, yüklenicinin aciz durumuna düşmesi halinde kendisine gerekli teminat verilinceye kadar kendi edimini ifadan imtina imkanı sağlanmaktadır.³⁷¹ İş sahibinin, yüklenicinin güvence göstermesini, icra takibi³⁷² ya da dava yolu ile talep edebilme imkanı da bulunmamaktadır.³⁷³ İleride taraflar arasında verilen sürenin usule uygunluğu ve geçerliliği hususunda tartışmaya mahal bırakılmaması bakımından söz konusu sürenin tespitinin mahkemeden talep edilmesi uygun olacaktır.³⁷⁴ İfa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için ileri sürecek tarafın kendi edimini ifa etmemiş olması gereklidir³⁷⁵, keza, ifa ettikten sonra başvuracağı yol TBK.m.125'de düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerdir.³⁷⁶

Daha alacağın vadesi gelmemiş olan taraf dahi TBK.m.98 hükmüne istinaden def'i ileri sürebilir ve şartları varsa sözleşmeden dönebilir.³⁷⁷ Bu def'inin kullanılması için alacaklının edimini önce ifa etmekle yükümlü olmasının zorunlu olmadığı³⁷⁸ ancak söz konusu durumda def'inin öneminin daha da arttığı ileri sürülmüştür.³⁷⁹

³⁷⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1119, N. 3114.

³⁷¹ Rona Serozan, Başak Baysal, Cem Sanlı, **Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Serozan Borçlar Genel)**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha, 2022, s. 98, N. 23.

³⁷² Funk, **a.g.e.**, s. 204.

³⁷³ Eren, **a.g.e.**, s. 1124, N. 3130.

³⁷⁴ Funk, **a.g.e.**, s. 203.

³⁷⁵ Farklı yönde görüş için bkz. "BY. Mad. 82 kuralının alacaklıya sunduğu dönme hakkı, onun kendi edim yükümünü tamamen yerine getirmiş bulunduğu durumda da mevcut sayılmak gerekir." Serozan, **Dönme**, s. 362; Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 753.

³⁷⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1121-1124, N. 3119-3128.

³⁷⁷ Funk, **a.g.e.**, s. 203-204.

³⁷⁸ Ancak bu durumda ileri sürülebilmesi için kendisi için değersiz olacak bazı hazırlık işlemleri yapmaya mecbursa, bu gereksiz masraflardan kurtulmak imkanına TBK.m.98 sayesinde kavuşmuş olacaktır. Bkz. Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 751.

³⁷⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 373, N. 1120. "Gerçekten karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde akdın ifasını talep eden kimse öncelikle kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olması gerekmekte ise de, bu kural, karşı tarafın (Olayda yüklenicinin) güçsüzlük aciz haline düşmemiş olması koşuluna bağlıdır. Diğer bir deyimle, davacı işveren kendi edimini tümü ile yerine getirmesine rağmen yüklenicinin yine de inşaatı tamamlamayacağı yani temerrüdüne devam edeceği konusunda yeterli bulgular mevcut ise, artık davacıdan öncelikle edimini yerine getirmesi istenemez. Bu gibi durumlarda hakkı tehlikeye düşen taraf diğer taraftan teminat isteme yetkisine de sahiptir (BK. m. 81, 82)" 15. HD. 17.4.1985 T., 1984/4504 E. 1985/1303 K. (**Kazancı Bilişim**)

Keza, önce kendi edimini ifa etmek zorunda olan ve dolayısıyla ödemezlik def'i ileri sürme imkanı olmayan tarafın, aciz halindeki karşı tarafa, karşı edimi ya da hiçbir teminat almadan kendi edimini ifa etmesinin hakkaniyete aykırı olacağı belirtilmiştir.³⁸⁰

TBK.m.98'e göre borçlu yüklenicinin edimini ifa imkanın şüpheli olması değil, hayatın olağan akışına göre ifanın gerçekleşmemesinin ciddi, beklenen ve gerçekten alacağı tehlikeye düşürmüş bir durum olması gereklidir.³⁸¹ Borçlunun iflası, konkordato müracaatında bulunması, hakkında alınmış kati ya da geçici aciz vesikası bulunması, çeklerinin karşılıksız çıkması, bonolarının protesto edilmesi gibi haller aciz hali olarak kabul edilebilir.³⁸² İfa güçsüzlüğünün bir usul hukukuna ait değil, maddi hukuka ait bir sorun olduğu belirtilmiştir.³⁸³ Alınacak teminat ipotek, rehin gibi aynı ya da kefalet, TBK.m.128 bağlamında garanti vesair şahsi bir teminat da olabilir.³⁸⁴ Teminatın evsafi hususunda tarafların anlaşamamaları durumunda teminatın mahkemeden belirlenmesini talep edebileceklerdir.³⁸⁵ İş sahibin alacağı, yeterli teminata bağlı ve aciz hali geçici³⁸⁶ ise artık iş sahibi TBK.m.98'e dayanamamalıdır.³⁸⁷

Yine aciz halinin, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmaması gereklidir, aksi taktirde hata ve hile gibi irade sakatlıklarına ilişkin yollara başvurulması gereklidir³⁸⁸. Sözleşme yapıldığı esnada karşı tarafın aciz içerisinde bulunduğu bilen taraf ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'ine dayanamaz.³⁸⁹ Verdiği uygun süre içerisinde verilmesi gerekli teminat kendisine verilmeyen iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir.³⁹⁰ Yüklenicinin aciz halinden ya da alacaklının haklarının tehlikeden

³⁸⁰ Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 751.

³⁸¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 374-375, N. 1125.

³⁸² Funk, **a.g.e.**, s. 203; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 374-375, N. 1125; Eren, **a.g.e.**, s. 1119-1122, N. 3114-3121.

³⁸³ Eren, **a.g.e.**, s. 1121, N. 3121.

³⁸⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1124, N. 3130.

³⁸⁵ Funk, **a.g.e.**, s. 204.

³⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 835.

³⁸⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 374, N. 1125; Eren, **a.g.e.**, s. 1121, N. 3121.

³⁸⁸ Funk, **a.g.e.**, s. 203; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 374, N. 1123; Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 752; Eren, **a.g.e.**, s. 1122, N. 3122.

³⁸⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1122, N. 3122.

³⁹⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 373, N. 1119.

kurtulması ya da yüklenicinin kendi edimini usulüne uygun teklif etmesi ya da talep ettiği teminatın iş sahibine verilmesi ile birlikte TBK.m.98'e dayanan ifa güçsüzlüğüne dayalı def'i tesirsiz hale gelecektir.³⁹¹

2.4.2.Alacaklı Temerrüdü

TBK.m.106/I hükmü “*Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur*” şeklindedir. Kendisine teklif edilen ifayı, haklı bir neden olmaksızın kabul etmekten ve ifanın gerçekleşmesi hususunda kendi yapması gerekenleri yapmaktan imtina eden alacaklı, TBK.m.106/I hükmü gereği alacaklı temerrüdüne düşer.³⁹² TBK.m.106 gereğince “*alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur.*” Keza, borçlunun borcunu ödemekte hukuki yararı bulunduğu ve isteği dışında bir borç ilişkisi içerisinde borçlu olarak kalmaya zorlanamayacağı şüphesizdir.³⁹³

Ifayı kabul ve ifayı engellemek aynı zamanda alacaklı için bir borç teşkil ediyorsa, bu durumda alacaklı temerrüdü hükümleri ile borçlu temerrüdü hükümlerinin yarışacağı belirtilmektedir.³⁹⁴ Eser sözleşmelerinde eseri teslim almanın iş sahibi bakımından TBK.m.486/II gereğince bir yükümlülük olduğu ileri sürülmüşse de³⁹⁵ biz bu hususta karşı görüşe katılıyoruz³⁹⁶. Zira eser sözleşmesine ilişkin TBK m.470-486 hükümleri arasında teslimi alıcı için sadece bir hak değil aynı zamanda bir borç olarak düzenleyen TBK m.232 gibi bir hüküm mevcut değildir. Bununla birlikte

³⁹¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 374, N. 1124; Eren, **a.g.e.**, s. 1124, N. 3131.

³⁹² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 534; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 350, N. 1137.

³⁹³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 533. “*Borçlu tarafından borca uygun olarak ifası teklif edilen bir edim, alacaklı tarafından haklı bir neden olmadan kabul edilmediği takdirde, alacaklı temerrüde düşmüş olur. Borca uygun olarak teklif olunan bir ifanın, alacaklı tarafından haklı bir neden olmaksızın kabul edilmemesi, borca aykırı bir davranıştır. Borçlu borca uygun olarak ifada bulunmak istediği halde, alacaklı kabulden kaçınır ya da borçlunun ifada bulunmasına engel olursa, borçluya borçtan kurtulma olanağını tanımak gerekir. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlu kendi edimini ifa ederek karşı edimi talep etmek ister. Alacaklının temerrüdü bu nedenlerle kabul edilmiş ve borçluya borcunu ifa ile kurtulma olanağı getirilmiştir.*” HGK. 24.11.2020 T., 2017/15-493 E. 2020/932 K. (**Kazancı Bilişim**)

³⁹⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 541; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 377, N. 1136.

³⁹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 837.

³⁹⁶ Öz, **İnşaat**, s.130.

belirtelim ki, çoğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde zaten iş/arsa sahibinin yüklenicinin çalışmaları önündeki engelleri kaldırma ve iş bittiğinde de işi kabul şartları hususunda yer alan hükümler, sözleşmede kararlaştırılmış bir ifayı kabul yükümü olarak yorumlanmaya müsait olacaktır.

İfa teklifinin alacaklı temerrüdü meydana getirebilmesi için, borçlu tarafından yapılan teklifin, kanun maddesinden de açıkça anlaşılacağı üzere “*yapma veya verme edimi gereği gibi*”, miktar, evsaf, yer ve zaman bakımından borca uygun olarak alacaklıya ya da onun yetkili temsilcisine yapılmış olması gereklidir, yoksa alacaklı temerrüdü oluşmayacaktır.³⁹⁷ Eğer alacaklının ifaya katılacağı tarih kesin vade ile belirlenmişse alacaklının kendisine ayrıca teklifin yapılmasının gerekli olmadığı ileri sürülmüştür.³⁹⁸ Alacaklının sözleşmeden döndüğü ya da geçersiz saydığı yönündeki irade açıklamaları da edimi kabul etmeyeceği olarak kabul edilmesi gereklidir.³⁹⁹

Yüklenici tarafından gönderilen usulüne uygun ihtarnameye rağmen bağımsız bölümlerin arsa sahibi tarafından teslim alınmaması⁴⁰⁰, iskan alma yükümlülüğü bulunan yükleniciye iskan alımı için gerekli vekaletlerin verilmemesi⁴⁰¹, arsa sahibinin tadilat projesine ilişkin vekalet vermesi gerektiği halde yükleniciye gerekli

³⁹⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 378-379, N. 1139-1140-1142. “*Davalı yanca 17.6.2008 tarihli ihtarla inşaatın tamamlanarak teslim alınması gerektiği davacıya bildirilmiş ise de sözleşmede inşaatın anahtar teslimi yapılacağı belirtildiği, anahtar teslimi de işin sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi, ruhsat ve imara uygun olarak yapılıp yapı kullanma izin belgesi de alınarak teslimini kapsadığından söz konusu ihtar davacı arsa sahibini alacaklı temerrüdüne düşürücü nitelikte değildir.*” 15. HD. 13.9.2012 T., 2011/4901 E. 2012/5799 K. (**Kazancı Bilişim**)

³⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 839.

³⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 839.

⁴⁰⁰ “*Eser sözleşmelerinde yüklenicinin iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve ekleri fen ve tekniği ile iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim ettiği, ya da iş sahibinin teslim almaktan kaçındığını yasal delillerle kanıtlamak zorundadır. Somut olayda, davalı iş sahibi ihtara rağmen teslim almaktan kaçındığından iş sahibi (alacaklı) temerrüdü gerçekleşmiş ise de, sipariş ve sözleşme konusu olduğu ileri sürülen ambalajlar üzerinde sözleşme ve eklerine uygun olup olmadığı, bedele hak kazanılıp kazanılmadığı hususlarında teknik yönden inceleme yaptırılmadığı gibi bu konuda davadan önce yaptırılmış delil tespiti de bulunmamaktadır*” 15. HD. 12.1.2015 T., 2014/5960 E. 2015/47 K. (**Kazancı Bilişim**); “*Bu durumda, davacı yüklenici tarafından davalıya edimini ifaya hazır olduğu bildirilmesine rağmen davalı tarafından ihtarnameye karşı çıkılmadığından alacaklı temerrüdüne oluştuğu kabul edilmelidir*” 15. HD. 19.6.2014 T., 2013/4833 E. 2014/4262 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁴⁰¹ “*Yapı kullanma izin belgesi alınmak üzere yükleniciye arsa sahibince verilmiş vekâletname bulunmasa dahi yüklenici vekâletname verilmesini talep etmek ya da yapı kullanma izin belgesi alınması için yapması gereken işlemlerin yapılmasını arsa sahibinden isteyerek arsa sahibini alacaklı temerrüdüne düşürdüğünü ileri sürüp kanıtlayamadığından vekâletname bulunmaması yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaz.*” 15. HD. 8.3.2019 T., 2018/5290 E. 2019/1015 K. (**Kazancı Bilişim**)

vekaletnameyi vermemesi⁴⁰², önemsiz eksik ya da ayıplı ifa iddialarına dayalı olarak bağımsız bölümlerin teslim alınmasından imtina edilmesi⁴⁰³, iskan harçlarını ödeme yükümlülüğü arsa sahibine tahmil edildiği ve yüklenici tarafından bu konuda ihtarname gönderildiği halde arsa sahibi tarafından iskan harçlarının ödenmemesi⁴⁰⁴, yüklenicinin ediminin ifasına ilişkin yükümlülüğü bulunan teknik bilginin arsa sahibi tarafından yükleniciye verilmemesi⁴⁰⁵, arsa sahibinin yükleniciye gönderdiği ve yüklenicinin itiraz ettiği ve ifaya hazır olduğunu bildirdiği halde yüklenici tarafından gönderilen edimin ifasının kabul edilmeyeceğini de içeren geçersiz dönme ihbarı⁴⁰⁶ yine alacaklının, seçim hakkına sahip olduğu ve bu şekilde ifanın ilerleyeceği bir sözleşmede, belirtilen seçim bildirme tarihinde alacaklı tarafından seçim bildiriminde bulunulmaması; borçlu edimin ifa edileceği yere alacaklı tarafından sokulmaması, borçlunun edimi göndereceği adres alacaklı tarafından bildirileceği halde borçluya bildirilmemesi, kısmi ifanın herhangi bir hukuki ve haklı gerekçesi olmaksızın

⁴⁰² “Yüklenici şirketin 5.3.1999 günlü ihtarı ile istemesine rağmen, arsa sahibi 5.4.1999 günlü cevabında proje tadili için gerekli vekaletnameyi vermeyeceğini bildirdiğinden, iskan konusunda arsa sahibi davacının alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmelidir.” 15. HD. 21.11.2002 T., 2002/3403 E. 2002/5394 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁴⁰³ “Yapı kullanma izin belgesi alınmış olsa dahi arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin kullanılmayacak ve kabulü zorlanamayacak seviyede eksik ve kusurlu yapılmış olması halinde arsa sahibi bu haliyle bağımsız bölümleri almaya zorlanamaz ise de; eksik ve kusurların bu derecede olmaması halinde teslim almaktan kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağından alacaklı temerrüdünü oluşturur.” 15. HD. 19.11.2018 T., 2018/1673 E. 2018/4550 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁴⁰⁴ “sözleşmenin 11. maddesine göre, yapı kullanma izin belgesinin alınması işleminin davalı yüklenici tarafından takip edileceği, ancak harçların arsa sahiplerince ödeneceği benimsenmiştir. Az yukarda değinildiği üzere, inşaatta halen eksik ve kusurlu işler bulunduğu gibi davalı yüklenici tarafından yapı kullanma izin belgesi işlemleri takip edilip sonlandırılıp davacı arsa sahiplerine harçları yatırması yönünde ihtarname gönderilerek, TBK'nun 106. (BK. madde 90) maddesi gereğince davacı yan alacaklı temerrüdüne de düşürülmüş değildir.” 23. HD. 16.4.2015 T., 2014/7999 E. 2015/2613 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁴⁰⁵ “teknik detayların verilmesi hususunda davalı iş sahibini fesih tarihine kadar alacaklı temerrüdüne düşürmemiş” 15. HD. 15.1.2015 T., 2014/1787 E. 2015/178 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁴⁰⁶ “Oysa davacı, anılan yasa kuralına uymadan 16.1.2009 tarihli “fesih” bildiriminde bulunmuş ve sözleşmenin feshini gerektiren sebepler olarak da; “Sözleşme süresi, malın teslim alınması, fatura düzenlenmesi, son iki adet senedin protesto edilmesi, varsayılan ekonomik kriz” gösterilmiş ve aynı sebepler dava dilekçesinde de tekrarlanmıştır...Davalı taraf ise, 22.1.2009 tarihli cevabi ihtarında, sözleşme konusu vincin teslim ve montaja hazır olduğunu bildirmiş ve karşı edimi kapsamındaki “montaj” ile ilgili işlemlerin yapıldığının bildirilmesini istemiş, fesih bildiriminin de kabul edilmediği açıklanmıştır... Yukarıda açıklandığı üzere, davacının 16.1.2009 tarihli ihtarnamesi, taraflar arasındaki sözleşmenin feshi sonucunu doğurmadığı gibi, davalının ediminin kabul edilmeyeceğini de bildirdiğinden, alacaklı temerrüdünü oluşturur. Bu durumda, BK'nun 107/I.maddesi gereğince, montaja dair ediminin ifası için yüklenici tarafından davacıya süre verilmesi gerekmemektedir ... Sonuç itibarıyla, davacı iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü ve dolayısıyla sözleşmeyi feshinin haksız olduğu anlaşılmaktadır.” HGK. 22.5.2013 T., 2012/15-1493 E. 2013/731 K. **(Kazancı Bilişim)**

reddedilmesi⁴⁰⁷, ifaya alacaklının da katılması gerektiği halde borçlunun yaptığı teklife karşın alacaklının ifanın hazırlık işlemlerinde katılmaması vesair hallerde olduğu gibi alacaklının ifanın gerçekleşmesi için gerekenleri yapmamasından kaynaklanan alacaklı temerrüdü söz konusudur. ⁴⁰⁸ Yargıtay’a göre, “*eser sözleşmelerinde yüklenici, alacaklının olumsuz tutumu yüzünden borcunu ifa edemeyecek duruma düştüğü takdirde, akitten dönme nedeniyle sözleşmenin feshi halinde aynen uygulanır. Olumsuz tutum, borçlunun kasten veya ihmal suretiyle edanın icap eden zamanda yerine getirilmesini temin için gerekli önlemleri almamak, ifaya mani olabilecek engelleri etkisiz kılmamak gibi eylemleri de içerir.*”⁴⁰⁹

Türk-İsviçre hukukunda, temerrüdün oluşması için kusur unsur olmayıp, alacaklının temerrüde düşmesi için kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır. ⁴¹⁰ Alacaklının sadece objektif haklı nedenlerinin varlığı halinde edimin ifasını kabul edememesinin temerrüt teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. ⁴¹¹

İfa teklifinin gerçek ve fiili olması, yüklenicinin gerekli hazırlığı ve üzerine düşenleri yerine getirmiş olması gerektiği, istisnai haller dışında hiçbir hazırlığı olmayan sadece sözlü tekliflerin alacaklı temerrüdü meydana getirmeyeceği belirtilmiştir. ⁴¹²

Arsa sahibi, yüklenici tarafından kendisine gönderilen ihtarnamedeki sürenin dolması ile temerrüde düşmüş olacaktır. ⁴¹³ Yüklenicinin, usulüne uygun teslimi ya da teslim söz konusu değilse arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğünü iddia ve ispat

⁴⁰⁷ “*hukuksal bir nedenin de bulunmamasına göre davacının bu nitelikteki kısmi ediminin ifasını davalı kabulden kaçınamaz. O halde, B.K.nın 90. maddesi gereğince, davalı sayısı belirtilen materyali teslim almadığından "alacaklı temerrüdüne" düşmüş olduğunun kabulü gerekir.*” 15. HD. 3.3.2011 T., 2009/6130 E. 2011/1299 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁴⁰⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 380-381, N. 1146-1147-1148.

⁴⁰⁹ HGK. 12.2.1986 T., 1986/15-42 E. 1986/134 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁴¹⁰ Mehmet Üçer, **Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, Turhan, Kitabevi, 2007, s. 17. Aksi görüşteki müellifler için Bkz. Nevzat Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklı Temerrüdü**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992, s. 49-50-51.

⁴¹¹ “*Alacaklının temerrüdünün gerçekleşmesi için borç muaccel olmalı, borcun ifası borçlu tarafından alacaklıya teklif edilmiş olmalı son olarak da alacaklının ifayı reddetmesi ve reddin haklı bir sebebe dayanmaması gerekir*” HGK. 24.11.2020 T., 2017/15-493 E. 2020/932 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁴¹² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 379, N. 1144, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 838; Koç, **a.g.e.**, s. 117.

⁴¹³ “*davacıların alacaklı temerrüdüne düştüğü tarihe kadar; yani, yüklenicinin 8.9.1999 tarihinde keşide ettiği ihtarnamede tanınan 7 günlük sürenin sonuna kadar hesaplanması gerekirken*” 15. HD. 10.12.2001 T., 2001/3834 E. 2001/5707 K. (**Kazancı Bilişim**)

etmesi gereklidir.⁴¹⁴ Teklifin bir hukuki işlem değil hukuki bir olay olduğu için tanık dahil her türlü delil ile ispat edilebileceği ileri sürülmüştür.⁴¹⁵ Keza, yapması gerekenler konusunda sahibini uyarmak ve gerektiğinde arsa sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmek yüklenicinin özen borcunun bir gereğidir.⁴¹⁶ Yargıtay, bir içtihadında borçlu tarafından alacaklıyı temerrüde düşürmek için gönderilen ancak alacaklı tarafından başlatılan icra takibinden sonra alacaklıya tebliğ edilen ihtarnamenin alacaklı temerrüdü meydana getirmeyeceğine karar vermiştir.⁴¹⁷ Elbette

⁴¹⁴ “Sözleşmede işin tamamlanıp teslim edileceği süre ve tarih bulunmamaktadır. Davacı, davalının talebi üzerine bitkileri iş sahibinin taşınmazına götürüldüğünü iddia etmekle birlikte iş sahibince kabul edilmeyen bu iddiasını yasal delillerle kanıtlanamamıştır. Yapım yükümlülüğü yüklenicinin kendisine ait olmasına rağmen davacı yüklenici drenaj ve otomatik sulama sistemine tamamlayarak iş sahibini bitkileri teslim alması konusunda uyarıp uyarmadığı ve iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşürüp düşürmediği anlaşılamamaktadır. Bu durumda mahkemece davacı yüklenicinin sözleşmeye göre öncelikli edimi olan bitki ve ağaçların dikileceği yerlerde ve yeşil alanda drenaj ve otomatik sulama sistemlerini tamamlayarak bitki ve ağaçları teslim alma konusunda davalı şirkete uyarıda bulunmak suretiyle ve bitkilerin davalı şirket sahasına bırakıldığı tarih itibari ile alacaklı temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun toplanan ve gösterilen delillere göre tartışılıp değerlendirilerek” 15. HD. 13.1.2020 T., 2019/2482 E. 2020/22 K. **(Kazancı Bilişim)** “fesihten önce tamamlayıp davalıya teslim etmek istemesine rağmen davalının teslim almaktan kaçındığını ve davalıyı alacaklı temerrüdüne düşürdüğünü yasal delillerle kanıtlanamamıştır.” 15. HD. 24.5.2017 T., 2016/501 E. 2017/2220 K. **(Kazancı Bilişim)**; “Teslim kanıtlanmadığı takdirde alacaklının temerrüdünün gerçekleştiğinin davacı tarafından kanıtlanması zorunludur.” 15. HD., 23.10.2014 T., 2014/594 E. 2014/6018 K. **(Kazancı Bilişim)**; “Hakimin tevdiye karar vermesi ve yerini belirtmesi için alacaklının temerrüdünü gösterir belgelerin mahkemeye verilmesi, başka bir deyişle alacaklı temerrüdünü borçlunun kanıtlaması gerekir.” 14. HD. 25.5.2011 T., 2011/3356 E. 2011/6861 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁴¹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, a.g.e., s. 842; “Kiralayanın edayı reddetmesi bir hukuki muamele değil, bir maddi vakiydir. Usulün 288. ve sonraki maddelerinde, maddi vakıaların değil, ancak hukuki muamelelerin ispatı bakımından şahit dinlenemeyeceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Demek ki maddi vakıalar şahit dinletme yasağının şümulü dışında kalmaktadır ve bu itibarla alacaklı kiralayanın parayı almaktan kaçındığının şahitle ispatına kanun bakımından bir engel yoktur. Bir an için parayı almaktan kaçınmanın bir hukuki muamele olduğu farzedilse dahi şahit ispat usulün 293. maddesinin 4. bendi hükmünce yine mümkün olacaktır. Zira parayı almaktan kaçınmış olan kiralayanın bu kaçınmasını tespit etmek üzere kiracıya bir senet vermiş olması ve kiracının kiralayandan böyle bir senet istemiş olması adet bakımından asla düşünülemez.” İBK. 11.3.1959 T., 1957/23 E. 1959/20 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁴¹⁶ “bu konuda iş sahibine düşen edimlerin onun tarafından yerine getirilmesi için iş sahibini uyarmayan ve alacaklı temerrüdüne düşürmeyip, imar onayının çıkmasını bekleyen projecinin, özen borcunu ve görevini yaptığı ya da yüklenici uyarı borcunu yerine getirdiği halde, kendisine düşen edimleri tüm buna rağmen yerine getirmeyen iş sahibinin kendi görevini ifa ettiği kabul edilemez.” 15. HD. 3.4.1996 T., 1996/1531 E. 1996/1892 K. **(Kazancı Bilişim)**; “İskan ruhsatının alınmamasının ve dolayısıyla gecikmenin davacı taraftan kaynaklandığının kabul edilebilmesi için yüklenicinin yöntemine uygun biçimde davacı arsa sahiplerini alacaklı temerrüdüne düşürmesi gerekir ki, bu husus kanıtlanmış değildir.” 15. HD. 03.05.1999 T., 1999/971 E. 1999/1719 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁴¹⁷ “davacının 25.9.2012 tarihinde başlatılan icra takibinde ödediği bedelin iadesini istemekle fesih iradesinin ödeme emrinin tebliği ile davalıya ulaşmış olmasına, davalının 30.7.2012 tarihli, davacıyı alacaklı temerrüdüne düşüren ihtarnamenin ise takip tarihinden sonra 15.10.2012 tarihinde davacıya tebliğ edilmiş bulunmasına, böylece davalının sözleşmenin ifasında temerrüde düştüğünün ve

ki önce yapılan dönme ihbarının hukuki netice doğurabilmesi ve alacaklı temerrüdüne engel olabilmesi için geçerli olması gerekir.⁴¹⁸

Alacaklı temerrüdünün varlığının, öncelikle diğer tarafın edimini ifa etmesi gereken ahvalde dahi ödemezlik def'ini ileri sürmesine engel teşkil edeceği ve borçlu temerrüdünü sona erdireceği ileri sürülmüştür.⁴¹⁹

İş sahibi, alacaklı temerrüdünün ardından, ifayı kabule veya edimin ifası için yapması gerekenleri yapmaya hazır olduğunu yükleniciye bildirmesi ile alacaklı temerrüdü sona erecek ve o andan itibaren alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanmayacaktır.⁴²⁰

2.4.3. Alacaklı Yüzünden İfa Edilemeyen Diğer Haller

Diğer ifa engelleri başlığı altındaki TBK.m.111 gereğince, “*borçlunun kusuru olmaksızın, alacağın kime ait olduğunda veya alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple borç, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse borçlu, alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.*” İş sahibinin sözleşme imzalandıktan sonra vefat etmesi, mirasçısının kim olduğu hususunda ihtilaf bulunması ya da mirasçılara ulaşılamaması, iş sahibinin ya da onun vefatı halinde mirasçısının gaip olması ya da temyiz kudretini kaybetmesi ve kanuni temsilcisinin atanmamış olması ya da yine iş sahibinin kusuru bulunmaksızın iş sahibi haklarını devretmiş ve bu hakların kime ait olduğu tartışmalı olması ve benzeri hallerde, alacaklı temerrüdü söz konusu olmadığı halde, yüklenici, kusuru olmaksızın borcunu ifa edemez.⁴²¹ İşte bu durum devam ettiği müddetçe yüklenicinin borçlu temerrüdünden söz edilemeyecektir. Yüklenicinin, gerekli ve mutad araştırmaları yapması kendisinden beklenir.⁴²² Ancak, bu belirsizlik yükleniciden daha doğrusu onun kusurundan

yeniden süre verilmesinin sonuca etkili olmayacağının anlaşılmasına” 15. HD. 17.3.2016 T., 2015/5548 E. 2016/1731 K. (Kazancı Bilişim)

⁴¹⁸ HGK. 22.5.2013 T., 2012/15-1493 E. 2013/731 K. (Kazancı Bilişim)

⁴¹⁹ Eren, a.g.e., s. 1144, N. 3193-3194.

⁴²⁰ Oğuzman/Öz, a.g.e., C. I, s. 382, N. 1151.

⁴²¹ Funk, a.g.e., s. 152; Oğuzman/Öz, a.g.e., C. I, s. 392, N. 1190; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s. 849-850; Havutçu, Müspet, s. 26.

⁴²² Funk, a.g.e., s. 152.

kaynaklanmamalıdır. “BK.nun 95. (TBK.m.101) maddesi hükmüne göre borcun ifasına engel olan hallerden biri de, alacaklının şahsında tereddüt hasıl olmasıdır. Ne var ki bu tereddütün, borçlunun kusuru olmadan doğmuş olması lazımdır. Borçlu duruma layiki veçhile incelemiş buna rağmen alacaklının şahsındaki tereddüt ve şüpheyi giderememiş ve bu yüzden iki defa ödemede bulunmak tehlikesi ile ciddi şekilde karşı karşıya kalmış ise, kendisi için tevdi hakkı doğmuş demektir.”⁴²³

2.5. İhtar

Kural olarak temerrüdün hukuki neticeleri, alacağın muaccel olmasından sonra alacaklının gönderdiği, ifayı kabule hazır olduğuna ilişkin ihtarın borçluya ulaşmasından sonra doğar.⁴²⁴ TBK.m.117/I gereğince “muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.”⁴²⁵ İhtar, ihtar gönderen alacaklının herhangi bir hukuki neticeyi meydana getirmeyi istemesinin zorunlu olmadığı, bir hukuki işlem olmadığı halde hukuki işleme benzeyen ve kendisine hukuki işleme ilişkin hükümlerin kıyasen tatbik edildiği tek taraflı bir irade beyanıdır.⁴²⁶ Bu bağlamda ihtar, önemli olanın edanın ifa edilmesi olması, edimin ifa edilmemesinin ve onun hukuki sonuçlarının önemli olmaması nedeniyle bir hukuki işlem değildir.⁴²⁷ Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır.⁴²⁸

⁴²³ 11. HD. 22.3.1977 T., 1977/769 E. 1977/1385 K. (Kazancı Bilişim)

⁴²⁴ von Tuhr, a.g.e., s. 606; Yıldız, a.g.e., s. 13; Henüz muaccel olmamış borçlarda da, hüküm ve sonuçlarını muacceliyet tarihinden sonra doğurmak kaydı ile ihtar gönderilebileceği hususundaki görüşler için bkz. Kurt, Temerrüt, s. 173, dn. 382.

⁴²⁵ “Taraflar arasındaki sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK’nın 101. maddesinin (6098 Sayılı TBK’nın 117. maddesi) 2. fıkrasına göre “borcun ifa edileceği gün mütefikan tayin edilmiş ... ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur”. Eğer böyle bir tarih belirlenmemişse bu kez aynı maddenin 1. fıkrası uygulanır ve bu fıkra da muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarıyla mütemerrit olacağı belirtilmiştir. Nihayet böyle bir ihtar da yoksa temerrüt icra takibi ya da dava açılmasıyla gerçekleşir.” HGK. 10.03.2020 T., 2017/13-602 E. 2020/283 K. (Kazancı Bilişim)

⁴²⁶ von Tuhr, a.g.e., s. 606; Turgut Önen, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara, Kalite Matbaası, 1975, s. 41; Oğuzman/Öz, a.g.e., C. I, s. 492-493, N. 1508; Eren, a.g.e., s. 1226, N. 3412; Kurt, Temerrüt, s. 173, dn. 384; Yıldız, a.g.e., s. 13.

⁴²⁷ Önen, a.g.e., s. 41; Yıldız, a.g.e., s. 14.

⁴²⁸ Önen, a.g.e., s. 43. “Temerrüt için aranan ihtar hukuki işlem benzeri fiil mahiyetinde olup, alacaklının alacak miktarını belirterek borçludan borcun ifasını istemesi, ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesi anlamına gelir. İhtar kural olarak şekle tabi olmayıp, yapılmadığı itirazı vaki olursa aksinin ispatı, niteliği gereği alacaklıdan beklenir.” HGK. 10.03.2020 T., 2017/13-602 E. 2020/283 K. (Kazancı Bilişim)

Bu doğrultuda, ihtar diğer şartların da varlığı halinde, alacaklı bu yönde iradesinin olup olmadığına bakılmaksızın kanun icabı temerrüdü doğuracaktır.⁴²⁹ İhtar alacaklı açısından herhangi bir borçlandırııcı ya da tasarruf işlemi niteliğinde olmadığı için, alacaklının ayırtım gücüne sahip olmasının yeterli olduğu, ayrıca fiil ehliyetinin bulunmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir.⁴³⁰

Hiçbir özel şekil kuralına tabi olmayan ihtar, bu çerçevede yazılı ya da sözlü, açık ya da örtülü olabilen bu ihtarın tek zorunlu unsuru edanın ifa edilmesi ve edayı kabule hazır olunduğu hususundaki talebinin ve amacının kesin bir biçimde ifade edilmesi gerektiğidir.⁴³¹ Herhangi bir davranış, beyan ve yazının ihtar mahiyetinde olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir.⁴³² “*Hukuki işlem benzeri olan ihbar, her türlü delille kanıtlanabilir.*”⁴³³ Borcun özel olarak şekle bağlı bir hukuki ilişkiden doğmuş olması da bu durumu hiçbir biçimde değiştirmez.⁴³⁴ Ancak ihtarın yazılı olarak yapılması ispat kolaylığı sağlaması bakımından tavsiye edilmektedir.⁴³⁵

Ancak, TTK.m.18/III hükmü gereği “*tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.*” Bu hükmü karşılayan Eski TTK m.20/3 hükmünde söz konusu şeklin “muteberlik şartı” olarak ifade edilmesi sebebiyle, uyulmaması durumunda ihtarın geçersiz olacağı kabul edilmekteydi.⁴³⁶ Yeni düzenlemede muteberlik/geçerlilik ifadesi kaldırıldığı gibi, madde gerekçesinde bu ifade farkının buradaki şekli geçerlilik şartı olmaktan çıkarmak için yapıldığı

⁴²⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1228, N. 3419; Yıldız, **a.g.e.**, s. 13-14.

⁴³⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1227, N. 3413.

⁴³¹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Eren, **a.g.e.**, s. 1228, dn. 3418; Yıldız, **a.g.e.**, s. 15.

⁴³² Eren, **a.g.e.**, s. 1227, N. 3416.

⁴³³ 15. HD. 24.4.2002 T., 2002/1758 E. 2002/1989 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁴³⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 494, N. 1512.

⁴³⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1228, N. 3418.

⁴³⁶ “*taahhüt tacir olup olmadıkları incelenerek, tacir ise, 20/3 maddesi gereği, temerrüt ihtarının, noterden veya iadeli taahhütlü mektup yahut telgrafla yapılması lazımdır. Davalının, davacının ihtarından önce, eserin teslimine hazır olduğu konusunda tanıklarla yaptığı ihtarın geçersiz olduğu gözönünde tutularak davacının temerrüde düşmediği kanısıyla davalının kabul yönünde çözümlenmesi, tarafların tacir olmadıkları anlaşıldığında, teslim için davalının tanıklarla yaptığı bu ihtarın geçerli olduğu nazara alınarak*” 15. HD. 12.12.1994 T., 1994/5226 E. 1994/7439 K. (**Kazancı Bilişim**)

belirtilmiştir. Şu halde artık bu şartın sadece ispat şekli olduğunu kabul etmek gerekecektir.⁴³⁷

İhtar alan borçlunun, ifanın kendisinden talep edildiğini ve ifa zamanını ihtar metninden anlamasını gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiştir.⁴³⁸ Borcun sebebinin de ihtarda belirtilmesine gerek olmadığı, ancak birden fazla borç söz konusu ise hangisi ya da hangileri için ihtarın gönderildiğinin açıkça belirtilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁴³⁹

İhtar, bizzat alacaklı ya da bu konuda özel bir yetkisinin bulunmasına gerek olmaksızın onun yetkili temsilcisi tarafından, borçluya ya da onun kabule yetkili temsilcisine yapılan ve karşı tarafa ulaşmasına bağlı olarak netice doğuran bir irade beyanıdır.⁴⁴⁰ İhtar, karşı tarafın etki alanına ulaşması ile hüküm ve netice doğuracaktır.⁴⁴¹ *“İhtarın hukuki işleme benzerliği açısından bir şekle bağlı değil ise de, sonuç doğurması, muhatabına ulaşması koşuluna bağlıdır. Diğer bir deyimle, ifanın yerine getirilmesi konusunda gönderilen ihtar ya da ihbarın borçluya ulaşmaması hallerinde, herhangi bir sonuç doğurması düşünülemez.”*⁴⁴²

Borçlu temerrüdünün de ihtarın hüküm doğurduğu anda gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁴⁴³ Alacaklı ihtarda, edimin ifasının derhal ya da belirtilen süre içerisinde talep edebilir.⁴⁴⁴ Eğer alacaklı, borçludan ediminin ifasının belirli bir tarihte yapmasını istemişse ve bu talebi borçlu tarafından açık ya da zımni olarak kabul edilmişse, alacaklı artık verdiği tarihten önce ifa isteyemeyecektir.⁴⁴⁵

İhtarda, alacaklı tarafından tespit edilen ileri bir tarihte borçlunun edimini ifası talep edilmişse, temerrüt ihtarın ulaşma tarihi itibarıyla değil alacaklının ihtarda verdiği sürenin ifa gerçekleşmeksizin dolmasıyla meydana gelecektir.⁴⁴⁶ Eser sözleşmelerinde, yükleniciye, ihtara uyabilmesi için makul bir süre verilmesi gerektiği, bu makul sürenin eserin tamamlanması için değil, teslim için gerekli bir süre

⁴³⁷ Bu yönde Bkz. Öz, **İnşaat**, s.175; Yıldız, **a.g.e.**, s. 36.

⁴³⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 174.

⁴³⁹ Önen, **a.g.e.**, s. 42.

⁴⁴⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 607-608; Önen, **a.g.e.**, s. 42; Kurt, **Temerrüt**, s. 174.

⁴⁴¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1227, N. 3413; Mahmut Kızır, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 78; Yıldız, **a.g.e.**, s. 14.

⁴⁴² 15. HD. 30.5.1983 T., 1983/855 E. 1983/1505 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁴⁴³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 492, N. 1508; Kurt, **Temerrüt**, s. 175.

⁴⁴⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 473.

⁴⁴⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 473.

⁴⁴⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 607, dn. 15; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 474-475; Kızır, **a.g.e.**, s. 94-95.

olduğu belirtilmektedir.⁴⁴⁷ Ancak, bazı müellifler, ihtarda süre verilmesine gerek olmadığı kanaatindedir.⁴⁴⁸

TBK.m.117/II hükmü gereğince “*borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle ... borçlu temerrüde düşmüş olur.*” TBK.m.117/II gereğince taraflar sözleşmede vade tarihini belirlemişler ise, söz konusu vade geldiğinde borçlu, herhangi ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olacaktır.⁴⁴⁹

Vade bir takvim günü ya da sözleşmenin imzalanmasından itibaren 18 ay gibi, borçlunun tam olarak tespit edebileceği tarih olarak belirlenmişse, herhangi bir ihtar gönderilmesine gerek olmaksızın söz konusu tarihe kadar borçlunun ifası olmadan gelinmesi ile temerrüt gerçekleşecektir.⁴⁵⁰ İhtar, özellikle TBK.m.90 gereğince “*ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında (derhal) muaccel*” olanlarda borçluyu temerrüde düşürmekte gerekli olmaktadır.⁴⁵¹ Sözleşmenin imzalanması esnasında teslim tarihi belirli olmadığı ancak sözleşmede yer alan bir hükümle yetkilendirilen tarafın yapacağı muacceliyet ihbarı ile belirlenen teslim gününün geçmesiyle yüklenici ayrıca bir ihtarına gerek olmadan borçlu temerrüdüne düşecektir.⁴⁵² TBK.m.123/III’te düzenlenen “*borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden*” anlaşıldığı hallerde temerrüt ihtarına gerek bulunmaktadır.⁴⁵³

Teslim süresinin, sözleşmenin kurulduğu esnada bilinmeyen, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak, inşaat ruhsatının alınması gibi bir olaydan itibaren işleyecek belirli bir sürenin sonu olarak belirlendiği hallerde, temerrüt için ihtarla gerek olup olmadığı hususu tartışmalıdır.⁴⁵⁴ Bu durumda vadeyi belirli kabul etmeyen müelliflerin yanı sıra, başlangıçta bilinmediği halde, sonradan hiçbir

⁴⁴⁷ Kurt, **Temerrüt**, s. 176.

⁴⁴⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1227, N. 3414.

⁴⁴⁹ Kurt, **Temerrüt**, s. 176-177.

⁴⁵⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 496, N. 1519; Kurt, **Temerrüt**, s. 177.

⁴⁵¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 497, N. 1520.

⁴⁵² Kurt, **Temerrüt**, s. 177.

⁴⁵³ Kurt, **Temerrüt**, s. 180.

⁴⁵⁴ Kurt, **Temerrüt**, s. 177.

tereddüde yer bırakmayacak biçimde söz konusu olayın gerçekleştiği tarih açıkça tespit edilebiliyorsa, artık belirli bir vadenin varlığını ve söz konusu vadenin borçlunun ifası gerçekleşmeden dolması ile ihtara gerek olmaksızın temerrüt gerçekleşeceğini kabul eden müellifler de bulunmaktadır.⁴⁵⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin neredeyse tümünde inşaat ruhsatları yüklenici tarafından alınmakta olup, yükleniciye kendi aldığı inşaat ruhsatı üzerinden hesaplanacak sürenin artık belirsiz olmayacağı kanaatindeyiz.

Benzer durum, teslim süresi yüklenicinin gerçekleştireceği bir işleme bağlanmış ancak yüklenicinin bu işlemi gerçekleştireceği süre sözleşmede belirlenmemişse, söz konusu işlemin yüklenici tarafından gerçekleştirilmesi gereken makul süre ve dolayısıyla teslim süresinin tespitinde, temerrüt için yükleniciye ihtar gönderilecek midir? İnşaat ruhsatı örneğinden devam edildiğinde, yüklenicinin inşaat ruhsatı müracaatı yapacağı ve inşaat ruhsatını alacağı makul sürenin TMK.m.2 dürüstlük kuralı gereğince tespit edilmesi ve bu süre üzerinden yükleniciye temerrüt ihtarının gönderilmesi gerekli olup, yüklenicinin hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki eylem ve taleplerine imkan verilmemelidir.⁴⁵⁶

Süre uzatım hallerinin varlığı halinde taraflar, süre uzatımı hususunda anlaşamamışlarsa, iş sahibi kendi riziko alanında meydana gelen nedenlerle teslim süresinin uzadığı durumlarda yükleniciyi temerrüde düşürmek için ihtar göndermek zorundadır.⁴⁵⁷

TBK.m.124/I hükmüne kıyasen, yüklenicinin hal ve vaziyetinden ihtarın faydasız kalacağı anlaşılıyorsa yani temerrüt ihtarının fuzuli ise borçlunun temerrüde düşürülmesi için ayrıca bir temerrüt ihtarının varlığı aranmayacaktır.⁴⁵⁸ Yüklenicinin tamamladığı kısmın inşaatın tamamına oranla çok küçük bir bölümü olması⁴⁵⁹, yüklenicinin iş sahibine açıkça inşaatı devam etmeyeceğini ifade ettiği, inşaat sahasını

⁴⁵⁵ Kurt, **Temerrüt**, s. 178.

⁴⁵⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 179.

⁴⁵⁷ Kurt, **Temerrüt**, s. 178-179.

⁴⁵⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 918-919; Kurt, **Temerrüt**, s. 181; Yener, **a.g.e.**, s. 33.

⁴⁵⁹ “Somut olayda, vadenin dolduğu 30.8.1998 tarihinde, inşaatın seviyesi %7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır. Verilecek bir mehlin de tesirsiz kalacağı açık olduğundan, davacı arsa sahiplerinin BK.nun 106/II. ve 107. maddeleri uyarınca sözleşmeden dönme hakları doğmuş olup, sözleşmenin geriye etkili feshini ve tapuların da iadesini dava edebilirler.” 15. HD. 18.4.2002 T., 2002/367 E. 2002/1946 K. (**Kazancı Bilişim**)

terk ettiği haller ve benzerleri bu kapsamdadır.⁴⁶⁰ Ancak hatırlatalım ki, yüklenicinin işi yapmayacağını ortaya koyduğu durumları ifa imkânsızlığı sayan görüşe katılınırsa, esasen burada temerrüt kusurlu ifa imkânsızlığı sebebiyle sona erdiğinden bu süre verme istisnasına da yer olmayacaktır. Bu görüşte ancak yüklenici işi hiç yapmayacağını ortaya koymamakla birlikte gecikeceği anlaşıyorsa ihtarla temerrüde düşecektir.

TBK.m.175/I gereğince “*taflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır*”. Eğer yüklenici, temerrüt ihtarının kendisine ulaşmasını dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde engelliyorsa, TBK.m.175/I gereğince ihtar gerçekleşmiş sayılacaktır.⁴⁶¹ Yine dürüstlük kuralına aykırı olmadığı sürece, tarafların temerrüt için sadece muacceliyetin yeterli olduğu ayrıca temerrüt ihtarnameşi gönderilmesine gerek olmadığına ilişkin yaptıkları anlaşmalar geçerlidir.⁴⁶² İfa zamanının yalnızca yüklenici tarafından bilinebileceği durumlarda temerrüt için ihtarname gönderilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir.⁴⁶³

2.6.Kısmi Temerrüt

TBK.m.84’de kısmi ifanın tanımı verilmemiştir. “*Bir tek edimin kendi içinde veya birden fazla edimin bir bütün teşkil ettiği borç ilişkilerinde borçlanılmış olan hukukî, objektif, amaçsal, ekonomik, fonksiyonel ve sübjektif olarak bölünebilen bütün edimin gerisinde kalan edim yığınının ifası, TBK m. 84 anlamında kısmî ifadır*”⁴⁶⁴.” Borçlu edimini bir bütün olarak borçlanır ve bu niteliği itibariyle edimin bölünebilir olması durumunda dahi tek seferde borcunu ifa etmesi gereklidir.⁴⁶⁵ Edimin miktarına ilişkin eksiklikler kısmi ifayı teşkil ederken, niteliğine ilişkin eksiklikler ayıplı ifanın konusunu oluşturur.⁴⁶⁶ Bir tek edimin borçlanıldığı sözleşmelerde kısmi temerrüt tek

⁴⁶⁰ Kurt, **Temerrüt**, s. 181; Yener, **a.g.e.**, s. 33.

⁴⁶¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 181.

⁴⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 919.

⁴⁶³ Kurt, **Temerrüt**, s. 181.

⁴⁶⁴ Feride Demirbaş, **Kısmi İfa**, Ankara, Yetkin, 2018, s. 136. “*Bir bütün olarak ifa edilmesi gereken edimin (asli ya da yan edim), miktar itibariyle borçlanılan edimin objektif olarak gerisinde kalması, (miktar olarak borçlanılan edimden az ifa edilmesi, tam olarak ifa edilmemesi durumunda) kısmi ifa ortaya çıkar*” Bkz. Elif Şen, **Kısmi İfa**, Ankara, Yetkin, 2018, s. 55-57.

⁴⁶⁵ Şen, **a.g.e.**, s. 55.

⁴⁶⁶ Şen, **a.g.e.**, s. 56.

bir edimin tam olarak ifa edilmemesinden kaynaklanırken, birden fazla edimin borçlanıldığı sözleşmelerde, bir ya da birden fazla edimin tam olarak ifa edilmemesi durumunda da karşımıza çıkabilir.⁴⁶⁷

Kısmi ifanın kabulü halinde borç, ifa edilen kısımlar bakımından sona ererken, ifa edilmeyen kısım yönünden ise devam edecektir.⁴⁶⁸ Borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler, şartları bulunması durumunda kısmi temerrüt hallerinde de uygulanacaktır.⁴⁶⁹ Borçlu edimin tamamı için temerrüde düşmüşse, kısmi ifanın herhangi bir biçimde alacaklı tarafından kabulü halinde kalan kısım için yeni bir temerrüt ihtarına gerek bulunmamaktadır.⁴⁷⁰ Ancak borçlu, borç muaccel ancak temerrüt oluşmamışken kısmi ifada bulunmuş ve alacaklı tarafından bu kabul edilmişse, kalan kısım için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekecektir.⁴⁷¹ Elbette ki, temerrüt için ihtar gönderilmesi gerekmeyen haller istisna teşkil edecektir. İhtar alacağın bir kısmı için gönderilmiş ise ancak o kısım için temerrüt oluşturacaktır.⁴⁷²

Ne var ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bir yapının tamamlanmadan bir kısmının yapılarak bırakılması bu anlamda kısmî ifa sayılmamaktadır. İnşaat tam olarak iş sahibine teslim edilmediği sürece kural olarak kısmi ifadan söz edilemez.⁴⁷³ Örneğin 10 katlı bir binanın 6. Katından sonrasının yapılmaması, yüklenici bakımından kısmî ifa sayılmaz. Bu durumda tam bir ifa etmeme ve tam bir temerrüt hali söz konusudur. Nitekim Yargıtay da temerrüde düşen yüklenicinin işin en az % 90'ını ya da fazlasını yapmadığı durumlarda, iş sahibinin dönme seçimlik hakkını da kullanabileceğini kabul etmektedir. İnşaat sözleşmelerinde kısmî ifa, olsa olsa örneğin yirmi blokluk binalardan veya villalardan ibaret bir inşaatla bunlardan bazısının, tamamen birbirinden bağımsız olarak oturma izni alınabilecek ve kullanılabilecek durumda olmak şartıyla, tamamlanmış olması hali için düşünülebilir

⁴⁶⁷ Şen, **a.g.e.**, s. 56.

⁴⁶⁸ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 223-238.

⁴⁶⁹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 238.

⁴⁷⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 238.

⁴⁷¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 238.

⁴⁷² Demirbaş, **a.g.e.**, s. 239.

⁴⁷³ Öz, **Dönme**, s. 225.

Böyle istisnai durumlarda tam iki taraflı sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de iş sahibi kısmi temerrüt halinde TBK.m.125'te düzenlenen seçimlik hakları kullanabileceği tabiidir.⁴⁷⁴ Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatında ısrar edebilecektir. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin ya da her ikisinin edimi bölünemez nitelikte ise artık, kısmi dönme değil sözleşmenin tümünden dönülmesi gerekecektir.⁴⁷⁵ Aynı şekilde kısmi dönme hakkının kullanılması bir tarafın menfaatlerini önemli ölçüde haleldar ediyorsa bu durumda da kısmi dönme değil, şartları varsa sözleşmenin tümünden dönülmesi gerekecektir.⁴⁷⁶ Sözleşmeden dönülmesi ve hukuki sonuçları ileride ayrıntılı olarak değerlendirildiği için burada tekrar edilmeyecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde çok çok istisnai hallerde söz konusu olan kısmi temerrütte, aynen ifadan vazgeçilmesi kural olarak yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile üstlendiği yerine getirilmemiş bütün edimleri kapsayacağı kabul edilmektedir.⁴⁷⁷ Bu istisnai kısmi temerrüt hallerinde, genel olarak, iş sahibinin sadece ifa edilmeyen kısım ile ilgili olarak seçimlik haklarını kullanabileceği ve dolayısıyla müspet zararını talep edebileceği belirtilmektedir.⁴⁷⁸ Elbette ki bu durumun gerçekleşmesi için yüklenicinin ifa için yaptığı şeylerin neticesinin, bölünebilir olması ve iş sahibi bakımından söz konusu kısmın kullanılabilir ya da değerlendirilebilir mahiyette bulunması gereklidir.⁴⁷⁹ İş sahibinin, yapılan kısmı kabul etmesi için objektif ya da sübjektif nedenlerle menfaatinin olmadığı durumlarda, karşı edimin tamamı için temerrüt oluşacağı ve iş sahibinin tüm karşı edimden vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir.⁴⁸⁰

⁴⁷⁴ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 251-252.

⁴⁷⁵ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 257.

⁴⁷⁶ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 258.

⁴⁷⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 229.

⁴⁷⁸ Havutçu, **Müspet**, s. 137.

⁴⁷⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 230.

⁴⁸⁰ Havutçu, **Müspet**, s. 138.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYNEN İFA VE GECİKME TAZMİNATI

1.KAVRAM

İş sahibi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle yükleniciden aynen ifa talep edebileceği gibi, şartları bulunması durumunda, inşaatı bizzat tamamlamak ya da üçüncü şahsa tamamlatmak üzere nama ifa yetkisi de alabilir, aynı zamanda gecikme tazminatı ve sözleşmede kararlaştırılmışsa cezai şart talep edebilecektir. Cezai şart, ileride 7. bölümde incelenecektir.

2.AYNEN İFA TALEBİ

Aynen ifa talebinden kasıt, yükleniciden sözleşme ile yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimin ifasının talep edilmesidir.⁴⁸¹ Yüklenicinin temerrüde düşmesi, yüklenicinin edim borcunu ortadan kaldırmaz.⁴⁸² Bu bağlamda aynen ifa, temerrüdün değil, borcun muaccel olmasının doğal bir sonucudur.⁴⁸³ Bu çerçevede aynen ifa yüklenici kusurlu olmasa da talep edilebilir.⁴⁸⁴ Borç muaccel ve ifası mümkün oldukça, mütemerrit yüklenicinin ifa yükümlülüğü devam edecektir.⁴⁸⁵ TBK.m.125/I hükmü gereğince “*temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.*” Tam iki taraflı sözleşmelerde iş sahibinin, mehil verip vermediğine bakılmaksızın alacak zamanaşımına uğrayıncaya ya da imkansızlaşıncaya kadar aynen ifayı talep edebileceği kabul edilmektedir.⁴⁸⁶

Aynen ifa talebinde bulunabilmek için ek süre vermeye gerek yoktur. İş sahibinin, TBK.m.125’te düzenlenen seçimlik haklarını kullanmadan önce verdiği

⁴⁸¹ Önen, **a.g.e.**, s. 69.

⁴⁸² Ayan, **a.g.e.**, s. 172; Kurt, **Temerrüt**, s. 196.

⁴⁸³ Ateş, **a.g.e.**, s. 131.

⁴⁸⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 172; Kartal, **a.g.e.**, s. 100; Şahin, **a.g.e.**, s. 233; Yakuppur, **a.g.e.**, s. 97.

⁴⁸⁵ Ateş, **a.g.e.**, s. 130.

⁴⁸⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 501; Şahin, **a.g.e.**, s. 239.

mehil süresince de aynen ifa talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.⁴⁸⁷ Mehil kural olarak ifadan vazgeçme hallerinde verildiğinden mehil veren iş sahibi, mehil sonunda yine aynen ifayı tercih edecekse mehil boşuna verilmiş olacaktır.⁴⁸⁸ Mehil verildikten sonra herhangi bir seçimlik hakkın kullanılmaması durumunda, iş sahibinin aynen gecikmiş ifayı tercih ettiği karine olarak kabul edilmektedir.⁴⁸⁹ İş sahibi, seçimlik hakkını aynen ifadan yana kullanmış ve bağımsız bölümleri teslim almışsa, artık bu iradesinden daha sonra vazgeçip diğer seçimlik hakları kullanma cihetine gidemez.⁴⁹⁰

Sözleşmenin bağımsız olmayan yan (tali) edimlerinin tek başına aynen ifası talep edilemez.⁴⁹¹ Sözleşme ile temerrüt halinde aynen ifa talep hakkının kaldırıldığı ve yerine (cezai şarta benzer bir biçimde) sadece belirli miktar ödenmesinin öngörüldüğü hallerde de aynen ifa talep edilemez.⁴⁹² İfa, borçlunun hayatını ya da sağlığını tehlikeye düşürecekse ya da alacaklının ifa ile elde edeceği menfaatle uygun olmayan büyük zarar verecekse ve benzer sair aynen ifayı talep etmenin iyiniyet kurallarına aykırı düştüğü hallerde aynen ifanın talep edilemeyeceği ifade edilmiştir.⁴⁹³ Bu tür hallerde iş sahibinin sadece tazminat talep edebileceği belirtilmektedir.⁴⁹⁴ Yüklenicinin aynen ifaya ilişkin aldığı ilamlar hakkında İİK.m.30⁴⁹⁵ gereğince cebri icra yoluna başvuru mümkündür.

⁴⁸⁷ Ateş, **a.g.e.**, s. 130-131.

⁴⁸⁸ Önen, **a.g.e.**, s. 68.

⁴⁸⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 501; Erman, **a.g.e.**, s. 78.

⁴⁹⁰ “Somut olayda davacı arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdüne rağmen seçimlik hakkını aktin ifası doğrultusunda kullanmış ve sözleşme gereğince kendisine düşen diğer bağımsız bölümleri teslim almıştır. Bundan sonra irade bildirimini değiştirerek dava konusu sonuncu daireyi teslim almaktan kaçınmayacağı gibi davalının kabul etmediği bir çözüm olarak tapusunun ferağı karşısında olsa dahi satış bedelinin ödetilmesini isteyemez.” 15. HD. 20.11.1989 T., 1989/750 E. 1989/4849 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁴⁹¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 408; Başak Başoğlu, **Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 150.

⁴⁹² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 408.

⁴⁹³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 408; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

⁴⁹⁴ Başoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

⁴⁹⁵ İİK.m.30 “Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmağı emreder.

Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazım gelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup

3.NAMA İFA YETKİSİ

3.1.Kavram

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, edimin masrafı ve hasarı yükleniciye ait olmak üzere, ifanın bizzat iş sahibi tarafından yerine getirilmesi ya da üçüncü bir şahsa bırakılması hususunda iş sahibine tanınan yetkiye nama ifa yetkisi denilmektedir.⁴⁹⁶

Nama ifanın mutlaka bir asli borç için talep edilmesi gerekmez, yan borçlar için de talep edilebilmesi mümkündür.⁴⁹⁷ Borçludan ifanın talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı hallerde ise nama ifa talep edilemez.⁴⁹⁸

Nama ifa ancak yapma borçlarında temerrüt halinde söz konusu olabilecektir, dolayısı ile konusu yapma borcu olmayan sözleşmelerde nama ifa talep edilemeyecektir.⁴⁹⁹ Şahsa bağlı olan borçların bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gerekli olup, bu bağlamda şahsa bağlı borçlarda da nama ifa talep edilemez.⁵⁰⁰ Borçlunun şahsının önemli olduğu ve ifanın sadece borçlu tarafından yerine getirilebilecek sözleşmelerde, borçlunun borcunu yerine getirememesi ya da yerine getirmeyeceğini belirtmesi durumunda hukukumuzdaki angarya yasağı kapsamında alacaklı cebri icra ile bu edimin ifasını sağlaması mümkün olmayacak, imkansızlığı

kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun کافی miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır”

⁴⁹⁶ Şirin Aydınçık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 74; Derya Ateş, **Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa**, İstanbul, Beta, 2021, s. 175.

⁴⁹⁷ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 155.

⁴⁹⁸ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 161-162.

⁴⁹⁹ Ateş, **a.g.e.**, s. 177; Aydınçık, **a.g.e.**, s. 149. Konumuz kapsamında olmayan yapmama borçlarında nama ifa talep edilip edilemeyeceği hususunda Bkz. Ateş, **a.g.e.**, s. 179; Aydınçık, **a.g.e.**, s. 157-158; 15. HD. 26.09.2008 T., E. 2008/4396-5745 K. Bkz. Mustafa Kırmızı, **Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2018, s. 492-493, dn. 848. Temerrüdün gerekli olmadığı hususundaki farklı bir görüş olarak, “Kanaatimizce, ikame ifaya başvurabilmek için borçlunun temerrüde düşmesi şartı aranmamalıdır. Çünkü alacaklının hâkimden ikame ifa izni isteyebilmesi, borçlu temerrüdüne özgü bir sonuç değildir. BK m. 113 hükmünün Borçlar Kanunu sistematikteki yerinden de anlaşıldığı üzere, bu hüküm yalnız borçlu temerrüdü halinde değil, örneğin kötü ifayı da kapsamına atan genel olarak borç ilişkisinin ifa edilmemiş olması halinde başvurulabilen bir düzenlemedir. Bu sebeple, alacaklının ikame ifa yoluna başvurabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmüş olması koşulu aranmamalıdır. İkame ifa için borcun muaccel olduğu halde yerine getirilmemiş olması yeterlidir.” Bkz. Kurt, **Temerrüt**, s. 204, dn. 87.

⁵⁰⁰ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 158.

borçlu yönünden değerlendiren görüşe göre borçlu temerrüde düşecek, alacaklı yönünden değerlendiren görüşe göre ise sözleşme imkansızlaşmış olacak ve kusuru varsa TBK.m.112 kusurlu ifa imkansızlığı bağlamında yüklenicinin sorumluluğuna başvurulacaktır.⁵⁰¹ Borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı olmayan⁵⁰², borçlunun borcunu bizzat ifa etmesi gerekmeyen edimler bakımından⁵⁰³ BK.m.113/I hükmü gereğince “*yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*”

Nama ifanın en önemli özelliklerinden biri de yüklenicinin kusurunun aranmaması yani yüklenicinin herhangi bir kusuru bulunmasa dahi nama ifayı talep edebilmesidir.⁵⁰⁴ Ancak borçlu kusurlu ise elbette alacaklı TBK.m.113/I ile tazmin ettiremediği uygun illiyet bağı içerisindeki zararlarının karşılanmasını talep edebilecektir.⁵⁰⁵ Görüldüğü üzere nama ifanın talep edilebilmesi için sözleşmenin konusunun borçlunun bizzat ifa etmesi gerekmeyen bir yapma borcu olması, borçlunun temerrüde düşmesi⁵⁰⁶ ve alacaklının aynen ifayı talep imkanının halen bulunması yani edimin ifasının objektif olarak imkansızlaşmamış olması şarttır.⁵⁰⁷ “*Eksik işlerin "nama ifa" yoluyla tamamlanması ya da eksik ve kusurlu işlerin*

⁵⁰¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 198.

⁵⁰² Şahin, **a.g.e.**, s. 244.

⁵⁰³ Kurt, **Temerrüt**, s. 199.

⁵⁰⁴ Funk, **a.g.e.**, s. 156; Kurt, **Temerrüt**, s. 204; Aydıncık, **a.g.e.**, s. 104-105; “*Taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre, davalının borcunu ifada mütemerrit olduğunun tespiti halinde ifaya izin verilmelidir. Burada borçlunun kusuru aranmaz. Öte yandan nama ifaya izin verilebilmesi için dayanılan sözleşmenin feshedilmemiş olması ve borcun ifasının da imkansız hale gelmemesi gerekir. Yine böyle bir istemin duruşma açılarak incelenmesi gerekir.*” 15. HD. 10.1.2012 T., 2010/7680 E. 2012/3 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁰⁵ Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 785.

⁵⁰⁶ “*Borçlar Kanunu'nun 97/1. maddesi gereğince, bir şey yapma borcunu borçlu yerine getirmezse, alacaklı, giderleri borçluya yükletilmek üzere, borcun kendisince yerine getirilmesine izin verilmesini isteyebilir; onun her türlü zarar ve ziyan davası hakkı da saklıdır. Bu Yasa hükmüne göre; alacaklının, masrafi borçluya ait olmak üzere, borcun kendisi tarafından ifasına, yani nama ifaya izin verilmesi isteminin mahkemece kabul edilebilmesi için şu koşulların birlikte gerçekleşmesi zorunludur.*

a) Öncelikle yanlar arasındaki sözleşmenin fesih edilmemiş yani yürürlükte olması gerekir.

b) Yüklenici, ediminin ifasında borçlu temerrüdüne düşmüş olmalıdır. (BK'nın md: 106,107)

c) Nama ifaya izin, yanlar arasındaki sözleşmeye dayanılarak istenebileceğinden, borçlunun “*yapma borcu*” için nama ifa talep edilebilir. Yapma borcu olmayan işler için nama ifa istenemez. Nama ifaya izin istemi değerlendirilip hükümle sonuçlandırılırken mutlaka sözleşme hükümleri gözetilmeli ve karşı yanın da hakları korunmalıdır.” 15. HD. 26.09.2008 T., E. 2008/4396-5745 K. Bkz. Kırmızı, **a.g.e.**, s. 492-493, dn. 848.

⁵⁰⁷ Şahin, **a.g.e.**, s. 243-244.

giderilmesi bedelinin istenebilmesi için inşaatın imar mevzuatına uygun olması zorunludur."⁵⁰⁸ Yine sözleşmenin geçerli olmaması halinde ya da kısmen ya da tamamen kaçak olan kısımların tamamlanması için nama ifa yoluna başvurulamaz.⁵⁰⁹

Öğretide bir görüş, nama ifa denilen bu tanımlamayı ve sonuçlarını kabul etmemekte; yapma borcunun ihlali halinde masrafı borçludan TBK m.113/I hükmünün, aynen ifayı değil, olumlu zararın bir tür tazminini düzenlediğini savunmaktadır.⁵¹⁰ Bu görüşün temel gerekçesi, kusursuz olarak edimi ifa edemeyecek hale gelen veya geciktiren, üstelik kusursuzluğunu ispat da edebilen borçlunun, aynen ifa talebi kusura bağlı olmadığından, işi başkasına yaptırma masraflarını ödemek zorunda bırakılmasının kural olarak her türlü tazminat yükümünü kusur şartına bağlayan kanunumuzun sistemine ve adalete aykırı düşmesidir. Bu görüş çerçevesinde, TBK m.113/I düzenlemesinde bir nama ifa değil, bir tür olumlu zararın tazmini düzenlenmiştir. Bu görüşe göre nama ifa, alacaklının (iş sahibinin) ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmesi halinde uygulama alanı bulmalıdır.

Nama ifa talep edilebilmesi için inşaatın geldiği aşama ne olmalıdır? Bu husus tartışmalıdır. Bazı müellifler inşaatın geldiği aşamanın bir önemi olmadığı kanaatindeyse⁵¹¹ de, Yargıtay uygulaması çok farklı yöndedir. Yargıtay, %100 oranında tamamlanmış bir yapıda artık ileri etkili fesih olamayacağı ancak iskan

⁵⁰⁸ 15. HD. 7.7.2010 T., 2009/3532 E. 2010/3905 K. (**Kazancı Bilişim**)

"İmar mevzuatına yani emredici hukuk kuralları içeren 3194 sayılı İmar Yasası hükümlerine ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde yapılan inşaat, "yasal yapı" sayılır. O halde, öncelikle mahkemenin yerinde uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla, inşaatın belediye işlem dosyası da getirtilerek, yerinde keşif yapılmak suretiyle "yasal" olup olmadığının yani tamamen ya da kısmen "kaçak" olup olmadığının saptanması ve yasal inşaat olması ya da yasal hale getirilmesi durumunda eksik ve kusurlu işlerin neler olduğunun teker teker saptanması ve saptanan bu işlerin giderim bedelleriyle, oturma izninin (iskan izni) alınması için gerekli masrafların sorulup tespiti ile inşaatın anahtar teslimi şeklinde tamamlanması için gerekli tüm giderlerin avans olarak belirlenmesi ve davalıya verilmesi gereken bağımsız bölümlerin de serbest piyasa rayiçlerine göre satış bedeli de bilirkişi kuruluna hesaplattırılarak yüklenici davalıya ait kaç adet bağımsız bölümün satılmasının gerektiği gözetilerek; yeterli sayıda bağımsız bölümün satışına yetki verilmek suretiyle davacı tarafından davalı ediminin ifasına karar verilmesi gerekmektedir. Kuşkusuz nama ifaya karar verilmesi için yasal koşulların gerçekleşmediğinin mahkemece belirlenmesi halinde de; dava açılmasına davalı tarafın sebebiyet verdiği dikkate alınarak davacı yargılama gideriyle sorumlu tutulmamalıdır." Bkz. 15. HD. 7.7.2010 T., 2009/3532 E. 2010/3905 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁰⁹ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 642.

⁵¹⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 476, N. 1460 vd.

⁵¹¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 205; Şahin, **a.g.e.**, s. 243.

alınabilmesi için nama ifa hükümlerinden istifade edilebileceği kanaatindeyken⁵¹², bir başka kararında %98 oranında tamamlanmış bir inşaatla nama ifa yetkisi verilmesi gerektiğine işaret etmiştir.⁵¹³ İskan alınmış olması, bağımsız bölümdeki ya da ortak alanlardaki ispatlanan eksiklikler ve ayıplar için nama ifa yoluna başvurulmasına engel teşkil etmeyecektir.⁵¹⁴ Yine Yargıtay, %10.28 oranında imalat oranı temerrüde düşülmüş bir inşaatla eksikliğin giderilmesinden ya da ayıpların giderilmesinden bahsedilemeyeceğinden nama ifa başvurusunun reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵¹⁵ Yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişilerin nama ifa talep etme hakkının bulunmadığı belirtilmektedir.⁵¹⁶

⁵¹² “Tamamen bitirilen, diğer bir deyimle %100 oranında tamamlanan yasal inşaatla ilişkin sözleşmenin feshine karar verilmesi mümkün değildir. Sözleşmeye göre iskân ruhsatı alma yükümlülüğü yüklenicide olup, iskân ruhsatının alınmasından sonra yükleniciye devri kararlaştırılan 1 adet bağımsız bölümün de arsa sahibi adına tapulu olduğu anlaşılmaktadır. Bu dosyada sözleşmenin feshi istemi dışında herhangi bir istem bulunmadığından, bu konularda değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir. Arsa sahibinin iskân ruhsatını alabilmesi için adına kayıtlı olan yükleniciye ait 1 adet bağımsız bölümün satışına izin verilmesi sureti ile nama ifa yolu ile iskân ruhsatını almasının mümkün olacağı tabiidir.” 15. HD. 12.12.2012 T., 2012/4568 E. 2012/7814 K. Bkz. Kırmızı, **a.g.e.**, s. 919.

⁵¹³ “Davacı yüklenicinin inşaatı %98 oranında tamamladığı anlaşılmaktadır. İnşaatın sözleşmeye uygun olmadığı ancak projesine uygun yapıldığı belirlenmiştir. Davacı yükleniciye, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygun olmadığı gerekçesiyle projesine uygun inşaatın ifasını tamamlaması için yetki verilmemesi TMK’nın 2. maddesine göre aykırıdır. Öte yandan davalı arsa sahibinin inşaat tamamlandıktan sonra sözleşmeye aykırılık olması halinde tazminat isteme hakkı saklıdır. Bu durumda davacı yükleniciye inşaatın projesine uygun tamamlanması için yetki verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi” 15. HD. 15.6.2021 T., 2020/2131 E. 2021/2751 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁵¹⁴ “Somut olayda, sözleşme konusu inşaat yüklenici tarafından bazı eksikliklerle tamamlanmış, 26.11.2004 tarihinde de iskan izni alınmıştır. İskan ruhsatının alınmış olmasına rağmen binada halen eksikliklerin bulunduğu, mahkemece alınan 25.04.2006 havale tarihli ek bilirkişi raporu ile sabittir. Arsa sahibi bu eksikliklerin giderilmesi için nama ifaya izin davası açtığından, eksikliklerin arsa sahibi tarafından yüklenici nam ve hesabına ikmal için BK.nun 97. maddesi uyarınca arsa sahibine izin verilmesi, bu eksikliklerin neler olduğu hüküm fıkrasında gösterilerek eksikliklerin giderilmesi için gerekli bedelin hükme en yakın tarihteki mahalli piyasa rayıçları ile saptanması ve bu eksikliklerin sözleşme gereği yükleniciye ait iken, tapusu halen arsa sahibi üzerinde olan 6 nolu bağımsız bölümün satışı suretiyle karşılanmasına karar verilmesi gerekir.” 15. HD. 30.5.2008 T., 2008/1018 E. 2008/3511 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁵¹⁵ “Eksik ve ayıplı işler bedeli ancak objektif olarak yapılmış ve reddolunmayacak nitelikteki eserin kabul edilebilir hale getirilmesi için istenebilir. Nama ifa için bedel ise, eser (inşaat) bir bütün olarak imal edilecekse söz konusu olabilir. Daha açığı %10.28 seviyesindeki bir inşaatla ne eksik ve ayıplı işlerin tamamlanmasından ve ne de eserin bir bütün olarak yapılacağı ileri sürülmediğinden, nama ifa bedelinden bahs olunma olanağı yoktur. Somut olaya özgü olmak üzere davacı arsa sahibi dürüstlük kurallarının gereği mevcut ilişkinin sona erdirilmesini (eser sözleşmesinin feshini) talep edebilir. Davacının eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsiline yönelik davası (bu dava nama ifa bedelinin tahsili olarak değerlendirilse bile) reddolunmak üzere karar davalı yararına bozulmalıdır.” 15. HD. 16.10.2003 T., 2003/1771 E. 2003/4842 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁵¹⁶ “Arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılmış bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde; yüklenicinin şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin, nama ifa talep edip edemeyecekleri hususu davanın esasını oluşturmaktadır. Nama ifa; eseri yüklenicinin nam ve hesabına, iş sahibinin bizzat

Nama ifaya ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığı için, iş sahibine mahkemeden izin almadan nama ifa yetkisi verilmesinde olduğu gibi taraflarca aksi hususlar sözleşme ile kararlaştırılabilecektir.⁵¹⁷

3.2.Hukuki Niteliği

Nama ifa yetkisinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır.

3.2.1.Cebri İcra Teorisi

Bazı müellifler, nama ifaya ilişkin hükmün cebri icra hukukuna ilişkin bir hüküm olduğu, bu nedenle alacaklının önce edaya ilişkin bir dava açıp elde edeceği bu ilama ilişkin edayı yine de elde edemez ise bu durumda TBK.m.113/I gereğince hakimden kendisi veya bir başkası tarafından yerine getirilmesi için izin isteyebileceği kanaatindedir.⁵¹⁸ Bu yazarlara göre İİK.m.30/II ile TBK.m.113/I birbirleri ile yarışan iki nama ifa hakkı verdiği, yüklenicinin bu iki yasal haktan dilediğini seçebilecektir.⁵¹⁹ Bu görüş taraftarlarından bazıları, bu görüşü kısmen yumuşatarak, nama ifa izninin açılacak eda davasında da talep edilebileceğini ileri sürmüşlerdir.⁵²⁰

tamamlaması veya başka bir yükleniciye tamamlattırması demektir. Yüklenicinin eseri tamamlama olasılığı zayıf ve eserde tamamlanabilecek durumda ise, sözleşmenin tarafı olan iş sahibi, TBK 113, (BK 97) maddesi uyarınca nama ifaya izin isteyebilir. Açıklamalardan anlaşılabileceği üzere yasal olarak nama ifaya izin isteme hakkı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan arsa sahiplerine ait olup, sözleşmenin tarafı olmadıklarından, davacıların TBK 113, BK 97 maddelerinden yararlanarak, böyle bir davayı açmaya aktif husumet ehliyetleri bulunmamaktadır.” 15. HD. 19.12.2018 T., 2018/3835 E. 2018/5158 K. (Kazancı Bilişim)

⁵¹⁷ Aydıncık, **a.g.e.**, s. 246; “Davacı yüklenici tarafından tescil davasına konu edilen, dava konusu inşaatın zemin katında bulunan 15 nolu bağımsız bölüm dükkanın yanlar arasındaki sözleşme gereği, davacı yükleniciye ait olduğu ihtilafsızdır. Davalı arsa sahibi davaya cevabında davacı yüklenici sözleşme gereği taahhüdünü yerine getirmedeğinden, inşaatla birçok eksik iş bırakıp, gecikmeye de neden olduğundan, eksiklerin ikmal ve zararlarına karşılık teminat olarak bırakılan 15 nolu dükkanı, kendisinin sattığını kabul etmiştir. Yanlar arasında daha sonra düzenlenen 12.5.1999 tarihli protokole göre, protokolde eksik olduğu bildirilen 5 kalem işin ikmal halinde yükleniciye ait dükkan veya 6 nolu dairenin tapusu verilecek, binada yapılacak işler 1 ay içinde ikmal edilerek iskan ruhsatı da yine 1 aylık süre içinde alınacaktır. Yüklenici tarafından, binaya iskan ruhsatının alınmadığı sabit olup, eksik işlerin varlığı ve teslimde gecikme de ihtilafsız olduğundan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle davalı arsa sahibi teminat olarak tutulan 15 nolu bağımsız bölümü 3.kişiye devrederek, eksik işler bedeli iskan alım masrafları ve zararlarını karşılamakta, diğer bir deyişle nama ifa yoluna başvurmakta haklıdır.” 15. HD. 24.1.2005 T., 2004/2905 E. 2005/172 K. (Kazancı Bilişim)

⁵¹⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 200; Aydıncık, **a.g.e.**, s. 88-89; Ateş, **a.g.e.**, s. 175.

⁵¹⁹ Aydıncık, **a.g.e.**, s. 89.

⁵²⁰ Kurt, **Temerrüt**, s. 200.

3.2.2.İfa Teorisi

Bazı müelliflere göre ise, nama ifaya ilişkin izin talebi, ifa talebinin bir parçası kabul edilmektedir.⁵²¹ TBK.m.113/I'nin aynen ifayı sağlamaya matuf, (cebri icra hukukuna değil) maddi hukuka ilişkin bir hüküm olup, alacaklının bu hukuki yola başvurabilmesi için daha önceden borçluyu aynen ifaya zorlayan bir eda hükmünün mecburi olmadığı, dilerse önceden bir eda davasından karar alabileceği gibi böyle bir karar almasına gerek olmadan da doğrudan doğruya TBK.m.113/I gereğince masrafları borçluya ait olmak üzere bizzat kendisi ya da üçüncü şahsa yaptırmak üzere yetki alabileceği, böylece edimi cebren elde etmiş değil doğrudan doğruya ifayı sağlamış olacağı ifade edilmiştir.⁵²² Bu teori gereğince nama ifaya başvurulabilmesi için yüklenicinin kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır.⁵²³

3.2.3.Tazminat Teorisi

Daha önce değindiğimiz üzere, bazı müelliflere⁵²⁴ göre ise, TBK.m.113/I'nin maddi hukuka ilişkin bir hüküm olduğu kabul ederler ancak bu hükmün aynen ifayı değil borçlunun yapma edimini ifa etmemesinden kaynaklanan zararın karşılanmasına matuf bir tazminat hükmü olduğu⁵²⁵, bu çerçevede (cebri icra ve ifa teorisinden farklı olarak) bir kusur sorumluluğu olduğu, borçlu temerrüde düşmekte kusurlu değil ise bu durumda nama ifa hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.⁵²⁶

⁵²¹ Aydıncık, **a.g.e.**, s. 91.

⁵²² Kurt, **Temerrüt**, s. 201.

⁵²³ Aydıncık, **a.g.e.**, s. 104, dn. 103.

⁵²⁴ “TBK m. 113/f.1 hükmündeki masrafı borçluya ait olmak üzere işin alacaklı tarafından yapılması aynen ifayı sağlayan bir hüküm değil bir tür tazminat hükmüdür. Zira burada Yüklenici sonuçta sebep olduğu zararı para ödeyerek telafi etmiş olacaktır. Bu tazminat ifa etmemeden doğan (olumlu) zararın tazmini çerçevesinde yer alır. Bu görüşe göre, ancak yüklenici temerrüde düşmede veya sübjektif imkânsızlığa uğramada kusursuz olduğunu ispat edemezse, iş sahibinin bu hükme başvurarak yükleniciden inşaatı tamamlama masraflarını talep etmesi mümkün olacaktır. Zaten işin yaptırıldığı üçüncü kişi (başka yüklenici) masrafları ödeyen yüklenicinin borcunun ifası olarak değil kendi sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa etmek için işi tamamlayacaktır.” Bkz. Öz, **İnşaat**, s. 177.

⁵²⁵ Ateş, **a.g.e.**, s. 175.

⁵²⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 201-202; Aydıncık, **a.g.e.**, s. 98.

3.2.4. İkame Değer Teorisi

Bu görüş taraftarlarına göre, TBK.m.113/I, ifa teorisinin kabul ettiği gibi maddi hukuka ilişkin bir hüküm olmakla birlikte, iş sahibinin yüklenicinin ediminin subjektif olarak imkansızlaşması ya da iş sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi durumunda nama ifa talep edilebilir, keza nama ifa tali bir imkandır.⁵²⁷ Bu görüş taraftarlarına göre nama ifa yetkisi talep edebilmek için, önce yükleniciye ihtar ile aynen ifayı gerçekleştirmesi için ek süre verilmeli ve bu ek süresinin de faydasız kalması durumunda aynen ifadan vazgeçtiğini ve nama ifa talep ettiğini yükleniciye derhal bildirmelidir.⁵²⁸

3.2.5. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay, verdiği kararlarda, nama ifanın TBK.m.125/I anlamında bir aynen ifa talebi olduğu⁵²⁹ ve nama ifa talebinde bulunulması için önceden bir eda kararı alınmasına gerek olmadığı kanaatinde olduğu ve dolayısıyla ifa teorisini kabul ettiği anlaşılmaktadır.⁵³⁰

3.2.6. Kanaatimiz

Nama ifa yetkisi ile iş sahibi tarafından işin bizzat yapılması ya da bir üçüncü kişiye yaptırılması neticesinde, sözleşmenin karşılıklı olarak ifasının sağlanmasının amaçlandığı, nama ifa yolu ile yüklenicinin sözleşmedeki edim borcunun yerine getirildiği ve bu surette yüklenicinin sözleşmesel haklarına kavuşmasının sağlandığı, yükleniciden edim borcunun ifasının tamamlama masrafları alınıyor ise de bu masrafların yüklenicinin edim borcunu ifasını sağlamaya yönelik olduğu, yani

⁵²⁷ Aydıncık, a.g.e., s. 99.

⁵²⁸ Aydıncık, a.g.e., s. 99-100.

⁵²⁹ “Nama ifa, TBK’nın 125/1. 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.” 23. HD. 14.11.2018 T., 2016/4624 E. 2018/5275 K. (Kazancı Bilişim); “yüklenici ediminin ifasında borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda; arsa-iş sahipleri, Borçlar Kanunu’nun 106. (TBK 125.) maddesinde düzenlenen üç ayrı seçimlik haktan birini kullanabilirler. Eksik ve kusurlu işlerin giderilmesinin istenmesi, Borçlar Kanunu’nun 106. (TBK 125.) maddesindeki seçimlik haklardan olan “akdin ifasına” yönelik hakkının kullanılmış olduğunu gösterir. Bu durumda, arsa sahibi ya da sahipleri, eksik ve kusurlu işlerin giderilmesini Borçlar Kanunu’nun 97. (TBK.m.113/I) maddesi gereğince de talep edebilirler. Çünkü, “nama ifa” sözleşmenin “aynen ifası” kapsamındadır” 15. HD. 03.03.2009 T., 2008/6908 E. 2009/1163 K. (Kazancı Bilişim)

⁵³⁰ Kurt, Temerrüt, s. 202.

yüklenici edimlerini kendisi yerine getirmiş olsaydı dahi yine bu masrafları bu sefer kendisinin yapacağı, alınan tamamlama masraflarının iş sahiplerinin uhdesinde kalmadığı ya da bir zararlarının tazminini sağlamadığı, sözleşme ifa edilmediği için yüklenicinin muhtemelen kavuşamayacağı bağımsız bölümlerin satılmasına izin verilmesi ile aslında yüklenicinin lehine olan (özellikle yüklenicilerin inşaatları genelde finansman sorunları ya da iş sahipleri ile yaşanan hukuki ihtilaf yüzünden tamlayamadıkları düşünüldüğünde) bu yasal imkanın aslında aynen ifayı sağlamaya yönelik olduğu, zikredilen gerekçelerle bir tazminat sağlamaya yönelmediği ve bu nedenle mütemerrit yüklenici hakkında kusursuz olsa dahi bu yola başvurulabileceği kanaatindeyiz. Nama ifa masraflarının, yükleniciye tahmil edilmesinin de, kusurlu olması gerekme de, nama ifa ile yüklenicinin ifa edilmeyen ediminin ifasına yönelik olması ve bunun neticesinde yüklenicinin tam sözleşme ücretine hak kazanmasının sağlanacağı da dikkate alındığında yükleniciye tahmilinin dürüstlük kuralının gereği ve hakkaniyete uygun olduğu, nama ifayı bir tazminat haline dönüştürmeyeceği kanaatindeyiz. Elbette ki yüklenicinin kusuru bulunması durumunda iş sahipleri, yüklenicinin temerrüdü ile arasında uygun nedensellik bağı bulunan zararlarının tazminini talep edebileceklerdir.

3.3.Kapsamı

Tüm şartları taşıyan nama ifa izin başvurusu üzerine iskan alınması da dahil olmak üzere tüm eksik işlerin ve bedellerinin tespiti yapılmalıdır.⁵³¹ Bu çerçevede nama ifa izin verilen tüm eksik işlerin teker teker masrafları ile birlikte kararda belirtilmesi⁵³², kararda bilirkişi raporuna atıf yapılması ve “bağımsız bölümün satış

⁵³¹ “Bu durumda mahkemece, asıl davada davacı arsa sahibi tarafından karşılandığı iddia edilen eksik işler ve bedeli konusundaki delillerin değerlendirilmesi, yapı kullanma izin belgesinin alınması için gerekli tüm işlerin davalı yüklenici tarafından yapılması gerekli olup, yapı kullanma izin belgesi alınmasına kadar tüm eksik iş bedellerinin hesaplanması ve yine belirlenecek eksik iş bedelini karşılayacak kadar asıl davada davacı arsa sahibinin uhdesinde bulunan asıl davada davalı yükleniciye verilmesi gereken bağımsız bölümlerin değerinin belirlenip, eksik iş bedeli toplamı kadar bağımsız bölümler yönünden nama ifaya izin ve satışa yetki verilmemesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.” 15. HD. 28.4.2021 T., 2020/1857 E. 2021/2027 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵³² “nama ifaya izin davası talep edilmesi halinde, nama ifa talep edilen eksik ve kusurlu işlerin teker teker nelerden ibaret olduğu, bunların tamamlanması ve giderilmesi için yapılması gereken masrafların avans olarak da olsa miktarlarının tespit ettirilerek kararın hüküm fıkrasında teker teker gösterilmesinin zorunlu olduğu ve eksik ve kusurlu işlerin giderimini karşılayacak miktar ve değerde yükleniciye kalan bağımsız bölümün satışına izin ve yetki verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.” 15. HD. 18.6.2020 T., 2020/729 E. 2020/1668 K. (**Kazancı Bilişim**)

*değerini sınırlayan herhangi bir kayıt ve süre koymadan satışa izin ve yetki verilmesi”*⁵³³ gereklidir. İfa talebi avans talebini de içerdiğinden, kararda teker teker belirtilen avans mahiyetindeki masraf kalemlerinin tahsiline karar verilmesi gereklidir.⁵³⁴

Birden fazla bağımsız iş sahibi ve bunlar arasında paylaşım yapılmış ise iş sahibi, yükleniciye düşen bağımsız bölümlerle ilgili eksik ve ayıplı işleri gidermek zorunda olmadığı için sadece kendisine düşen bağımsız bölümler ve ortak alanlar için nama ifa talep edebilirken, iş sahipleri arasında paylaşım yapılmamış ise tüm inşaat için nama ifa yoluna başvuru olacaktır.⁵³⁵

Bu durumda nama ifaya başvuran iş sahibi, mahkemeye müracaat ile, temerrüdün ve diğer akde aykırılık hallerinin tespitini, eksik ve ayıplı işlerin bizzat ya da üçüncü şahıs vasıtasıyla yapılmasına izin verilmesini, masrafların avans olarak borçludan tahsilini, gecikmeden kaynaklanan zararları ile borçlunun ifada bulunması durumunda malvarlığının bulunacağı durum ile bizzat ya da üçüncü şahıs tarafından eksik ve ayıplı işlerin yerine getirilmesi durumunda malvarlığının durumu arasındaki farkı talep edebileceği belirtilmektedir.⁵³⁶ TBK.m.113/I’de de belirtildiği üzere “*her türlü giderim isteme hakkı saklı*” olduğu için, nama ifa talep eden alacaklı diğer zararlarının da tazminini talep edebilecektir.

Nama ifa masrafları, yüklenicinin alacakları ile takas edilebilecek ise de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kural olarak alacağı arsa payı olduğu için, farklı türde olan alacaklar takas edilemeyecek⁵³⁷, arsa sahibi sözleşme ile yükleniciye düşecek bağımsız bölümlerden nama ifa masraflarını yetecek kadarının paraya

⁵³³ 23. HD. 14.11.2018 T., 2016/4624 E. 2018/5275 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵³⁴ “mahkemece yapılması gereken iş; 28.11.2000 tarihli bilirkişi raporunda tespit edilen eksik işler ile bunların avans niteliğindeki tahmini bedelleri hükmün 1. fıkrasında tek tek gösterilmek sureti ile anılan işlerin ifası için davacı tarafa BK.nun 97. maddesi uyarınca izin verilmesinden ve ifa talebinin avansın tahsilini de içermesi nedeniyle bu bedellerin avans niteliğinde olmak üzere davacıdan tahsiline karar verilmesinden ibarettir.” 15. HD. 11.02.2002 T., 2001/4759 E. 2002/656 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵³⁵ “Arsa payı karşılığı yapılan inşaatlarda “nama ifa” istenmesi durumunda; arsa sahibi, kural olarak nama ifa suretiyle tamamlayacağı inşaatın, yüklenicinin payına düşen bağımsız bölümlerin eksik işlerini tamamlamak ve kusurları gidermek zorunda değildir. Buna göre, inşaatın kendisine isabet edecek bağımsız bölümler ile ortak alanlarını yüklenici namına tamamlamak üzere Borçlar Kanunu’nun 97/1. maddesi hükmüne dayanarak izin talep edebilir. Sözleşmenin yanları arasında bağımsız bölümlerin paylaşımı yapılmamış ise, arsa sahibi inşaatın tamamı için nama ifa izni talep etmek durumundadır.” 15. HD. 03.03.2009 T., 2008/6908 E. 2009/1163 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 922-923; Kurt, **Temerrüt**, s. 205.

⁵³⁷ Öz, **İnşaat**, s. 178.

çevrilmesine ilişkin yetki isteyecek, mahkemece bilirkişi marifeti ile nama ifa masrafları ve paraya çevrilecek bağımsız bölümlerin değerleri belirlenecek, verilen izin doğrultusunda gerçekleşen satış neticesinde eksiklik ve ayıplar giderilecek, eğer artan bir miktar olursa yükleniciye iade edilecek, satış bedelinden daha fazla masraf yapılmışsa iş sahibi bu bakiyeyi yükleniciden talep edebilecektir.⁵³⁸

Nama ifa ile eksik ve ayıplı işlerin bedelinin tazminin talep edilmesi birbirine karıştırılmamalı, tereddüt halinde hangisini talep ettiği iş sahibine açıklattırılmalıdır. Yalnızca nama ifada, hakim izni söz konusu olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.⁵³⁹ Arsa sahibi kendisine ait olan bağımsız bölümlerdeki eksik ve ayıplı iş bedellerinin tamamını ancak ortak alandaki eksik ve ayıplı iş bedellerinin kendi hissesine düşen miktarını talep edebilecektir.⁵⁴⁰ Eksik ve ayıplı işler bedelinin tazmini istemine ilişkin davanın arsa sahibi lehine sonuçlanması ile artık sözleşme ifa ile sonuçlanmış sayılacağından artık sözleşmenin ileri etkili feshi yoluna da başvurulamaz.⁵⁴¹

⁵³⁸ “O halde yapılması gereken iş, bilirkişi raporunda saptanan noksan ve kusurların, bir başka anlatımla, davalı nam ve hesabına ifa edilecek işlerin miktarı ve parasal tutarı ile bunu karşılayacak oranda yükleniciye ait bağımsız bölüm değeri bilirkişiye hesaplattırılmalı, saptanan bağımsız bölümlerin satışıyla elde edilenin inşaatın tamamlanmasında kullanılmasına, artan olduğu takdirde yükleniciye iadesine, böylece yüklenici nam ve hesabına inşaatın tamamlanması hususunda davacılaraya yetki ve izin verilmesine karar vermekten ibarettir.” 15. HD. 09.12.2004 T., 2004/922 E. 2004/6861 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁵³⁹ “Eksik ve kusurlu işler bedelinin tahsili isteminde ise; akdin ifası doğrultusunda zararın tazmini kapsamında sadece bedel istemi söz konusu olduğundan nama ifada olduğu gibi “hakim izni” gerekmez. O halde, davacı tarafın yüklenici namına ifaya izin mi; eksik ve kusurlu işler bedelinin tahsilini mi istediği sorulup açıkça saptanmalıdır.” 15. HD. 03.03.2009 T., 2008/6908 E. 2009/1163 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁵⁴⁰ “Davacı arsa sahibi, gerek kendisine ait bağımsız bölümlerdeki, gerekse, ortak alanlardaki eksik ve kusurlu işler bedelinin tahsilini istemiş, mahkemece, açık ayıplar dışındaki eksik ve kusurlu işlerin giderilme bedeli hüküm altına alınmış ise de, Dairemizin yerleşik uygulamalarında, inşaatın ortak alanlarında bulunun eksik ve kusurlu işler bedelinden, arsa sahibi davacı, ancak kendi hissesine düşen miktarı talep edebilir. Bu durumda, mahkemece, ek bilirkişi raporu alınarak, ortak alanlardaki eksik ve kusurlu işler bedelinden davacı arsa sahibinin hissesine düşen miktarın hesaplatılarak hüküm altına alınması gerekirken, tamamına karar verilmesi hatalı olmuştur” 23. HD. 06.07.2017 T., 2016/6348 E. 2017/2023 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁵⁴¹ “Eksik ve kusurlu işler bedeline açılan dava sonucu arsa sahibi lehine hükmedildiğine göre sözleşme ifa ile sonuçlanmış sayılacağından artık sözleşmenin feshi talep edilemez. İnşaattaki projeye aykırılıkların giderilmesi ve iskân ruhsatının alınması amacıyla nama ifa istemiyle birlikte ileriye dönük feshin talebinde bulunulması BK’nın 106. maddesine aykırı düşeceğinden davacının davadaki asıl maksadının projeye aykırılıkların giderilmesi ve iskân ruhsatının alınması olduğu da gözetilerek sözleşmenin ileriye dönük feshine ilişkin talebinin TMK’nın 692. maddesi hükmü de gözetilmeyerek kabulü ile yazılı şekilde sözleşmenin ileriye etkili olarak feshine karar verilmesi doğru olmamıştır.” 15. HD. 16.3.2009 T., 2008/7159 E. 2009/1499 K. **(Kazancı Bilişim)**

Yüklenicinin sözleşmede gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği imalatlar ile kabule ve kullanıma engel olmayacak şekilde yaptığı imalatlar arasındaki bedel farkı olan nefaset farkının iş sahibi tarafından yükleniciden talep edilebileceği tabiidir.⁵⁴² Nama ifa kapsamında olmayan nefaset farkı alacağı gibi kalemler, nama ifa kapsamında kabul edilemez, bu kapsamda bu alacak kalemleri için avans alınması ya da satış izni verilmesi söz konusu olmayıp, bu alacaklar ayrıca davada talep edilmişse hüküm altına alınmalarıyla yetinilecektir.⁵⁴³ Ayrıca, yüklenici tarafından mahkemece belirlenen nama ifa bedeli avansının depo edilmesi ya da hüküm altına alınacak masraf miktarı ile satışı talep edilen bağımsız bölüm arasında aşırı değer farkı (açık orantısızlık) bulunması gibi satış talebinin TMK.m.2 dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırı olduğu durumlarda artık satışa karar verilemeyecektir.⁵⁴⁴

⁵⁴² “yüklenici tarafından yapılan imalatların kabule ve kullanıma engel olmaması nedeniyle, yapılan imalatlar ile taahhütnamede yapılması taahhüt edilen imalatlar arasındaki nefaset bedel farkına hükmedilebilir” 23. HD. 8.9.2015 T., 2014/10038 E. 2015/5711 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁴³ “Hükme esas alınan 3.10.2006 tarihli raporda eksik ve kusurlu işler maddeler halinde sayılmış, eksik işler için dava tarihindeki piyasa rayıçlarıyla tamamlanma bedeli, sözleşmesine göre farklı kalite, malzeme veya markada yapılan imalatlar için de nefaset farkı hesaplanmıştır. Nefaset gerektiren imalatlar nama ifaya izin verilen işlerin dışında kaldığından bu işlerin bedeli nama ifa bedeline katılamaz. Nama ifaya izin verilen işlerin tamamlanma bedelinin avans olarak, nama ifa kapsamı dışında kalan imatlara ait nefaset farklarının ise normal bir alacak olarak hüküm altına alınması gerekir. Her iki alacağın hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Zira avans alacağının (yapılacak masrafların) karşılanabilmesi için şartları oluştuğunda yükleniciye ait yeter miktardaki bağımsız bölümün satışına izin verilmesi mümkün iken, normal bir alacağın tahsili için taşınmaz satışına izin verilmesi mümkün değildir.” 15. HD. 24.1.2011 T., 2009/5984 E. 2011/215 K. (**Kazancı Bilişim**); “Nama ifaya izin verilen işlerin tamamlanma bedelinin avans olarak, nama ifa kapsamı dışında kalan imatlara ait nefaset farklarının ise normal bir alacak olarak hüküm altına alınması gerekir. Her iki alacağın hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Nama ifa kapsamındaki işler bakımından, nama ifa kararı verilmesi halinde, avans olarak verilen para yetersiz kaldığında, davacı tarafça yükleniciden eksik kalan kısmın istenmesi mümkün iken, nama ifa kararı ile birlikte olumlu zararın tahsili anlamına gelen eksik iş bedelinin tahsiline dair de hüküm kurulması halinde ise, arsa sahibinin eksik işe dair kesinleşen bu tutarın üzerinde talepte bulunması mümkün olmayacaktır. Avans alacağının (yapılacak masrafların) karşılanabilmesi için şartları oluştuğunda yükleniciye ait yeter miktardaki bağımsız bölümün satışına izin verilmesi mümkün iken, normal bir alacağın tahsili için taşınmaz satışına izin verilmesi mümkün değildir. Nama ifa kapsamındaki işler bakımından nama ifa ile birlikte bedelinin avans olarak tahsiline karar verilmesi, nama ifa kapsamı dışında kalan imalatlar yönünden ise belirlenen nefaset bedelinin hüküm altına alınması gerekir.” 23. HD. 13.1.2015 T., 2014/3074 E. 2015/126 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁴⁴ “Nama ifaya izin verilen işlerin giderinin karşılanabilmesi için taşınmaz satışının talep edilmesi halinde yapılacak masrafların tutarı ile satışı talep edilen taşınmazın değeri arasındaki farkın da gözetilmesi, talebin buna göre değerlendirilmesi gerekir. Masrafların mahkeme veznesine depo edilmesi veya bedeller arasında önemli oranda fark bulunması halinde taşınmaz satışına izin verilmesine dair talebin reddedileceği kuşkusuzdur.” 15. HD. 24.1.2011 T., 2009/5984 E. 2011/215 K. (**Kazancı Bilişim**); “yükleniciye ait bağımsız bölümün ifaya izin kapsamında satışına ancak izin verilen işlerin giderini karşılamak amacıyla karar verilebilir. Satış kararı verilebilmesi için ifasına izin istenilen işlerin bedeli ile satışına izin istenilen taşınmazın bedeli arasında aşırı oransızlık bulunmaması, satışa izin talebinin TMK'nın 2. maddesindeki dürüst davranma ilkesine ve hakkaniyete

TBK.m.113/I gereğince masrafları yükleniciye tahmil edilmek suretiyle eksik ve ayıplı işlerin düzeltilmesi için izin alması, iş sahibini kendi edimini yerine getirmekten kurtarmayacak, nama ifa masrafları ile bunu aşan ve ispatlayabildiği diğer zarar kalemlerini tazmin edilmesi karşılığında, (nama ifa kapsamında satılanlar olduysa onlar dışındaki) sözleşme gereğince vermesi gereken arsa payı ya da bağımsız bölümleri yükleniciye devredecektir.⁵⁴⁵ İş sahibi inşaatı bizzat tamamladığında ya da üçüncü şahıs bir yükleniciye tamamlattırdığında aynen ifa gerçekleşmiş olacak⁵⁴⁶ ve yüklenici arsa paylarını talep edebilecektir.⁵⁴⁷

İş sahibi, nama ifa için hakimın karar ve izni olmadan söz konusu eksik ve ayıplı işleri yaptırdığı durumlarda, bir görüşe göre ifa artık borçlu için TBK.m.136 gereğince imkansız hale gelecek ve böylece borçlu borcundan kurtulmuş olacaktır.⁵⁴⁸ Bir diğer görüşe göre ise iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle ifa imkansızlaşmış olacak ve TBK.m.485 hükmü kıyasen uygulanacaktır.⁵⁴⁹ Bir başka görüşe göre ise iş sahibi artık henüz fiilen yapmadığı masrafları talep etme hakkını kaybedecek ve yaptığı masrafların da yüklenicinin daha ucuza yaptıramayacağını ispatlayarak talep edebilecektir.⁵⁵⁰ Bir başka görüşe göre arsa sahibi sadece TBK.m.530 gereğince

de aykırı olmaması gerekir. Yüklenicinin ifasına izin verilen işler bedelini ödemeye hazır olduğunu bildirip mahkeme veznesine depo etmesi veya bedeller arasında önemli oranda fark bulunması halinde taşınmaz satışına izin verilmesine dair talebin reddedilmesi gerekir.” 23. HD. 13.01.2015 T., 2014/3074 E. 2015/126 K. (Kazancı Bilişim)

⁵⁴⁵ Öz, **İnşaat**, s. 178.

⁵⁴⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 206.

⁵⁴⁷ Erman, **a.g.e.**, s. 90; “Davacıların sözleşmede öngörülen süre içinde inşaatı ikmal ve davalılara ait bağımsız bölümleri eksiksiz şekilde teslim etmedikleri ihtilafsızdır. Böylece davacı yükleniciler borçlu temerrüdüne düşmüş olduklarından, davalı iş sahiplerinin B.K. 106. maddesinde düzenlenen seçimlik haklardan birini kullanmak olanağı doğmuştur. Anılan seçimlik haklar, karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade ettiğinden artık tek yönlü olarak bundan dönülemez. Yukarda açıklandığı üzere arsa sahipleri açtıkları 1985/662 Esas sayılı dava ile seçimlik haklarını akdin ifası doğrultusunda kullanmış olduklarından ve bu irade beyanlarının rızayı bozan bir sebebe dayandığını ileri sürmediklerinden, artık bununla bağlı sayılmaları gerekir. Mahkemenin bu yönü gözetmeksizin ve ayrıca 24.1.1984 tarih 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı bir şekilde her iki sözleşmenin feshine karar vermesi yanlıştır. Bu aşamada mahkemece yapılacak iş, davacıların temerrüde düştükleri tarihteki rayiç fiyatlara göre eksik iş bedellerini saptamak, bu bedelin davalılara ödenmesi kaydı ile sözleşme gereğince davacılara verilmesi gereken arsa payının tesciline ve böylece birlikte ifaya karar vermekten ibarettir.” 15. HD. 06.04.1989 T., 1988/2909 E. 1989/1783 K. (Kazancı Bilişim)

⁵⁴⁸ Funk, **a.g.e.**, s. 156; Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 784-785.

⁵⁴⁹ Şahin, **a.g.e.**, s. 246.

⁵⁵⁰ “İş sahibi TBK m.113/f.1 uyarınca hakimden izin almaksızın inşaatı doğrudan el koyarak işi üstlenirse, yüklenici kusurlu sayılsa bile, TBK m. 125/f.2 hükmündeki seçim hakkını kullanmadıkça, henüz fiilen yapmadığı harcamaları masraf olarak yükleniciden talep edemeyecektir. Ayrıca fiilen yaptığı harcamaları da ancak sözleşmeye göre inşaatı daha ucuz bir yolla tamamlama imkânı

gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre bir talepte bulunma hakkını haiz olacak, tamamlama masraflarının tamamı ile gecikmeden kaynaklanan zararının tazminini talep edemeyecektir.⁵⁵¹

4.GECİKME TAZMİNATI

4.1.Kavram

Gecikme tazminatı başlıklı TBK.m.118 hükmü gereğince “*temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığına ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*” Borçlu temerrüde düşmüş olsa da alacaklı aynen ifada ısrar etmekte, eser sözleşmesi ve tarafların edimleri aynen korunmakta, sadece temerrüde düşmekte kusurlu olan borçluya sözleşmesel edimine ek olarak alacaklının geç teslim nedeniyle uğradığı zararı tazmin mükellefiyeti tahmil edilmektedir.⁵⁵² Bu sorumluluk doğrudan kanundan kaynaklanmakta olup, ayrıca sözleşmede düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.⁵⁵³ Ancak sözleşmede kararlaştırılmışsa ayrıca ispatı gerekmeden talep edilebilecektir.⁵⁵⁴

Aynen ifanın henüz gerçekleşip gerçekleşmemesinin, gecikme tazminatının talep edilmesinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.⁵⁵⁵ Cezai şarttan farklı olarak, iş sahibinin edayı kabul ederken gecikme tazminatına ilişkin haklarını saklı tutmasına

bulunmadığını ve yüklenici de yapsa daha ucuza tamamlayamayacağını ispat edebilirse talep edebilir.” Bkz. Öz, **İnşaat**, s. 178.

⁵⁵¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 199-200, dn. 72; “*Dava konusu edilen imalat ve tadilatın yapılmasında davalıların rızası olduğu kanıtlanmamıştır. BK. md. 97 gereğince imalat için hakimden izin de alınmamıştır. Dava konusu bu işlerin davacı kiracının yararına yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı, davacının kiralanda yaptığı imalat ve tamiratın yapıldığı tarihteki giderlerinden Borçlar Kanununun gerçek olmayan vekaletsiz tasarrufa ilişkin 414. maddesi uyarınca faydalandığı ve zenginleştiği oranda sorumludur. Bu durumda mahkemece, 22.1.1985 günlü bilirkişi raporunda gösterilen ve işlerin yapıldığı 1979 yılı rayiçlerine göre belirlenen miktar üzerinden ödetme kararı verilecek yerde davanın açıldığı 1983 yılı rayiçlerine göre hüküm kurulması yasaya aykırıdır.*” 13. HD. 09.03.1987 T., 1987/1024 E. 1987/1335 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁵² Kurt, **Temerrüt**, s. 209.

⁵⁵³ “*Sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi temerrüt hâlinde TBK’nın 125/I. maddesi hükmünce alacaklı gecikme tazminatı talep edebilir.*” HGK. 7.7.2021 T., 2017/15-3169 E. 2021/948 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁵⁴ “*Gecikme tazminatı, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, zararın kanıtlanması koşuluyla, zamanaşımı süresi içerisinde, her zaman, râyiç üzerinden istenebilir; sözleşmede kararlaştırılmışsa, ayrıca zararın kanıtlanmasına gerek yoktur; çünkü, taraflar gecikme zararını baştan kabul ettikleri için, bu kabul hükmü tarafları bağlar.*” 23. HD. 05.5.2014 T., 2013/6814 E. 2014/3439 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁵⁵ Öz, **İnşaat**, s. 178; Kurt, **Temerrüt**, s. 209.

gerek yoktur.⁵⁵⁶ Keza, faiz ya da cezai şart gibi fer'i nitelikte olmayıp, gecikme tazminatı aynen ifanın yanında yer alan ayrı bir borçtur.⁵⁵⁷

Yüklenicinin gecikmeden kaynaklanan sorumluluğunun olabilmesi için, kusuruyla temerrüde düşmesi, gecikme nedeniyle iş sahibinin bir zarara uğraması ve bu zarar ile gecikme arasında uygun illiyet bağının bulunması, iş sahibinin bu zararı ve illiyet bağıını ispatlaması gerektiği, TBK.m.112 gereğince yüklenicinin ancak kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir.⁵⁵⁸

Temerrüt, yüklenicinin kullandığı ifa yardımcılardan ileri geliyorsa TBK.m.116 gereğince *“borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.”* TBK.m.116 gereğince sorumlu olduğu durumlarda da yüklenici, kusurun kendisinde olmadığı savunması ile gecikme tazminatı sorumluluğundan kurtulamayacaktır.⁵⁵⁹ Yargıtay, mevcut ilama bağlı gecikme tazminatı borcu ödenmeden, yüklenici ve ondan bağımsız bölüm temlik alan üçüncü şahısların tapu tescilini talep edemeyecekleri kanaatindedir.⁵⁶⁰

Hangi tarihe kadar gecikme için gecikme tazminatı talep edilebilecektir? Yargıtay uygulamasında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iskan alınma şartının bulunup bulunmadığına göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. Eğer sözleşmede iskan alma yükümlülüğü bulunmuyorsa, yüklenicinin her bir bağımsız bölüm için ayrı olarak, abonelik sözleşmeleri, nüfus kayıt sistemi ve sair deliller ile ispatladığı fiili teslim tarihine kadarki gecikme için gecikme tazminatı talep edilebilecektir.⁵⁶¹ Ancak

⁵⁵⁶ Öz, **İnşaat**, s. 179. *“Gecikme tazminatının istenebilmesi için teslimde ihtirazî kayıt konulmasına gerek olmayıp”* 15. HD. 22.9.2020 T. 2020/90 E. 2020/2518 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁵⁷ Öz, **İnşaat**, s. 179; Zarife Şenocak, **Borçlunun fa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1995, s.203.

⁵⁵⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 209-210.

⁵⁵⁹ Öz, **İnşaat**, s. 179.

⁵⁶⁰ *“İskan ruhsatı için gerekli tüm masraflar ve davalı iş sahibinin, mahkeme ilamına dayalı gecikme tazminatı alacağı ödenmeden, davalı yüklenici şirketin ve ondan şahsi hak temlik alan davacının, bağımsız bölümün tescilini isteme hakları yoktur.”* 6. HD. 19.10.2021 T., 2021/1018 E. 2021/956 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁵⁶¹ *“Dava konusu sözleşmede anahtar teslimi ve iskan şartı bulunmadığından ve dosya kapsamındaki aboneliklerin bir kısmının iskan tarihinden önce yapıldığı ve bir kısım aboneliklerin sonradan değiştiği de dikkate alındığında yüklenici bağımsız bölümlerin dava tarihinden önce fiilen teslim edildiğini ve*

sözleşme iskan alma şartına tabi ise, yüklenicinin daireyi fiilen teslim etmesi onu gecikme tazminatı yükümlülüğünden kurtarmayacak, bu durumda yüklenici, kural olarak iskan aldığı tarihe kadar ancak iskan alım tarihinden önce iş sahibi tarafından bağımsız bölümün satıldığına⁵⁶² ya da iş sahibi tarafından fiilen kullanılmaya başlanıldığına ya da kiraya verildiğine ilişkin sadece abonelik sözleşmeleri ile değil, nüfus kayıt sistemi ve sair deliller ile de ispatladığı takdirde satma ya da fiili kullanmaya başlama ya da kiraya verme tarihine kadarki gecikme için tazminatla sorumlu olacaktır.⁵⁶³ Ancak taraflar yapacakları sözleşme ile yüklenicinin kiraya verme, fiili kullanma durumunun varlığına rağmen ancak iskan alması ile gecikme tazminatı ödemekten kurtulacağı hususunda anlaşma yapabileceklerdir.⁵⁶⁴

hak sahipleri tarafından kullanıldığını ispat ederse teslim tarihine kadar gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür. Bu bakımdan davacıların sözleşmede kararlaştırılan gecikme tazminatı isteyebileceği en geç tarihin, abonelik kayıtları, adres kayıt sistemindeki bilgiler ve yüklenici tarafından dosya kapsamına sunulan deliller ile değerlendirilmek sureti ile her bir bağımsız bölüm için ayrı ayrı belirlenmesi gerekirken, sözleşmede anahtar teslimi ibaresi bulunmamasına ve iskan alma yükümlülüğü yükleniciye ait olmasına rağmen hatalı değerlendirme ile aboneliklerin tek başına teslimi ispatlayamadığının kabulü hatalı olmuştur.” 6. HD. 7.10.2021 T., 2021/987 E. 2021/706 K. (Kazancı Bilişim)

⁵⁶² 23. HD. 20.10.2015 T., 2014/10488 E. 2015/6699 K. (Kazancı Bilişim)

⁵⁶³ “Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre yüklenici anahtarı iş sahibine teslim etse de, eğer iskân alma koşulu varsa anahtarın teslimi yeterli görülmemekte, iş sahibince dairelerin kiraya verildiği iddia ediliyorsa bunun abonelik, fatura benzeri kullanmaya ilişkin kayıtlarla ispatı aranmakta, anahtar teslimi yeterli görülmemektedir. Bu konuda ispat külfeti de iddia sahibi olan yükleniciye yüklenmektedir.” 6. HD. 7.10.2021 T., 2021/987 E. 2021/706 K. (Kazancı Bilişim) “Yapı kullanma izni alınmasının yükleniciye bırakıldığı hallerde, iş sahibine bırakılan bağımsız bölümler fiilen iş sahibine teslim edilmiş olsa dahi arsa sahipleri yapı kullanma izni olmayan bağımsız bölümleri kullanmaya zorlanamayacaklarından teslim aldıkları bağımsız bölümlerin fiilen oturularak kullanıldığı ya da arsa sahiplerince kiraya verilerek gelir elde edildiği yüklenici tarafından ileri sürülüp kanıtlanmadıkça yüklenici kararlaştırılan gecikme tazminatını ödemek zorundadır. Mahkemece davacıların daireleri fiilen kullandıkları kabul edilmiş ise de, hangi tarih ya da tarihlerden itibaren fiilen teslim alarak kullandıkları denetime elverişli şekilde gösterilip gerekçelendirilmemiştir. Su, doğalgaz ve elektrik abonelerinin tek başına fiili kullanımı ispata yeterli olmadığı Dairemiz uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu durumda mahkemece mevcut deliller yeniden değerlendirilip, varsa noksan deliller de toplandıktan sonra davacılar a ait hangi bağımsız bölümün hangi tarihte kendilerine teslim edilerek fiilen kullanılmaya ya da kiraya verilerek gelir temin edilmeye başlandığı tespit edilip karar gerekçesinde denetime elverişli olarak gösterilmek suretiyle talep edilen gecikme tazminatı konusunda sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan ve dayanağı gösterilmeden gecikme tazminatı talebinin de tümünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” 15. HD. 4.12.2018 T., 2018/3862 E. 2018/4809 K. (Kazancı Bilişim)

⁵⁶⁴ “İskan ruhsatının alınması hukuki tespit niteliğinde olup, iskan ruhsatının alınması tarihine kadar gecikme tazminatının talep edilebilmesi için sözleşmede bu konuda özel hüküm bulunması gerekmektedir.” 23. HD. 25.10.2018 T., 2016/384 E. 2018/4929 K. (Kazancı Bilişim)

4.2.Kapsamı

4.2.1.Fiili Zararlar

Yüklenicinin borca aykırılığı nedeniyle, söz konusu bağımsız bölümün tesliminin gerçekleşmemesi nedeniyle kendi edimini yerine getiremeyen iş sahibinin, üçüncü şahıslarla yapmış olduğu sözleşmelerdeki yükümlülükleri nedeniyle ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, faiz ve masraflar; söz konusu bağımsız bölüm süresinde tesliminin gerçekleşmemesi nedeniyle iş sahibinin kaim yer için ödemek zorunda olduğu kira bedelleri ve yüklenicinin kusurlu temerrüdü ile iş sahibinin ihlali ile uygun illiyet bağı içerisindeki sair benzerleri fiili zararlardır.⁵⁶⁵ İş sahibinin, yüklenici temerrüde düşmeseydi, yine ödemek zorunda kalacağı kalemleri talep edemeyeceği tabiidir.⁵⁶⁶

4.2.2.Kira Tazminatı

Öncelikle bağımsız bölümün teslim edilmesi gereken tarihin tespiti ile teslim edildiği (eğer henüz daha teslim gerçekleşmemişse dava) tarihi arasındaki gecikme süresi üzerinden rayiç kira bedeli hesaplanacaktır.⁵⁶⁷ Hiç şüphesiz, eğer sözleşme ile inşaatın tamamının değil, yüzde seksen, doksan ve sair başka şekilde belirli bir yüzdesinin tamamlanması öngörülmüş ise gecikme tarihine göre değil, teslim tarihine, inşaatın tamamen tamamlanıp kiraya verilebilecek hale gelinceye kadar geçecek makul sürenin eklenmesi ile bulunan sürenin dolmasından sonra gecikme tazminatı

⁵⁶⁵ Kurt, **Temerrüt**, s. 210-211.

⁵⁶⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 210-211.

⁵⁶⁷ “Somut olayda mahkemece sözleşmede yer aldığı haliyle 6 aylık tazminata hükmedilmiştir. Oysa taşınmazın sözleşme uyarınca teslim edilmesi gereken tarihle teslim edilen tarih bulunarak gecikme tarihi belirlenip bu sürenin rayiç kira ve süreyle çarpımı sonucunda oluşacak zarar bulunmalıdır.” 23. HD. 12.6.2019 T., 2016/5375 E. 2019/2621 K. (**Kazancı Bilişim**)

talep edilebilecektir.⁵⁶⁸ Keza, tamamlanmayan bir inşaatın kullanılması ya da kiraya verilmesi mümkün olmayacaktır.

İş sahibi eksik ya da ayıplı ifayı kural olarak kabul etmek zorunda değildir, bu çerçevede eksiksiz, ayıpsız ve sözleşmeye uygun ifa gerçekleşinceye kadar gecikme tazminatı talep edilebileceği tabiidir.⁵⁶⁹ Ancak ayıplara ve eksikliklere rağmen bağımsız bölümün teslim alınması halinde ya da bağımsız bölümdeki ayıp ve eksiklikler teslim almaktan kaçınmaya imkan vermeyecek ölçüde ise ya da ayıp ve eksikliklere ilişkin önceden bir dava açılmışsa, eksik ve ayıplı işlerin tamamlanması için gerekli olan süre kadar gecikme tazminatı talep edilebilecektir.⁵⁷⁰ Belirtelim ki, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan inşaat sökölüp kaldırılması aşırı zarar doğuracak ise sözleşmeden dönmeyi yasaklayan TBK m.475/son paragraf hükmünün, bu

⁵⁶⁸ “Öte yandan, taraflar arasındaki sözleşmenin 7. maddesinde 7 no.lu bağımsız bölümün %80 bitmiş olarak davacı iş sahibine teslim edilmesinin kararlaştırıldığı görülmüştür. Davacı bu bağımsız bölüm için kira tazminatı talep etmekte ise de %80’i bitmiş bir daireyi kiraya vermek mümkün bulunmadığından mahkemece %80 imalatın sözleşmeye göre teslim edilmesi gereken tarih bulunup bu tarihe kalan %20’lik inşaatın iş sahibince tamamlanması için belirlenen makul süre eklenerek bulunan bu en son sürede teslim gerçekleşmemişse, bu tarihten sonra talep dikkate alınarak kira belirlenmesi gerekir.” 23. HD. 6.5.2019 T., 2016/8228 E. 2019/1684 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁵⁶⁹ “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın kararlaştırılan tarihte tesliminin gerçekleştirilememesi durumunda yüklenici borçlu temerrüdüne düşer ve iş sahibinin TBK’nın 125. (BK’nın 106/2.) maddesince seçimlik hakkı doğar. İş sahibi bu seçimlik hakkını, geciken ifayı beklemek ve gecikme tazminatını istemek olarak kullanmış ise sözleşmeyi feshetmeden, ileride olası eksik-ayıplı işlere ilişkin alacağının muacceliyetini fiili teslim erteleyerek, gecikme tazminatı alacağını her ay sonu itibarıyla talep veya dava ederek, eserin teslimini bekleyebilir. Gecikme tazminatı kural olarak sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden, eserin eksiksiz ve ayıpsız olarak sözleşmeye uygun biçimde teslim edildiği tarihe kadar ya da iş sahibinin teslimden önce bağımsız bölümü fiilen kullanmaya başladığı veya üçüncü kişiye kiraya verdiği ya da sattığı tarihe kadar istenebilir. Gecikme tazminatı, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, zararın kanıtlanması koşuluyla, zamanaşımı süresi içerisinde, her zaman, râyiç kira üzerinden istenebilir; sözleşmede kararlaştırılmışsa, ayrıca zararın kanıtlanmasına gerek yoktur; çünkü, taraflar gecikme zararını baştan kabul ettikleri için, bu kabul hükmü tarafları bağlar.” 23. HD. 20.10.2015 T., 2014/10488 E. 2015/6699 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁵⁷⁰ “Yanlar arasındaki sözleşme uyarınca, binanın teslim tarihi 26.11.1998 iken, yapıdaki davacı iş sahibine bırakılması kararlaştırılan dükkân ile daire 19.3.1999 günlü tutanakla teslim edilmiştir. Böylelikle her iki tarih arasındaki 3 ay 23 günden ibaret gecikmenin varlığı gerçektir. Ancak, bina iş sahibine hem bağımsız bölümlerde hem de ortak yerlerdeki eksikliklerle teslim edilmiş, bilirkşi bu eksikliklerin 1,5 aylık sürede tamamlanabileceğini hesaplamıştır. İş sahibi olan davacı yükleniciden gecikme sebebiyle 3 ay 23 güne ek olarak 1,5 aylık bu süre içinde gecikme tazminatı isteyebilir. Ne var ki, gecikme süresinin hesaplanmasında Dairemiz bozma kararının 5 nolu bendinin gözetileceği doğaldır.” 15. HD. 20.11.2002 T., 2002/3405 E. 2002/5355 K. **(Kazancı Bilişim)**

durumlarda iş sahibinin ayıplı ifayı kabul edip, artık temerrüt değil, sadece ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabileceği belirtilmektedir.⁵⁷¹



⁵⁷¹ Öz'ün, TBK.m.475'i karşılayan eski Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinin ifayı kabulden kaçınma hakkı vermeyen ayıpları yani ayıplı ifayı kabul zorunluluğunu daha açık ifade ettiği şeklindeki görüşü için bkz. Öz, **İnşaat**, s. 239-251.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILABİLMESİ İÇİN MEHİL VERME ŞARTI

1.KAVRAM

TBK.m.123 hükmü gereğince “*karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.*” Ancak bu temerrüdün sözleşmenin asıl edimlerinde olması gereklidir. Sözleşmenin asıl edimlerinde değil de tali edimlerdeki temerrüt TBK.m.123-126 hükümlerine tabi değildir.⁵⁷²

TBK.m.125/I hükmü gereğince “*temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.*” Yüklenicinin kusuru ile edimini yerine getirmemesi halinde iş sahibi, ya aynen ifa ile birlikte gecikmeden kaynaklanan zararını -ki bu zarar aynen ifa ile giderilemeyecek zarardır- talep edecek ya da derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek edimin yerine getirilmemesinden doğan müspet (olumlu) zararının veyahut hemen bildirmek kaydı ile sözleşmeden dönerek menfî (olumsuz) zararının tazminini talep edebilecektir.⁵⁷³

Yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispatlaması durumunda, artık iş sahibinin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etme imkanı kalmayacak, ya gecikmeden kaynaklanan zararını talep etmeksizin aynen ifa ya da menfî zararını talep etmeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

Ancak yüklenici sözleşmeden dönme ve menfî zararının tazmini ve ifadan vazgeçip müspet zararının tazmini haklarını kullanabilmesi için kural olarak yükleniciye bir mehil vermesi ve bu mehil süresince edimin ifa edilmemiş olması gerekmektedir.⁵⁷⁴ Keza, TBK.m.125/II hükmü gereğince, “*alacaklı, ayrıca borcun*

⁵⁷² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 539, N. 1641, dn. 1921.

⁵⁷³ Erman, **a.g.e.**, s.78.

⁵⁷⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 540, N. 1647; Öz, **İnşaat**, s. 185.

ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir”

Ancak aynen ifa ve gecikmeden kaynaklanan zararın tazmini talep etmek için ek süre verilmesine gerek olmayıp, temerrüde düşen borçlu ek süre verilmesine gerek olmadan da gecikme tazminatı ödemek zorundadır.⁵⁷⁵ Aynen ifa ve gecikme zararının tazmini talebi, önemli bir tali borç bakımından da söz konusu olabilir.

2.MEHİL

Mehil tayini, geciken ifanın belirli bir tarihe kadar ya da belirli bir süre (ifa müddeti) içerisinde gerçekleştirilmesi talebini ifade eder.⁵⁷⁶ Mehil hukuki neticelerini karşı tarafa varmasından sonra meydana getirecektir.⁵⁷⁷ Mehil borçlunun yanı sıra sözleşme ile kararlaştırılan yetkiliye veyahut sair kimselere bildirilebilir.⁵⁷⁸

Alacaklının TBK.m.125 kapsamında borçluya edimini ifa etmesi için verdiği mehil, alacaklının seçimlik haklarını kullanmadan önce borçlunun borcunu ifa etmesi için sahip olduğu son imkandır.⁵⁷⁹ Bu süre vermenin amacı, edimini hemen ya da biraz sonra ifa edebilecek olan borçluyu, seçimlik haklarını kullanılması ile oluşacak durumun zararlı neticelerinden korumaktır.⁵⁸¹ Bu mehilin verilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması şarttır, bu mehili veren kimsenin mehili verirken TBK.m.125’teki seçimlik hakların kullanılmasını sağlama amacı taşıması gerekmeyip ve mehil verilmesi ana hatları ile borçluyu temerrüde düşüren ihtarına benzeyen hukuki işlem benzeri bir işlemdir.⁵⁸² Sözleşme özel bir şekle tabi olsa bile mehil verilmesi herhangi bir şekle tabi olmadığı⁵⁸³, tacirler arasında süre verilmesine ilişkin olarak TTK.m.18-b3 hükmünün geçerlilik şartı getirmediği belirtilmiştir.⁵⁸⁴ Bu

⁵⁷⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 540, N. 1647, dn. 1922; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 946.

⁵⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 946; Havutçu, **Müşpet**, s. 45.

⁵⁷⁷ Önen, **a.g.e.**, s. 49; Havutçu, **Müşpet**, s. 45.

⁵⁷⁸ Önen, **a.g.e.**, s. 53.

⁵⁷⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 542, N. 1654; Havutçu, **Müşpet**, s. 45.

⁵⁸⁰ Borçlunun mehil süresince iyiniyetle ciddi çaba sarf etmesi durumunda mehil süresinin uzatılması gerektiği hususundaki görüş için bkz. Önen, **a.g.e.**, s. 49.

⁵⁸¹ Önen, **a.g.e.**, s. 47; Havutçu, **Müşpet**, s. 47.

⁵⁸² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 541, N. 1652; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 946.

⁵⁸³ Öz, **İnşaat**, s. 185; Önen, **a.g.e.**, s. 51; Havutçu, **Müşpet**, s. 47.

⁵⁸⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 543, N. 1661.

sürenin temerrüt ihtarına eklenerek, sürenin, temerrüt ihtarının tebliğ tarihini takiben işlemeye başlaması da mümkündür.⁵⁸⁵

Alacaklının, çok uzun zaman geçmeden, dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenecek süre içerisinde borçluya mehil vermesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁸⁶

Borçluya verilen mehilin uygunluğu, borcun önemine, edanın ifasının özelliklerine, alacaklının ihtiyaçlarına, halin icabına ve her iki tarafında menfaatleri gözetilerek dürüstlük kuralına göre belirlenebilecektir.⁵⁸⁷ Ancak bu süre, hiçbir hazırlığı olmayan borçluya hazırlık süresi tanınmasını sağlayacak mahiyette olmayacaktır⁵⁸⁸. Taraflar önceden sözleşme ile verilecek süreyi belirlemiş olabilecekleri gibi, mahkemeye başvurarak uygun sürenin hakim tarafından belirlenmesini de talep edebilir.⁵⁸⁹

Mehilin süresi ve sınırları muayyen ve kesin olarak söz konusu bildirimden hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık bir biçimde anlaşılmalıdır.⁵⁹⁰

Alacaklı tarafından verilen mehil, gerektiğinden daha uzun olması durumunda baki kalacak⁵⁹¹ ve borçlu buna itiraz edemeyecek⁵⁹², gerektiğinden daha kısa verilmiş ise bir görüşe göre bildirim olarak geçerli kabul edilecek, uygun olmayan bir süre verilmiş olmasına karşın uygun süre işlemeye başlayacak, uygun süre dolmadan verdiği kısa süreye dayalı olarak alacaklı seçimlik haklarını kullanamayacak ve borçlu bu uygun süre içerisinde edimini ifa etmez ise alacaklı ancak uygun sürenin dolmasından sonra seçimlik haklarını kullanabilecektir.⁵⁹³ Görüldüğü üzere, bir görüşe göre uygun olmayan mehil hükümsüz değil iken⁵⁹⁴ diğer bir görüşe göre, alacaklının verdiği uygun olmayan mehil geçersiz olacak, ona TBK.m.125’de düzenlenen seçimlik haklarını kullanma hakkı vermeyecek, alacaklının söz konusu seçimlik haklarını kullanabilmesi için yeniden uygun bir mehil vermesi gerekecek,

⁵⁸⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 542, N. 1655; Öz, **İnşaat**, s. 185; Havutçu, **Müşpet**, s. 48.

⁵⁸⁶ Önen, **a.g.e.**, s. 51.

⁵⁸⁷ Öz, **İnşaat**, s. 185; Önen, **a.g.e.**, s. 48; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 542, N. 1656; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 947; Havutçu, **Müşpet**, s. 46.

⁵⁸⁸ Önen, **a.g.e.**, s. 49; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 542, N. 1657.

⁵⁸⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 543, N. 1658; Öz, **İnşaat**, s. 186; Havutçu, **Müşpet**, s. 44-46; Şahin, **a.g.e.**, s. 218.

⁵⁹⁰ Öz, **İnşaat**, s. 185; Önen, **a.g.e.**, s. 48; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 543, N. 1660.

⁵⁹¹ Önen, **a.g.e.**, s. 49.

⁵⁹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 947, dn. 7.

⁵⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 947-948; Havutçu, **Müşpet**, s. 46.

⁵⁹⁴ Önen, **a.g.e.**, s. 49.

fakat borçlu bu mehilin uygun olmadığını anlaması gereken bir durumda ilk fırsatta bildirmez ise alacaklının bu sürenin yetersiz olduğunu bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispatlayamadığı takdirde artık sürenin uygun olmadığına dayanamayacaktır.⁵⁹⁵

3.MEHİL VERİLMESİNİN GEREKLİ OLMADIĞI HALLER

TBK.m.124'te "*Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa ve borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa*" iş sahibi tarafından yükleniciye mehil verilmesine gerek olmadığı düzenlenmiştir.⁵⁹⁶ Bu düzenlemeyle iş sahibi, dilerse herhangi bir mehil vermeksizin seçimlik haklarını kullanabilecektir.

3.1.Borçlunun İçinde Bulunduğu Durumdan Veya Tutumundan Süre Verilmesinin Etkisiz Olacağı Anlaşıyorsa

Yüklenici, edimini yerine getirmeyeceğini ya da getiremeyeceğini⁵⁹⁷ veyahut edimini ifa etmek için kabul edilmesi mümkün olmayan şartları iş sahibine bildirmesinde ya da ifaya imkan vermeyen bir fiili durum yaratmasında⁵⁹⁸ ya da yüklenicinin ifa için herhangi bir hazırlık içinde bulunmadığı veya oldukça az hazırlıkta bulunmuş olmasında ya da sözleşmeyle yüklenmiş olduğu inşaat edimi için sözleşmede kararlaştırılan belediyeye ruhsat başvurusunu süresi içerisinde yapmaması ve bu nedenle inşaatın zamanında bitirmenin mümkün olmayacağını anlaşılmaması halinde olduğu gibi⁵⁹⁹ TBK.m.124/I gereğince borçlunun içerisinde bulunduğu durumdan ya da tutumdan mehil verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa, borçluya mehil verilmesine gerek yoktur.⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 543, N. 1659; Öz, **İnşaat**, s. 186.

⁵⁹⁶ Öz, **İnşaat**, s. 187.

⁵⁹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 950; Havutçu, **Müşpet**, s. 49; Farklı görüş için bkz. Önen, **a.g.e.**, s. 62; Öz, **İnşaat**, s. 187.

⁵⁹⁸ Öz, **İnşaat**, s. 187.

⁵⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 950.

⁵⁹⁹ Önen, **a.g.e.**, s. 62; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 950; Havutçu, **Müşpet**, s. 49.

⁶⁰⁰ Öz, **İnşaat**, s. 187; Havutçu, **Müşpet**, s. 49.

Ancak belirtelim ki, yapma borçlarında borçlunun ifada bulunmayacağı beyanını imkânsızlık sayan Öz'e göre, bu durumda esasen temerrüt son bulacak ve yüklenici kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine (TBK m.112'ye) tabi olacaktır.⁶⁰¹ Bu görüş çerçevesinde, borçlunun (yüklenicinin ifadan vazgeçmediği) fakat uygun mehilin sonuna yetiştiremeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda TBK m.124/I uygulama alanı bulabilecektir.⁶⁰²

3.2.Borçlunun Temerrüdü Sonucunda Borcun İfası Alacaklı İçin Yararsız Kalmışsa

Alacaklının, borçlunun temerrüdü nedeniyle edimini ifasında hiçbir menfaatinin kalmaması ya da ifadaki menfaatin önemli ölçüde azalması durumunda TBK.m.125'de yer alan seçimlik haklarını mehil vermeksizin kullanabileceği kabul edilmektedir.⁶⁰³ Ancak bu durum ile inşaat sözleşmelerinde pek karşılaşılmadığı belirtilmiştir.⁶⁰⁴ Borçlunun temerrüdü ile ediminin faydasının ortadan kalkması ya da önemli ölçüde azalması arasında uygun bir illiyet bağı bulunması gerekir.⁶⁰⁵ Aksi taktirde, yani edimin yüklenicinin temerrüdü dışındaki bir nedenden dolayı faydası kalmamış ya da faydası önemli ölçüde azalmışsa alacaklı mehil verme yükümlülüğünden kurtulamayacaktır.⁶⁰⁶ Edimin ifasının faydasının kalmadığının yükleniciye bildirilmesi gerekip gerekmediği hususu tartışmalı olmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, temerrüt ile birlikte ifanın faydasız kalacağı, sözleşme metninden anlaşılmıyorsa ve borçlu bilebilecek durumda değilse⁶⁰⁷ borçluya bildirim yapılması, TMK.m.2 dürüstlük kuralı gereğidir.⁶⁰⁸

⁶⁰¹ Öz, **İnşaat**, s. 187.

⁶⁰² Öz, **İnşaat**, s. 187.

⁶⁰³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 951; Havutçu, **Müşpet**, s. 51.

⁶⁰⁴ Öz, **İnşaat**, s. 187.

⁶⁰⁵ Önen, **a.g.e.**, s. 64; Havutçu, **Müşpet**, s. 51.

⁶⁰⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 951; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 565, N. 1722; Havutçu, **Müşpet**, s. 51.

⁶⁰⁷ Önen, **a.g.e.**, s. 63.

⁶⁰⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 566, N. 1728.

3.3. Borcun İfasının, Belirli Bir Zamanda Veya Belirli Bir Süre İçinde Gerçekleşmemesi Üzerine, İfanın Artık Kabul Edilmeyeceği Sözleşmeden Anlaşıyorsa

TBK.m.124/III hükmü gereğince, iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşme gereğince yüklenicinin belirli ve kesin bir vadede edimini yerine getirmesi gerektiği, edimin belirtilen bu belirli ve kesin vadede yerine getirilmemesi halinde aynen ve gecikmiş ifanın kabul edilmeyeceği kararlaştırılmış ise artık iş sahibinin yükleniciye mehil vermesine gerek olmadığı kabul edilmektedir.⁶⁰⁹

Tarafların anlaşarak bir süre belirlemiş olmaları yeterli olmayıp, borcun mutlaka belirlenen tarihte ya da süre içerisinde ifa edileceğinin ve süresinde ifa edilmeyen edimden vazgeçilmiş olacağının açıkça düzenlenmiş olması gerekir.⁶¹⁰

Kesin vade taraflara, mehil vermeden ancak derhal bildirilmek kaydı ile sözleşmeden dönme ve diğer seçimlik haklarını da kullanabilme imkanı verecektir.⁶¹¹ Kesin vade bulunan hallerde, seçim hakkının derhal bildirilmemesi kesin vade hakkından vazgeçme olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁶¹² Yargıtay kesin sürenin dolmasına rağmen ses çıkarmayan alacaklının kural olarak kesin vadeden vazgeçmiş olduğu ve bu nedenle yeniden borçluya temerrüt ihtarını gönderilmesi gerektiği kanaatindedir.⁶¹³

⁶⁰⁹ Öz, **İnşaat**, s. 187.

⁶¹⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 566, N. 1728; Önen, **a.g.e.**, s. 67; Havutçu, **Müşpet**, s. 54.

⁶¹¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 566, N. 1729; Havutçu, **Müşpet**, s. 53-56.

⁶¹² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 568, N. 1733.

⁶¹³ “Edim için sözleşmeye konulan kesin vadenin geçmesine karşın, alacaklı ses çıkarmaz ise, örtülü (zımni) olarak vadeden vazgeçtiği kabul edilir” (Dayınlarlı, Kemal, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 3.Baskı, Ankara 2003, Sahife:85 ve oradaki yollamalar). Karar düzeltmeye konu Hukuk Genel Kurulu kararında sözü edilen 26.10.1994 gün ve E:1994/15-443, K:1994/643 sayılı HGK’na ait ilâmda da fesih hakkının derhal kullanılması gereği vurgulanmak istenmiştir. Bu durumda da ifadan vazgeçen alacaklı (eser sahibi) yeniden mehil tayini sureti ile borçluyu (yüklenici) temerrüde düşürmek zorundadır. Somut olaya gelince; iş sahibince, 29.06.2008 tarihinde kesin vadenin dolmasıyla yüklenici temerrüdü gerçekleşmesine karşın seçimlik hak, ifayı beklemek şeklinde olmuş, böylece sözleşme kesin vadeli olmaktan çıkmıştır. O halde, fesih hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin uygun bir süre verilerek temerrüde düşürülmesi zorunlu hale gelmiştir.” HGK. 15.1.2014 T., 2013/15-1947 E. 2014/13 K. (**Kazancı Bilişim**)

4.MEHİL İÇERİSİNDE İFANIN GERÇEKLEŞMEMESİ

Borçlu, kendisine verilen mehil içerisinde kural olarak gecikme tazminatı ile birlikte ifa ederek temerrüitten kurtulabilecektir.⁶¹⁴ Alacaklı bu süre içerisinde yapılan ifayı kabul etmek zorundadır.⁶¹⁵ Alacaklının TBK.m.125'ten kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçlunun kendisine verilen mehil içerisinde edimini yerine getirmemiş olması gerekmektedir.⁶¹⁶

5.DERHAL BİLDİRİM

Borçluya verdiği uygun mehil içerisinde borçlunun edimini ifa etmemesi üzerine alacaklı derhal bildirimde bulunmak kaydı ile TBK.m.125'te düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Hemen bildirmekten kasıt, verilen sürenin sonunda alacaklının durum ve şartlara göre alacaklının vakit kaybetmeden seçimini bildirmesini⁶¹⁷ sağlayarak borçlu aleyhine fiyat değişiklikleri üzerinden spekülasyon yapmasını önlemektir.⁶¹⁸ Seçim beyanı, ihtar ve mehil gibi yenilik doğuran ve karşı tarafa ulaşması ile netice doğurması gerekli bir işlemdir.⁶¹⁹ Seçim beyanı herhangi bir şekil şartını bağlı değildir.⁶²⁰ ancak yazılılık ispat kolaylığı sağlayacaktır.

İfadan vazgeçme iradesi ile seçimlik haklardan hangisinin tercih edildiği aynı anda borçluya anda bildirilmelidir.⁶²¹ Seçim beyanının kayıtsız şartsız olması gerektiği gibi, bu beyandan kural olarak tek taraflı biçimde vazgeçilmesi⁶²² ya da koşula bağlanması da mümkün değildir.⁶²³ Ancak bir hakkı kuran, değiştiren, ortadan kaldıran ya da devreden (söz konusu sonucun elde edildiği taraf iradesine dayalı her işlem gibi) seçim beyanı da bir hukuki işlemdir.⁶²⁴ Seçim beyanının borçluya

⁶¹⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 542, N. 1654.

⁶¹⁵ Havutçu, **Müspet**, s. 57.

⁶¹⁶ Havutçu, **Müspet**, s. 57.

⁶¹⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1252, N. 3492.

⁶¹⁸ Önen, **a.g.e.**, s. 57.

⁶¹⁹ Önen, **a.g.e.**, s. 59; Eren, **a.g.e.**, s. 1251, N. 3491; İsa Enli, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 135.

⁶²⁰ Öz, **Dönme**, s. 178.

⁶²¹ Öz, **İnşaat**, s. 189.

⁶²² Önen, **a.g.e.**, s. 59; Eren, **a.g.e.**, s. 1251, N. 3491; Enli, **a.g.e.**, s. 135.

⁶²³ Eren, **a.g.e.**, s. 1251, N. 3491.

⁶²⁴ Önen, **a.g.e.**, s. 59.

ulaşmasından sonra ne alacaklı başka bir istemde ne de borçlu başka bir ifade bulunabilir.⁶²⁵ Alacaklının ifadan vazgeçtiği ve müspet zararını ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep ettiği seçim beyanının ulaşmasından sonra artık borçlu aynen ifa ve gecikme tazminatı ödemekle borcundan kurtulamayacaktır.⁶²⁶ Seçim beyanı, usulüne uygun olmak kaydı ile borçlu iradesinin dışında netice meydana getirirse de, uygun olmayan örneğin mütemerrit olmayan bir borçluya gönderilen seçim beyanında olduğu gibi hiçbir hukuki sonuç meydana getirmeyecektir.⁶²⁷ Eğer mehil temerrüt ihtarı ile birlikte verilmişse, verilen mehilin içerisinde borçlunun edimini ifa etmemesi durumunda tercih ettiği seçimlik beyanını da borçluya tebliğ ettirebilir.⁶²⁸ Seçim beyanında alacaklının hangi seçim hakkını kullandığının açık bir biçimde ifade edilmesi gereklidir.⁶²⁹

Geç bildirimde bulunmuş alacaklı, artık yeniden bir mehil (ek süre) vermek ve bu sürenin dolmasını beklemek ve bu sürenin dolması ile hemen ikinci kez bildirimde bulunmak zorundadır.⁶³⁰

⁶²⁵ Önen, **a.g.e.**, s. 59.

⁶²⁶ Önen, **a.g.e.**, s. 59.

⁶²⁷ Önen, **a.g.e.**, s. 59-60.

⁶²⁸ Enli, **a.g.e.**, s. 136.

⁶²⁹ Şahin, **a.g.e.**, s. 232.

⁶³⁰ Öz, **İnşaat**, s. 189; Öz, **Dönme**, s. 178. “Alacaklı, belirlenen süre sona erince gecikmeksizin (derhal) edimin yerine getirilmesinden vazgeçtiğine ve sözleşmeden döndüğüne ilişkin olarak borçluya ulaştırdığı bildirimle bu seçimlik hakkını kullanır. Ne var ki, davacı, belirlenen süre sona erer ermez, yani gecikmeksizin vazgeçme bildiriminde bulunmamıştır. Gelgelelim, böyle bir durumda bile alacaklı borçluya yeniden ikinci bir süre belirler ve gecikmiş edim bu süre sonunda yerine getirilmez ise gecikmeksizin (derhal) edimi aynen istemekten vazgeçtiğine ilişkin bildirimde bulunarak sözleşmeden dönme yetkisini kullanabilme olanağına yeniden kavuşmuş olur.” 13. HD. 22.10.1981 T., 1981/5738 E. 1981/6690 K. (**Kazancı Bilişim**)

BEŞİNCİ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN, YÜKLENİCİNİN EDİMİNİN İFASINDAN VAZGEÇİP MÜSPET (OLUMLU) ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ

1.KAVRAM

Yüklenicinin temerrüdü neticesinde iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklarından birisi de TBK.m.125/II gereğince, yüklenicinin ediminin ifasından ve gecikme tazminatından vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesidir. Müspet zarar, yüklenicinin edimini gereği gibi ve zamanında ya da hiç yerine getirmemesi neticesinde meydana gelen ve kâr mahrumiyetini de içerisine alan zararı ihtiva eder.⁶³¹ Müspet zarar, öğreti ve uygulamada, “*ta’viz tazminatı*”⁶³², “*müsbet mukavele zararı*”, “*ifa zarar ziyarı*”⁶³³“*ifa yerine tazminat*”⁶³⁴“*bütünü ile tazminat*” ve “*karşılık teşkil eden tazminat*”⁶³⁵ olarak da adlandırılmaktadır. Yani müspet zarar, iş sahibinin malvarlığının, yüklenici tarafından ediminin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde halihazırdaki mevcut durumu ile yüklenici edimlerini sözleşmeye uygun olarak ifa etmiş olsaydı içerisinde bulunacağı farz edilen durum arasındaki farkı ifade eder⁶³⁶ ⁶³⁷ ve bu farkın tazminini amaçlar.⁶³⁸ Bu fark, doğrudan doğruya alacaklının malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma ya da pasifinde meydana gelen artış şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş sahibinin aktifinde meydana gelmeyen artma ya da pasifinde meydana gelmeyen azalma şeklinde de karşımıza çıkabilecektir.⁶³⁹

⁶³¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 426.

⁶³² Alfred Marten, **Borçlar Kanunu Şerhi Umumi Nazariyeleri**, C. I, Çev. Ahmet Cevat, İstanbul, Cezri Matbaa, 1930, s. 131.

⁶³³ Hüseyin A. Göktürk, **Borçlar Hukuku Borçların Umumi Hükümleri**, C. I, Ankara, Ulus Basımevi, 1946, s. 89.

⁶³⁴ Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975, s. 149.

⁶³⁵ Fahiman Tekil, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, Yelken Matbaası, 1981, s. 193.

⁶³⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 426; Havutçu, **Müspet**, s. 68.

⁶³⁷ Hem yüklenicinin, kusuruyla sebep olduğu sonraki imkansızlık (TBK.m.112) da hem de akdin müspet ihlalinde yine müspet zararın karşılanması söz konusudur. Bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427.

⁶³⁸ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 855.

⁶³⁹ Havutçu, **Müspet**, s. 6.

Burada sözleşmenin, kurulmuş ve geçerli olması hali olumlu, hiç kurulmamış ya da geçersiz olması hali menfi (olumsuz) bir durum olarak nitelendirilerek, tazminat türlerinin adlandırılmasında tercih edildiği belirtilmektedir.⁶⁴⁰

Müspet zarar, iş sahibinin, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ifa etmesindeki menfaatine karşılık gelir.⁶⁴¹ Müspet zararda, iş sahibinin, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine göre taahhüt ettiği tüm yükümlülüklerini tam ve süresinde ifa edeceğine ve bu şekilde gerçekleşecek ifadan elde etmeyi öngördüğü yarara erişeceğine ilişkin güven ve beklentisi korunmaktadır.⁶⁴² Bu çerçevede müspet zarar, sözleşmenin kurulmadığı ya da geçersiz olduğu durumlarda, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulacağına güvenden kaynaklanan ve sözleşme hiç yapılmıyaydı hiç doğmayacak olan menfi (olumsuz) zarardan ayrılır.⁶⁴³

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin yüklenicinin ifasından vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiğine ilişkin bildirim mevcut hukuki ilişkiyi sona erdirmeyip değiştiren, değiştirici yenilik doğuran bir haktır.⁶⁴⁴

İş sahibinin, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sona ermemekte, sadece yüklenicinin aynen ifaya ilişkin edim borcunun yerini, iş sahibinin müspet zararının tazmini yükümlülüğü almakta ve sözleşme ayakta kalmaya devam etmektedir.⁶⁴⁵ Yani geçerli bir biçimde iş sahibinin ediminin ifasından vazgeçmesi üzerine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenicinin sözleşmeye uygun bina inşa etme ediminin yerini, iş sahibinin müspet zararın tazmini yükümlülüğü almaktadır.⁶⁴⁶ Yargıtay kararlarında da, müspet zararın, sözleşmenin feshinden kaynaklanan değil borcun hiç ya da gereği gibi ifa

⁶⁴⁰ Mehmet S. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta, 2008, s. 55.

⁶⁴¹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 564; Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 949.

⁶⁴² Ergüne, **a.g.e.**, s. 57.

⁶⁴³ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855.

⁶⁴⁴ Vedat Buz, **Yenilik Doğuran Haklar (Yenilik)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 192-193.

⁶⁴⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 502; Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 949; Eren, **a.g.e.**, s. 1161; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Onikilevha, 2016, s. 413 N. 1316; Duman, **a.g.e.**, s. 509; Mustafa R. Karahasan, **Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2003, s. 442; Dayınlarlı, **Temerrüt.**, s. 98; Atamulu, **a.g.e.**, s. 135; Yener, **a.g.e.**, s. 69.

⁶⁴⁶ Atamulu, **a.g.e.**, s. 137.

edilmemesinden kaynaklanan bir zarar olduğu açıkça belirtilmektedir.⁶⁴⁷ Bu çerçevede, sözleşme ayakta ve geçerli olarak devam ettiği için müspet zararının tazmini talebi sözleşme hükümlerine dayanmakta ve ayrıca iş sahibinin zararının yüklenicinin kendisinde uyandırdığı güvenin boşa çıkmasından kaynaklandığını ispatlaması gerekmemektedir.⁶⁴⁸ Keza, iş sahibinin, yükleniciye karşı duyduğu kişisel bir güvenin varlığı, müspet zararın tazmini için bir şart değildir.⁶⁴⁹

Asıl borca karşı ileri sürülebilecek her türlü itiraz ve def'i, asıl borcun dönüştüğü müspet zarar borcunun tazmini talebine karşı da dermeyeran edilebilecektir.⁶⁵⁰

Sözleşmenin sona ermemesinin en önemli sonuçlarından bir tanesi de, sözleşme ile aksi kararlaştırılmamış ise yüklenicinin, sözleşme uyarınca yüklendiği sorumluluklarını temin için verdiği teminat mektuplarının, ipoteklerin ve sair rehinlerin, kefaletlerin, garanti sözleşmelerinin ve sair teminatların da müspet zararın temini için de geçerliliklerini aynen devam ettirmeleridir.⁶⁵¹ Yargıtay bazı kararlarında müspet zararın, sözleşmenin ifası halinde mal varlığının ulaşacağı değeri aşamayacağını belirtmiştir.^{652 653}

⁶⁴⁷ "Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur; sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya dair talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir." HGK. 12.05.2010 T., 2010/14-244 E. 2010/260 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁶⁴⁸ Ergüne, **a.g.e.**, s. 58; Şefika D. Gündüz, **Olumlu Zarar**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 30.

⁶⁴⁹ Gündüz, **a.g.e.**, s. 29.

⁶⁵⁰ Funk, **a.g.e.**, s. 154; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 246.

⁶⁵¹ Herman Becker, **İsviçre Medeni Kanunu Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Borçlar)**, Çev. Osman Tolun, C. VI, F. III, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1969, s. 519; Funk, **a.g.e.**, s. 154; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 246; Kurt, **Temerrüt**, s. 257, dn. 331; Atamulu, **a.g.e.**, s. 136; Yener, **a.g.e.**, s. 70.

⁶⁵² "Düzenleme kapsamına göre tazminat istenebilmesi için alacaklının zarara uğramış olması gerektiğinden, uğranılmış bir zarar karşılığı olmayan miktara tazminat olarak hükmedilemez. Burada zarar kapsamı net ve gerçek zarar olarak düzenlenmiştir. Net ve gerçek zarar, malvarlığındaki gerçek eksilmeyi ifade eder. Bu nedenle müspet (olumlu) zararın tazmini halinde malvarlığının ulaşacağı değer, sözleşmenin ifası halinde malvarlığının ulaşacağı değeri geçmemesi gerektiği gözetilerek hesaplama yapılmalıdır." 15.HD. 23.11.2020 T., 2020/2778 E. 2020/3057 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁶⁵³ "Öğretide, sözleşmenin, vade tarihinden önce yüklenicinin kusuru ile imkansızlaşması durumunda, imkansızlaşma tarihine göre hesaplanacak müspet zararın, vade tarihine yani yüklenicinin edimlerini gereği gibi yerine getirmesi gereken tarihe göre hesaplanan müspet zarardan yüksek hesaplanması durumunda, imkansızlık tarihine göre yapılan hesaplama özel hüküm kabul edilerek aynen hükme mi esas alınacağı yoksa vade tarihine göre yapılan müspet zarar hesabı, imkansızlık tarihine göre yapılan hesaplamanın bir üst sınırı kabul edilerek, söz konusu sınır doğrultusunda mı kabul edileceği

2.UNSURLARI

İş sahibinin, temerrüt sebebiyle ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebilmesi için hem yüklenicinin borca aykırı davranışı yani konumuz bakımından temerrüde düşmüş olması ve ayrıca kural olarak geçerli bir biçimde kurulmuş⁶⁵⁴ ve herhangi bir biçimde sona erdirilmemiş bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı zorunludur.⁶⁵⁵ Bu çerçevede iş sahibi, kural olarak önceden tasfiye edilmiş bir sözleşmeye istinaden müspet zararını talep edemez.⁶⁵⁶ Ayrıca geciktirici şarta bağlı olan bir sözleşmede, geciktirici şart gerçekleşmeden temerrüt söz konusu olamayacağı için kural olarak müspet zarardan da söz edilemez.⁶⁵⁷ Ancak TBK.m.125 ve temerrüde ilişkin düzenlemeler emredici hukuk normu olmayıp tarafların sözleşme ile temerrüdünün sonuçlarına ilişkin aksi bir düzenleme yapabilmeleri mümkündür.⁶⁵⁸

Tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için sadece temerrüt ya da başkaca bir borca aykırılığın tek başına olması yeterli olmayıp aynı zamanda, iş sahibinin mal varlığının rızası hilafına azalmasının mevcudiyeti aranacak ve bir zarar yoksa sorumluluk da doğmayacaktır.⁶⁵⁹ Benzer biçimde, yüklenici iş sahibine bir zarar vermiş ancak bu zarar temerrüdün ya da başka bir borca aykırılığın sonucu değilse yine TBK.m.112 anlamında bir akdi tazmin sorumluluğu doğmayacaktır.⁶⁶⁰

Aynı zamanda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerinin geçerliliğinin de TBK.m.20/I gereğince genel işlem şartları bakımından değerlendirilmesi gerektiği açıktır. TBK.m.20/I'e göre genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen,

tartışmalıdır." M. Turgut Öz, **Bazı Medeni Hukuk Paradoksları (Paradoks)**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 17, Cilt: 17, Sayı: 1, Ocak 2018.

⁶⁵⁴ 15.HD. 11.04.2016 T., 2016/169 E. 2016/2211 K. (**Kazancı Bilişim**); "Sayılan bu istisnai durumlar sözleşmelerin geçerlilik şartı olup, bu şekil şartına uygun yapılmayan sözleşmeler geçerli olmayacağı gibi, taraflar geçersiz bir sözleşmenin ifasını isteyemez, geçersiz sözleşmeye dayanılarak müspet zararlar da istenemez." 15. HD. 25.04.2015 T., 2012/7461 E. 2013/2740 K. Bkz. Kırmızı, **a.g.e.**, s. 908; "geçersiz ve bağlayıcı olmayan sözleşmelere dayalı olarak olumlu ve olumsuz maddi zararların tazmini istenemez." 15. HD. 25.4.2013 T., 2012/7461 E. 2013/2740 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁶⁵⁵ Gündüz, **a.g.e.**, s. 29.

⁶⁵⁶ Herman Becker, **İsviçre Medeni Kanunu Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Borçlar)**, Çev. Saim Özkök, C. VI, F. IV, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1972, s. 24, N. 41.

⁶⁵⁷ Becker, **Borçlar**, C. VI, F.III, s. 531.

⁶⁵⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1255, N. 3500.

⁶⁵⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 411, N. 1259-1260-1261.

⁶⁶⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 410, N. 1257.

ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.⁶⁶¹ Güçlü olan tarafın sözleşmeyi bizzat kendisinin hazırlaması zorunlu olmaksızın, söz konusu sözleşmenin hazırlanmasına katılma, içeriğine karşı koyma vesair bir müdahale imkanı bulamayan zayıf olan tarafın kabulüne bir kül halinde sunulması söz konusudur.⁶⁶² Yine TBK.m.20/3 hükmü gereğince, sözleşme içerisine konulan ve genel işlem şartlarının tek tek müzakere edildiğine dair kayıtlar, tek başlarına genel işlem şartlarının niteliğini değiştirmeyecek ve onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacaktır.⁶⁶³

Genellikle iş sahibi ile yüklenicinin müzakere ederek oluşturdukları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin TBK.m.20 bağlamında genel işlem şartlarına dair uyuşmazlıklara çok sık rastlanılmamaktadır.⁶⁶⁴

Hukukumuzda kusur sorumluluğu esası kabul edilmiş olup, kusurun aranmadığı kusursuz sorumluluk halleri dışında⁶⁶⁵ “*kusur varsa sorumluluk da vardır, kusur yoksa sorumluluk da yoktur.*”⁶⁶⁶ Müspet zarar bakımından kusur sorumluluğuna bir istisna getirilmiş değildir.⁶⁶⁷ ⁶⁶⁸ Yukarıda belirtildiği üzere temerrüdün oluşması için yüklenicinin kusurlu olması şart değildir ancak tarafların, sözleşme kurulurken ya da sözleşme kurulduktan sonra ihtar, ihbar, temerrüt, tazminat, fesih ve sair hususlarda emredici hükümlere aykırı olmamak üzere yapacakları sözleşmeler geçerli olacaktır.⁶⁶⁹ TBK.m.114/son gereğince haksız fiil sorumluluğuna

⁶⁶¹ Öğretideki bazı tanımlar için Bkz. “sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidene değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşulları” Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta, 1999, s. 61; “Gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dahil olmasını istediği sözleşme koşulları” Ayşe Havutçu, **Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2003, s.74.

⁶⁶² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s.171. N. 503; Öz, **İnşaat**, s. 30; Muzaffer Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 13.

⁶⁶³ Öz, **İnşaat**, s. 30.

⁶⁶⁴ Öz, **İnşaat**, s. 30.

⁶⁶⁵ Gündüz, **a.g.e.**, s. 29.

⁶⁶⁶ 4.HD. 13.03.1980 T., E. 1279/3256 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁶⁶⁷ Kurt, **Temerrüt**, s. 261.

⁶⁶⁸ İleriye etkili fesihte hükmedilen tazminat da bir müspet zarardır, ancak yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin yüklenicinin ifasından vazgeçip fark teorisine göre müspet zararının tazminini talep etmesindeki müspet zarardan farklıdır. Bkz. Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 955.

⁶⁶⁹ Ferit H. Saymen, Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, C. II, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958, s. 757.

ilişkin hükümler kıyas yolu ile borca aykırılık hükümlerine de tatbik olunur. Yani temerrüt nedeniyle iş sahibinin, yükleniciden müspet zararının tazminini talep edebilmesi için aksine bir sözleşme hükmü bulunmaması durumunda yüklenicinin kusurlu olması gereklidir.⁶⁷⁰ Aslında bir ifa imkansızlığı söz konusu olmadığı halde, yüklenici sanki bir ifa imkansızlığı söz konusuymuş gibi iş sahibinin müspet zararını karşılayacaktır.⁶⁷¹ Bu durumda yüklenicinin kusurlu olduğu karinesi kabul edilir.⁶⁷² İş sahibi, yüklenicinin kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda değildir ancak yine de öncelikle sözleşmenin varlığını ve sonrasında borcun gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesi sonucunda oluşan zararını ispatlamak zorundadır.⁶⁷³

İş sahibinin ispat mükellefiyeti, sadece zararın varlığını değil miktarını da ihtiva eder.⁶⁷⁴ TBK.m.112 düzenlemesine uygun olarak ispat yükü kendisinde olan yüklenici, temerrüde düşmesinde kendisine tahmil edilebilecek herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispatlayarak her zaman sorumluluktan kurtulabilecektir.⁶⁷⁵

Ancak taraflarca sözleşmeye eklenecek bir madde ile bu kuralın tersinin kabul edilebilmesi yani temerrüdün meydana gelmesinde yükleniciye tahmil edilebilecek herhangi bir kusur bulunmasa dahi yüklenicinin temerrüt halinde iş sahibinin müspet zararını tazmin edeceğine ilişkin sözleşme içerisinde yer verilecek düzenleme geçerli olacaktır.⁶⁷⁶ Bu hususta TBK.m.27 düzenlenen hükümsüzlük halleri dışında herhangi bir kısıtlama söz konusu olmamakla birlikte yine de hükmün TMK.m.2 dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmemesi gereklidir.⁶⁷⁷ Söz konusu hüküm TBK.m.27/I gereğince emredici kanun hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkansız olması halinde kesin olarak hükümsüz olacak, bu hüküm olmadan sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılmadığı sürece bu hükümsüzlük sözleşmenin diğer maddelerinin geçerliliğini etkilemeyecektir.

⁶⁷⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1162, N. 3247.

⁶⁷¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 549, N. 1677.

⁶⁷² Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2006, s. 338.

⁶⁷³ Kemalettin Birsan, **Borçlar Hukuku (Borçlar)**, C. I, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 1944, s. 465.

⁶⁷⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 262; “*alacaklı davacı, fiilen uğradığı zararın ne olduğunu ve miktarını kanıtlamak durumundadır.*” HGK. 19.6.1996 T., 1996/5-144 E. 1996/503 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁶⁷⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 626; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 502; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 549, N. 1677.

⁶⁷⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 444, N. 1366.

⁶⁷⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 444-445, N. 1366.

Yargıtay her iki tarafın da yani hem yüklenici hem de iş sahibinin kusurunun bulunduğu durumlarda birbirlerinden kâr kaybı ve cezai şart talep edemeyecekleri kanaatinde. Yani Yargıtay’a göre, az kusurlu taraf değil, ancak kusursuz taraf müspet zararının tazminini talep edebilecektir.⁶⁷⁸

*“Her iki tarafın da kusuru varsa, olumlu ya da olumsuz zararın tazmini talebinde bulunamazlar; sadece, birbirlerine kazandırdıkları yararlı şeylerin iadesini, nedensiz zenginleşme kurallarına göre talep edebilirler. Tazminat borcunun doğması için temel koşul "kusur" olduğundan, tazminat isteyen tarafın "kusursuz" olması gerekir. Bir tarafın "az kusurlu", diğer tarafın "çok kusurlu" olmasının bir önemi yoktur. Az kusurlu olan taraf da sözleşmenin bozulmasına kusuruyla sebebiyet vermiş sayılacağından tazminat isteyemez.”*⁶⁷⁹

İş sahibinin hafif bir kusurunun varlığı halinde hiçbir tazminat talep edilemeyeceği şeklindeki, hafif kusurla ağır kusuru eşitleyen Yargıtay uygulamasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. İş sahibinin, hafif kusuru halinde müspet zararının tazminini talep edebilmesi ancak kusuru oranında müspet zararında indirime gidilmesinin hem kanunun koyucunun iradesine hem de hakkaniyete daha uygun olacağı görüşündeyiz.

3.KAPSAMI

Yüklenici, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini tam ve süresinde yerine getirmiş olsaydı, iş sahibinin yine de yapmak zorunda olduğu masraflar ve sair

⁶⁷⁸ “fesihte her iki tarafın ortak kusurlu bulunduğu anlaşılmaktadır. Yüklenicinin “sözleşmenin feshi nedeniyle kâr kaybı alacağı talebinde bulunabilmesi için fesihte tamamen kusursuz olması gerekir. Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına (15. HD, 06.12.2006 gün,2006/4522 esas, 2006/7157 karar, 15. HD 26.05.2016 gün, 2016/1062 esas, 2016/3002 karar, 15. HD 01.06.2016 gün, 2015/5760 esas, 2016/3130 karar) göre fesihte taraflar birlikte kusurlu olmaları halinde müspet zarar kapsamında kâr kaybı, gecikme nedenli cezai şart istenmesi ve iş sahibi tarafından da teminat mektubunun irat kaydedilmesi mümkün değildir. Her iki taraf kusurlu ise (ortak kusur) birbirlerinden tazminat talebinde bulunamazlar ve sadece birbirlerinin mal varlıklarına kazandırdıkları artı değeri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilirler.” 15. HD. 2.5.2019 T., 2019/269 E. 2019/2018 K. (**Kazancı Bilişim**); “kâr kaybı, müspet (olumlu) zarardır. Mahkemece sözleşmenin feshinde her iki tarafın ortak kusurlu olması halinde kâr kaybının istenemeyeceği, başka bir ifadeyle fesihte hangi tarafın kusursuz olduğunun, kusursuz olan tarafın, sözleşmeyi haksız fesheden taraftan 6098 Sayılı TBK 408. (818 Sayılı BK 325. madde) maddesinde düzenlenen kesinti yöntemiyle hesaplanacak olan kâr kaybı alacağını isteyebileceği” 15. HD. 24.5.2018 T., 2018/233 E. 2018/2134 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁶⁷⁹ 23. HD. 3.12.2015 T. 2014/6623 E. 2015/7866 K. (**Kazancı Bilişim**)

harcamalar, sözleşmenin ifası menfaati içerisinde yer almadığı için müspet zarar kapsamı içerisine girmeyecektir.⁶⁸⁰ Keza bu masraflar, yüklenici edimlerini tam ve süresinde yerine getirmiş olsaydı dahi yine de iş sahibinin malvarlığından çıkmış olacağı açıktır.⁶⁸¹ Ancak, yüklenicinin edimlerini tam ve süresinde yerine getirmiş olsaydı, iş sahibi eğer bu masrafları üçüncü şahıstan alabileceği istisnai hallerde bu masraflar da müspet zarar kapsamına dahil olacaktır.⁶⁸²

3.1.Fiili Zararlar

Müspet zararın kapsamı içerisinde öncelikle, yüklenicinin borca aykırı davranışı nedeniyle iş sahibinin malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma ya da pasifinde meydana gelen artış şeklinde karşımıza çıkan fiili zararlar yer alır.⁶⁸³

Müspet zararın temel unsuru olarak ifa edilmeyen edimin (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın tamamlanmış halinin) değeri yer alır ve bu değer iş sahibinin müspet zararın hesaplanmasında dikkate alınır.⁶⁸⁴ Bilindiği üzere müspet zararı tazmin edilen iş sahibinin inşaat yaptırmak ya da başlanmışsa tamamlamak gibi bir mecburiyeti de bulunmamaktadır.⁶⁸⁵

Ayrıca iş sahibinin, arsa payı inşaat sözleşmesi uyarınca inşa edilecek ve kendisine ait olacak bağımsız bölümlerden biri hakkında bir üçüncü kişi ile bir satış sözleşmesi yapmış ancak yüklenicinin temerrüdü nedeniyle söz konusu satış sözleşmesinde öngörülen süre içerisinde bağımsız bölümü üçüncü kişiye teslim edememiş ise bu nedenle söz konusu satış sözleşmesi uyarınca iş sahibinin üçüncü şahsa ödemek zorunda kaldığı tazminatlar⁶⁸⁶, cezai şartlar⁶⁸⁷ ya da yine yüklenicinin temerrüdü nedeniyle üçüncü şahısların açtığı dava ve icra takipleri nedeniyle iş

⁶⁸⁰ Havutçu, **Müspet**, s. 76.

⁶⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855, dn. 2.

⁶⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855, dn. 2.

⁶⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 856.

⁶⁸⁴ Havutçu, **Müspet**, s. 74; Yener, **a.g.e.**, s. 70.

⁶⁸⁵ Duman, **a.g.e.**, s. 552.

⁶⁸⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1185.

⁶⁸⁷ Soyut ve ihtimale dayalı değil halihazırda mevcut olan cezai şartlar bu kapsamdadır. Bkz. Becker, **Borçlar**, C. VI, F. III, s. 533.

sahibinin ödemek zorunda kaldığı vekalet ücretleri⁶⁸⁸, yargılama harç ve masrafları da fiili zarar kapsamında yer alır.⁶⁸⁹ Ancak iş sahibinin, temerrüt nedeniyle üçüncü şahıslara, hukuki bir mecburiyeti olmadığı halde gereksiz, fahiş ya da fazladan yaptığı ödemelere ilişkin yüklenicinin bir sorumluluğu bulunmayacaktır.⁶⁹⁰ İş sahibinin, yükleniciye karşı hukuki durumunu korumak için ya da yüklenicinin talep etmesi veya halin icabından kaynaklanan bir mecburiyet nedeniyle yaptığı hukuki işlemlere ilişkin ödemek zorunda kaldığı yargılama ve sair masraflar müspet zarar kapsamında yer alır.⁶⁹¹ Yine iş sahibinin, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle meydana gelecek zararı önlemek ya da artmasını engellemek için yapacağı harcamalar⁶⁹², seçim hakkının kullanılmasına ilişkin masraflar ile yüklenicinin temerrüdüyle arasında uygun illiyet bağı bulunan iş sahibinin yapmak zorunda kaldığı sair masraflar⁶⁹³ da fiili zarar kavramı içerisinde yer alacaktır.

3.2.Yoksun Kalınan Kâr

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçerek talep edebileceği müspet zarar, iş sahibinin yalnız fiili zararlarından ibaret olmayıp, yüklenicinin edimini eksiksiz ve süresinde ifa etmemesi nedeniyle iş sahibinin uğradığı tüm zararları kapsar.⁶⁹⁴ Bu durumda iş sahibinin müspet zararının, fiili zararının yanı sıra mahrum kalınan kâr kaybını da ihtiva edeceği açıktır.⁶⁹⁵ Sözleşme uyarınca elde edilmesi gereken bir hakkın ya da şeyin temerrüt nedeniyle elde edilemeyen kazancı bu kapsamda yer alır.⁶⁹⁶ Yani yüklenicinin borca aykırı davranışı neticesinde iş sahibinin malvarlığının aktifinde meydana gelmeyen artış ile pasifinde gerçekleşmeyen azalma da yoksun kalınan kârı ifade eder.⁶⁹⁷

⁶⁸⁸ Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, iş sahibinin ödemek zorunda kaldığı vekalet ücretinin avukatlık asgari ücret sözleşmesi ile sınırlı olduğu hususundadır.

⁶⁸⁹ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 856-857.

⁶⁹⁰ Becker, **Borçlar**, C. VI, F. III, s. 533.

⁶⁹¹ Becker, **Borçlar**, C. VI, F. III, s. 533.

⁶⁹² Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 856.

⁶⁹³ Havutçu, **Müspet**, s. 75.

⁶⁹⁴ Havutçu, **Müspet**, s. 69.

⁶⁹⁵ Havutçu, **Müspet**, s. 68; Eren, **a.g.e.**, s. 1185.

⁶⁹⁶ Becker, **Borçlar**, C. VI, F. III, s. 534.

⁶⁹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 856.

Kâr kaybında, hayatın olağan akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre uygun illiyet bağı çerçevesinde iş sahibinin malvarlığında meydana gelmesi beklenen farazi kazancın⁶⁹⁸ kısmen ya da tamamen elde edilememesi söz konusudur.⁶⁹⁹ Hayatın olağan akışına göre büyük olasılıkla gerçekleşecek iş sahibinin kâr kayıplarının daha düşük miktarda olduğu yönündeki yüklenici iddiasının onun tarafından ispatı gereklidir.⁷⁰⁰

Bazı hallerde iş sahibi tarafından ispat edilen zararın miktarının tam olarak belirlenmesi çok zor hatta imkansız olabileceğinden, TBK.m.114/2'nin yaptığı açık yollama doğrultusunda TBK.m.50/II gereğince zararın miktarının tam olarak belirlenemediği bu gibi durumlarda hakim, zarar görenin aldığı tedbirleri dikkate alarak hayatın olağan akışına ve hakkaniyete uygun olarak zararın miktarını tespit edecektir.⁷⁰¹

Kanuna ve ahlaka aykırı olarak elde edilecek olan kâra ilişkin yoksunlukların tazmini talep edilemez.⁷⁰² Yine kural olarak mahrum kalınan kârın elde edilip değerlendirilememesi nedeniyle elde edilemeyen kâra ilişkin tazmin talepleri de dikkate alınmayacaktır.⁷⁰³

Tam iki tarafa borç yükleyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynen ifa ile birlikte talep edilen gecikmeden kaynaklanan zarar da bir çeşit müspet zarardır.⁷⁰⁴ Serozan, her iki müspet zararın birbirine karışmaması için aynen ifa ile birlikte talep edilen gecikmeden kaynaklanan müspet zararı “*küçük gecikme tazminatı*”, edimden vazgeçip talep edilen müspet zararı ise “*büyük tazminat*” olarak adlandırmaktadır.⁷⁰⁵

⁶⁹⁸ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 65; “*normal, mutad kazanç nazarı dikkate alınır*” Bkz. Becker, **Borçlar**, C. VI, F. III, s. 534.

⁶⁹⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 421, N. 1296-1297; Akın, **a.g.e.**, s. 101.

⁷⁰⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 421, N. 1297.

⁷⁰¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 420-421, N. 1295.

⁷⁰² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 66; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 418, N. 1289.

⁷⁰³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 66-67.

⁷⁰⁴ “*sözleşmenin feshi ile birlikte müspet zarar kapsamındaki gecikme tazminatının birlikte istenemeyeceğinden*” 15. HD. 21.10.2019 T., 2019/347 E. 2019/4004 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁷⁰⁵ Serozan/Baysal/Sanlı, **Serozan Borçlar Genel**, s. 335, N. 25.

İş sahibi, yüklenicinin aynen ifasından vazgeçip müspet zararın tazminini talep ettiği tarihe kadar ayrıca gecikmeden kaynaklanan zararının tazminini talep edip edemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır.⁷⁰⁶ Bazı müellifler ifadan vazgeçme anına kadar meydana gelen temerrüttün sonuçlarının mahfuz olduğu⁷⁰⁷, temerrüdün neden olduğu tüm zararların tazmin edilmesi gerektiği⁷⁰⁸, ifadan vazgeçmek için mehil verilmesi gereken hallerde, mehil süresinin sonuçsuz kalarak temerrüdün devam etmesi halinde, bu mehil süresine ilişkin zararın tazmin edilmemesinin ifa menfaatini zedeleyeceği⁷⁰⁹ ve ifa menfaati gereği gecikmeden kaynaklanan zararının tazmini istemini haklı kıldığı⁷¹⁰ gerekçeleriyle bu soruya olumlu yanıt vermektedirler. Ancak bazı müellifler ise, TBK.m.125/II'nin “*borcun yerine getirilmesi ile gecikmeden doğan giderim istenmesinden*”⁷¹¹ şeklindeki lafzı doğrultusunda, ifadan vazgeçilmesinin aynı zamanda gecikmeden kaynaklanan zararlardan da vazgeçilmesi anlamına geldiği kanaatindedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüdü üzerine gecikmeden kaynaklanan zararının tazmininin yalnızca zarar gören tarafından aynen ifa ve gecikmeden kaynaklanan zararının tazminine ilişkin seçimlik hakkını kullanılması halinde talep edilebileceği, zarar gören tarafın karşı edimin ifasından vazgeçip müspet zararının tazminini talebini tercih ettikten sonra sadece bu seçimlik hakkın kullanmasından sonra meydana gelen zararların tazminini talep edebileceği ve diğer zararların müspet zarar kavramının içerisine dahil olmayacağı, bu çerçevede hem müspet zarar ile hem de gecikmeden

⁷⁰⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 503; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 962; Karahasan, **a.g.e.**, s. 443.

⁷⁰⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 549, N. 1678.

⁷⁰⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 962.

⁷⁰⁹ Bekir Akıncı, **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müsbet Zarar**, Konya, Sayram Yayınları, 2014, s. 96; Ancak Becker, iş sahibinin vermiş olduğu mehil nedeniyle mahrum kaldığı karlara ilişkin yükleniciden bir talepte bulunulamayacağı, iş sahibi bu kâr kaybına maruz kalmak istemiyorsa sözleşmeyi mehil verilmesine gerek bulunmayacak tarzda imzalaması ve haklarını garanti altına alması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Becker, **Borçlar**, C. VI, F. IV, N. 42, s. 24; Yargıtay farklı kanaattedir. “*sözleşmenin 16. maddesi hükmünce feshedilemeyen 6 aylık süre için gecikme tazminatı (ceza-i şart) istenebileceğinden teslimi gereken tarihten dava tarihine kadar 6 ayı geçmemek üzere iş sahibinin isteyebileceği gecikme tazminat miktarı*” Bkz. 15. HD. 8.10.2019 T., 2019/539 E. 2019/3835 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁷¹⁰ Havutçu, **Müspet**, s. 70-71.

⁷¹¹ Reşat Kaynar, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İstanbul, Hilal Matbaacılık, 1978, s. 179.

kaynaklanan zararının tazminini aynı anda talep edilemeyeceği keza gecikmeden kaynaklanan zararın yalnızca aynen ifa birlikte talep edilebilmesinin mümkün olduğu, aynen ifa talebinden vazgeçtikten sonra ona bağlı gecikmeden kaynaklanan zararın tazmini gibi yan haklardan da vazgeçilmiş olacağı görüşünde olduğu,⁷¹² ancak İsviçre öğretisinde hakim olan görüşün İsviçre Federal Mahkemesi'nden farklı olarak, borçlunun temerrüdü halinde yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçen iş sahibinin, uygun illiyet bağı içerisindeki gecikmeden kaynaklanan zararlarını talep hakkının devam ettiği yönünde olduğu belirtilmektedir.⁷¹³

Yargıtay da sadece aynen ifa ile birlikte gecikmeden kaynaklanan zararın talep edilebileceği⁷¹⁴ ancak tarafların bunun aksini kararlaştırabilecekleri kanaatindedir.⁷¹⁵

3.3.İnşaatın Rayiç Değeri-Tamamlama Masrafları Tartışması

Müspet zarar hususunda en önemli tartışma noktalarından biri de müspet zararın tespitinde, inşaatın tamamlanması masraflarının mı yoksa sözleşmeye göre inşaatın teslim tarihindeki rayiç değerinin mi hesaplamada esas alınacağı hususudur.

3.3.1.İnşaatın Tamamlama Masraflarını Kabul Eden Görüş

Bu görüşe göre müspet zarar, sözleşme gereğince iş sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin rayiç değerlerine göre değil, inşaatın tamamlama masraflarına

⁷¹² Havutçu, **Müspet**, s. 69-70; Aynı müellif, Alman Mahkeme tatbikatında ise edimden vazgeçip müspet zararının tazmini talep eden tarafın bu tazminat talebinden bağımsız olarak aynı zamanda gecikmeden kaynaklanan zararının tazmini talep hakkının varlığını sürdürdüğünün, her iki tazminat talebinin birbirinden tümüyle bağımsız olduğunun kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. Havutçu **Müspet.**, s. 71.

⁷¹³ Havutçu, **Müspet**, s. 70.

⁷¹⁴ “her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, temerrüde düşen borçludan TBK 125. (eski BK 106. vd.) maddeleri çerçevesinde aynen ifa ve gecikmeden dolayı uğradığı zararının veya aynen ifayı reddederek müspet zararının yahut sözleşmeyi feshederek menfi zararının tazminini seçimlik olarak isteyebilir. Somut uyuşmazlıkta davacı, sözleşmeyi ayakta tutarak geç teslim nedeni ile uğradığı zararın tazminini istemektedir. Bu durumda, TBK.125. (eski BK 106 vd.) maddelerine göre davacının zararını talep etme hakkı bulunmaktadır. Mahkemece, davacının geç teslim nedeniyle kira tazminatı talep edebileceği” 3. HD. 9.12.2020 T., 2020/6106 E. 2020/7511 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁷¹⁵ “özellikle taraflar arasındaki akdî ilişki fesihle sona ermiş olup aksi kararlaştırılmadığından müspet karar kapsamındaki gecikme tazminatının (kiranın) fesih halinde talep edilmesinin mümkün bulunmamasına” 15. HD. 15.1.2020 T., 2019/3710 E. 2020/90 K. (**Kazancı Bilişim**) Sözleşmenin feshini isteyen taraf müspet zarar kapsamında gecikme tazminatı isteyemez ise de sözleşmenin 14/b maddesinde aksi kararlaştırılmış olduğundan, davacı sözleşmenin 13. maddesinde düzenlenen ve dava dilekçesinde şimdilik 1.000,00 TL olarak talep edilmiş olan bu cezayı sözleşmenin feshine rağmen isteyebilmesi mümkündür.” 15. HD. 2.7.2018 T., 2018/979 E. 2018/2795 K. (**Kazancı Bilişim**)

göre belirlenmelidir.⁷¹⁶ İş sahibinin talep edebileceği müspet zararın kapsamı, inşaatın tamamlama masrafları ile gecikme tazminatından ibarettir.⁷¹⁷ Keza, bu görüşe göre ifadan vazgeçip müspet zararın seçimi halinde, olumlu zarara ilişkin genel prensipler gereğince eksik kalan işin tamamlama masraflarına hükmedilecektir.⁷¹⁸ Yoksa sanki, satım sözleşmelerinde ifa yerine tazminatta olduğu gibi malın teslim tarihindeki piyasa fiyatı üzerinden bir belirleme yapılmayacak, yüklenici zaten inşaatı tamamladığında aynı rayiç değerini sahibi olacaktır.⁷¹⁹ İşbu çerçevede ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini talebi, TBK.m.113/I gereğince masrafı borçludan alınmak suretiyle bizzat ya da üçüncü bir şahsa inşaatı tamamlama ile aynı hükümlere tabi olacaktır.⁷²⁰ İş sahibi, işin tamamlama masraflarını aşan olumlu zararının tazminini de talep edebilecektir.

721

İş sahibi müspet zararının, soyut veya somut yöntemle hesaplanmasını talep etme konusunda serbesttir.⁷²² Yüklenicinin temerrüdünden sonra ikame işlemini gerçekleştiren iş sahibi zararını soyut yöntemle göre de isteyebilirse de yüklenici, iş sahibinin zararının daha az olduğunu ispat ederse somut zararı aşan soyut zararın tazmini talebinin kabul edilmemesi gerekir.⁷²³ İş sahibi, somut yöntemle göre zararının tazminini talep etmiş ancak ikame işlemin varlığını ispat edememişse, talebin reddine karar verilmeyerek, soyut yöntemle hesaplama yapılması cihetine gidilmesi gerekir.⁷²⁴ Keza iş sahibinin, somut yöntemle hesaplama talebinden vazgeçerek soyut yöntemle göre hesaplama yapılmasını talep etme hakkının kabulünün daha hakkaniyetli bir çözüm olacağı açıktır.⁷²⁵

İş sahibinin, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle, yüklenicinin gerçekleştirmekle yükümlü olduğu edimi bir başka yükleniciye tamamlattırmak

⁷¹⁶ Öz, **İnşaat**, s. 191; Ayan, **a.g.e.**, s. 238; Duman, **a.g.e.**, s. 553; Kurt, **Temerrüt**, s. 267.

⁷¹⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 238.

⁷¹⁸ Öz, **İnşaat**, s. 191.

⁷¹⁹ Öz, **İnşaat**, s. 191.

⁷²⁰ Öz, **İnşaat**, s. 191.

⁷²¹ Öz, **İnşaat**, s. 191.

⁷²² Havutçu, **Müspet**, s. 127.

⁷²³ Yıldız, **a.g.e.**, s. 244.

⁷²⁴ Yıldız, **a.g.e.**, s. 244.

⁷²⁵ Yıldız, **a.g.e.**, s. 244.

amacıyla yaptığı yeni sözleşmenin görüşülmesi ve kurulması anındaki (noter vesair) masraflarının da talep edilebilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷²⁶

İş sahibi, yüklenici temerrüdü nedeniyle, bir başka yüklenici ile ikame sözleşmesi yapmak zorunda kaldığını yani aradaki nedensellik bağıını ispatlamakla mükelleftir.⁷²⁷ Bu görüşe göre, iş sahibinin, somut yöntemle hesaplanacak zararında bir üçüncü kişi ile sözleşme akdetmesi, talepte bulunması için yeterlidir. Sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmiş olması şart değildir.⁷²⁸ Ancak, ikame sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun, makul süre çerçevesinde, temerrüt nedeniyle ifa edilmeyen sözleşmeyle uyumlu olması ve sözleşmenin niteliklerine uygun düşmesi gerekir.⁷²⁹

Yine bu görüşe göre yapılan somut yöntem ile hesaplamada, iş sahibi zararı arttırıcı mahiyette⁷³⁰ veyahut muvazaalı olarak ikame sözleşme yapamayacak, TMK.m.2/II hükmü gereğince hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır. İş sahibi her ne kadar uğradığı zararı ispatlamak için ikame işlemin varlığını ispat⁷³¹ ile yükümlü ise de yüklenici, iş sahibinin, yeni bir ikame sözleşmesinde dürüstlük kuralına riayet edilmediğini, iş sahibinin gerekli ve makul özeni göstermediğini veyahut muvazaalı bir sözleşme yapıldığını iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatla mükelleftir.⁷³² İş sahibinin, dürüstlük kuralına aykırı davranması ve bu hususun yüklenici tarafından ispatlanması halinde tazmin talebinin reddi yerine, dürüstlük kuralına uygun davranılmış olsa idi hükmedilecek meblağın tazminine karar verilmesi gerekecektir.⁷³³

Tamamlama maliyetlerini kabul eden görüşe göre iş sahibi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle, bir başka yükleniciyle ikame sözleşmesi yapmamışsa, soyut yöntemle zararın tespit edilmesi gerekir.⁷³⁴ Yüklenicinin ediminin, zararın

⁷²⁶ Gündüz, **a.g.e.**, s. 436; Kurt, **Temerrüt**, s. 270; Ali Avcı, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 136.

⁷²⁷ Yıldız, **a.g.e.**, s. 240.

⁷²⁸ Havutçu, **Müşpet**, s. 117.

⁷²⁹ Kurt, **Temerrüt**, s. 270; Gündüz, **a.g.e.**, s. 436.

⁷³⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s. 187.

⁷³¹ Havutçu, **Müşpet**, s. 118.

⁷³² Gündüz, **a.g.e.**, s. 439 vd.

⁷³³ Yıldız, **a.g.e.**, s. 240.

⁷³⁴ Kurt, **Temerrüt**, s. 271.

hesaplanması anında malın piyasa değerinun onun da bulunamaması halinde ise malın ekonomik bir değerinun bulunması ve satılabilir olması durumu da gözetilerek belirleneceğı belirtilmektedir.^{735 736}

3.3.2.Karma Görüş

Erman'a göre, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep eden iş sahibi, hem bağımsız bölümlerin aynen ifadan vazgeçildiğı tarihteki rayiç değerinun göre hesaplanacak tutardan karşı edim borcunun değeri düşölmesi ile bulunan farkı hem de tamamlama masraflarını ve gecikme nedeniyle uğradığı zararlarını talep edebilecektir.⁷³⁷

3.3.3.Rayiç Bedel Görüşü ve Görüşümüz

Bu görüşe göre müspet zararın tespitinde, inşaatın tamamlanması masraflarının değil, inşaatın tamamlanması gereken tarihteki rayiç değerinun esas alınması gereklidir.⁷³⁸ Bu görüş, yüklenicinin edimlerinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunun göz ardı edildiğı ve sanki her durumda satış sözleşmesi varmış gibi değerlendirme yapıldığı iddiası ile eleştirilmiştir.⁷³⁹

Yargıtay, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi halinde, müspet zararın, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanması için gereken masraflara göre değil, inşaat bittiğinde iş sahibinin sahip olacağı bağımsız bölümlerin rayiç değerinun göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁴⁰

⁷³⁵ Havutçu, **Müspet**, s. 124.

⁷³⁶ Zararın TBK.m. 114/II atfıyla TBK.m.50/II hükmü gereğı genel hükümlere göre hesaplanabileceğı şeklindeki aksi görüş için bkz. Kurt, **Temerrüt**, s. 272.

⁷³⁷ Erman, **a.g.e.**, s. 102.

⁷³⁸ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 588-589.

⁷³⁹ Kurt, **Temerrüt**, s. 267.

⁷⁴⁰ Duman, **a.g.e.**, s. 553; “Davacı BK.nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifaden vazgeçerek, bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından, bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibarıyla piyasa rayiç bedellerinin, davacının istek miktarı da gözetilerek, karar altına alınması gerekir.” 15 HD. 18.07.2005 T., E. 6922/4298 K. (**Kazancı Bilişim**)

TBK.m.125/II’de açıkça ifadan vazgeçilmesi halinde talep edilebilecek müspet zarardan, “*borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini isteyebilir*” şeklinde bahsedilmektedir. Maddenin gerekçesinde menfi zarar “*burada, alacaklının giderilmesini isteyebileceği zarar olumsuz zarar, yani sözleşme yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğu zarardan ibarettir*” şeklinde açıklanmaktadır. TBK.m.125/II’nin lafzı ve madde gerekçesinden, müspet zararın, borç ifa edilmiş olsaydı alacaklının uğramayacak olduğu zarar olduğu sonucuna ulaşılabileceği tabiidir.

Maddi zarar, bir kimsenin mamelekinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder.⁷⁴¹

Yukarıda değindiğimiz üzere, ifadan vazgeçilmesi üzerine talep edilen müspet zarara ilişkin olarak verilen tanımlarda müspet zarar, yüklenicinin (borçlunun) edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmiş olsaydı iş sahibinin mal varlığının bulunacağı durum ile mevcut durum arasındaki farktır. Görüldüğü üzere hem kanunun lafzı hem de maddi ve ifadan vazgeçilmesi halinde talep edilecek müspet zararın tanımları, iş sahibinin sözleşmeye uygun ifa sonucunda (sözleşmeye uygun olarak eserin tamamlanması halinde) iş sahibinin mal varlığının bulunacağı duruma göre hesap edileceğini açıkça belirtmektedir.

Biz, bu açıklamamız doğrultusunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici edimini ifa etmiş olsa, iş sahibinin uğramayacak olduğu zararın, inşaatın tamamlama masraflarına göre değil, sözleşme gereğince sahip olması gereken bağımsız bölümlerin yani eserin (inşaatın) tamamlanmış haldeki değerine göre hesap edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yüklenicinin ediminin iş sahibinin malvarlığında meydana getireceği değeri (inşaat zamanında tamamlanmış olsa iş sahibine kalacak olan sözleşmeye uygun bitmiş ve oturma izni alınmış bağımsız bölümlerin taşıyacağı değer) iş sahibinin ifadan vazgeçerek talep ettiği müspet zararı olarak esas alındığında, artık yapıyı tamamlama masraflarının hesaba katılmasına yer olmayacaktır.

Müspet zarar, ifa menfaatini ve borca aykırılığın bozduğu dengeyi yeniden sağlamayı amaçlamaktadır. Yukarıda belirttiğimiz inşaatı tamamlama masraflarını

⁷⁴¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 63.

esas alan görüş, müspet zarar kavramını sözleşmeye uygun olarak ifa edilmeyen edimin ifa edilseydi oluşturacağı değere göre değil, bunun telafisi masrafına göre şekillendirmektedir. Her şeyden önce sözleşmeye uygun ifa faraziyesiyle bir değerlendirme yapılırken ihlal edilen edim borcunun ifası masraflarının dışlanması gereklidir. Sözleşmeye uygun ifanın bulunduğu ve borca aykırılığın olmadığı bir varsayımsal durumun, sözleşmenin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması masraflarına göre belirlenmesi mümkün değildir.

Bir eseri meydana getirme ya da tamamlama maliyeti ile söz konusu eserin rayiç değeri arasında ciddi fark bulunduğu açıktır. İş sahibinin, yüklenici edimini sözleşmeye uygun olarak ifa etmiş olsaydı, hesaplama tarihi itibari bağımsız bölümü satabileceği değer üzerinden zararının hüküm altına alınmasını talep edebileceği, mütemerrit yüklenicinin sorumluluğunun, yüklenicinin ifa maliyeti ile sınırlandırılmasına ilişkin yasal ve haklı bir nedenin bulunmadığı, bu çerçevede hukuka aykırı ve kusurlu sözleşme ihlali ile uygun nedensellik bağı içerisindeki bir zararın tazmin edilmesinin engellenmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

TBK.m.125'e göre, iş sahibi *“borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir.”*

Müspet zararın talep edilebilmesi için, iş sahibinin gecikme tazminatından vazgeçtiğinin bildirilmesinin zorunlu olması, kanun koyucunun da müspet zararın bağımsız bölümlerin rayiç bedelleri üzerinden belirlenmesi gerektiği kanaatinde olduğunu göstermektedir. Rayiç bedeller üzerinden tespit edilen müspet zarara, hesaplama tarihinden itibaren temerrüt faizi işlemeye başlayacak olup bu husus kanunun lafı ile de uyumludur. Eğer kanun koyucu, müspet zararın yüklenicinin inşaat maliyetlerine göre belirlenmesi gerektiğini düşünse idi, iş sahibinden temerrüt tarihinden itibaren işleyen gecikme tazminatından vazgeçmesini istemeyeceği açıktır.

TBK.m.113/I gereği, yüklenicinin kusuru önem arz etmeksizin, gecikme tazminatından vazgeçilmesi gerekmeden ve yükleniciye düşen bağımsız bölümleri sattırmak suretiyle inşaatı kendisi yapabileceği ya da bir üçüncü kişiye yaptırabileceği nama ifa imkanı varken, kanun koyucunun hemen hemen aynı amaçla bir düzenlemeye

yer vermeyeceği düşünülebilir. Müspet zararda, iş sahibinin aldığı tazminat ile inşaatı tamamlama zorunluluğunun bulunmaması ve fark teorisinin kabulü halinde iş sahibinin kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulması gibi müspet zararın tazminin seçilmesinin nama ifaya göre iş sahibi lehine sonuçları olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Biz, arsa payı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimlerinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olması nedeniyle, tamamlama masraflarının talep edilmesi gerektiği şeklinde öğretilde dile getirilen gerekçeyle katılmamaktayız.⁷⁴²

Keza, borçlunun temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini, eser sözleşmesine ilişkin kısımda değil, genel hükümlere ilişkin kısımda yer almaktadır. Genel olarak düzenleme, edimin borçlu tarafından ifa edilmemesi durumunda, alacaklının zararının yani mal varlığında meydana gelen azalmanın tazminini amaçlamaktadır. Müspet zararın amacı ihlali gidermek ya da ifayı sağlamak değil, borçlunun yükümlülüğünü ifa etmemesi nedeniyle alacaklının mal varlığında meydana gelen azalmanın yani zararının tazminini sağlamaktır.

4.MÜSPET ZARARIN HESABINDA İŞ SAHİBİNİN EDİMİ YÖNÜNDEN MÜBADELE VE FARK TEORİLERİ

Arsa payı inşaat sözleşmeleri gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimin ifasından vazgeçen iş sahibinin, müspet zararını talep edebilmesi için kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığı hususunda bir açıklık bulunmadığı belirtilmektedir.⁷⁴³ Müspet zararını talep eden iş sahibinin kendi edimini yerine getirmek zorunluluğu bulunup bulunmadığı hususunda mübadele ve fark teorisi olmak üzere iki farklı teori ortaya konulmuştur.

4.1.Mübadele⁷⁴⁴(Değişim) Teorisi

İş sahibinin, temerrüt halindeki yükleniciden müspet zararının tazminini talep edebilmesi için kendi edimini aynen ifa etmesinin zorunlu olduğu, klasik teori

⁷⁴² Kurt, **Temerrüt**, s. 267.

⁷⁴³ Havutçu, **Müspet**, s. 78.

⁷⁴⁴ “Değiş tokuş kuramı” olarak da adlandırılması için Bkz. Serozan, **Dönme**, s. 261, dn. 28.

mübadele (değişim) teorisidir.⁷⁴⁵ Bu teoriye göre, iş sahibinin müspet zararının tazmini talep etmesi ile, yüklenicinin asli (ilk derece) ediminin ifası reddedilmekte ve onun yerini müspet zararın karşılanması şeklindeki yüklenicinin tali (ikincil) edimi almakta, sözleşme iş sahibinin asli edimi ve yüklenicinin tali ediminden mürekkep mahiyeti ile karşılıklı ve iki taraflı olarak devam etmekte ve böylece sözleşmenin tasfiyesi değil sözleşmenin ifası amaçlanmaktadır.⁷⁴⁶

Bu teoriye göre, yüklenicinin edimini ifasından vazgeçerek müspet zararının tazmini talep eden iş sahibi kendi edimini aynen ifa etmek mecburiyetindedir.⁷⁴⁷ Aynı doğrultuda kendi edimini ifa etmişse artık kendi ediminin iadesini de talep edemeyecektir.⁷⁴⁸

Bu teorinin taraftarı olan müellifler, borçlu temerrüdü halinde müspet zararın tazminini talep edilebilmesi için, kanun koyucunun alacaklının edimini ifa etmesinin zorunlu olmadığı kanaatinde olmuş olsaydı bu durumu temerrüt halindeki borçlunun ediminden vazgeçilmesinde olduğu gibi açıkça düzenleyeceği yoksa susarak kanun koyucunun bu duruma cevaz verdiğinin kabulünün mümkün olmadığı, alacaklının (iş sahibinin) borçlunun (yüklenicinin) ifa edilmeyen ediminin ifa menfaatini talep edebilmesi için kendi edimini ifa etmesinin zorunlu olduğu kanaatindeyler.⁷⁴⁹ Yine bu görüş taraftarı müellifler, alacaklının kendi edimini ifa etmekten kurtulduğu dönme ile borçlunun ediminin ifasından vazgeçerek müspet zararın tazmini talep etmesi durumunu kanun koyucunun birbirine alternatif olarak düzenlendiği, aksinin kabulü ile borçlu temerrüdü halinde alacaklının kendi isteğiyle ediminden kurtulması halinde

⁷⁴⁵ Havutçu, **Müspet**, s. 77; Ancak bazı müellifler artık bu teoriye terk edilmiş bir kuram olarak da bakılabileceği fikrindedirler. Bkz. Serozan, **Dönme**, s. 261, dn.28.

⁷⁴⁶ Havutçu **Müspet**, s. 77.

⁷⁴⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 526-627; Becker, **Borçlar**, C. VI, F. IV, N. 41, s. 24; Marten, **a.g.e.**, s. 131; Funk, **a.g.e.**, s. 170; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 246; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku Umumi Esaslar (Umumi)**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937, s. 456; Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 865; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 503; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 538, dn. 733; Kurt, **Temerrüt**, s. 279; Mehmet Özgür Avcı, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünde İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 143.

⁷⁴⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 538, dn. 733.

⁷⁴⁹ Havutçu, **Müspet**, s. 78-79.

bunun dönme ile aynı kapıya çıkacağı ve bu durumun kanun koyucunun alternatifli düzenleme amacına aykırı düşeceği kanaatindedirler.⁷⁵⁰

Bu teori taraftarlarına göre, asıl borç gibi onun yerini alan tazmin yükümlülüğünün de iş sahibinin edası ile değişimi (mübadele edilmesi) gerekli olup, mübadele teorisi asıl,⁷⁵¹ fark teorisi istisnadır.⁷⁵² Keza, alacaklıyı ifa yükümlülüğünden kurtarmak için özel bir kanun hükmü gerektiği ve bunun da mübadele teorisinin lehine olduğu değerlendirilmiştir.⁷⁵³ TBK.m.136’da düzenlenen kusursuz imkansızlık halinde, alacaklı henüz ifa etmediği edimini ifa etmekten kurtulurken, temerrüt ve kusurlu ifa imkansızlığında borçlunun alacaklının ifasını talep hakkına ilişkin bir imkana yer verilmemesi, kanun koyucunun mübadele teorisini kabul ettiğinin göstergesi olduğu iddia edilmiştir.⁷⁵⁴

İş sahibinin borcu bir para borcu olmuş olsaydı, (belirli bir miktar karşılığı olan eser sözleşmesinde olduğu gibi⁷⁵⁵) bu durumda para borcunu, kendi para alacağı ile takas edebilecek⁷⁵⁶ ve bu durumda bu iki teoriden hangisinin seçildiğinin hiçbir önemi kalmayacak ve hangisi seçilirse seçilsin her iki teorinin neticesinde de aynı sonuca varılacak ve nihayetinde aradaki fark kadar tek bir para borcu kalacaktır.⁷⁵⁷

Bazı yazarlar, iş sahibinin zaten edimini ifa etmeyeceği ya da mevcut sözleşmeden daha kârlı bir şekilde değerlendirebildiği başka fırsatları mevcut olduğu halde, fark teorisinin tatbiki halinde yine de tazminat talebinde bulunabileceğini ve mübadele teorisinin buna imkan vermediği kanaatindedir.⁷⁵⁸

Kendi edimi karşı edimden daha değerli olan iş sahibinin, yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçerek müspet zararının tazminini istemesi durumunda, daha değerli olan kendi edimini aynen ifa karşılığında, kendi ediminden daha düşük olan

⁷⁵⁰ Havutçu, **Müspet**, s. 79.

⁷⁵¹ “normal durum” Bkz. Havutçu, **Müspet**, s. 79.

⁷⁵² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 570-571.

⁷⁵³ Becker, **Borçlar**, C. VI, F. III, s. 538.

⁷⁵⁴ Havutçu, **Müspet**, s. 79.

⁷⁵⁵ Kurt, **Temerrüt**, s. 278.

⁷⁵⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 503; Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 950.

⁷⁵⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 424-425, N. 1307; Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 950; Kurt, **Temerrüt**, s. 278; Avcı, A., **a.g.e.**, s. 144.

⁷⁵⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 423, N. 1302.

yüklenicinin edimini talep etmesinin isabetli olmayacağı açıktır.⁷⁵⁹ Kendi edimi daha değerli olan iş sahibinin sözleşmeden kurtulmak istemesi ve bu çerçevede sözleşmeden dönmesi ve şartları varsa menfi zararını tazminini talep etmesi daha doğru olacaktır.

Mübadale teorisinin kabul edilmesi durumunda, iş sahibinin kusurlu yükleniciden tazminat talep edebilmek için kendi edimini yerine getirmek ya da ifaya hazır halde kusurlu yüklenicinin emrine hazır biçimde beklemek zorunda kalmasının çok da isabetli olmadığı açıktır.⁷⁶⁰

4.2.Fark Teorisi

İş sahibinin vazgeçtiği yüklenicinin edimi sözleşmeye uygun olarak ifa edilmiş olsaydı, iş sahibinin malvarlığının bulunacağı farazi duruma göre hesaplanan değerden, iş sahibinin kendi ediminin değerinin düşülmesi suretiyle bulunan farkın esas alındığı teori⁷⁶¹, Türk ve İsviçre Hukukunda hakim görüşü ifade ettiği belirtilen fark teorisidir.⁷⁶² Çağdaş topluma ve piyasa ekonomisine fark teorisinin daha uygun olduğu belirtilmiştir.⁷⁶³

Fark teorisinde, mübadale teorisinden farklı olarak, iş sahibi kendi edimini yerine getirmek zorunda olmayıp, yüklenicinin kendisine ödemesi gereken tamamlanmış edimin değerinden, kendi yerine getirmekle yükümlü olduğu ediminin bedeli mahsup edilmektedir.⁷⁶⁴

İş sahibinin, yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçip fark teorisine göre müspet zararının tazminini talep etmesi halinde, iş sahibinin edimini ifa yükümlülüğünden kurtulması ve yüklenicinin ediminin yerini iş sahibinin müspet zararının tek taraflı tazmin yükümlülüğünün alması nedeniyle, fark teorisinin, mübadale teorisinin tersine sözleşmenin ifasını değil tasfiyesini amaçladığı ileri

⁷⁵⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 423-424, N. 1304.

⁷⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altup, **a.g.e.**, s. 870.

⁷⁶¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 422, N. 1299; Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 186; Havutçu, **Müspet**, s. 77.

⁷⁶² Eren, **a.g.e.**, s. 590, N. 1628.

⁷⁶³ Eren, **a.g.e.**, s. 1198, N. 3339.

⁷⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altup, **a.g.e.**, s. 869; Eren, **a.g.e.**, s. 1253-1254, N. 3497; Havutçu, **Müspet**, s. 77.

sürülmüştür.⁷⁶⁵ Fark teorisinin olaya tatbikiyle, taraflar arasındaki akdi münasebet, alacaklının tazminat talebine dayanan tek taraflı bir tasfiye münasebetine dönüşmekte ve böylece asli edimler arasındaki karşılıklılık durumu ortadan kalkmaktadır.⁷⁶⁶

Bazı müellifler ise yasada istisnai olarak düzenlenen haller dışında, kusurlu ifa imkansızlığından farklı olarak sözleşme ilişkisi ve tarafların edimlerini ifa mükellefiyeti devam ettiği için mübadele teorisinin kabulünün zorunlu ve menfaatler dengesine daha uygun olduğu⁷⁶⁷, fark teorisinin işlemleri basitleştirmesi ve alacaklıyı ifa zorunluluğundan kurtarmasından dolayı kolaylık sağlarken, edimini zaten yerine getirmeyecek olan iş sahibinin tazminat elde etmesine neden olması ve iş sahibinin elde ettiği menfaatleri gizlemesi ihtimali gibi bazı sakıncaları da ihtiva ettiği kanaatindedir.⁷⁶⁸

Hukukumuzda her iki teoriye ilişkin de genel bir düzenleme bulunmamaktadır.⁷⁶⁹ 818 Sayılı eski Borçlar Kanunu madde 188/II-III ve 212’de ticari satımda satıcı ve alıcı temerrüdüne ilişkin hükümlerde fark teorisi açıkça düzenlenmiş idi.⁷⁷⁰ Söz konusu maddeye kıyasen fark teorisinin diğer adi satımlara da tatbik edilmesi gerektiği öğreti ve uygulamada genel olarak kabul edilmiş ve nihayetinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 213 ve 236. maddelerinde adi satımları da kapsar biçimde düzenlenmiştir.⁷⁷¹ Öğretide fark teorisinin adi satımlar dışında da tüm karşılıklı akitlere uygulanabileceği yönünde görüşler belirtilmiştir.^{772 773}

⁷⁶⁵ Havutçu, **Müşpet**, s. 77; Gündüz, **a.g.e.**, s. 404; “*adeta bir yarım (eksik) dönme etkisi yaratılmaktadır*” Bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, **Serozan Borçlar Genel**, s. 287-288, N. 12.

⁷⁶⁶ Gündüz, **a.g.e.**, s. 404.

⁷⁶⁷ Öz, **Dönme**, s. 183.

⁷⁶⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 423, N. 1302.

⁷⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 869.

⁷⁷⁰ Havutçu, **Müşpet**, s. 79.

⁷⁷¹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 109.

⁷⁷² Tandoğan, **Borçlar**, C. I/I, s. 146.

⁷⁷³ Bazı müelliflere göre fark teorisi, yasada açıkça düzenlendiği haller dışında, bir tarafın ediminin imkansızlaşması ve karşılıklı olan borçların sona ermesi nedeniyle doğan zararının tazmininde söz konusu olabilir, aksi taktirde tatbiki yasal olmayacaktır. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 422, N. 1299; Keza, borç ilişkisinin sona erdiği kusurlu ifa imkansızlığından farklı olarak borçlu temerrüdünde, sözleşme ilişkisi ayaktadır ve alacaklı isterse dönme hakkını kullanarak sözleşmeden kurtulma imkanına sahip olduğu için, borçlunun ediminden vazgeçerek müşpet zararının tazmininde artık kendi edimini ifa etmesinin gerekli olduğu yani mübadele teorisinin uygulanması gereklidir. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 550, N. 1682, dn. 653; Keza, kusurlu ifa imkansızlığındaki edimin ifa edilmemesinde olduğu gibi artık fiili bir durum değil, alacaklının kendisinin ifadan vazgeçmesi söz konusudur. Bkz. Öz, **Dönme**, s. 182, dn.138.

Bazı müellifler, bu durumun aslında kanun koyucunun, fark teorisinin, satım dışındaki diğer iki taraflı sözleşmelerde de uygulanmasını istemediği şeklinde değerlendirilemeyeceği kanaatindedir.⁷⁷⁴ Bu müelliflere göre, bir edim alacaklısı kusursuz imkansızlık nedeniyle kendi edimini yerine getirme borcundan kurtuluyorsa, karşı tarafın kusuruyla gerçekleşen imkansızlık halinde evveliyatla kendi edim borcunu ifadan kurtulmuş olmalıdır, keza aksinin kabulü halinde kusurlu borçluluk halinde borçlu, kusursuz borçluluk durumundaki borçludan daha avantajlı hale gelecektir.⁷⁷⁵ Karşılıklı edimler arasındaki bağımlılık nedeniyle, karşı edimin ifa edilmemesi halinde, diğer taraf edimini yerine getirmeye zorlanamamalıdır.⁷⁷⁶ Yine bazı müellifler, fark teorisinin tüm iki taraflı sözleşmelerde uygulanmasının, tatbikatta ortaya çıkan zorunlulukların bir neticesi olduğu kanaatindedir.⁷⁷⁷

Bazı müellifler ise, karşılıklı iki taraflı sözleşmelerde, bir tarafın temerrüde düşmesi üzerine diğer tarafın ediminin de kendiliğinden sona erdiğinin kabulünün hukuk tekniği bakımından doğru olmadığı, keza bu durumda söz konusu tarafın menfaatlerine uygun olması halinde, dilerse mübadele teorisini seçmesinin hukuki temelini kalmayacağı, bu nedenle temerrüde düşmeyen tarafın ifadan vazgeçip fark teorisine göre müspet zararının tazminini tercih etmesi halinde kendi edim yükümlülüğünden de kurtulduğunun kabulünün daha yerinde olacağı kanaatindedir.⁷⁷⁸

Öğretide, temerrüt halinde mübadele, imkansızlık halinde fark teorisinin uygulanması gerektiği;⁷⁷⁹ alacaklının mübadele ve fark teorilerinden dilediğini seçebileceği ya da⁷⁸⁰ kendi edimini yerine getirmişse mübadele, getirmemişse fark

⁷⁷⁴ Havutçu, **Müspet**, s. 80.

⁷⁷⁵ Havutçu, **Müspet**, s. 80-81.

⁷⁷⁶ Havutçu, **Müspet**, s. 80.

⁷⁷⁷ Havutçu, **Müspet**, s. 81.

⁷⁷⁸ Bu müellifin görüşü için Bkz. Havutçu, **Müspet**, s. 84-85, dn. 72.

⁷⁷⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 422, N. 1299; Ancak bazı müellifler kusurlu imkansızlık halinde fark teorisinin uygulanması yönündeki bu görüşe karşı çıkmakta, fark teorisini tercih etmenin, kendi ediminin konusunun üçüncü şahısların talebini çok az ya da hiç şeyler olabileceğinden, fark teorisini tercih etmenin her zaman alacaklının yararına olamayacağı bu gibi hallerde alacaklıyı fark teorisine mecbur etmenin doğru olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Tandoğan, **Borçlar**, C. I/I, s. 146.

⁷⁸⁰ Tandoğan, **Borçlar**, C. I/I, s. 146; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 870.

teorisini seçebileceği şeklinde iki farklı teoriyi uyuşturmaya çalışan görüşler bulunmaktadır.⁷⁸¹

Kendi edimini yerine getiren taraf, diğer tarafın temerrüde düşmesi üzerine acaba yine de zararının hesaplanmasında fark teorisini tercih edebilir mi?⁷⁸² Bazı müellifler, kusursuz sorumlulukta, karşı tarafın kusurunun şart olmadığı sözleşmeden dönmede ve hatta geçersiz ve bağlayıcılığı olmayan sözleşmelerde taraflar verdiklerini geri alabildikleri halde, geçerli sözleşmelerde, karşı tarafın kusurlu imkansızlığı mevcut olduğunda, alacaklının verdiğini aynen geri alamamasının herhangi bir haklı gerekçesinin bulunmadığı, bu çerçevede tazminattan ziyade kendi edimine değer veren alacaklının, ifa ettiği edimine yeniden kavuşma menfaatinin, her türlü biçimci ve kavramcı hukuk kavramlarından daha önce gelmesi gerektiği kanaatindedir.⁷⁸³

Bir diğer müellife göre ise, yerine getirilen ediminin değerinin ifasının talep edilmesi halinde TBK.m.136 hükmüne göre sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen tatbik edilmelidir.⁷⁸⁴ Elbette ki, alacaklının ifa ettiği edimin, aynen iade edilemeyecek nitelikte olması ya da sonradan iadesinin imkansızlaşması halinde bu durumdan bahsedilemeyecektir.⁷⁸⁵ Ancak bazı müellifler ise, kendi edimini ifa eden alacaklının, tazminat istemini mübadele teorisine dayandırmak zorunda olduğu kanaatindedir.⁷⁸⁶ Keza, bu müelliflere göre, fark teorisi çerçevesinde önceden ifa edilen edimin iadesi

⁷⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 870; Kural olarak kanuni istisnalar dışında fark teorisini uygulanamayacağı şeklindeki görüşe sahip bazı müellifler, daha sonra bu görüşlerini değiştirilmiş ve fark teorisinin tatbikinin daha isabetli olduğunu belirtmeye başlamışlardır. Bkz. Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 950.

⁷⁸² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 424, N. 1305, dn. 117.

⁷⁸³ Serozan, **Dönme**, s. 210, N. 13.

⁷⁸⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 424, N. 1305.

⁷⁸⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 424, N. 1306; bu durumda mübadele teorisi dışında bir seçenek kalmayacağı kanaatindedir.

⁷⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 870; Havutçu, **Müşpet**, s. 138; “*Davalılar sözleşmede davacının miras payına karşılık üç bağımsız bölüm vermeyi kabul ettiklerine ve 499 parselin tapu kaydını satın alıp, tevhit işlemini de gerçekleştirdiklerine göre davacının muristen kalan parsellerdeki payının davalılar adına tescil edildiğini kabul etmek gerekir. Dosyadaki deliller dikkate alındığında, BK.nun 107. maddesindeki şartların gerçekleştiği, ayrıca davalılara ihtarname ile süre tanınmasına gerek olmadığı sonucuna varılmaktadır. Davacı BK.nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifaden vazgeçerek, bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından, bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibarıyla piyasa rayiç bedellerinin, davacının istek miktarı da gözetilerek, karar altına alınması gerekir.*” 15 HD. 18.07.2005 T., E. 6922/4298 K. (**Kazancı Bilişim**)

mümkün olmadığı için bu nedenle önce edimini ifa eden alacaklı artık fark teorisine göre zararının tazminini talep edemez.⁷⁸⁷

Yargıtay da hakkaniyet gereğince, edimi yerine getirmeyen ve temerrüde düşen tarafa karşı, diğer tarafı edimini ifa etmeye zorlamanın hakkaniyete aykırı olacağı kanaatindedir.⁷⁸⁸

4.3.Fark Teorisinde İş Sahibinin ifa Yükümlülüğünün Kalkması

İş sahibi, yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçip müspet zararının fark teorisine göre (ister somut isterse soyut yöntem ile olsun) tazminini talep etmesi halinde, iş sahibinin sadece aynen ifa yükümlülüğü sona ermekte, borcu nihayetlenmemektedir.⁷⁸⁹

Yüklenicinin, edimini tam ve eksiksiz olarak gereği gibi yerine getirmiş olsa idi iş sahibinin mal varlığında olacak durum ile edimini yerine getirmemesi neticesindeki mevcut durum arasındaki fark müspet zararın özünü oluşturmaktadır. Ancak iş sahibi de yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle kendi edimini ifa etme yükümlülüğü kalmayacağından, iş sahibinin ediminin değerinin de bu farktan mahsubu lazım gelmektedir.⁷⁹⁰

İş sahibinin edimi bir para borcu ise bu bedel üzerinden hesaplama yapılacak ancak, iş sahibinin edimi, uygulamada da çok sıklıkla karşılaşıldığı üzere arsa payı devri borcu ise bu devir borcunun parasal değerinin bulunmasına müteakip aradaki farkın tespiti yapılacak ve bu şekilde bulunan fark, iş sahibi lehine ise onun tarafından tazminat olarak talep edilebilecektir.⁷⁹¹

⁷⁸⁷ Havutçu, **Müspet**, s. 138.

⁷⁸⁸ “Doktrin ve uygulamada daha fazla benimsenen fark teorisine göre ise alacaklı mütemerrit borçluya karşı borçlandığı kendi edimini aynen ifa etmek zorunda değildir. Bu durumda alacaklı, tazminat alacağından kendi borcunu düşürür ve geri kalan kısmı ister. Özellikle somut dava konusu olayda olduğu gibi, edimini yerine getirmede temerrüde düşen, hatta mali bakımdan acz içerisinde olduğu bilinen borçluya, bakiye satım bedelinin peşinen ödenmesini istemek hakkaniyet ilkeleri ile de bağdaşmaz.” 13. HD. 12.7.2004 T., 2004/3108 E. ve 2004/11101 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁷⁸⁹ Havutçu, **Müspet**, s. 127; Kurt, **Temerrüt**, s. 280.

⁷⁹⁰ Havutçu, **Müspet**, s. 127 vd.

⁷⁹¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 281.

Burada belirtmek gerekir ki fark teorisi, mübadele teorisinden bu açıdan ayrılmaktadır. İş sahibi fark teorisinde herhangi bir takas beyanında bulunmak zorunda olmadığı gibi hakim tarafından re'sen mahsup yapılmaktadır.⁷⁹² Mübadele teorisine göre hesaplama olsa idi zikrettiğimiz bedellerden iş sahibinin edimi çıkarılmayacak ancak mübadele teorisine göre tazmin talebinde bulunan iş sahibinin, yükleniciye karşı edim borcu devam edecektir.

Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde fark teorisinin uygulanması halinde, soyut ve somut yöntem (metot) denilen iki hesaplama tarzından söz edilir. Buna göre, borcunu ihlal edenin ediminin değerinin çıkarılacağı tazminat alacaklısının ediminin değeri, fiilen bu edimi elde etmek için yaptığı gider olacak ise somut yöntem; fiilen bu masrafı yapmaksızın aynı edimin piyasa değerinden çıkarılacaksa soyut yöntem söz konusu olacak, bir görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin karşı edim borcu, soyut ya da somut yönetime göre belirlenebilecek ve iş sahibi, dilediği yöntemi seçebilecektir.⁷⁹³ Bu görüşe göre, iş sahibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile devretmeyi taahhüt ettiği arsa payını, dürüstlük kuralına göre en iyi teklifte bulunan üçüncü bir kimseye satmış ise bu satım sözleşmesi ile elde ettiği değer somut yönetime göre iş sahibinin karşı ediminin değeri olarak kabul edilir.⁷⁹⁴ Eğer dürüstlük kuralına aykırı olarak satış bedeli belirlenmiş ya da gösterilmişse, bu taktirde satım akdinde dürüstlük kuralı gereğince değeri ne olmalı idiyse, iş sahibinin edimi de bu değere göre belirlenmelidir.⁷⁹⁵ Eğer iş sahibi arsa payını bir üçüncü kişiye satmamışsa, iş sahibinin ediminin yani sözleşme gereğince yükleniciye devretmesi gereken arsa paylarının değeri, ifadan vazgeçildiği (ya da müspet zararın hesaplanacağını kabul edildiği anlara göre) tarihe göre, dürüstlük kuralı gereğince üçüncü kişiye satabileceği piyasa fiyatına (rayiç bedellere) göre belirlenecektir.⁷⁹⁶

⁷⁹² Kurt, **Temerrüt**, s. 281.

⁷⁹³ Kurt, **Temerrüt**, s. 275.

⁷⁹⁴ Kurt, **Temerrüt**, s. 275.

⁷⁹⁵ Kurt, **Temerrüt**, s. 275-276.

⁷⁹⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 276.

4.4.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Görüşler

İş sahibinin asli edim borcunun bir miktar para veya özdeş bir değer değil de arsa payı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi belirli miktarda arsa payının devri söz konusu olduğunda TBK.m.139 ve devamı maddeleri gereğince takas söz konusu olmayacak ve tercih edilecek teori önem kazanacağı, bu çerçevede, arsa payı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisinin tatbik edildiğinde, mütemerrit durumda bulunan yüklenici tarafından müspet zararın tazmin edilmesi karşılığında, iş sahibinin de sözleşmede üstlendiği arsa payı devri yükümlülüğünü aynen yerine getirmesi, örneğin sözleşme gereğince on bağımsız bölüm inşa edilecek ve bu bağımsız bölümlerin üç tanesi yükleniciye verilecek ise, müspet zararın tam olarak ödenmesi karşılığında bu üç bağımsız bölüme düşecek arsa payının tamamının yükleniciye verilmesi gerekeceği belirtilmiştir.⁷⁹⁷ Söz konusu sözleşme ile yükleniciye yapılacak arsa payı devirlerinin inşaatın geldiği aşamayla orantılı olarak kısım kısım gerçekleştirileceği düzenlemiş olsa bile, aynen ifadan vazgeçilmesi ile inşaatı bitirme borcunun yerini alan müspet zarar tazminatı ödeme borcunun yüklenici tarafından tam olarak yerine getirilmesi durumunda, artık söz konusu arsa paylarının tamamının yükleniciye devri gerektiği belirtilmiştir.⁷⁹⁸

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebilmesi için yükleniciye devretmesi gereken tüm arsa paylarının devretmesi gerektiği yani mübadele teorisinin uygulanması gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır.⁷⁹⁹ İş sahibinin, yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebilmesi için, mübadele teorisine göre, sadece yükleniciye ait olacak bağımsız bölümler ile aynı zamanda iş sahiplerine düşecek bağımsız bölümlerin arsa payları da dahil olmak üzere tüm taşınmaz hisselerinin yükleniciye devri gerekeceği yönündeki görüşün hatalı olduğu ve bu farklı görüşün muhtemelen dayananı Yargıtay içtihadının yazımındaki bir

⁷⁹⁷ Öz, **İnşaat**, s. 193-194; Kurt, **Temerrüt**, s. 280.

⁷⁹⁸ Öz, **İnşaat**, s. 194.

⁷⁹⁹ İzzet Karadağ, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 78.

maddi hatadan kaynaklandığı kanaatindeyiz.⁸⁰⁰ Keza, iş sahibinin edimi taşınmazın bütününe değil, sözleşme ile yükleniciye düşecek bağımsız bölümlere düşen arsa payını yükleniciye devretmekten ibarettir.

Yargıtay'ın bedeli para olarak ödenecek inşaat sözleşmelerinde fark teorisinin uygulanmasını kabul ederken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise mübadele teorisini tercih ettiği görülmektedir.⁸⁰¹ Yargıtay, mübadele teorisine göre müspet zararın tazminin talep edilmesi halinde, eksik işler bedeli, ceza koşulu, kira kaybı vesair taleplerde bulunulamayacağı kanaatinde dir.⁸⁰²

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tarafların edimlerinin paradan başka şey olması halinde de fark teorisinin uygulanması gerektiğini belirten, bizim de katıldığımız görüş bulunmaktadır.⁸⁰³

Yargıtay'ın, yukarıda belirtildiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisinin uygulanması gerektiğini belirten içtihatları yanında, yerel mahkemenin fark teorisini uyguladığı ve usulü müktesep hak nedeniyle bozma konusu yapmadığı bir içtihat mevcuttur.⁸⁰⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararının

⁸⁰⁰ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 939-949.

⁸⁰¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 278. “Bu durumda ifaya ilişkin talep hakkı yerine, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep eden davacının kendi üzerinde bulunan tüm tapu kaydını yükleniciye devretmesi gerekir. Zira davacı iş sahibi, dava sonunda sözleşmede kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin bedelinin tamamına kavuşmuş olacaktır.” 15 HD. 14.03.2008 T., E. 240-1632 K. Bkz. Karadaş, **a.g.e.**, s. 161.

⁸⁰² Duman, **a.g.e.**, s. 553; “Borçlar Kanununun 106/11. maddesinde düzenlenen "... akdin icrasından ve tevhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep..." etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi davacılarına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin müsbet zarar olarak istenmesi demektir. İş sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez” 15. H.D. 18.03.1998 T., 1998/93 E. 1998/1059 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁸⁰³ Erman, **a.g.e.**, s. 101; Şahin, **a.g.e.**, s. 270; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 521.

⁸⁰⁴ “Bunun yanında Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahipleri yararına kendilerine teslim edilmeyen bağımsız bölüm alacakları nedeniyle ifa yerine geçen olumlu zarara hükmedildiğinde bu bölümlerin arsa paylarının da iptali ve yüklenici adına tescili gerekmekte ise de mahkemece dava konusu bağımsız bölümlerin arsa bedellerinin davacı alacağından mahsubu ile sonuca gidilmiş ve bu husus temyiz itirazına konu yapılmayarak usulü müktesep hak oluşturmuştur. Sonuç itibarıyla mahkemece yapılması gereken iş; davacılar a ait dört dairenin Şubat/2006'daki bitmiş haliyle serbest piyasa rayiçleri üzerinden değerlerinin hesaplatılarak bundan aynı tarih itibarıyla belirlenecek dairelerin arsa değerlerinin mahsubu ile kalan bedelin hüküm altına alınması olmalıdır.” 15. HD. 3.10.2011 T., 2011/1467 E. 2011/5568 K. (**Kazancı Bilişim**)

tazminini talep ettiği bir hukuki uyuşmazlıkta doğrudan fark teorisinin uygulandığı bir Yargıtay içtihadının bulunmadığı belirtilmektedir.⁸⁰⁵

4.5.Değerlendirme

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, mübadele teorisinin kabulü, iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararını talep etmesi seçeneğini fiilen ortadan kaldıran ya da bu seçimlik hakkını kullanan iş sahibinin çok büyük hukuki ve fiili sorunlarla boğuşmasına neden olacak bir mahiyet arz ettiği açıktır.⁸⁰⁶

Yargıtay'ın kabul ettiği şekilde mübadele teorisinin uygulanması çok büyük haksızlıklara ve dolayısıyla aslında kanun koyucunun iş sahibine verdiği bir temel hakkın hatalı bir yorum ve uygulama ile fiilen kullanılmasının imkansızlaştırılması anlamına geldiği kanaatindeyiz. Yargıtay, yukarıda belirttiğimiz gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde *“Bu durumda ifaya ilişkin talep hakkı yerine, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep eden davacının kendi üzerinde bulunan tüm tapu kaydını yükleniciye devretmesi gerekir. Zira davacı iş sahibi, dava sonunda sözleşmede kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin bedelinin tamamına kavuşmuş olacaktır”*⁸⁰⁷ gerekçesiyle sabit olduğu üzere, mübadele teorisinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay'ın görüşüne göre, iş sahibinin, yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi halinde, iş sahibinin sözleşmede öngörülen kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü devam edecek yani sözleşme ile yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarının tamamını yükleniciye devredecek ve böylece kendi edimini tam olarak yerine getirmiş olacaktır. Yüklenicinin tam edimi ise arsa payı inşaat sözleşmesi ve onun teknik şartnamesinde öngörülen şekilde ve iş sahibi ve kendisi arasında belirtilen bağımsız bölüm paylaşımına göre mülkiyeti bölüşülecek bir bina inşa etmek ve sözleşmeye uygun olarak teslim etmektir. Ama Yargıtay'ın mübadele teorisinin uygulamasına yönelik

⁸⁰⁵ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 949.

⁸⁰⁶ *“Eğer iş sahibinin amacı para almak olsa, arsasını doğrudan satın bu amacına ulaşır. Bu nedenle de aynen ifadan vazgeçip müspet zararın mübadele teorisine göre tazmini talebi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ruhuna ve amacına ters düşmektedir”* Bkz. Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 948.

⁸⁰⁷ 15 HD. 14.03.2008 T., E. 240 1632 K. Bkz. Karadağ, **a.g.e.**, s. 161.

görüşüne göre, iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçmesi ile yüklenicinin yükümlülüğü, sadece iş sahibinin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmiş olsaydı sahip olacağı bağımsız bölümlerin değeri ile sair müspet zarar kalemlerinin tazmininden ibarettir. Hem arsa sahipleri hem de yüklenicinin dairelerinin bulunduğu bir inşaatı tamamlayıp bağımsız bölümleri teslim etme maliyeti neredeyse her şartta iş sahiplerine düşecek bağımsız bölümlerin değerinden fazla olacaktır. Mübadele teorisinin kabulü halinde, kusuruyla temerrüde düşen ve bu nedenle edimden vazgeçip müspet zararının talep edilmesine neden olan yüklenicinin, kendi kusurundan fayda sağlaması belki de kâr elde etmesi neticesini doğuracağı açıktır.

Bu durum çeşitli şartlara ve ihtimallere göre değişiklik gösterse de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin özelliği gereği, yüklenici ve iş sahibinin edimleri arasındaki dengenin bozulmasına neden olduğu ve kanun koyucunun amacının karşılıklı edimler arasında orantısızlığın meydana getirilmesi, kusurlu tarafın ödüllendirilmesi olmadığı açıktır.

Satış sözleşmelerinde ve para karşılığı inşaat sözleşmelerinde fark teorisini kabul edip uygulayan Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisini uygulamakta ısrar etmektedir. Israrının nedeninin yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü şahıslar olduğu düşünülebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müspet zararın hesaplanmasında mübadele teorisinin kabulü halinde, sözleşmedeki edimler arasında denge yüklenici lehine ve iş sahipleri aleyhine ciddi bir biçimde bozulmakta ve bu surette aslında Yargıtay iş sahiplerini sözleşmeden dönmeye zorlamaktadır. Mevcut arsa payı inşaat sözleşmeleri hakkındaki içtihatlar incelendiğinde, bu nedenle iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiği içtihat sayısı yok denecek kadar az olduğu görülmektedir.

Yargıtay'ın bu uygulamasına iki açıdan katılmamaktayız. Bunlar ilki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeden dönülmesi ve menfi zararın talep edilmesinde, sözleşmenin ve zarar tipinin özellikleri ve uygulamada özellikle ispat hususunda yaşanan güçlükler nedeniyle arsa sahipleri lehine hükmedilen menfi zarar tutarları gerçek zararı karşılamaktan çok uzak kalmakta ve özellikle bazı durumlarda

sözleşmeden dönülmesi, hesaplamalar bakımından iş sahibinin aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir. Çoğu zaman müspet zarar, menfi zararın üstündeki miktarlara ulaşmaktadır. Ayrıca, temerrüde düşen ve kusurlu olan yüklenicinin haklarına alacağın temlikli hükümlerine göre halef olan ve iş sahibinin kendisine her türlü def'i ve itirazı sürebileceği üçüncü şahısları korumak için, sözleşmenin asli tarafı olan iş sahibinin yasada açıkça lehine düzenlenmiş bir hakkın kullanılmasının fiilen imkansız derecede zorlaştırılmasının doğru bir tercih olmadığı kanaatindeyiz.

Yüklenicinin, iş sahibinin müspet zararının tamamını ödemesi durumunda dahi, iş sahibi söz konusu arsada mütemerrit yüklenici ile müşterek malik olacak, başta yeni bir arsa payı inşaat sözleşmesi imzalaması da dahil olmak üzere, arsa üzerindeki önemli tasarruflarda yüklenici ile anlaşmak zorunda kalacaktır. Yüklenicinin kendisiyle ya da onun dayattığı bir üçüncü şahısla yeni ve muhtemelen çok daha aleyhe şartlarla bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalamak zorunda kalacak ya da ortaklığın giderilmesi davası açmak ya da taşınmazdaki hissesini bir üçüncü şahsa satmak zorunda kalacaktır. Taşınmazdaki hisselerini bir üçüncü şahsa satmak istediğinde ise iş sahibi bu defa, yüklenici ya da onun hissesini alan üçüncü şahısların şufa (önalım) hakkını kullanmaları ihtimali ile karşı karşıya kalacaktır.

İş sahibinin özel menfaatlerinin bulunabileceği çok istisnai haller dışında, mübadele teorisinin uygulanacağını bile bile iş sahibinin, mütemerrit yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararını talep etmesinin beklenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Elbette ki kendi edimini aynen yerine getirmek istemeyen iş sahibi, şartları bulunması durumunda sözleşmeden dönebilecek ise de mübadele teorisinin iş sahibinin seçimi dışında zorunlu olarak tatbiki hali, iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçerek müspet zarar talep etme seçeneğini fiilen imkansızlaştıracak ve kanun koyucunun TBK.m.125/II'de yer verdiği, edimler arasında bozulan dengenin müspet zararın tazmini suretiyle yeniden sağlanması amacına aykırılık teşkil edecektir.

Bu çerçevede biz iş sahibinin, fark teorisi ya da mübadele teorisinin uyumsuzluğa uygulanması hususunda seçim hakkına sahip olması gerektiği, talebinin mahiyetinin anlaşılamaması durumunda ise hakimin hangisini seçtiğinin açıklattırılması gerektiği kanaatindeyiz.

5.MÜSPET ZARARIN HESAPLANMA ANI

Roma Hukuku'nda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt durumunda, zararın tespit ve hesaplanmasında, temerrüde düşülen edimin piyasa değeri ve bu değerde meydana gelen değişimlerde alacaklının yararına olan an tercih edilmekteydi.⁸⁰⁸ Türk ve İsviçre Hukuku'nda ise müspet zararının belirlenmesinde hangi zamanın esas alınacağı tartışmalıdır.⁸⁰⁹ Aşağıda ifadan vazgeçip müspet zararın istemi ile kusurlu ifa imkansızlığında müspet zararın hesaplanacağı ana ilişkin çeşitli görüşlere yer verilmiştir.

5.1.Muacceliyet Tarihi

Öğretide muacceliyet tarihi itibari ile müspet zararın tazminin talep edilebileceği de ileri sürülmüştür.⁸¹⁰ Keza, TBK.m.213/F.3'te vade tarihinden bahsedilmektedir.⁸¹¹

5.2.Temerrüt Tarihi

Bir görüşe göre, yüklenicinin ifasından vazgeçme bildiriminin aranmadığı durumlarda müspet zarar, yüklenicinin temerrüt tarihine göre tayin edilmelidir.⁸¹² Yargıtay bir kararında, yerleşik içtihatlarının ve öğretideki hakim görüşün, müspet zararın tespitinde temerrüt tarihinin esas alınması gerektiği yönünde olduğunu belirtmiştir.⁸¹³ Yargıtay'ın iş sahibinin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini

⁸⁰⁸ Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukun Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 488.

⁸⁰⁹ Gündüz, **a.g.e.**, s. 461-462.

⁸¹⁰ Yıldız, **a.g.e.**, s. 228, dn. 305; Gündüz, **a.g.e.**, s. 468, dn. 479.

⁸¹¹ Gündüz, **a.g.e.**, s. 468-469.

⁸¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 962; Karahasan, **a.g.e.**, s. 442 ve 285; Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 100; Hüseyin Tangüner, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü ve İş Sahibinin Seçimlik Hakları**, Ankara, Yetkin, 2022, s. 209; Naz A. Eskiyan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Hükümleri**, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020. s. 73.

⁸¹³ “Olumlu zarar tutarının belirlenmesinde, yüklenilen edimin yerine getirilmesi gereken tarih esas tutulur. Başka bir anlatımla, zarar, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu güne göre hesaplanır. Hukuksal öğretide de baskın görüş, az yukarıda açıklanan uygulama yolundadır (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman - Prof. Dr. M. Turgut Öz - **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İkinci Baskı** S. 374, 393; **Ord. Prof. Dr. H.V. Velidedeoğlu - R. Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1987 - **Sahife** 246; **VonTuIT, Borçlar Hukuku Cilt. 1**, 1952, **Sahife** 674; **Prof. Dr. H. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, Cilt. 2, Ankara 1987, Sahife: 502; Prof. Dr. Kemal Dayınarlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 2003, Sahife 89**” 15. HD. 14.10.2005 T., 2005/5335 E. 2005/5448 K. (**Kazancı Bilişim**)

talep etmesi hususunda “*taşınmazın ferağından temerrüt gösterildiği tarihteki değerinin saptanması*”⁸¹⁴ gerektiği şeklinde içtihatları mevcuttur. Bazı müellifler Yargıtay’ın bu içtihatlarını eleştirirken, söz konusu kararlarda tazmin yükümlüsünün zarar verici ihlali hiç gerçekleştirmemiş olduğu⁸¹⁵ farazi durumun esas alınması gerektiği halde, hatalı olarak zarar verici ihlalin gerçekleşmesinden hemen öncesinin baz alındığı kanaatindedir.⁸¹⁶ Bazı müellifler ise yukarıda bahsedilen kararda olduğu gibi, tam tersine zarar veren ihlalin gerçekleşmesinden hemen önceki eski halin dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.⁸¹⁷

5.3.İfadan Vazgeçme İradesinin Yükleniciye Ulaştığı ya da Ulaştığının Kabul Edildiği Tarih

Müelliflerin çok büyük bölümü, kural olarak iş sahibinin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiği ana göre müspet zararın hesaplanması gerektiğini kabul etmektedir.^{818 819} Keza, temerrütteki kesin ifa edilmeme durumu, iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi ile ortaya çıkmaktadır.⁸²⁰ Temerrütten sonra ancak yenilik doğuran hakkın kullanılmasından önceki süre zarfında, yüklenicinin ediminin değerinde bir yükselme meydana gelmesi ve bu süreçte iş sahibinin de yüklenicinin edimini elinden çıkarma imkanı olduğu taktirde bu en yüksek değere ulaşılan an müspet zararın tespitinde

⁸¹⁴ 13. HD. 31.05.1994 T., E. 4054-5233 K. Bkz. Karahasan, **a.g.e.**, s. 447.

⁸¹⁵ “*mamelekin tazminata temel olan olayın meydana gelmesinden sonraki durumu ile bu olay hiç meydana gelmeseydi o zaman mevcut olması lazım gelecek durumun karşılaştırılması gerektir*” Bkz. Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, C. II, s. 401.

⁸¹⁶ Ergüne, **a.g.e.**, s. 351-352.

⁸¹⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 65.

⁸¹⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 626; Becker, **Borçlar**, C. VI, F.IV, N. 42, s. 24; Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 865; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 502; Tandoğan, **Borçlar**, C.II, s.140; Tunçomağ, **Borçlar**, C.I, s. 949; Eren, **a.g.e.**, s. 1255, N. 3499; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 867; Topuz, **a.g.e.**, s. 473; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 338; Karahasan, **a.g.e.**, s. 442; Kartal, **a.g.e.**, s. 104; Duman, **a.g.e.**, s. 552; Erman, **a.g.e.**, s. 102; Ayan, **a.g.e.**, s. 315; Kurt, **Temerrüt**, s. 266-283; Tezcan, **a.g.e.**, s. 89; Şahin, **a.g.e.**, s. 267; Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 99; Yener, **a.g.e.**, s.74; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 357; Atamulu, **a.g.e.**, s. 137; Mustafa Duhan Demir, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, İstanbul, Seçkin, 2017, s. 81; Enli, **a.g.e.**, s. 146; Doğan, **a.g.e.**, s. 150; Gizem Kılıç Öztürk, **Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 124; Ezgi B. Mumay, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı İş sahibinin Seçimlilik Hakları**, Ankara, Seçkin, 2022, s. 97.

⁸¹⁹ Bu müelliflerden bazıları, edimden vazgeçme beyanının bildirilmesine gerek olmayan hallerde temerrüt tarihinin esas alınması gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 962; Karahasan, **a.g.e.**, s. 442 ve 285; Kurt, **Temerrüt**, s. 266; Kartal, **a.g.e.**, s. 104.

⁸²⁰ Havutçu, **Müspet**, s. 69; Ayan, **a.g.e.**, s. 315.

dikkate alınmalıdır.⁸²¹ Bu görüşe göre, iş sahibi yüklenicinin ediminden vazgeçmekle, yüklenicinin asli edim yükümlülüğünün yerini tali (ikincil) bir edim yükümlülüğü olan tazminat yükümlülüğü alır ve böylece asli edimi reddeden iş sahibi, daha sonra asli edimin değerinin yükselmesinin dikkate alınmasını talep edemez.⁸²² Yani müspet zararın hesaplanmasında, iş sahibinin yüklenicinin ediminin edasından vazgeçip müspet zararı talep etmesinden sonraki değer yükselmeleri ve azalmaları dikkate alınmaz, keza iş sahibi edadan vazgeçmekle değerdeki yükselmeyi talep hakkından da vazgeçmiş sayılır.⁸²³

Yargıtay'ın da *“müspet zarar hesaplanırken, kaideten alacaklının vazgeçtiği an esas ittihaz edilir”*⁸²⁴ şeklinde bu görüşe katıldığı içtihatları mevcuttur.

Bazı müelliflere göre TBK.m.125 gereğince, mütemerrit olan yükleniciye mehil verilirken, mehil süresinin neticesiz kalması durumunda, iş sahibinin sonraki ifadan vazgeçip müspet zararın tazmininin talep edeceğini bildirdiği durumlarda, verilen bu mehilin bittiği tarih dikkate alınmalıdır, keza yüklenicinin bu süre içerisinde ifa imkanı hala vardır.⁸²⁵ Bu durumda yükleniciye verilen sürenin dolması ile bu sürenin dolmasının hemen ardından ifadan vazgeçilmesi anı, hemen hemen örtüşmektedir.⁸²⁶

İş sahibinin, yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi, tek taraflı ve değiştirici yenilik doğurucu bir hak olması hasebiyle, ancak kullanılması ve bu iradenin karşı taraf yükleniciye ulaşması neticesinde, hukuki sonuçlarını doğuracağı ve bu çerçevede vazgeçme anının değil, vazgeçme iradesinin karşı tarafa ulaştığı tarihin esas alınması gerektiği savunulmuştur.⁸²⁷ Ancak ifadan vazgeçmenin sonuçlarını doğurabilmesi için ifadan vazgeçmeye ilişkin açık ya da örtülü irade açıklamasının her türlü şüpheden ari olarak

⁸²¹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 626; Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 865; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 502-503; Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 949-950; Karahasan, **a.g.e.**, s. 442.

⁸²² Eren, **a.g.e.**, s. 1155, N. 3499.

⁸²³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 626; Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 865, dn. 95; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 503; Tunçomağ, **Borçlar**, C. I, s. 950; Topuz, **a.g.e.**, s. 473; Şahin, **a.g.e.**, s. 267; Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 99.

⁸²⁴ 13. HD. 28.06.1985 T., E. 1899-4520 K. Bkz. Karahasan, **a.g.e.**, 446.

⁸²⁵ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, C. II, s. 779, dn. 25; Becker, **Borçlar**, C. VI, F. IV, N. 42, s. 24.

⁸²⁶ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 357-358.

⁸²⁷ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 956; Buz, **Yenilik**, s. 254.

açıkça anlaşılabilir ve geçerli bir biçimde yapılmasına bağlıdır.⁸²⁸ Yenilik doğuran hakkın kullanılması kural olarak özel bir şekle tabi olmadığı halde, kanunda öngörülen süre içerisinde ve taraflarca söz konusu yenilik doğuran hakkın kullanımına ilişkin bir geçerlilik şekil şartı öngörülmüşse yine o şartlara uygun olarak kullanılmalıdır.⁸²⁹ Yine iş sahibinin de tacir olması durumunda, bu bildirimin TTK.m.118 gereğince “*noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile*” yapılması ispat şartıdır.⁸³⁰ Görüldüğü üzere, ifadan vazgeçme ve müspet zararının tazmini bildirimi kural olarak geçerlilik şartına bağlı değildir.⁸³¹

Arsa payı inşaat sözleşmelerinde, taraflara adres değişikliklerini bildirme yükümlülüğü tahmil edilerek, aksi takdirde sözleşmede yazılı adreslerine çıkarılacak tebligatların, tebliğ edilememiş olsalar bile tebliğ edilmiş sayılacağına ilişkin hükümler konulmaktadır. Yargıtay tarafından da bu yöndeki hükümler geçerli kabul edilmekte olup, yüklenici tarafından yeni adres bildirilmemesi durumunda yüklenicinin sözleşmede öngörülen adresine usulüne uygun olarak çıkartılan tebligatlar, tebliğ edilememiş olsa bile tebliğ edilmiş kabul edilecek ve tebligata bağlı sonuçlar doğacaktır.⁸³²

⁸²⁸ Buz, **Yenilik**, s. 252.

⁸²⁹ Buz, **Yenilik**, s. 252.

⁸³⁰ Buz, **Yenilik**, s. 252.

⁸³¹ Buz, **Yenilik**, s. 254; Yargıtay da aynı kanaattedir. “Burada akdin feshine ilişkin irade bildirimi, karşı tarafa ulaşması gereken, yenilik doğurucu tek taraflı bir muameledir. Hukuken geçerliliği yönünden hiçbir şekle tabi değilse de, kanıtlanması bakımından HUMK.nun 288/1. maddesine tabidir ve yazılı belge ile ispat edilmesi gerekir.” 13. HD. 5.12.1989 T., 1989/4157 E. 1989/7060 K. (**Kazancı Bilişim**); Ancak bu durum öğretide HMK.m203/b düzenlenen “İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. “Şöyle ki, iki yanlı hukuksal işlemlerde (sözleşmelerde), muhatabı, işlemi belgelemeye zorlama olanağı vardır. Çünkü iki yanlı hukuksal işlemlerde, muhatabın işlemi kurmadaki çıkarı, yararı, hak sahibi için, gereğinde hak muhatabının elinden çıkma bir yazılı belgenin sağlanması yolunda bir baskı aracı olarak kullanılabilir. Oysa salt tek yanlı yenilik doğurucu hukuksal işlemlerde, hak muhatabı açısından ne bir «kabul», ne bir «çıkart» söz konusudur. Yenilik doğurucu bildirimin muhatabı, hakkın kullanıldığını kanıtlayan bir belge vermeyeceği gibi, hak sahibinin düzenlediği bir belgeyi kabulden de kaçınacaktır. Bu durumlarda, son çare olarak, hak sahibine noterin yolunu göstermek ise, doğrusu, pratik yaşamın işleri ile bağdaştırılamaz.” Bkz. Serozan, **Dönme**, s. 509.

⁸³² “İ.İ.K.'nın 148/a maddesinde; “İpotek sözleşmesinin tarafları veya ipotekli taşınmazı daha sonra satın alanlar ya da bunların halefleri, tapu sicili müdürlüğüne yurt içinde bir tebligat adresi bildirmek zorundadırlar. Aksi takdirde ilgililerin tescil talebi, tapu sicili müdürlüğünce reddolunur. Adresin değiştirilmesi tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesi hâlinde sonuç doğurur. Yeni adresin bildirilmemesi hâlinde tebligatların eski adrese ulaştığı tarih tebellüğ tarihi sayılır.” hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda hesap özeti için ipotek veren ...'e ipotek senedindeki “... adresine gönderildiğine ve borçlu

5.4.İş Sahibinin, Yüklenicinin Temerrüt Tarihi ile İfadan Vazgeçtiği An Arasındaki Seçim Hakkı

Bazı müellifler, iş sahibinin, temerrüt tarihi ile edimden vazgeçme iradesini bildirdiği tarih arasında seçim hakkını haiz olduğu kanaatindedirler.⁸³³ Muacceliyet tarihinden sonra değer düşmesi durumunda temerrüt faizi talep edilebileceği, değer yükselmesi durumunda ise ifadan vazgeçme tarihine göre zararın hesaplanmasının talep edilebileceği, işbu nedenle iki görüş arasındaki farklılığın çok önemli olmadığı ileri sürülmüştür.⁸³⁴

5.5. Dava Tarihi

Yargıtay'ın güncel içtihatlarında ise zarar görenin "*dava tarihi itibarıyla ifa imkansızlığı nedeniyle müspet zararını isteyebileceği*"⁸³⁵ açıkça belirtilmektedir.

Yargıtay, temerrüt nedeniyle iş sahibinin seçimlik hakkını yüklenicinin ediminden vazgeçerek müspet zararının tazmini olarak tercih etmesi durumunda müspet zararın, talep edilmesi halinde bağımsız bölümlerin dava tarihindeki rayıç

tarafından adres değişikliği konusunda tapu sicil müdürlüğüne bir bildirimde bulunulduğu ileri sürülmediğine göre, ... 26. Noterliğinin 28.08.2017 tarihli ihtarnamesinin borçlu ... 'in ipotek senedindeki adresine ulaştığı 29.08.2017 tarihinin hesap özeti tebliğ tarihi olarak kabulü gerekir. Bu durumda İİK'nun 148/a maddesi gereğince usulüne uygun muacceliyet ihtarnasının tebliğ edildiği ve TMK'nun 887. maddesinde öngörülen koşulun oluştuğu anlaşılmaktadır." 12. HD. 9.3.2021 T., 2020/6734 E. 2021/2666 K. **(Kazancı Bilişim)**; "*Dosyada mevcut kredi kartı sözleşmesi gereği davalının sözleşmede bildirdiği adresine tebligatın çıkarıldığı ve yine sözleşme gereği adres değişikliğinin bildirilmesi yükümlülüğünün davalıya getirildiği, aksi taktirde bildirilen adrese yapılan tebligatın geçerli olacağına kararlaştırılmış olduğu görülmektedir. Mahkemece anılan kararlaştırma gözetilerek sözleşmede bildirilen adrese çıkarılan tebligatın geçerli olup, 16.3.2001 tarihi itibarı ile davalının temerrüde düşmüş olduğu kabul edilerek hüküm kurulması gerekirken; tebligatın yapılamamış olduğuna dayanılarak icra takip tarihi itibarı ile temerrüde düştüğü esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir"* 13. HD. 17.11.2005 T., 2005/10654 E. 2005/17067 K. **(Kazancı Bilişim)**; "*Borçlu ile alacaklı arasında yapılan akitte, sözleşmede yer alan adreslerin ikametgâh adresi olarak kabul edileceği ve adres değişikliği zamanında bildirilmezse eski adrese yapılacak tebliğin geçerli olacağı kararlaştırılmıştır. Akit serbestisi ve yukarıda belirtilen Tebligat Hükümleri ve sözleşmenin özel hükümleri karşısında genel kredi sözleşmesinde belirtilen adrese çıkan ve "taşınmıştır şerhi" ile bila tebliğ iade edilen tebligatların notere tevdi tarihinde muhataplarına tebliğ edildiğinin kabulü gerekir."* 12. HD. 25.6.1998 T., 1998/7140 E. 1998/7768 K. **(Kazancı Bilişim)**

⁸³³ Eren, **a.g.e.**, s. 1255, N. 3499, dn. 387; Yıldız, **a.g.e.**, s. 228, dn. 306.

⁸³⁴ Yıldız, **a.g.e.**, s. 228, dn. 308-309.

⁸³⁵ 3. HD. 9.12.2019 T., 2019/5705 E. 2019/9807 K. **(Kazancı Bilişim)**

bedeli dikkate alınarak hüküm altına alınması gerektiğini belirtmiştir.⁸³⁶ Yargıtay, bu kararının gerekçesi olarak özellikle ülkemizin içerisinde bulunduğu ekonomik durum ve denkleştirici adalet ilkesine göre, döviz, altın ve Türk Lirası sepetine göre yapılan zarar hesaplamalarının gerçek zararı karşılamaktan uzak olmasını göstermiştir.⁸³⁷

Ancak Yargıtay, zarar görenin zararı ağırlaştırmama mükellefiyeti bulunması nedeniyle davanın makul kabul edilecek bir süre içerisinde açılması gerektiği, alacaklı tarafından dava açılırken makul sürenin aşılmış olması durumunda, müspet zarara ilişkin hesaplamanın davanın açılması için tespit edilecek makul sürenin sonu itibari ile yapılması gerektiği kanaatindedir.⁸³⁸

⁸³⁶ “Davacı BK. nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifaden vazgeçerek, bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından, bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibarıyla piyasa rayiç bedellerinin, davacının istek miktarı da gözetilerek, karar altına alınması gerekir” 15. HD. 18.07.2005 T., 2004/6922 E. 2005/4298 K. (**Kazancı Bilişim**) Aynı doğrultuda Bkz. “Davacı ile davalıların murisi ... arasında 201 parsel sayılı taşınmazın 480m2lik kısmına isabet eden 480/9100 payının satışının vaat edilmesine dair olarak düzenlenmiş geçerli bir satış vaadi sözleşmesi mevcuttur. Ancak davalı tarafından sözleşme ifa edilmediğinden Borçlar Kanununun 112. maddesi hükmü uyarınca zararın tazmini gerekir. Ödenmesi gereken tazminatın nedeni borçlunun taahhüdünü ihlal etmesidir. Davalılar tarafından sözleşmedeki edim ifa edilmediğinden satış vaati edilen payın dava tarihindeki rayiç değerinin tahsiline karar verilmesi gerekir.” 14. HD. 12.4.2016 T., 2015/18796 E. 2016/438 K. (**Kazancı Bilişim**) aynı yönde Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 867. dn. 20.

⁸³⁷ “Burada, iadenin gerçekleştiği andaki değil, iadenin talep edildiği andaki zenginleşme miktarı bu borcun kapsamını belirlemelidir (Ulus, a.g.e s.33; Eren Fikret, age., C.3, s.63, Feyzioğlu Feyzi, age., C.1, s. 784-786; Tekinay-Akman, Burcuoğlu-Altop age., s. 999; Egemen, Çelikoğlu, Kaynak age., s. 294-295; Serozan, age., s. 27). Hal böyle olunca, davacının 21.12.1992 yılında ödedikleri 60.000 TL için mahkemece başlangıçtan itibaren geçersiz satışlarda uygulanması gereken Denkleştirici Adalet İlkesine göre, endeks, döviz, altın artış oranları esas alınarak hükmedilen 1.517,54 TL davacıların gerçek zararlarını karşılamadığı ortadadır.” 3. HD. 5.2.2013 T., 2012/18832 E. 2013/1562 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁸³⁸ “Davanın açıldığı 1.6.1999 tarihi itibarıyla bilirkişice bulunan müspet zarar alacağının hesaplama yöntemi yerinde ise de, somut uyuşmazlıkta B.K.nun 44 ve 98. maddelerinin tartışılmasında da zorunluluk vardır. Zira, eserin teslim tarihi sözleşme uyarınca 20.12.1995 iken davacı uzunca bir süre bekleyerek davalının zararının artmasına sebep olmuş, davayı 1.6.1999 tarihinde açmıştır. Hal böyle olunca, mahkemece yapılacak iş; bilirkişiden ek rapor almak suretiyle davalının edimini yerine getirmesi gereken 20.12.1995 tarihinden sonra davacının dava açabilmesi için geçmesi gereken makul süreyi bulmak ve davacının müspet zararını bu tarihe göre hesaplattırmak, bundan iş bedelinden ödenmemiş 17.500.000 TL düşüldükten sonra kalan alacağa hüküm kurmaktan ibarettir. Bütün bu yönler bir yana bırakılarak zararı dava tarihine göre bulan bilirkişi raporu ile bağlı kalınıp istemin yazılı biçimde kabulü doğru olmadığından hüküm bozulmalıdır.” 15. HD. 29.05.2003 T., E. 6248-2832 K. Bkz. Karadağ, **a.g.e.**, s. 159-160.

5.6.Hüküm Tarihi

Müşpet zararın tazmini ile, yüklenicinin borca aykırı davranışı ile bozulan dengenin ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifa edilmiş olsaydı iş sahibinin mal varlığının bulunulacağı durumun sağlanması amaçlandığı için, öğretide bazı müellifler müşpet zararın hüküm tarihine ya da hüküm tarihine mümkün olan en yakın tarihe göre hesaplanması gerektiği kanaatindedir.⁸³⁹ Böylece, borca aykırı davranışın iş sahibinin mal varlığında meydana getireceği tüm olumsuz tesirler dikkate alınarak meydana gelen zararın mümkün olduğu kadar gerçeğe yakın, tam ve doğru tespit edilebilmesi mümkün olacaktır.⁸⁴⁰ Keza, zararın yıllar öncesinin ekonomik durumuna göre belirlenmesi durumunda çoğu zaman belirlenen tazminat yetersiz kalacaktır.⁸⁴¹

TBK.m.75 gereği bedensel (cismani) zararın, kural olarak hüküm tarihine göre hesaplanacağı öngörülmüştür.⁸⁴² Bazı müelliflerce, TBK.m.75'teki bu düzenlemenin diğer zararlar hakkında da tatbik edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸⁴³

Bu çerçevede yüklenicinin edimini ifa etmesi gereken an ile zararın hüküm altına alınacağı zaman sürecinde, sözleşme konusu edimin değerinde meydana gelebilecek yükselmeler ve azalmalar, iş sahibinin, değer en yüksek seviyeye ulaştığı zaman sözleşme konusunu elinden çıkarabileceği hususu da dikkate alınarak hüküm

⁸³⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 265; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 185; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 428, N. 1320; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 867; Teoman Akunal, **Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 147; Öz, **Dönme**, s.298; Öz, **İnşaat**, s. 192; Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 286; Ergüne, **a.g.e.**, s. 351.

⁸⁴⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 265; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 185; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 428, N. 1319-1320; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 867; Akunal, **a.g.e.**, s. 147; Öz, **Dönme**, s.298; Öz, **İnşaat**, s. 192; Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 286; Benzer mahiyette Bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 351.

⁸⁴¹ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 602.

⁸⁴² K. Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (Tazminat)**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 243; “dava tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı B.K.nın 46/2 (6098 Sayılı T.B.K.nın 75) maddesi gereğince destekten yoksunluk zararının karar tarihine en yakın gündeki verilerin esas alınması suretiyle belirlenmesi gerekir.” 17. HD. 16.9.2014 T., 2014/13849 E. 2014/11906 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁸⁴³ “hâdisenin vukuu anındaki zararın sonradan artması (yaralanan hayvanın ölmesi) veya azalması (yaralanan hayvanın iyileşmesi) mümkündür. Bundan başka, zamanımızda eşya kıymetleri kısa bir zaman içinde mühim tahavvüller göstermektedirler. Bu itibarla, hâkimin usul hukukunun müsaade ettiği nisbette, hüküm anında sabit vakialara göre, mamelekin o anda arzettiği eksilmeyi nazara alması uygun olur. Zaten zararın tâyininde hükmün suduru âninin esas teşkil ettiği, BK. md. 46 f. II'de cismanî zararın tâyini dolayısıyla sarahaten ifade olunmuştur. Bu esas diğer zarar hallerine de teşmil etmek isabetli olur.” Bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 265; Gökyayla, **Tazminat**, s.243; Gündüz, **a.g.e.**, s. 463.

tarihi ya da ona en yakın tarih esas alınmalıdır.^{844 845} İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre "zararın belirlenmesinde, alacaklının tercihinə göre, zararın verildiği gün veya hüküm günü esas" alınması gerektiği belirtilmektedir.⁸⁴⁶

Vazgeçilen edimin değerinin edimden vazgeçildiği tarih itibari ile talep edilebileceği, vazgeçilenin itibari ile değeri dışındaki müspet zarar kalemlerinin hüküm tarihi ile talep edilebileceği de ileri sürülmüştür.⁸⁴⁷

5.7.İfanın İmkansızlaştığı Tarih

Bazı müellifler, kusurlu ifa imkansızlığında, ifanın imkansızlaştığı tarihin müspet zararın hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.⁸⁴⁸ Yargıtay'ın bu yönde özellikle eski tarihli çok sayıda içtihadı bulunmaktadır.⁸⁴⁹

Bazı müellifler (borçlu temerrüdünde yukarıda bahsettiğimiz gibi yenilik doğuran hakkın kullanım anını kabul ederken) kusurlu ifa imkansızlığın da ise edanın gerçekleşmesi gereken tarihin ya da hüküm tarihinin esas alınabileceğini

⁸⁴⁴ Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 286-287.

⁸⁴⁵ Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 287; Aynı doğrultuda; Arsebük, **Umumi**, s. 456.

⁸⁴⁶ Serozan/Baysal/Sanlı, **Serozan Borçlar Genel**, s. 284. N.8.

⁸⁴⁷ Gündüz, **a.g.e.**, s. 468.

⁸⁴⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 428, N. 1319-1320; "Şu da var ki, fark teorisinin uygulanması yönünden her iki yana borç yükleyen (tam karşılıklı) sözleşmelerde edimlerin değer farkına ilişkin zararın, yerine getirilmeyen borcun imkansızlaştığı tarihin temel alınarak hesaplanması gerekir" Bkz. Karahasan, **a.g.e.**, s. 302.

⁸⁴⁹ "davalının davacıda yarattığı ve sürdürdüğü güvenin münkati olduğu, diğer bir anlatımla dairenin davalı tarafından Vakıflar Bankası'na cebri ihale yoluyla satılması suretiyle davalı ediminin kusuru ile imkansızlaştığı tarihteki dairenin sürüm değerine hükmedilmesi gerekir" 13. HD. 30.1.1992 T., 1991/8879 E. 1991/645 K. (**Kazancı Bilişim**) "taşınmaz üzerinde keşif yapılarak satışa konu taşınmazın ifanın imkansız hale geldiği, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedildiği tarih itibariyle rayiç değeri bilirkişi marifetiyle tespit edilip, davacının ödediği bedelin bu miktara oranlanarak belirlenecek bedelin davalılar Adnan ve Bülent mirasçıları Bahriye ile Muzaffer'den tahsiline karar verilmesi" 13. HD. 16.11.2009 T., 2009/5788 E. 2009/13309 K. (**Kazancı Bilişim**) "Ceyhan 2. Kadastro Mahkemesinin 1982/9 esas, 1996/71 sayılı kararı 1.7.1997 tarihi itibarı ile aleyhe kesinleşmiş olup, bu tarih itibarı ile taşınmazın davacıların elinden kesinlikle çıkmış olduğunun ve davacılar adına tescil imkanının kalmadığının kabulü gerekir. Öyle olunca davacılar ancak ifanın imkansız hale geldiği tarihteki taşınmazın kaim değerini isteyebilirler. O nedenle, mahkemece taşınmazın 3. şahıslar tarafından açılan davanın kesinleşme tarihi olan 14.7.1997 tarihi itibariyle, yani ifanın imkansız hale geldiği bu tarih itibariyle kaim bedeli bulunup" 13. HD. 10.11.2005 T., 2005/10053 E. 2005/16681 K. (**Kazancı Bilişim**) "...mahkemece yapılacak iş, davadan feragatla satış vaadi sözleşmesinin aynen ifasının imkansız hale geldiği 29.06.1990 tarihi itibariyle satış vaadine konu 90 dönümlük tarlanın gerçek sürüm değerini bu konuda uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulundan gerekçeli emsal mukayeseli denetime elverişli rapor almak suretiyle tespit etmek, bu davadaki davacı istemiyle de bağlı kalınarak tespit edilen değere davacı zararı olarak hükmetmekten ibarettir..." 13.HD. 02.06.1994 T., E. 4009-5315 K. Bkz. Karahasan, **a.g.e.**, s. 303.

belirtmektedir.⁸⁵⁰ Bu müellifler, iş sahibinin ifa zamanına kadar yükleniciden ediminin ifasını talep edemeyecek olması hasebiyle müspet zararın hesabında imkansızlığın olduğu tarihin esas alınmaması ve müspet zararının hesaplanması anı olarak en erken dikkate alınabilecek zamanın ifa edilmesi gereken an olması gerektiğini belirtmektedirler.⁸⁵¹ Bu görüşe göre ifa tarihinden önce yüklenicinin ediminin imkansızlaşması ve imkansızlaşma tarihi ile ifa tarihi arasında edimin değerinde bir düşme yaşanması halinde, iş sahibi artık bu zarara katlanmalıdır.⁸⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 29.9.2010, E. 2010/14-386 K. 2010/427 kararında, kusurlu ifa imkansızlığında müspet zararın tazminin talep edildiği dava tarihine göre müspet zararın belirlenebileceğini açıkça işaret etmiştir.⁸⁵³

5.8.Görüşümüz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde zarar kural olarak ihlalin gerçekleşmesi yani yüklenicinin temerrüde düşmesi ile doğar. Bu çerçevede iş sahibi, aynen ifa ile birlikte isteyebileceği gecikmeden kaynaklanan zararını, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihten itibaren talep edebilecektir. Değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılmasına ilişkin irade beyanının yükleniciye ulaşması ile iş sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkı, edimin ifasından vazgeçip müspet zararının tazmini talep hakkına dönüşecektir. Bu çerçevede iş sahibinin, yenilik doğuran hakkın yükleniciye ulaştığı tarih itibari ile müspet zararının hesaplanmasını talep edebileceği açıktır.

⁸⁵⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 567.

⁸⁵¹ Arsebük, **Umumi**, s. 456; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 184; Funk, **a.g.e.**, s. 169; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 246; Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 286; Sadece ifa anındaki değer dikkate alınacağı yönündeki görüş için Bkz. Akıncı, **a.g.e.**, s. 98, dn. 281; TBK.m.213/III'de düzenlendiği üzere zararın soyut olarak hesaplandığı hallerde ifa anının dikkate alınmasının temerrüt halinde de uygulanmasında bir engel bulunmadığı yönündeki görüş için Bkz. Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 286.

⁸⁵² Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 287.

⁸⁵³ "Burada, iadenin gerçekleştiği andaki değil, iadenin talep edildiği andaki zenginleşme miktarı bu borcun kapsamını belirlemelidir (Ulsan, *a.g.e* s.33; Eren Fikret, *age.*, C.3, s.63, Feyzioğlu Feyzi, *age.*, C.1, s. 784-786; Tekinay-Akman, *Burcuoğlu-Altop age.*, s. 999; Egemen, *Çelikoğlu, Kaynak age.*, s. 294-295; Serozan, *age.*, s. 27)... Somut olayda, başlangıçta geçerli olarak kurulmasına rağmen daha sonra ortaya çıkan nedenler dolayısı ile imkansızlaşan bir edim söz konusudur. Bu durumda mahkemece, davacının gerçek ve güncel müspet zararının yukarıda açıklanan ilkelere göre bilirkişi marifetiyle araştırılıp tespit edildikten sonra, buna hükmedilmesi ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." HGK. 29.9.2010 T., 2010/14-386 E. 2010/427 K. (**Kazancı Bilişim**)

Borçlunun temerrüdü nedeniyle edimin ifasından vazgeçilerek müspet zararının tazminini talep edilmesi halinde, kusurlu ifa imkansızlığına ilişkin prensipler olaya uygulanacak olup, von Tuhr bu hususu “*gecikmiş edadan vazgeçen alacaklının istemek hakkına malik olduğu zarar ve ziyan mikdarı edanın imkânsızlığı halinde tatbiki kabil prensiplere göre takdir olunur*”⁸⁵⁴ şeklinde ifade etmiştir. Aynı müellif, kusurlu ifa imkansızlığı halinde, müspet zararın, alacaklının seçimine göre, imkansız hale gelen edimin ifa edilmesi gereken vade ya da mahkemenin hüküm tarihi olacağını belirtmiştir. “*Zararın tazmini için esas olan an, alacaklının intihabına göre, ya imkansız hale gelen edanın alacaklıya yapılması icabeden an veya hüküm tarihi olacaktır.*”⁸⁵⁵

Ancak borçlunun temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmini talep eden alacaklının kural olarak sadece edadan vazgeçme tarihine göre zararını talep edebileceği kanaatindedir.

“ *Prensip itibarıyla, zarar alacaklının edadan vazgeçtiği ana ircai nazar edilecek takdir olunur.*”⁸⁵⁶

Borçlunun kusuru ile imkansızlaşan bir edimin alacaklısının, kusuruyla temerrüde düşen borçlu nedeniyle ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep eden alacaklıdan daha fazla korumaya layık olmasını sağlayan hiçbir haklı ve makul neden bulunmaması ve her iki durumunda aynı hukuki prensiplere tabi olmaları karşısında, ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini talep eden alacaklının, konumuz bağlamında iş sahibinin hüküm tarihi itibari ile de müspet zararının tazmini talep edebileceği kanaatindeyiz. Keza, yukarıda belirtildiği üzere İsviçre Federal Mahkemesi’nin de hüküm tarihi itibari ile de müspet zarar hesaplanabileceği yönünde içtihatları da mevcuttur.

Ayrıca yüklenicinin kusurlu borca aykırı davranışı nedeniyle müspet zararının tazminini tercih eden yani zararının tazmin şeklini seçen ve bu surette zararını tazmin etmeye çalışan iş sahibini; sanki alacaklı temerrüdüne düşmüş, usulüne uygun olarak

⁸⁵⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. C.II, s. 626.

⁸⁵⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. C.II, s. 567.

⁸⁵⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. C.II, s. 626.

kendisine yapılan bir ifa ya da ifa teklifi mevcut ve kendisi de bu teklifi keyfi olarak reddetmiş gibi, iş sahibinin yenilik doğuran hakkın kullanımı sonrası zararının hesaplanmasında zararın miktarını arttıran sebeplerin dikkate alınmayacağı sonucuna varılmasının ve kusuruyla temerrüde düşen yükleniciyi, müspet zarar talep edebilmesi için (kanaatimize göre hafif kusurlu olması yeterli olan ancak Yargıtay içtihatlarına göre ise) kusursuz olması gereken iş sahibine karşı, orantısız ve adil olmayan bir şekilde korunmasının hiçbir haklı ve yasal dayanağının bulunmadığı kanaatindeyiz.

İşbu nedenlerle TBK.m.75'te düzenlenen bedensel zararlara ilişkin hükmün, sair zararların ve bu arada müspet zararın hesaplanmasında da uygulanabileceği, bu nedenle hüküm tarihi itibari ile müspet zararın tespit edilebileceği görüşündeyiz. Böylece hüküm tarihine kadar zarar miktarını etkileyen tüm hususların dikkate alınacağı, hüküm tarihi itibariyle değerinde zararın hesaplanmasında düşüklük yaşanması durumunda, ifadan vazgeçme tarihinden hüküm tarihine kadar en ulaşılan en yüksek tutarın taleple bağlı kalınmak şartı ile hüküm altına alınabilecektir.

Yargıtay'ın ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini hususunda olmasa da, eksik ve ayıplı iş bedellerine⁸⁵⁷, katılma alacaklarına⁸⁵⁸, adi ortaklığın tasfiyesine⁸⁵⁹ ve diğer bazı davalara ilişkin hesaplamaların hüküm tarihine en yakın tarihe göre yapılması gerektiğine hükmetmektedir.⁸⁶⁰ Yargıtay, TMK.m.747 gereğince geçit hakkı tesisine ilişkin bir davada, dava konusundaki değer artışları nedeniyle mağduriyetler yaratılmaması bakımından, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi de değerlendirilerek hükme en yakın tarihi esas alınması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁶¹ TBK.m.122 gereğince genel iktisadi durumdan,

⁸⁵⁷ “eksik ve ayıplı iş olması halinde eksik ve ayıpların giderilip giderilemeyeceği ile giderilebilecek nitelikte ise hüküm tarihine en yakın tarihteki piyasa fiyatları ile giderim bedelinin tespit ettirilip depo ettirilmesi” 15. HD. 3.6.2021 T., 2020/1948 E. 2021/2493 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁸⁵⁸ “çekişmeli otomobilin hüküm tarihindeki (hükme yakın bir tarih) sürüm değerinin (T.M.K. madde 232) bilirkişiye tespit ettirilmesi” 2. HD. 3.10.2011 T., 2011/15979 E. 2011/14733 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁸⁵⁹ “Ortaklığın malvarlığına ilişkin, dava konusu ortaklığın malvarlığını oluşturan demirbaşların karar tarihine en yakın tarih itibariyle değeri belirlenmeli, sonra satış ve nakde çevirme işlemleri yapılmalıdır.” 3. HD. 16.3.2020 T., 2019/5780 E. 2020/2362 K.

⁸⁶⁰ İlker Hasan Duman, **İnşaat Hukukunda “Hükme En Yakın Tarih”e Göre Tespit, Değerlendirme ve Hesap Yapılması**, İBD., C. 95, S. 2021/4, s. 22.

⁸⁶¹ “Hemen belirtmek gerekir ki, bedelin belirlenmesinden sonra hüküm tarihine kadar taşınmazın değerinde önemli derecede değişim yaratabilecek uzunca bir süre geçmiş veya bedel tespitinden sonra yörede taşınmazın değerini artıracak değişiklikler meydana gelmiş olabilir. Bu gibi durumlarda

yüksek enflasyondan ve yetersiz faiz oranlarından kaynaklanan zararların karşılamaması hususunun munzam zarar kapsamında tazmini mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.⁸⁶²

Yargıtay'ın yukarıda belirtilen içtihadında, ülkemizin içerisinde bulunduğu iktisadi ve sosyal şartları da dikkate alarak, borca aykırılık neticesinde bozulan dengenin yeniden sağlanması amacı ile daha önce dava tarihi itibarı ile zararın hesaplanması imkanını içtihatları ile oluşturduğunu açıkça belirtmiştir.

Yargıtay'ın yine aynı gerekçelerle, bozulan dengenin sağlanması bakımından, artık yeterli olmayan dava tarihinin yerine (ya da iş sahibinin menfaatinin bulunması durumunda seçimsizlik hak olarak dava tarihinin yanında) hükme en yakın tarihe göre yapılan hesaplamaları esas almasının yaşanan büyük mağduriyetleri kısmen de önleyebileceği açıktır. Üstelik hüküm tarihi esas alınsa bile söz konusu iktisadi koşullarda, özellikle tehiri icra kararı alınarak ilamlı icranın durdurulması halinde, uzun istinaf ve temyiz süreçlerini de beklemek zorunda kalan iş sahibinin mağduriyeti daha da ağırlaşmaktadır.

mülkiyet hakkı kısıtlanan taşınmaz malikinin mağduriyetine neden olmamak ve diğer tarafın hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracak olası davranışlarını önlemek ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince hüküm tarihine en yakın tarihteki gerçek değer olarak belirlenmesi gerekmektedir.” 14. HD. 18.11.2020 T., 2016/18333 E. 2020/7446 K. (Kazancı Bilişim)

⁸⁶² “Munzam zararın tazmini konusuyla ilgili olup Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Dairemizin 22.03.1994 gün ve 1994/2060-3571 Sayılı kararı ve bunu izleyen kararlarında belirtildiği gibi; alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu somut olgulara dayanarak inanılır, kesin ve net bir biçimde kanıtlamak zorundadır. Genel ve soyut nitelikteki enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus, enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, şahsen ve somut olarak geç ödemediği dolaylı zarar gördüğü keyfiyettir. Örneğin, alacağını zamanında tahsil edememekten ötürü başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını; alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi, yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark nedeniyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını; borçludan alacağını zamanında tahsil edeceğine güvenerek üçüncü kişilere karşı bir takım yükümlülükler altına girip, borçlunun borcunu geç ödemesi yüzünden bu üçüncü kişilere karşı edimini yerine getiremediği için cezai şart ya da vergi cezası ödediğini, mallarının haczedildiğini veya yüksek faizli kredi almak zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Yoksa soyut ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen, genel ekonomik konjoktürel olgular Borçlar Yasasının 105. maddesinde sözü edilen munzam zararın tazminini gerektirmez.” HGK. 13.6.2012 T., 2011/730 E. 2012/373 K. (Kazancı Bilişim)

6.DENKLEŞTİRME

Yüklenicinin borca aykırı davranışı yüzünden, iş sahibi bir yandan zarar görürken diğer yandan birtakım menfaatler elde ediyorsa, borca aykırılıkla arasında uygun nedensellik bağı mevcut olan bu menfaatlerin zarardan mahsubu (denkleştirilmesi) gereklidir.⁸⁶³ Aksi taktirde borca aykırılıktan zarar gören iş sahibi, yüklenici aleyhine sebepsiz zenginleşmiş olacaktır.⁸⁶⁴

Bir yararın denkleştirme konusu olabilmesi için maddi bir değerinin bulunması, hesaplanabilir olması ve iş sahibin malvarlığında fiilen, kesin ve nihai olarak mevcudiyeti ya da ileride gerçekleşmesi normal hayat deneyimlerine göre beklenebilir olması gerekli olup, geçici ya da iş sahibinden daha sonra üçüncü şahıslarca sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme ve sair hukuki sebeplerle talep edebilecek yararlar denkleştirme kapsamında kabul edilemez.⁸⁶⁵

Denkleştirme konusu yarar, zarar gören iş sahibinin aktifinde artma ya da pasifinde azalma ya da aktifinin azalmasına ya da pasifinin artmasına engel olma şeklinde karşımıza çıkabilir.⁸⁶⁶ Yararlanma, mevcut durum ile yararlanma konusu durum hiç gerçekleşmeseydi mal varlığının bulunacağı durum arasında fark teorisine göre tespit edilecek⁸⁶⁷ ve tespit edilen bu tutar brüt zarardan düşülecektir.⁸⁶⁸ Denkleştirme, zararın tespitine yönelik bir unsur olup, zarar gören iş sahibinin kusuruyla bir yararın doğmasına engel olduğu iddiası denkleştirme kapsamında değil, şartları varsa tazminatın hesaplanmasına ilişkin olarak TBK.m.52/I gereğince zararı arttırmama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir.⁸⁶⁹

Denkleştirme bir itiraz olup, taraflarca ileri sürülmesine gerek olmaksızın davanın her aşamasında hakim tarafından re'sen dikkate alınır.⁸⁷⁰ Denkleştirmenin

⁸⁶³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 268; Aküenal, **a.g.e.**, s. 3; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I, s. 429-430, N. 1323; Ergüne, **a.g.e.**, s. 327; Gündüz, **a.g.e.**, 470.

⁸⁶⁴ Gündüz, **a.g.e.**, 470.

⁸⁶⁵ Aküenal, **a.g.e.**, s. 61-62; Ergüne, **a.g.e.**, s. 328-329; Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 288; Gündüz, **a.g.e.**, s. 471.

⁸⁶⁶ Ergüne, **a.g.e.**, s. 328; Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 288-289; Gündüz, **a.g.e.**, s. 471.

⁸⁶⁷ Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 288.

⁸⁶⁸ Gündüz, **a.g.e.**, s. 470-471.

⁸⁶⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 327-328, dn. 101.

⁸⁷⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 273; Aküenal, **a.g.e.**, s. 133-135; Ergüne, **a.g.e.**, s. 329; Gündüz, **a.g.e.**, s. 472.

şartlarının varlığını ve miktarını ispat yükü iddia eden tarafa aittir.⁸⁷¹ Borca aykırılığın verdiği zarar hangi tarihe göre hesaplanıyorsa, denkleştirilecek yararlar da aynı tarih itibari ile gerçek⁸⁷² değeri üzerinden hesaplanacaktır.⁸⁷³ Keza, hesaplanacağı tarihe göre çok farklı miktarlara ulaşılabilmesi ihtimali mevcuttur.⁸⁷⁴ Yararın tam miktarı ispat edilemiyorsa, TBK.m.50/II gereğince hakim, hayatın olağan akışına, olayın ve tarafların şartlarına göre hakkaniyete uygun bir biçimde belirleyebilecektir.⁸⁷⁵

7.ZAMANAŞIMI

Müspet zararın tazmini, asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı sürelerine tabidir.⁸⁷⁶ Keza, tazminatın asıl borcun fer'isi olduğu durumlar ile alacaklı tarafından vazgeçilen edim borcunun tazminat haline dönüşmesi arasında bu bakımdan hiçbir fark bulunmamaktadır.⁸⁷⁷ Yüklenicinin asıl edimi, eser sözleşmelerinin tabi olduğu zamanaşımı süresine tabidir. TBK.m.147/7 gereğince *“yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar”* 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde ise zamanaşımı süresi TBK.m.146’de düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

TBK.m.149 gereğince bu zamanaşımı süresi alacağın muaccel olması ile başlar. Ancak ifadan vazgeçip müspet zararın tazminin talep edilmesinde zamanaşımının işlemeye başladığı tarih tartışmalıdır.⁸⁷⁸

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçilmesi ile talep edilen müspet zararın, yüklenicinin asıl borcun şekil değiştirmiş devamı olduğu kabul edilirse, ilk asıl borç için işlemeye başlayan zamanaşımının müspet zarar için de geçerli olduğu kabul edilecek; ancak müspet zararın asıl ifadan vazgeçilmesi ile doğan ve muaccel

⁸⁷¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 273; Akünel, **a.g.e.**, s. 136; Ergüne, **a.g.e.**, s. 329; Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 290; Gündüz, **a.g.e.**, s. 472.

⁸⁷² Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 288.

⁸⁷³ Akünel, **a.g.e.**, s. 147; Ergüne, **a.g.e.**, s. 329; Gündüz, **a.g.e.**, 473.

⁸⁷⁴ Akünel, **a.g.e.**, s. 147.

⁸⁷⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 273; Ergüne, **a.g.e.**, s. 329; Gündüz, **a.g.e.**, s. 472-473.

⁸⁷⁶ Becker, **Borçlar C. VI, F. III**, s. 519; Funk, **a.g.e.**, s. 154; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 223; Havutçu, **Müspet**, s. 135; Ayan, **a.g.e.**, s. 315; Kurt, **Temerrüt**, s. 283.

⁸⁷⁷ Becker, **Borçlar C. VI, F. III**, s. 519.

⁸⁷⁸ Öz, **İnşaat**, s. 196; Avcı, A., **a.g.e.**, s. 148.

olan yeni bir borç olarak kabulü halinde zamanaşımı, vazgeçme beyanın yükleniciye ulaşması ile işlemeye başlayacaktır.⁸⁷⁹

Bazı müellifler, müspet zarara ilişkin zamanaşımı süresinin, iş sahibinin, yüklenicinin ifasından vazgeçtiğine ilişkin iradesinin yükleniciye geçerli bir biçimde ulaştığı tarihten itibaren başlayacağı kanaatindedir.⁸⁸⁰

Yıldız, muaccel olmaktan kastın, borcun ifasının talep ve dava edilebilir olması olduğu, bu çerçevede müspet zararın en erken seçimlik hakkın kullanılması için verilen sürenin sonunda muaccel olabileceği ve böylece zamanaşımının işlemeye başlayacağı kanaatindedir.⁸⁸¹

Biz, yukarıda da belirttiğimiz üzere, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin yüklenicinin ifasından vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiğine ilişkin bildirimin değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğu; bu çerçevede iş sahibinin, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermediği, sadece yüklenicinin aynen ifaya ilişkin edim borcunun yerini, iş sahibinin müspet zararının tazmini yükümlülüğünün aldığı ve böylece sözleşmenin ayakta kalmaya devam ettiği kanaatindeyiz.

Bir işlemin etkisi kanundan ötürü gerçekleşmesi şüpheli olgulara ya da daha geniş anlamda tamamlayıcı olgulara bağlanmışsa kanuni bir şartın varlığından bahsetmek gerekecektir.⁸⁸²

İş sahibinin, yüklenicinin ifasından vazgeçip müspet zararını talep edebilmesi için, yüklenicinin temerrüde düşürülmesi, kural olarak mütemerrit yükleniciye uygun bir mehil verilmesi ve mehil süresince ihlalin devam etmesinin ardından (mehil verilmesine gerek olmayan hallerde doğrudan) bildirimde bulunulması gerekmektedir. Görüldüğü üzere müspet zararın tazmini bir kanuni şarta bağlı olup, yüklenicinin ediminden vazgeçip müspet zararının tazminini talep edilebilmesi için öncelikle bu kanuni şartın gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Müspet zarar ancak verilen mehilin

⁸⁷⁹ Öz, **İnşaat**, s. 196.

⁸⁸⁰ Havutçu, **Müspet**, s. 135; Kurt, **Temerrüt**, s. 283; Avcı, A., **a.g.e.**, s. 148; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 358.

⁸⁸¹ Yıldız, **a.g.e.**, s. 247.

⁸⁸² Sirmen, **Şart**, s. 84, dn. 31.

dolduğu andan itibaren muaccel yani talep edilebilir hale gelecek ve ondan sonra zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Böylece sözleşme ilişkisi devam ettiği için hem asıl alacağa bağlı tüm teminatlar geçerliliğini devam ettirmekte hem de kusurlu yüklenici hakkında zamanaşımı bakımından verilen mehlin bitmesi ile zamanaşımının işlemeye başlaması hakkaniyete uygun bir çözüm yolu olarak kabul edilmiş olmaktadır.⁸⁸³



⁸⁸³ Öz, **İnşaat**, s. 196.

ALTINCI BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ VE MENFİ ZARAR

1.TANIM

TBK.m.125 gereğince, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin seçimlik haklarından biri de sözleşmeden dönme hakkıdır. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdiren ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesini talep imkanı sağlayan, yükleniciye ulaşması gerekli ve şekle tabi olmayan tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir haktır.⁸⁸⁴

Dönmenin amacı, yüklenicinin borca aykırılığı nedeniyle, sözleşmenin kurulmasından evvelki durumu (status quo ante) yeniden tesis etmek (restitutio in integrum) olsa da çoğu zaman sözleşmeden dönülmesi yani tarafların ifa etmedikleri edimden kurtulmaları ve ifa ettiklerinin iadesini talep etmeleri ile bu durumun tam ve eksiksiz olarak sağlanmasının mümkün olmaması nedeniyle ileride ayrıntıları görüleceği üzere ayrıca menfi zarar düzenlemesine yer verilmiştir.⁸⁸⁵

Özellikle edimin ifasının ya da ifayı beklenilmesinin alacaklı için faydasız kaldığı, yüklenicinin tazminat sorumluluğunu yerine getirme imkanının olup olmadığının belirsiz olduğu durumlarda alacaklıyı korumak için getirilmiş bir düzenlemedir.⁸⁸⁶ Yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranması sonucu, sözleşme kurulduktan sonra edim ve karşı edim arasındaki dengenin bozulmuş olması durumunda, söz konusu sözleşme ile artık bağlı kalmak istemiyorsa, sözleşmeden dönecektir.⁸⁸⁷ Sözleşmeden dönülmesi ile artık, iş sahibi kendi edimini yerine getirmek zorunda olmadığı gibi, yerine getirdiği edimlerin iadesini de talep

⁸⁸⁴ Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme (Dönme)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 65; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 965.

⁸⁸⁵ Buz, **Dönme**, s. 78.

⁸⁸⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1255, N. 3501.

⁸⁸⁷ Buz, **Dönme**, s. 66.

edebilecektir.⁸⁸⁸ Görüldüğü üzere dönmenin en önemli fonksiyonlarından biri, sözleşmenin kurulması esnasında karşılıklı edimler arasında mevcut bulunan ve yüklenicinin borca aykırı davranışı ile bozulan, işlevsel bağlılığı ve dengeyi yeniden sağlamasıdır.⁸⁸⁹

İş sahibinin, arsa payı inşaat sözleşmesi yaparken elde etmeyi amaçladığı menfaati, yüklenicinin borca aykırı davranışı nedeniyle gerçekleşmemişse de mevcut sözleşmenin varlığını devam ettirdiği sürece, iş sahibinin başka bir yüklenici ile yeni bir sözleşme imzalamak suretiyle sözleşmede amaçladığı menfaate ulaşması mümkün olmayacaktır.⁸⁹⁰ İşte dönmenin diğer bir önemli fonksiyonu da, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı ile ifa edilmemiş olan sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırmak suretiyle iş sahibine başka tasarruflarda bulunma yani diğer bir deyişle başka bir yüklenici ile yeni bir sözleşme imzalama özgürlüğünü sağlamasıdır.⁸⁹¹

2.NİTELİĞİ

Dönme iradesinin karşı tarafa ulaşması ile söz konusu sözleşme artık yeni borçlar doğurmayacağı gibi önceden doğmuş bulunan borçlar da geriye etkili (makable şamil) olarak ortadan kalkar.⁸⁹² Dönmeden sonra taraflardan her biri kendi edimlerini yerine getirmekten imtina edebileceği gibi önceden ifa ettiği edimlerinin iadesini de talep edebilir.⁸⁹³ Her iki taraf da sözleşme gereğince elde ettiği şeyleri iade etmek mecburiyetindedir.⁸⁹⁴ Tam iki taraflı akitlerde temerrüt haline özgü bu özel düzenleme Borçlar Kanunu'nun içerisinde yer almamış olsaydı dahi genel sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yine taraflar verdiklerinin iadesini talep edebilecekleri şüphesizdir.⁸⁹⁵

⁸⁸⁸ Buz, **Dönme**, s. 66.

⁸⁸⁹ Buz, **Dönme**, s. 66.

⁸⁹⁰ Buz, **Dönme**, s. 67.

⁸⁹¹ Buz, **Dönme**, s. 67.

⁸⁹² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 627.

⁸⁹³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 627.

⁸⁹⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 628.

⁸⁹⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 628.

Bozucu bir başka deyişle olumsuz yenilik doğuran hakların kullanılması ile bir hak ya da hukuki münasebet sona ermekte, sözleşme ilişkisi bir iade ilişkisi halini almaktadır.⁸⁹⁶ İş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve iş sahibi henüz ifa etmediği edimleri yerine getirmekten kurtulacaktır ve kendisi tam ya da kısmi olarak edimini yerine getirmişse yerine getirdiği bu edimin iadesini talep edebilecektir.⁸⁹⁷

Karşı tarafın muvafakatine ihtiyaç göstermeksizin, tek taraflı irade beyanı netice meydana getiren yenilik doğuran hakların önemi nedeniyle kaynağını TMK.m.2 dürüstlük kuralında bulan sebeplerle kullanımına ilişkin bazı ilkeler getirilmiştir.⁸⁹⁸ Sözleşmeden dönme hakkı yalnız bir kez kullanılabilir, söz konusu irade beyanı karşı tarafa ulaşmakla neticelerini doğurur⁸⁹⁹ ve sona erer. Yani dönme hakkı da diğer yenilik doğuran haklar gibi bir kez kullanılmakla tükenir.⁹⁰⁰ Dönme beyanının kullanıldıktan sonra kural olarak artık geri alınamaz ve şartlı olarak dönme hakkının kullanılabilmesi de mümkün değildir.⁹⁰¹

Alacaklı kendi kusuruyla iadeyi imkansızlaştırmış ise artık dönme yoluna başvuramayacaktır.⁹⁰² Alacaklının aldığı şeyi bir üçüncü şahsa devretmesi ya da şeklini değiştirmesi ya da temerrüt halinde meydana gelmesi çok zor olarak teslim aldıktan sonra kusuruyla telef etmesinde durum böyledir.⁹⁰³ İyiniyet kuralları gereğince, ifa edilmeyen kısım çok az ya da önemsizse ya da yerine getirilmesi gereken edanın tam karşılığı olmayan fer'i nitelikte ikinci derecedeki borçların ifasındaki temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönülemez.⁹⁰⁴ Bazı müellifler, iş sahibinin müterafik kusurunun bulunması durumunda sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığı ve keza bu durumda müterafik kusurun hesaba katılamayacağı kanaatindeyseler de, menfi

⁸⁹⁶ Buz, **Yenilik**, s. 193-195.

⁸⁹⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 504.

⁸⁹⁸ Buz, **Yenilik**, s. 75.

⁸⁹⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1411, N. 3958.

⁹⁰⁰ Buz, **Yenilik**, s. 75.

⁹⁰¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1411, N. 3958; Buz, **Dönme**, s. 75-76.

⁹⁰² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 628, dn. 101.

⁹⁰³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 506.

⁹⁰⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 629; Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 869; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 506; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, s. 1411, N. 3960.

zararın hesaplanmasında müterafik kusurun da dikkate alınabileceği kanaatinde olan müellifler de vardır.⁹⁰⁵

Sözleşmeden dönme için sözleşmenin geçerli olması gerekir. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli değilse ya da TMK.m.2 gereğince geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği ve tarafları bağlayıcılığının sürdüreceği ayrık durumlar dışında geçersiz sözleşmelerde fesih ya da dönme olmayacağı⁹⁰⁶ ancak dönme istemli davanın içeriğinde sözleşmenin geçersizliğinin tespitinin de bulunduğu kanaatindedir.⁹⁰⁷

3.DAVA YOLUYLA KULLANILMASI İÇTİHADİ VE BİRDEN FAZLA ARSA SAHİBİNİN OLMASI DURUMU

Yenilik doğuran haklar, kural olarak karşı tarafa yapılan bir irade beyanı ile davaya gerek olmadan kullanılan⁹⁰⁸ ve bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi kuran, değiştiren ya da sona erdiren haklardır.⁹⁰⁹ Şartları gerçekleşmişse irade beyanın karşı tarafa ulaşması ile istenilen netice meydana gelir.⁹¹⁰ Yenilik doğuran hakkın netice doğurması için karşı tarafın kabulü ya da bir makamın karar veya onayı gerekli

⁹⁰⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 506-507; Tandoğan ile aynı doğrultuda, menfi zararın hesabında müterafik kusur doğrultusunda indirim yapılabileceği hususunda bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1262, N. 3525.

⁹⁰⁶ “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmaz payının ya da tapulu taşınmazın kayden temlikini de içerdiğinden, Türk Medeni Kanunu'nun 706, 818 Sayılı Kanun'un 213, Tapu Kanunu'nun 26. ve Noter Kanunu'nun 60. maddeleri hükümleri gereğince, 'zorunlu şekil koşuluna' uygun olarak yapılmış olmadıkça geçerli olmaz. Ancak, zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmamış olsa dahi, ayrık nedenlerin gerçekleşmesi durumunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafları bağlayıcı olur. Bu kapsamda; Daire'mizin yerleşen uygulamalarına göre, taraflarının karşılıklı olarak yükledikleri edimlerini ifa etmiş olmaları yahut yüklenicinin inşaatı bitirmiş veya kullanılabilir derecede tamamlanmış olması ya da iş sahibi ya da sahipleri tarafından sözleşmede kararlaştırılan arsa payının ya da tapulu arsanın yüklenici adına kayden geçirilmiş olması durumlarında Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi hükmü gereğince, resmi şekline uygun olarak yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taraflarını bağlayıcı olur. Somut olayda ise, yanlar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi 'resmi şekil koşuluna' uygun olarak yapılmadığından geçersiz olduğu gibi; ayrık durumlar da gerçekleşmediğinden taraflarını da bağlayıcı değildir. Geçersiz olan ya da taraflarını bağlayıcı olmayan sözleşmenin feshi istenemeyeceği gibi; tarafların kusurlarından da söz edilemez.” 15. HD. 25.4.2013 T., 2012/7461 E. 2013/2740 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁰⁷ “Sözleşme geçersiz olduğundan feshi talep edilemez ise de; fesih isteminin içerisinde geçersizliğin tesbiti talebinin de bulunduğu Dairemiz ve Yargıtay uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu urumda mahkemece sözleşmenin geçersizliğinin tesbiti ile davalının müdahalesinin men'ine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu davanın reddi doğru olmamış” 15. HD. 23.2.2012 T., 2010/7694 E. 2012/1062 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁰⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 25.

⁹⁰⁹ Buz, **Yenilik**, s. 183.

⁹¹⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 25.

değildir.⁹¹¹ Karşı taraf edimini iradi olarak yerine getirmezse, yenilik doğuran hakkını kullanan taraf, karşı tarafın bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya mahkum edilmesi için dilerse bir eda davası açabilecektir.⁹¹² Bir taraf, diğer tarafın yenilik doğuran hakkının veya kullanılmasının muteberliğine ilişkin itirazı bulunması durumunda diğer hakkını kullanan taraf bu konuda tespit davası da açabilir.⁹¹³ Örneğin takas beyanının da bulunmuş ve karşı taraf buna itiraz etmişse, takas beyanının geçerli bir biçimde kullanıldığının ve söz konusu tutar için borcunun sona erdiğini tespitini talep edebilecektir.

Ancak kanun koyucu kamu düzeni, hukuk güvenliğinin sağlanması, üçüncü şahısların haklarının korunması gibi çeşitli saiklerle bazı hakların kullanılabilmesi için tek başına hak sahibinin iradesini yeterli saymamış aynı zamanda bir mahkeme kararı alınmasını aramıştır.⁹¹⁴ Bu çerçevede yenilik doğuran hakların dava yolu ile kullanılabilmesi ancak istisnai hallerde söz konusu olabilecektir.⁹¹⁵

Yenilik doğuran davalar bakımından, kamu düzeni, hukuk güvenliğinin sağlanması, tarafların ve üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması için kanunda öngörülenler dışında yeni yenilik doğuran davaların tesis edilmesi mümkün değildir.⁹¹⁶ Hakimin kanunda boşluk bulunması durumunda, ihtiyaçları karşılamak için TMK.m.1 çerçevesinde hukuk yaratması ile kanun boşluklarını doldururken yenilik doğuran dava tesis edilebileceği ve hukukumuzda kira tespit davalarının yargı içtihatları ile geliştiği belirtilmişse⁹¹⁷ de biz sözleşmeden dönme hususunda hukukta bir boşluk bulunmadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay, tapu sicilinde pay devrini içerdiği gerekçesiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden tek taraflı irade beyanı ile (diğer tarafın bu hususa muvafakati dışında) mahkeme dışı bir irade beyanı ile dönülemeyeceği ve dönme/fesih haklarının bu tür sözleşmelerde dava açarak alınacak yargı kararıyla olması gerektiği

⁹¹¹ Buz, **Yenilik**, s. 183.

⁹¹² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 26.

⁹¹³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 26.

⁹¹⁴ Buz, **Yenilik**, s. 183.

⁹¹⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 26.

⁹¹⁶ Buz, **Yenilik**, s. 186-187.

⁹¹⁷ Elif Irmak Büyük, **Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm**, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 115 vd.

kanaatindedir.⁹¹⁸ Yani Yargıtay, yenilik doğuran dönme hakkının kullanılmasını, herhangi bir yasal dayanağı olmadığı halde ancak yenilik doğuran dava olarak dermeyan edilebileceği kanaatindedir.

Yenilik doğuran davaların yasada sınırlı olarak belirtildiği, yasada belirtilmeyen yeni bir yenilik doğuran dava çeşidinin yargı içtihatları ile tesis edilemeyeceği, dönme iradesinin yenilik doğuran dava koşuluna bağlanmasının herhangi bir yasal dayanağı bulunmadığı, bir kanun boşluğu bulunmadığı için hakimın hukuk yaratması ile de bu dava türünün getirilemeyeceği, sözleşmeden dönmenin yenilik doğuran hak kapsamında olduğu ve kural olarak yenilik doğuran dönme irade beyanının karşı tarafa ulaşması ile netice doğurduğu kanaatindeyiz.

Bu uygulamanın yasal dayanağı bulunmamakla birlikte belirtmek gerekir ki, dönme (geçmişe etkili fesih) bakımından mahkeme dışı veya dava yoluyla dönmenin gerçekleşmesi fark yaratmayacaktır. Zira geçmişe etki sebebiyle, her halükârda sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış sayılacaktır. Fakat istisnai olarak sözleşmenin ileriye etkili fesihle sona ereceği durumlarda, dava öncesi yapılan fesih bildirimi yerine açılan dava sonunda alınan hükümle sona ermesi, fesih bildiriminden sonra ancak mahkeme kararından önce yapılan ifalar bakımından önemli farklar yaratabilecektir.

Arsa payı inşaat sözleşmesi yapılacak taşınmaz üzerinde elbirliği ile ya da müşterek mülkiyet hükümlerine göre ortak olan birden fazla iş sahibi olabilir. Olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar başlığı altındaki TMK.m.692 hükmü gereği,

⁹¹⁸ “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri tapuda pay devrini de içerdiğinden tek taraflı irade beyanı ya da sözleşmede öngörülen sürenin geçmesiyle kendiliğinden sona ermesi ya da feshi mümkün değildir. Dava tarihi itibarıyla sözleşmede kararlaştırılan süre geçtiğinden inşaatın tamamlanıp teslim edilmemesi sebebiyle yüklenici temerrüdü gerçekleşmiş ise de, davalı ve dava dışı arsa sahipleri tarafından açılan dava sonucunda alınan kararla sözleşme feshedilmediği gibi fesih konusunda taraf iradeleri de birleşmemiştir. Davalılar tarafından Hendek Noterliği’nden davacıya keşide edilen 17.4.2006 gün 3129 yevmiye numaralı ihtarnameyle davaya konu taşınmaz için yapılan sözleşmenin feshedildiği belirtilmiş ise de davacı yüklenici tarafından bu feshe muvafakat edilmediği gibi” 15. HD. 19.3.2012 T., 2012/1126 E. 2012/1734 K. (**Kazancı Bilişim**); Bu tatbikatın kanuni dayanağı bulunmadığı gibi, geçmişe etkili dönme bakımından mahkeme dışı veya dava yoluyla dönmenin gerçekleşmesi fark yaratmayacaktır. Zira geçmişe etki sebebiyle, her halükârda sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış sayılacaktır. Fakat istisnaen sözleşmenin ileriye etkili fesihle sona ereceği durumlarda, dava öncesi yapılan fesih bildirimi yerine açılan dava sonunda alınan hükümle sona ermesi, önemli farklar yaratabilir. Zira bu şıkta fesih tarihine kadar yapılan işler geçerli bir ifa sayılarak buna orantılı bedele hak kazandıracaktır.

“paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.”

Yargıtay uygulaması, sözleşmeden dönmenin, tarafların rızalarının birleşmesi ya da dönme davasının neticesinde sağlanabileceği görüşündedir.⁹¹⁹ Bu çerçevede, Yargıtay uygulamasına göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini birden fazla iş sahibinin imzaladığı durumlarda, sözleşmeden dönülmesi de hiç şüphesiz önemli tasarruflardan olduğundan, oybirliği ile daha öncesinde aksi yönde herhangi bir karar alınmamış olması durumunda, tüm arsa sahiplerinin oybirliği karar almaları ya da alınan karara onay vermelerinin sağlanması suretiyle tüm arsa sahiplerinin iradesinin sözleşmeden dönülmesi hususunda birleşmiş olması gereklidir.⁹²⁰

Daha önce yine bu dönme hususundaki yetkileri, arsa payı sözleşmesi, vekalet ve sair geçerli bir biçimde, belirli bir kimseye ya da kimselere devretmiş olmaları durumunda bu hakkın o devredilen kimseler tarafından kullanılabilmesi de mümkündür.

Yargıtay uygulamasına göre, sözleşmeden dönmeye ilişkin davada tüm arsa sahiplerinin, davacı ya da davalı olarak yer almaları zorunludur. Bu zorunluluk kamu düzeninden kabul edilip, mahkeme hakimi tarafından re’sen gözetilmektedir. Sözleşmeden dönülmesine ilişkin dava, arsa sahiplerinden biri ya da bir kısmı tarafından açılmışsa mahkeme hakimi önce davacı iş sahibi ya da sahiplerine, dava

⁹¹⁹ “Fesih işlemi, MK’nın 692. maddesi uyarınca tüm paydaşların muvafakatini (onayını) gerektiren tasarruflardandır. Bu sebeple arsa sahipleri yönünden sözleşmenin feshi, paydaşların tamamının katılımı ya da onayı ile mümkündür. Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri tapuda mülkiyeti nakil borcu doğurduğundan sözleşmenin feshi ancak tarafların fesih konusunda iradelerinin birleşmesiyle (rızaî fesih) ya da mahkeme kararı ile mümkündür” 15. HD. 15.2.2012 T. 2011/2775 E. 2012/830 K. (Kazancı Bilişim)

⁹²⁰ Kostakoğlu, a.g.e., s. 170; “TMK’nun 692. maddesi hükmü gereğince, tüm paydaşların birlikte dava açması ya da açılan davaya onay vermeleri, ayrı ayrı davalar açılmış ise 6100 Sayılı HMK’nun 166. maddesi hükmü gereğince davaların birleştirilerek görülmesi zorunludur.” 15. HD. 14.3.2013 T., 2012/7767 E. 2013/1748 K. (Kazancı Bilişim)

dışı arsa sahiplerinin davaya katılmalarını ya da muvafakatlerini sağlamak üzere makul süre verecektir.⁹²¹

Davacı iş sahibi, dava dışı arsa sahiplerinden biri ya da bir kısmının davaya muvafakatini kendilerine verilen makul sürede sağlayamaması durumunda, mahkeme hakimi söz konusu dava dışı ve davaya muvafakat vermeyen arsa sahiplerinin davalı olarak yer aldığı aynı mahiyette bir dava açması için, takdir edeceği yeterli ve makul bir süre verecek; dava açılması durumunda mevcut dava ile birleştirilerek taraf teşkilini sağlayacak ya da yasal ihtarı havi kesin süreye rağmen davacı iş sahibi, taraf teşkilini sağlayamamasına ilişkin geçerli bir mazeret ileri sürüp ispatlayamazsa mevcut davayı aktif husumet yokluğu nedeniyle usulden reddedecektir.⁹²²

Arsa sahiplerinin tamamı ya da bir kısmının, söz konusu arsada elbirliği halinde malik olmaları durumunda, davada taraf olmayan bu mirasçılara yine muvafakatlerinin alınması için süre verilmesi bu mümkün olmazsa, terekeye temsilci atanması ya da muvafakat etmeyen mirasçılara karşı da dava açılarak, mevcut davaya birleştirilmesi suretiyle taraf teşkilinin sağlanması gereklidir.⁹²³ Yargıtay, muvafakat

⁹²¹ “TMK.nun 692. maddesi hükmünce müşterek mülkün esası ile ilgili aynı bir hak tesisinde veya değiştirilmesinde bütün hissedarların muvafakatları şart olup, bu tür bir sözleşmeden dönülmesinde de aynı ittifak aranacağından öncelikle dava konusu yerlerle ilgili sözleşmelerin tarafı olan diğer arsa sahiplerinin tapu paydaşlarının davaya katılımının sağlanması veya açılan davaya muvafakatlarının alınması için mahkemece davacı yanca süre verilmesi eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.” 15. HD. 09.03.2005 T., 2005/331 E. 2005/1343 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹²² Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 170; “Anılan Yasa hükmüne uygun şekilde yapılan sözleşmenin feshi ya da iptali davası da “olağanüstü tasarruf” niteliğinde olduğundan, tüm paydaşların birlikte dava açması veya açılan davaya onay vermesi, vermedikleri durumda davada taraf olmalarının sağlanması zorunludur. ...Türk Medeni Kanununun 692. maddesi uyarınca, tapuda pay sahibi olan tüm paydaşların davada taraf olmaları zorunludur. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece re’sen gözetilmesi gerekir....Medeni Kanununun 692/1. maddesine göre davaya muvafakatlerini sağlamak, bu mümkün olmadığı takdirde adı geçenler hakkında bu dava ile birleştirilmek üzere dava açmak için davacıya süre verilip, bu davanın tarafı olmalarını temin etmek, bu şekilde taraf teşkili yapıldıktan sonra işin esasını incelemekten ibarettir.” 15. HD. 06.04.2011 T., 2010/1063 E. 2011/2100 K. Bkz. Kırmızı, **a.g.e.**, s. 1002-1003.

⁹²³ “Davacılar davada taraf olmayan mirasçılarının muvafakatlarını sağlayamadığından terekeye mümessil tayini için dava açtıklarını bu davanın sonucunun beklenmesini talep etmişlerdir. Bu durumda mahkemece davaya muvafakat etmediği anlaşılan dava dışı mirasçılarla ilgili miras şirketine yasal temsilci atanması konusunda Şişli 6. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2011/30 Esas sayılı dava sonucu beklenerek ya da muvafakat vermeyen mirasçılar hakkında eldeki davayla birleştirilmek üzere dava açmaları için davacılar süreye verilip açılıp birleştirildikten sonra bu şekilde taraf teşkili tamamlanıp işin esasının incelenip sonucuna uygun bir karar verilmesi yerine yanlış değerlendirme sonucu dava şartı yokluğundan davanın reddi doğru olmamış” 15. HD. 18.10.2011 T., 2011/5858 E. 2011/5999 K. (**Kazancı Bilişim**)

verildikten sonra, tek başına yapılan davadan vazgeçme işleminin geçerli olmadığına ve muvafakatin geri alındığı anlamına gelmediğine karar vermiştir.⁹²⁴

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca avans olarak yükleniciye temlik edildiği anlaşılan arsa payları üzerinde mevcut haciz, tedbir ve sair takyidatların tapu sicilinden terkinine karar verilebilmesi için, bu takyidatların hak sahiplerinin de davada taraf olarak gösterilmeleri gereklidir.⁹²⁵

4.DÖNMENİN SÖZLEŞMEYE OLAN ETKİSİ

Dönmenin yenilik doğuran bir hak olduğu hususu tartışmasız kabul edilirken dönme iradesinin sözleşmeyi nasıl etkilediği hususunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.⁹²⁶

4.1.Klasik Dönme Teorisi

Klasik dönme görüşüne göre, dönme hakkının kullanılması ile sözleşme kurulduğu andan itibaren sanki hiç yapılmamış gibi geriye etkili olarak sadece borçlandırıcı işlem yönünden ortadan kalkar.⁹²⁷ Yapılan tasarruf işlemi geçerliliğini sürdürür, henüz ifa edilmemiş tüm edim yükümlülükleri sona erer, daha önce ifa edilmiş olan edimler bir aynı hakka ilişkin olsalar bile sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir.⁹²⁸ Keza, bu teoriye göre, tarafların sözleşmeye uygun olarak ifa ettikleri edimlerinin, sözleşmeden dönülmesinden sonra iadesi

⁹²⁴ “Öte yandan zorunlu dava arkadaşlığında birlikte dava açan şeriklerden birinin tasarruf işlemleri birlikte yapma zorunluluğu nedeniyle tek başına davasından vazgeçmiş olması geçersiz olduğu gibi davaya muvafakatın geri alınması niteliğinde kabul edilemez.” 15. HD. 18.10.2011 T., 2011/5858 E. 2011/5999 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹²⁵ “dava dilekçesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye avans niteliğinde verilen ve yüklenici tarafından diğer davalılara devir edilen arsa paylarının tapusunun iptali ile tescilinin yanı sıra tapu kayıtları üzerine konulan haciz, tedbir, ipotek ve her türlü takyidatın da kaldırılmasını istemiş, mahkemece anılan istemin kabulüne karar verilmiştir. Mahkemece tapu kayıtları üzerinde yüklenici veya davalıların borcu sebebiyle konulmuş olan tüm takyidatların kaldırılmasına karar verilmiş ise de lehine takyidatları kaldırılan bir kısım lehtarların işbu davada taraf olarak gösterilmedikleri anlaşılmış olup, adı geçenlerin aleyhine karar verilmiş olması nedeni ile, bu lehtarların tümünün işbu davada hasım olarak gösterilmesi zorunlu olup, bu husus gözetilmeksizin ve taraf teşkili usulünce sağlanmadan yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.” 23. HD. 07.03.2017 T., 2016/8636 E. 2017/700 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹²⁶ Öz, **Dönme**, s. 34.

⁹²⁷ Öz, **Dönme**, s. 34; Çetintepe, **a.g.e.**, s. 114.

⁹²⁸ Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 867; Kemalettin Birsen, **Borçlar Hukuku**, C. II, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 1948, s. 504, N. 621; Buz, **Dönme**, s. 118-119.

talebinin, talep eden tarafa ayni değil şahsi bir hak vereceği kabul edilir.⁹²⁹ Taşınmaz mülkiyeti veya mülkiyet payı gibi ayni hakların devrinin Türk Hukuk sisteminde sebebe bağlı olması karşısında, geçmişe etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırdığı kabul edilen dönme halinde sadece borçlanma işleminin geçersiz olduğunun, tasarruf işlemlerinin geçerliliğin kabul edilmesi öğretide eleştirilmiştir.⁹³⁰ Teoriye göre zamanaşımı süresi edimlerin iadesine ilişkin hukuki zemin sebepsiz zenginleşme olduğu için TBK. m. 82 gereğince iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilir.⁹³¹

4.2.Yasal Borç İlişkisi Teorisi

Bu görüş taraftarı müelliflere göre, tam iki taraflı sözleşmelerde sözleşmeden dönülmesi ile ortaya çıkan tarafların iade borcu, gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme borcu olmayıp, TBK.m.125/III'te yer alan *“daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler”* hükmüne dayalı olarak dönme halinde ortaya çıkan yasal bir borç ilişkisine dayanmaktadır.⁹³² Dönme sonrası iade talepleri doğrudan doğruya TBK.m.125'e dayanır.⁹³³ Ama yine de iadenin kapsamı ve masraflara ilişkin talepler kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağı için⁹³⁴ sağladığı tek pratik yarar sebepsiz zenginleşenin tabi olduğu kısa zamanaşımı süresi yerine TBK.m.146 gereğince aksine bir düzenleme olmadığı için on yıllık zamanaşımı süresine bağlı olmasıdır. ⁹³⁵ TBK.m.125'in gerekçesinde *“borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen alacaklının uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği belirtilmektedir. Burada, alacaklının giderilmesini isteyebileceği zarar, olumsuz zarar, yani sözleşme yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğu zarardan ibarettir”* ifadesi yer almaktadır.⁹³⁶

⁹²⁹ Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 867; Kurt, **Temerrüt**, s. 292.

⁹³⁰ Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 867; Buz, **Dönme**, 119.

⁹³¹ Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 867, dn. 108; Kurt, **Temerrüt**, s. 292.

⁹³² Öz, **Dönme**, s. 36; Kurt, **Temerrüt**, s. 293; Çetintepe, **a.g.e.**, s. 115.

⁹³³ Kurt, **Temerrüt**, s. 293.

⁹³⁴ M. Turgut Öz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa bir Karşılaştırılmalı Eleştirisi (Yeni Dönme)**, MHAD, 1986, Yıl 13, N.16, s. 135, dn. 5.

⁹³⁵ Öz, **Dönme**, s. 36; Kurt, **Temerrüt**, s. 293.

⁹³⁶ İşbu görüş taraftarı müelliflerin bazıları, 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında, sözleşmeden dönme halinde olumlu zararın tazminini talep edilebileceğini belirtmişlerdir. Bkz. Öz, **Dönme**, s. 36; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 962.

4.3.Ayni Etkili Dönme Teorisi

Doktrinde istihkak teorisi olarak da adlandırılan bu teoriyi savunanlar, klasik dönme görüşünde olduğu gibi sözleşmenin geriye etkili olarak nihayetleneceğini kabul etmekle birlikte, ondan farklı olarak dönmenin borçlandırıcı işlemlerle birlikte dönülen sözleşmenin ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemlerini de geçersiz kıldığı ve dolayısıyla dönmenin aynı bir etkiye sahip olduğu kanaatindedir.⁹³⁷ Keza, taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemi nedene bağlı olduğu için ve borçlandırıcı işlemin ortadan kalkması ile geçerli nedeni kalmayan tapudaki yolsuz tescilin düzeltilmesi gerekmektedir.⁹³⁸

Yargıtay'ın uzun zamandır yerleşik içtihadı bu doğrultudadır. İleride açıklayacağımız üzere, Yargıtay bu sayede, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye verilen arsa paylarını ondan devralan üçüncü kişilerin, sözleşmeden dönme üzerine, iyi niyet savunması yapmalarına da izin verilmeksizin, mutlak suretle iş sahibi adına tescil edilmesine katlanacakları sonucuna varmaktadır.

Dönme ile taraflar dönülen sözleşmede öngörülen hem henüz ifa edilmemiş hem de ifa edilmiş tüm ifa yükümlülükleri geçmişe etkili olarak sona erdiğine göre ve dönmeden önce ifa edilmiş edimler ilk önce istihkak, daha sonra ise istihkak davasına engel olan bir durumun varlığı halinde ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri talep edilecektir.⁹³⁹ İstihkak ve tapu iptal davası mülkiyete dayalı olarak açıldığı için herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değilken, sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemler TBK.m.82 gereğince iki yıllık zamanaşımına ve edimden elde edilen menfaatler ve yapılan masraflar ise TMK.m.993 ve maddelerinde düzenlenen haksız zilyedin iade borcu hükümlerine tabi olacaktır.⁹⁴⁰

4.4.Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi

Yeni dönme kuramına göre dönme, borç ilişkisini ne geçmişe ne de ileriye etkili olarak ortadan kaldırmaz, sözleşmenin geçerliliği devam ederken sözleşme ilişkisi tasfiye ilişkisi haline dönüşerek devam eder ve bu kabul edilen hali ile

⁹³⁷ Buz, **Dönme**, s. 121; Çetintepe, **a.g.e.**, s. 115-116.

⁹³⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 292.

⁹³⁹ Buz, **Dönme**, s. 121-122; Kurt, **Temerrüt**, s. 293-294.

⁹⁴⁰ Kurt, **Temerrüt**, s. 294.

değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanımı söz konusu olur.⁹⁴¹ Yani dönülen sözleşmedeki taraf edimlerinin yerini, sözleşme gereğince ifa edilen edimleri geri verme borcu alır.⁹⁴² Bu teoriye göre, geri verme borcu, sözleşmeden kaynaklanan akdi bir borçtur.⁹⁴³ Yeni dönme kuramına göre dönme, dönülen sözleşme gereğince taraflarca ifa edilmesi gereken ancak henüz ifa edilmemiş edimler için taraflara ifadan kaçınmalarını sağlayan bir defî imkanı sağlarken⁹⁴⁴, ifa edilen edimler ise yine akdi iade borcu haline dönüştürmektedir.⁹⁴⁵

Dönme ile sözleşme hükümleri değişerek geçerliliklerini devam ettirdiklerine ve akdi iade yükümlülüğü doğduğuna göre, iadeye ilişkin sebepsiz zenginleşme ya da özel hükümlere dayanmaya ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁴⁶ ve dönülen sözleşmeye dayalı olarak yapılan tasarruf işlemleri ve aynı kazanımlar geçerli kabul edilecektir.⁹⁴⁷ Bu durumda, kazanılan aynı hakların tasarruf işleminin soyut ya da sebebe bağlı olmasının bir önemi kalmamakta, dönme ile söz konusu aynı hakları eski sahibine iade borcu yükümlülüğü doğmaktadır.⁹⁴⁸ Dönme ile ortaya çıkan sözleşmeden kaynaklanan iade borcu yine aynı değil, şahsi bir hak tanımaktadır.⁹⁴⁹

Sözleşmeden dönülmesi ile sözleşme konusu taşınmaz devredene kendiliğinden dönmeyecek ancak devralan tarafından iadenin gerçekleştirilmesi, taşınmazlarda tapuda ferağ verilmesi ile devralana dönecek, iradi olarak iade gerçekleşmezse tescile zorlama davası açılabilecektir.⁹⁵⁰ İade ve menfi zarar istemleri on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu ve giderler hususunda TBK.m.80 hükmünün uygulanacağı kabul edilmekte, elde edilen yararlar konusunda ise TBK.m.229'un kıyasen uygulanması önerilmektedir.⁹⁵¹

Bu teoriye göre dönme, sözleşmeden önceki durumun yeniden sağlanmasını dolaylı yoldan sağlayacak, dönülen sözleşme gereğince verilen aynı haklara ilişkin, bu

⁹⁴¹ Öz, **Dönme**, s. 37; Öz, **Yeni Dönme**, s. 134.

⁹⁴² Kurt, **Temerrüt**, s. 294.

⁹⁴³ Eren, **a.g.e.**, s. 1257, N. 3506.

⁹⁴⁴ Bazı müellifler, bu teoride, dönmenin henüz ifa edilmemiş edimleri geleceğe etkili olarak sona erdirdiği görüşündedirler. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1411, N. 3961.

⁹⁴⁵ Öz, **Dönme**, s. 39.

⁹⁴⁶ Öz, **Dönme**, s. 38; Öz, **Yeni Dönme**, s. 137.

⁹⁴⁷ Kurt, **Temerrüt**, s. 294.

⁹⁴⁸ Öz, **Yeni Dönme**, s. 136.

⁹⁴⁹ Kurt, **Temerrüt**, s. 295.

⁹⁵⁰ Kurt, **Temerrüt**, s. 295.

⁹⁵¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 295.

sefer tersine, devralan devreden lehine tasarruf işlemini yapacak ve bu işlemler tamamlandığında aynı haklar eski sahibine dönecektir.⁹⁵²

Bazı müellifler, sözleşmede öngörülen yan yükümlülüklerin ve teminatların dönmeden sonra da hukuken geçerliliklerini sürdürebilmelerinin tek yolunun dönüşüm teorisi olduğu kanaatindedir.⁹⁵³ Dönüşüm teorisi Viyana Satım Sözleşmesi'nde de kabul edilmiştir.⁹⁵⁴ İsviçre Federal Mahkemesi de son dönemde verdiği kararlarda dönüşüm teorisini kabul etmekte ve hem menfi zararın tazmini talebinde hem de iade talebinin on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmektedir.⁹⁵⁵ Bu görüşe göre, dönme halinde sözleşme ilişkisi devam ettiği kabul edildiğinde, dönmenin sonucu olarak menfi zararın tazmininin düzenlemiş olması ciddi bir çelişki olarak değerlendirilmiştir.⁹⁵⁶

5.ŞEKLİ

Tüm yenilik doğuran haklarda olduğu gibi, dönme ihbarında da, değiştirdiği, etkilediği ve sona erdirdiği sözleşme için, konumuzda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi bir şekil şartı öngörülmüş ise de dönme ihbarı herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.⁹⁵⁷ Dönme ihbarı, herhangi bir şarta ve süreye bağlı olarak kullanılamayacağı gibi yükleniciye varır varmaz netice doğurur ve bir defa kullanılmakla tükenir ve kural olarak dönme ihbarının geri alınması mümkün değildir.⁹⁵⁸ Yukarıda, iş sahibinin temerrüt nedeniyle yüklenicinin ediminden vazgeçerek müspet zararını talep etmesine ilişkin kısımda yenilik doğuran hakkın kullanılmasında değinilen hususlar burada yeniden tekrar edilmeyecektir.

Dönme ihbarı, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır, keza bu irade beyanı neticesinde ortaya çıkacak hukuki neticeler açıkça yasada düzenlenmiştir.⁹⁵⁹

⁹⁵² Öz, **Yeni Dönme**, s. 137.

⁹⁵³ Buz, **Dönme**, s. 125.

⁹⁵⁴ Buz, **Dönme**, s. 125.

⁹⁵⁵ Buz, **Dönme**, s. 128.

⁹⁵⁶ Öz, **Dönme**, s. 37.

⁹⁵⁷ Buz, **Yenilik**, s. 252.

⁹⁵⁸ Buz, **Yenilik**, s. 252.

⁹⁵⁹ Buz, **Dönme**, s. 71; Hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri işlem arasındaki farkın önemsizliği hususundaki görüş için Bkz. Buz, **Dönme**, s. 71.

*“Kural olarak şekle tabi olmayıp, yapılmadığı itirazı vaki olursa aksinin ispatı, niteliği gereği alacaklıdan beklenir.”*⁹⁶⁰

Tarafların dönme iradelerinin birleşmesi her zaman açıkça karşılıklı ihtarnameler şeklinde de olmasına gerek yoktur.⁹⁶¹ Yargıtay’ın, yüklenicinin dava açarak imalat bedelleri talep etmesinde olduğu gibi bazı taraf işlemlerini dönme ihbarı olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır.⁹⁶²

Her ne kadar dönme hakkının kullanılması herhangi bir şekil şartına bağlı değil ise de taraflar sözleşme ile dönme hakkının kullanılmasına ilişkin iradi şekil şartları öngörmeleri kural olarak geçerli ve tarafları bağlar nitelikte olup, dönme iradesinin bu şekil kuralına riayet edilerek kullanılması gereklidir.⁹⁶³ Ancak bu iradi şekil koşulu, sözleşmeden dönme hakkından feragat yasağı kapsamında ya da diğer sözleşmeden dönme hakkının her türlü kısıtlamadan ve formaliteden ari olarak kullanılabilmesinin zorunlu olduğu durumlarda geçersiz olacaktır.⁹⁶⁴ Ekonomik olarak üstün tarafça dayatılan ve özellikle dönme hakkının kullanılmasını zorlaştırmak ya da fiilen imkansızlaştırmak için öngörülen TMK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olarak dönme hakkının kullanımını düzenleyen sözleşme hükümleri de geçersiz olacaktır.⁹⁶⁵

⁹⁶⁰ Bkz. HGK. 10.3.2020 T., 2017/13-602 E. 2020/283 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁶¹ “Dosyada mevcut yazışmalardan, davalı yüklenici şirketin işe devam etmeyeceğine dair iradesi ile davacı iş sahibinin fesih arzusunun birleştiği ve akdin feshinde taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı açıktır.” 15. HD. 7.4.1997 T., 1997/248 E. 1997/1891 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁶² “Fesih iradesinin açık bir irade beyanı ile karşı tarafa bildirilmesi mümkün olduğu gibi, bu iradenin bir eylem biçimi ile de duyurulması mümkündür. Davacı yüklenici davada gerçekleştirdiği imalat bedelinin tahsilini talep etmiştir. Davacı imalat bedelini istediğinden bu talebi ile sözleşmeyi feshettiği de anlaşılmaktadır. Davalı arsa sahipleri de davadan sonra keşide ettikleri 11.11.1999 tarihli ihtar ile sözleşmeyi feshettiklerinden fesih konusunda taraf iradeleri birleşmiştir.” 15. HD. 19.12.2005 T., 2004/7707 E. 2005/6899 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁶³ Serozan, **Dönme**, s. 510.

⁹⁶⁴ Serozan, **Dönme**, s. 510-511.

⁹⁶⁵ Serozan, **Dönme**, s. 511.

6.BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

6.1.Fesihten Farkı

Fesih⁹⁶⁶, “*sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye doğru (exnunc) sona erdiren bir olumsuz (bozucu) yenilik doğuran bir hak ya da işlemdir.*”⁹⁶⁷ Gerçekten de dönme ile söz konusu sözleşme artık yeni borç doğurmayacağı gibi önceden doğmuş bulunan borçlar da geriye etkili (makale şamil) olarak ortadan kalkar⁹⁶⁸ ancak fesih ileriye etkili olup ifa edilmiş edimleri etkilemez⁹⁶⁹, fesihten sonra sadece yeni borç doğmaz.⁹⁷⁰ Fesihte de kira sözleşmesinin sona ermesinde depozitonun ve kiralanan yerin iadesinde olduğu bazı iade yükümlülükleri doğsa da bu tür iade yükümlülükleri dönme durumunda ortaya çıkan iade yükümlülüklerinden farklıdır.⁹⁷¹ Keza, bu iade yükümlülükleri yasada ya da sözleşme içerisinde düzenlenmiş olup, fesih ile sadece muaccel hale gelen ve fesih dışında, örneğin karşılıklı ifa halinde de doğan bir iade yükümlülüğüdür.⁹⁷²

Dönme, ani edimli sözleşme ilişkilerinde uygulama alanı bulurken, fesih sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olabilecektir.⁹⁷³ Ancak, sürekli borç ilişkilerinde de ifaya başlanılmamış olması halinde de dönmeye başvurulabilir.⁹⁷⁴ Yani fesih, kira, hizmet, adi ortaklık gibi sürekli borç ilişkilerinde ifaya başladıktan sonra tek taraflı irade açıklaması ile ancak ileriye etkili olarak sona erdirmektedir.⁹⁷⁵

Dönme, sadece karşılıklı tam iki taraflı borç doğuran sözleşmelerde söz konusu iken, fesih tüm sürekli sözleşmelerde kullanılabilir.⁹⁷⁶

⁹⁶⁶ Bazı müelleflerin fesih yerine “*sözleşmenin bozulması*” ifadesini tercih etmesi hakkında Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 966.

⁹⁶⁷ Serozan, **Dönme**, s. 121.

⁹⁶⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 627.

⁹⁶⁹ Buz, **Dönme**, s. 82.

⁹⁷⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 627.

⁹⁷¹ Buz, **Dönme**, s. 83.

⁹⁷² Buz, **Dönme**, s. 83.

⁹⁷³ Serozan, **Dönme**, s. 126.

⁹⁷⁴ Serozan, **Dönme**, s. 126; Bu durumun istisnası için örneğin, Bkz. TBK.m.304/I.

⁹⁷⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 965.

⁹⁷⁶ Serozan, **Dönme**, s. 126-127.

Dönme hakkı temerrüt halinde söz konusu iken, fesih, temerrüt dışındaki haklı sebeplere ve hatta yerine göre bu hakkı kullanan tarafın kişisel tercihlerine de dayanabilmesiyle dönmeden ayrılır.⁹⁷⁷ TBK.m.126’da sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin genel bir fesih düzenlemesi getirilmişti.⁹⁷⁸ Olağan fesih, konut ve çatılı işyerleri kiralarda olduğu gibi kanun koyucunun getirdiği bazı istisnai kısıtlamalar dışında, kural olarak belirli süreli ya da süresiz sözleşmelerde kişinin tümüyle bireysel tercihlerine göre kullanılabilirken, olağanüstü fesih hakkı ise kural olarak sözleşme ile kaldırılamayan, tarafın iradesinin yanında aynı zamanda haklı nedenin ya da bir ifa engelinin varlığına dayalı olarak kullanılabilen bir fesih türüdür.⁹⁷⁹

Kural olarak dönme hakkının kullanılabilmesi için temerrüt gibi dönmeyi haklı kılacak ölçüde sözleşmeyi tesir eden olağanüstü bir durumun varlığı gereklidir.⁹⁸⁰ Olağanüstü fesih ise çeşitli nedenlerin varlığı halinde artık taraflardan birinin ya da her ikisinin söz konusu sözleşmeyi sürdürmesinin beklenemeyeceği durumlarda söz konusu olur.⁹⁸¹ Ancak, temerrüt halinin varlığı halinde yasada öngörülen prosedüre uygun olarak sözleşmeden dönme hak ve imkanı kullanılabilirken, fesihte, temerrüt halinin dışında ilave bir koşul olarak, fesih hakkını kullanacak olan tarafın sözleşme ilişkisinin devamının artık kendisinden beklenilmeyecek olması aranır.⁹⁸²

Fesih, ileriye etkili olması nedeniyle, geçmişe etkili olan dönmeden ayrılır.⁹⁸³ Feshin ileriye etkili olduğu hususu genel olarak kabul görürken, dönmenin geçmişe

⁹⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 966; Serozan, **Dönme**, s. 121; “İki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflardan birinin tek taraflı olarak akti feshetme imkanı yoktur. Davacının davasına dayanak yaptığı satış vaadi sözleşmesi geçerlidir. Ortada usulünce gerçekleşmiş bir fesih de bulunmadığından, davacının tescil isteme hakkı vardır...Mahkemece; satış vaadine konu payları karşılayan kat irtifakı tapusundaki davalılara ait bağımsız bölümlerin, bakiye satış bedelinin 20.12.1992 tarihinden itibaren hesaplanacak faiziyle birlikte, ödemeyi kabul eden davacı yana depo ettirtilmek suretiyle, davacı adına tesciline karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” HGK. 08.12.2004 T., 2004 /14-610 E. 2004/656 K. (**Kazancı Bilişim**)

⁹⁷⁸ Halbuki, eski Borçlar Kanunu’nda bu tür genel bir hüküm bulunmadığı için kira sözleşmelerinde önemli sebebin varlığı olağanüstü feshinde olduğu gibi özel hükümlerdeki bazı maddelerdeki düzenlemelerden yola çıkarak bütün sürekli sözleşmelerin feshi için geçerli genel olağanüstü (haklı) feshin varlığı sonucuna ulaşılmaya çalışılmaktaydı. Bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 156; Öz, **Dönme**, s. 29, dn. 31.

⁹⁷⁹ Serozan, **Dönme**, s. 122.

⁹⁸⁰ Serozan, **Dönme**, s. 127.

⁹⁸¹ Öz, **Dönme**, s. 28-29.

⁹⁸² Öz, **Dönme**, s. 29.

⁹⁸³ Öz, **Dönme**, s. 29.

etkili olmasından ne anlaşıldığı hukukumuzda tartışmalıdır.⁹⁸⁴ Fesihte, tarafların akdi tazminat⁹⁸⁵ isteme imkanı olduğu kabul edilirken, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran dönme iradesini kullanan taraf kural olarak sadece menfi zararını talep edebilecektir.⁹⁸⁶

Olağan fesih halleri kural olarak süreli fesih şeklinde düzenlendiği halde, TBK.m.331’de olduğu gibi bazı istisnai haller dışında kural olarak olağanüstü fesih süreye bağlı değildir.⁹⁸⁷

Uygulamada söz konusu fesih ve dönme kavramları birbirine karıştırıldığından, irade beyanının lafzından ziyade kullanan tarafın iradesinin gerçekte ne yönde olduğunu tespit edilmelidir.⁹⁸⁸

Alacaklının, sözleşmeyi fesih hakkı ile TBK.m.125’te düzenlenen dönme hakkının her ikisinin şartlarının da aynı anda varlığı halinde, ikisi arasından dilediğini seçebilir keza her iki hakkın birbirinden tamamen bağımsız olduğu kabul edilmektedir.⁹⁸⁹

6.2.İptal Hakkından Farkı

İptal hakkı, daha sözleşme kurulurken mevcut bulunan yasada öngörülen irade fesadı ile geçersiz bir hukuki işlemi ya da yasada açıkça düzenlenen hallerde geçerli olarak doğmuş hukuksal ilişkiyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırma imkanı tanıyan ve muhataba ulaşması gerekli yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır.⁹⁹⁰ Borçlar Kanunu’muzda irade fesadı halleri (TBK.m.28) aşırı yararlanma, (TBK.m.30) yanılma, (TBK.m.36) aldatma ve (TBK.m.37) korkutma olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Borçlar Kanunu özel hükümler içerisinde de iptal hakkını düzenleyen hükümler

⁹⁸⁴ Öz, **Dönme**, s. 30, dn. 41.

⁹⁸⁵ “fesih halinde “olumlu zararın” (Positiveinteresse) yani ifaya olan çıkarın tazmini mümkün kabul edilmektedir. Gerçekten de, feshin sözleşme ilişkisinin o ana kadarki geçerliliğine dokunulmaması şeklindeki konstrüksiyon, sözleşmenin hüküm ifade ettiğine ilişkin güvenin boşa çıkması yüzünden uğranılan zarar demek olan olumsuz zararın tazminine izin vermez.” Bkz. Öz, **Dönme**, s. 29-30.

⁹⁸⁶ Serozan, **Dönme**, s. 127.

⁹⁸⁷ Öz, **Dönme**, s. 30, dn. 35-36.

⁹⁸⁸ Öz, **Dönme**, s. 31, dn. 42.

⁹⁸⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 967; Öz, **Dönme**, s. 29, dn. 32.

⁹⁹⁰ Buz, **Dönme**, s. 86.

mevcuttur.⁹⁹¹ Bu duruma TBK.m.281’de düzenlenen arttırmanın iptali, TVK.m.286/II’de düzenlenen bağışlamanın iptali, TBK.m.287’de düzenlenen bağışlananın yasal temsilcisinin onay vermemesi ile ortadan kalkma halleri örnek olarak verilebilir.⁹⁹²

İrade bozukluğuna bağlı hallerde, ilerideki açık ya da örtülü bir icazet ile düzelecek bir geçersizlik söz konusu iken, öngörülen sürede iptal hakkının kullanılmaması ile bu tip sözleşmeler geçmişe etkili olarak en başından geçerli hale gelir.⁹⁹³ İrade fesadına dayalı iptal hakkının kullanılabilmesi için en baştan itibaren sakatlık bulunması gerekirken, dönme hakkı, sözleşmenin kurulduğu esnada her türlü sakatlıktan ari sözleşmelerde kullanılabilir.⁹⁹⁴

Dönme sonrası, sözleşmenin tasfiyesi sözleşmeler hukukuna göre yapılırken, iptal de sebepsiz zenginleşme ya da haksız zilyetlik hükümlerine göre gerçekleşecektir.⁹⁹⁵ Dolayısıyla dönmede, sözleşme hükümlerine aykırılık nedeniyle tazmin sorumluluğu varken, iptalde borca aykırılık nedeniyle zararın giderimi talep edilemez.⁹⁹⁶ İptal hakkı her türlü hukuki işlemi sona erdiren bir yenilik doğuran bir hak iken, dönme hakkı yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulur.⁹⁹⁷ İptal hakkı sadece kanuni dayanağı olan hallerde söz konusu iken, dönme hakkı sözleşme ile de tanınabilecektir.⁹⁹⁸ İptal hakkının kullanılması ile sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kaldırılması neticesinde verilen şeylerin istihkak hükümlerine göre iadesinin istenebileceği belirtilirken, bir diğer geçmişe etkili yenilik doğuran hak olan dönmenin, aynı hakların devrini etkilemeyeceği ileri sürülmektedir.⁹⁹⁹

⁹⁹¹ Serozan, **Dönme**, s. 151; Buz, **Dönme**, s. 86, dn. 99; Ayrıca bkz. TBK. m. 615.

⁹⁹² Serozan, **Dönme**, s. 152.

⁹⁹³ Serozan, **Dönme**, s. 151.

⁹⁹⁴ Serozan, **Dönme**, s. 154; Buz, **Dönme**, s. 88.

⁹⁹⁵ Serozan, **Dönme**, s. 154.

⁹⁹⁶ Serozan, **Dönme**, s. 155.

⁹⁹⁷ Serozan, **Dönme**, s. 155; Buz, **Dönme**, s. 88.

⁹⁹⁸ Serozan, **Dönme**, s. 154; Buz, **Dönme**, s. 88.

⁹⁹⁹ Serozan, **Dönme**, s. 154; Buz, **Dönme**, s. 88-89; Bu iki farklı hukuki sonuca varılmasının eleştirisi için bkz. Buz, **Dönme**, s. 89.

6.3.Geri Alma Hakkı

Geri alma hakkının kullanılması, hak sahibinin daha önce bulunduğu bir irade açılmasının hukuki netice vermesine engel olunması olarak tanımlanabilir.¹⁰⁰⁰ Bağışlamanın geri alınması, vekaletin geri alınması ve sair çeşitli şekillerde geri alma hakkının bir çok görünümü karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁰¹ Örneğin, vekalet yetkisinin geri alınması ile görevi sona eren vekilin, yapmış olduğu masrafları talep edebilme hakkı, vekil olarak yaptığı işlemlere ve harcamalara ilişkin olarak bilgi verme, kalan masraf avansları iade etme ve vekillik görevinin ifası esnasında kusuruyla vekil edene verdiği zararları tazmin etme yükümlülüğü ve sair hususlar geri almadan sonra da devam etmektedir.¹⁰⁰² Görüldüğü üzere geri alma, fesihte olduğu gibi ne sözleşme ilişkisini bütünüyle sona erdirmekte ne de dönmede olduğu gibi geriye etkili olarak ortadan kaldırmaktadır.¹⁰⁰³

7.DÖNMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

Yüklenicinin kusurlu olup olmaması yüklenicinin temerrüdünün varlığını etkilemez. İş sahibi, yüklenici kusurlu olmasa dahi sözleşmeden dönebilir ve dönmeden önce ifa ettiklerinin iadesini talep edebilir.¹⁰⁰⁴

7.1.İfa Edilmemiş Edimlerin Sona Ermesi

TBK.m.125/III’ de açıkça düzenlendiği üzere, sözleşmeden dönülmesi ile “*taaraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur*”. Sözleşmeden dönülmesi ile iş sahibinin pay devretme yükümlülüğü ve yüklenicinin de sözleşmeye uygun eser meydana getirme yükümlülüğü sona erer.¹⁰⁰⁵ İş sahibi, sözleşmeden döndükten sonra artık yüklenicinin ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir.¹⁰⁰⁶ Dönülen sözleşmedeki

¹⁰⁰⁰ Buz, **Dönme**, s. 89.

¹⁰⁰¹ Serozan, **Dönme**, s. 139.

¹⁰⁰² Serozan, **Dönme**, s. 139.

¹⁰⁰³ Serozan, **Dönme**, s. 139.

¹⁰⁰⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 504; Öz, **Dönme**, s. 32.

¹⁰⁰⁵ Öz, **Dönme**, s. 32; Kurt, **Temerrüt**, s. 304.

¹⁰⁰⁶ Öz, **Dönme**, s. 33; Kurt, **Temerrüt**, s. 304.

borç ilişkisi son erdiğinden, artık ifa teklifini kabul etmeyen yan açısından alacaklı temerrüdü söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁰⁷

7.2.İfa Edilmiş Edimlerin İade Edilmesi

7.2.1.Mevcut Edimlerin İadesi

Sözleşmeden dönülmesi durumunda tarafların daha önce yerine getirdikleri edimler, diğer taraf nezdinde aynen bulunuyorsa, bu edimlerin aynen iadesinin gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰⁰⁸ Bu durumda, iade talebinin hukuki niteliği, talebin bağlı olduğu zamanaşımı, elde edilen semere ve yararların iadesi ile yapılan masrafların tazmini hususları önem kazanır.¹⁰⁰⁹

Tasarruf işlemi, bir hakka dolaysız olarak etki eden ve gerçekleştirilmesi ile bir hakkı tesis eden, devreden, kısıtlayan, değiştiren türde bir hukuki işlem olup, bunların aynı etki gösterenlerine aynı tasarruf işlemi denilmektedir.¹⁰¹⁰ Hukukumuzda aynı hakların devri, geçerli aynı tasarruf işlemleri ile mümkündür ve taşınmazlarda tapuda tescil ile süreç tamamlanır.¹⁰¹¹ Aynı tasarruf işlemleri ağırlıklı olarak akitlerin ifasında karşımıza çıkmakta olup, aynı hakkı devretme borcu yükleyen, onun hukuki sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlem yani sözleşmedir.¹⁰¹²

Tasarruf işleminin, borçlandırıcı işlem (sözleşmeden-hukuki sebepten) ve onun geçerliliğinden soyut ve bağımsız olarak hüküm ifade ettiği kabul edildiğinde, geçersiz hukuki işleme dayalı aynı tasarruf işlemi ile devredilenlerin iadesi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır.¹⁰¹³ Eğer tasarruf işleminin geçerliliği, borçlandırıcı işlemin (sözleşmenin-hukuki sebebini) geçerliliğine bağlı ise yani hukuki sebep geçersiz olduğunda tasarruf işlemi de geçersiz olacak, geçersiz bir tasarruf

¹⁰⁰⁷ Öz, **Dönme**, s. 33; Kurt, **Temerrüt**, s. 304, dn. 515.

¹⁰⁰⁸ Buz, **Dönme**, s. 165.

¹⁰⁰⁹ Buz, **Dönme**, s. 165.

¹⁰¹⁰ Öz, **Yeni Dönme**, s. 132.

¹⁰¹¹ Öz, **Yeni Dönme**, s. 132-133.

¹⁰¹² Öz, **Yeni Dönme**, s. 133.

¹⁰¹³ Öz, **Yeni Dönme**, s. 133.

işlemi ile bir hakkın kurulması ve devri söz konusu olmayacak ve edimler iade davasına konu olacaktır.¹⁰¹⁴

Bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK.m.97’de düzenlenen ödemezlik def’inin, sadece tam iki taraflı akitlerde değil, dönülen sözleşmelerin tasfiyesinde, karşılıklı iade yükümlülüklerinde de kullanılabileceği tabiidir.¹⁰¹⁵ Bu çerçevede halin icabından ya da dürüstlük kuralı gereğinden aksi anlaşılmadıkça karşılıklı iade yükümlülerine de tatbik edilebilmelidir.

Dönme neticesinde taraflar arasındaki sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta olup, yerine getirilmiş maddi edimlerin iadesi yükümlülüğünün hukuki dayanağına ilişkin, sebebe bağlılık ve soyutluk¹⁰¹⁶ olmak üzere iki ayrı görüş bulunmaktadır.¹⁰¹⁷ Hukukumuzda taşınmaz mülkiyetinde devrinde sebebe bağlılık ilkesi kabul görmektedir.

7.2.1.1.Hukuki Sebeple Bağlılık İlkesi

Sebebe bağlılık ilkesi, diğer adıyla “illet ilkesi” yapılacak tasarruf işleminin geçerli bir hukuki nedene dayanma zorunluluğunu ifade eder.¹⁰¹⁸ TMK. m. 1024 “*bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur*” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu çerçevede, hukukumuzda taşınmaz mülkiyetinin geçişi için açıkça hukuki sebebe bağlılık ilkesinin kabul edildiği söylenebilir.¹⁰¹⁹ Geçerli bir hukuki nedene dayanmayan ya da dayandığı sebep geçerli olmayan tescil sadece şekli hukuk bakımından bir anlam ifade

¹⁰¹⁴ Öz, **Yeni Dönme**, s. 133.

¹⁰¹⁵ Öz, **Dönme**, s. 255-256.

¹⁰¹⁶ Soyutluk görüşüne göre, sözleşmeden dönülmesi ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarken, borçlandırıcı işlemdeki sakatlık dönülen sözleşme gereğince yapılan tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyecek, dönülen sözleşme gereğince diğer tarafa, ifa çerçevesinde verilen malların iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine talep edilebilecek ve bu talepler TBK.m.82 gereğince 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Bkz. Buz, **Dönme**, s. 166.

¹⁰¹⁷ Buz, **Dönme**, s. 165.

¹⁰¹⁸ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Eşya Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta, 2018, s. 357.

¹⁰¹⁹ “*Türk hukuk sisteminde tapu kayıtlarının oluşumunda “illilik”, diğer bir anlatımla “hukuki sebebe bağlılık” prensibi esas alınmış olup, bu prensip uyarınca tescilin geçerli ve haklı bir sebebe dayanması zorunluluğu bulunmaktadır. TMK’nın 1024. maddesi bu tescili yolsuz tescil olarak ifade eder (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 28.11.2019 tarih ve 2019/2-318 esas, 2019/1238 karar sayılı ilamı).*” 15. HD. 1.6.2020 T., 2020/550 E. 2020/1133 K. (**Kazancı Bilişim**)

edebilir.¹⁰²⁰ “Yasa maddesindeki bu tanımdan anlaşılacağı gibi gerçek hak durumuna uymayan tescil, yolsuz tescildir... Bu yolsuz tescil durumu, tescilin kurucu unsurlarından biri veya birkaçının eksik olması nedeniyle başlangıçtan itibaren söz konusu olabileceği gibi sakat bir terkin veya tadil yüzünden sonradan da oluşabilir.”¹⁰²¹ Geçerli bir hukuki sebebe dayanmadan gerçekleşmiş yolsuz tescil ile aynı hak kazanılamaz¹⁰²². Bu çerçevede TMK.m.1024/son “böyle bir tescil yüzünden aynî hakkı zedelenen kimse, tescilin yolsuz olduğunu iyiniyetli olmayan üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir” hükmü gereğince yolsuz tescil nedeniyle hakları etkilenen kimseler yolsuz tescile dayalı tapu kaydının iptalini talep edebileceklerdir.¹⁰²³

7.2.1.2.İyiniyetin Korunması

TMK.m.1025/II “iyiniyetli üçüncü kişilerin bu tescile dayanarak kazandıkları aynî haklar ve her türlü tazminat istemi saklıdır” hükmü gereğince iyiniyetli üçüncü şahısların hakları korunacaktır. İyiniyet, geçerli bir hukuki sebep olmadan mülkiyeti elde eden ve hukuken hak sahibi olmayan bir kimseden, hukuken geçerli bir biçimde taşınmazın mülkiyetinin devralınmasına imkanını sağlamaktadır. Peki, bu çerçevede hangi durumda üçüncü kişiler iyiniyetli sayılacak ve bu yasal korumadan istifade edebilecektir.

Her şeyden önce üçüncü şahsın, aynı hakkı, tapu sicilinde şeklen dahi olsa hak sahibi olarak tescil edilmiş olan kişiden devir almış olması gereklidir.¹⁰²⁴ Bu taktirde artık devreden kişinin tapu kaydının yolsuzluğu, ondan taşınmazı devir alan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecektir.¹⁰²⁵ İkinci olarak, taşınmazın tescilinin yolsuz olması, yani geçerli bir hukuki sebebe dayalı olarak devredilmemiş olması

¹⁰²⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 357.

¹⁰²¹ HGK. 29.4.2021 T., 2017/1-1215 E. 2021/548 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰²² Oğuzman/ Seliçi/Oktay Özdemir, **Eşya**, s. 297, N. 1077a.

¹⁰²³ “Tapu sicili ve tescile ilişkin tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında; tapuya tescil edilmiş bir kaydın iptali ancak yolsuz tescil halinde mümkün olabilir. Tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanmaması halinde, yolsuz tescil söz konusu olacak ve tapu kaydının iptali mümkün olabilecektir. Temlikten tescil davasında da, kayıt malikinin kazanımının geçerli bir hukuki sebebe dayanmaması halinde, bu tapu kaydının yolsuz tescile dayalı olarak iptali talep edilebilecektir.” 15. HD. 1.6.2020 T., 2020/550 E. 2020/1133 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰²⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 363.

¹⁰²⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 363.

gereklidir.¹⁰²⁶ Üçüncü olarak da, üçüncü şahsın kendi edinimi yani hukuki sebebi geçerli olmalıdır. Keza, kendisi geçerli bir hukuki sebebe dayanmadan taşınmazı devir alan kimsenin iyiniyet iddiası dinlenmeyecektir.¹⁰²⁷

Hiç şüphesiz tapu siciline güvenen kişinin iyiniyetli olması zorunlu olup, tapudaki yolsuz tescilin varlığını kendisine atfedilebilecek herhangi bir kusur söz konusu olmaksızın bilmemeli ve bilebilecek durumda olmamalıdır.¹⁰²⁸ Hiç kuşkusuz bu iyiniyetin tapu sicilinde işlemin yapıldığı esnada bulunması mecburi olup, tescil işleminden sonra işlemin yolsuz tescile dayandığının öğrenilmesi iyiniyetini izale etmeyecektir.¹⁰²⁹ İyiniyet asıl olup, bir tarafın iyiniyetli olmadığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat etmekle mükelleftir.¹⁰³⁰

7.2.1.3.Yargıtay’ın Görüşü

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ne şekilde sona erdirdiğinin (sözleşmenin ileriye etkili veyahut geriye etkili olarak) tespiti üçüncü kişinin hukuki durumunu doğrudan etkileyecektir.¹⁰³¹

Yargıtay, sözleşmeden dönmeyle sözleşme ilişkisinin geriye etkili olarak ortadan kalkacağını, borç ilişkisinin hiç kurulmamış gibi hüküm doğuracağını kabul etmekle birlikte, iade borcunun talep edilmesi noktasında özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynı etkili dönme teorisini, diğer sözleşmelerde ise klasik dönme görüşünü benimsediği görülmektedir.^{1032 1033}

¹⁰²⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 364.

¹⁰²⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 365.

¹⁰²⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 365.

¹⁰²⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 366.

¹⁰³⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 366.

¹⁰³¹ Gülay, Kahraman, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Durumu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 122.

¹⁰³² Kurt, **Temerrüt**, s. 296.

¹⁰³³ Yargıtay’ın sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıf yaptığı ancak on yıllık zamanaşımı süresini, dönmenin geçmişe etkili ve aynı etki doğurduğunu kabul ettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin kararları da vardır “*Yanlar arasındaki ilişki istisna sözleşmesinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi ile kurulmuştur. Bu tür sözleşmeler aynı akitten doğan ve biri öbürünün karşılığı bulunan borçları kapsar. Sözleşme uyarınca yüklenici inşaat yapacak, buna karşılık, arsa sahipleri de sözleşmesinde gösterilen seviyeler geldiğinde hakedilen arsa paylarını devredecektir... Bu durumda, sözleşme ilişkisinin tasfiye edilerek sonuçlandırılması gerekir. Tasfiyeden amaç; şayet yüklenicinin arsa sahiplerinin malvarlığına geçirdiği bir değer varsa bunun iadesinin sağlanması, (somut olayda yapılan inşaat bedeli) buna karşılık arsa sahipleri de yükleniciye bir kısım*

Yargıtay, iş sahibi tarafından yükleniciye yapılan arsa payı devirlerinin, avans niteliğinde olduğu ve sözleşmenin ortadan kalkması ile mülkiyetin arsa sahiplerine geri döneceğini belirtmektedir.

“Yüklenicinin sözleşme gereği bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi inşaatı kusursuz ve eksiksiz tamamlayıp teslim etmesine bağlıdır. Sözleşmeden sonra ve inşaat sürecinde yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu arsa payları talep halinde arsa sahiplerine geri döner. Yükleniciden devam eden inşaatın bağımsız bölüm arsa payını satın alanlar satın aldıkları bu bağımsız bölümlerin arsa payları ile tapularına ancak yüklenicinin iş sahibine karşı edimini ifa etmesi durumunda hak kazanabilirler. İnşaat halindeki bir binada arsa payı (bağımsız bölüm) (satın alanların) iyi niyetli oldukları kabul edilemez. 3. kişiler TMK'nın 1023. maddesinin korumasından yararlanamazlar. Tamamlanmamış inşaatın yükleniciden bağımsız bölüm satın alan bir kimsenin tapudaki gerçek malikin kim olduğu ve satanın edimini yerine getirmemesi durumunda sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazanamayacağını bilmemesi mümkün değildir.

Bu durumda davacı arsa sahipleri feshedilen kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereği yükleniciye veya onun talimatıyla 3. kişilere devrettikleri bağımsız bölümlerin tapu kayıtlarının iptal ve tescilini talep etmekte haklı olduklarından mahkemece dava konusu taşınmaza ait tapu kayıtlarının intikalleri ve devre ilişkin akit tablo suretleri ile birlikte tapudan celp edilip yükleniciden ya da yüklenicinin borcu sebebiyle icra satışından alan ve davada taraf olmayan kişiler hakkında bu dava ile birleştirilmek üzere dava açılması sağlanıp açılacak dava birleştirildikten sonra yükleniciden, yüklenicinin talimatıyla arsa sahiplerinden ve yüklenicinin borcu sebebiyle yapılan takip sonucu icra satışından bağımsız bölüm arsa payı satın alan davalılara yönelik tapu iptali ve tescil isteminin davacıların payları oranında kabul edilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu tapu iptali-tescil davasının reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”¹⁰³⁴

tapu devretmişlerse bunların saptanarak arsa sahiplerine geri verilmesinin teminidir. Zira, iş tasfiyeyle sonuçlanacağından bunlar karşı tarafın malvarlığında kaldığı sürece sebepsiz zenginleşmeye neden olur.” 15. HD. 06.11.2003 T., 2003/1884 E. 2003/5280 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁰³⁴ 15. HD. 17.6.2010 T., 2009/1989 E. 2010/3468 K. (Kazancı Bilişim)

7.2.1.4. Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü

Yargıtay'ın bu yerleşik uygulaması aleyhine mülkiyet hakkının ihlali gerekçesiyle yapılan müracaat neticesinde Faik TARİ ve Sultan TARİ Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/12321) üzerine Anayasa Mahkemesi, kamu gücü ile mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

“Gerçekten de başvuru sahiplerinin inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıkları tapu kaydından açıkça anlaşılmaktadır. Bu nitelikteki arsa paylarını satın alan başvuru sahipleri, yüklenicinin halefi olduklarından taşınmaz maliklerine karşı, düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin haklarına da sahip olmuşlar ancak yine bu sözleşme kapsamında yüklenicinin edimlerinden de sorumlu tutulmuşlardır.

54. Öte yandan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yükleniciye düşen arsa payını satın alan kişinin sonradan arsa malikinin menfaatlerini koruma amacıyla tapusunun iptalinin bu kişiye bir külfet yükleyeceği açıktır. Böyle bir durumda her iki tarafın menfaatlerini dengeleyecek mekanizmaların varlığı ve bu bağlamda tapusu iptal edilen kişiye tanınan imkânların ve giderim yollarının varlığı önem taşımaktadır. Başvuru konusu olayda, başvuru sahiplerinin borçlar hukuku kurallarına göre yükleniciye karşı dava açma ve zararlarını tazmin etme imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında ayrıca başvuru sahiplerinin arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri de görülmektedir (bkz. §§ 24-28)....

Ayrıca bireysel başvuruya konu yargılama süreci bir bütün olarak dikkate alındığında mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğü yönünden başvuru sahiplerinin usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağlandığı, kararlarda yer verilen tespit ve gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı sonucuna varılmıştır. Nihayet başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin etkin ve yeterli güvencelerin mevcut olduğu da anlaşılmaktadır. Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvuru sahiplerinin, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle yapılan

müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmıştır.”

7.2.1.5.Yargıtay Uygulaması Hakkındaki Görüşler

Yargıtay’ın bu görüşü doktrinde eleştirilmektedir. Öz, Yargıtay’ın bu tutumunu, yüklenicinin tasarruf yetkisinin bulunması anında, arsa payını devralan üçüncü kişilere, sözleşmeden dönen iş sahibi karşısında hiç şans vermediği, her durumda üçüncü kişiyi kötüniyetli saymanın hakkaniyetle bağdaşmayacağı, üçüncü kişilerin menfaatlerinin feda edildiği, esasında burada yüklenici seçimini yapanın ve risk alanın arsa sahibi olduğu dolayısıyla iyiniyetli üçüncü kişilerin en az arsa sahibi kadar menfaatlerinin korunması gerektiği gerekçeleriyle eleştirmiştir. Öz’e göre burada menfaat dengesi sağlanabilmeli, üçüncü şahsın, yüklenicinin temerrüde düşeceğini ve iş sahibinin sözleşmeden döneceğini bilebilecek bir durumdayken arsa payını devraldığının yani iyiniyetli olmadığına ispatı halinde kazanımları TMK.m.1023 bağlamında korunmamalıdır.¹⁰³⁵

Özmen, gerek Yargıtay kararını gerekse aşağıda bahsedeceğimiz ve Yargıtay kararı doğrultusundaki Anayasa Mahkemesi kararını açıkça eleştirmiş,¹⁰³⁶ arsa payı devrinin avans olarak nitelendirilemeyeceğini¹⁰³⁷, tescilin bozulma koşula bağlı olarak yapılamayacağını¹⁰³⁸ belirterek, üçüncü kişilerin “*mutlak kötüniyet karinesi yaratılarak*” iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının haleldar edilmesine karşı çıkmıştır. Keza, bu şekilde tapu siciline güven ilkesiyle kazanım elde eden üçüncü şahısların, iş sahiplerinin ileride sözleşmenin geriye etkili nihayetlenebileceğini bilmek zorunda bırakılacağını, bunun doğru olmadığını ve üçüncü şahısların bu şekilde mağduriyetine sebebiyet verildiğini belirtmiştir.¹⁰³⁹

Kırca, Yargıtay’ın bu görüşünün üçüncü şahsın niyetinin ne olduğuna bakılmaksızın her ahvalde iyiniyetli kabul edilemeyeceğini varsaydığını, tapuya güven

¹⁰³⁵ Turgut, Öz, **Yargıtay’ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi**, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 2, S. 100, 2008, s. 11.

¹⁰³⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Saba Özmen, **2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurularına İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi**, İstanbul, TBB Dergisi, 2018-135. s. 491 vd.

¹⁰³⁷ Özmen, **a.g.m.**, s. 502

¹⁰³⁸ Özmen, **a.g.m.**, s. 506.

¹⁰³⁹ Özmen, **a.g.m.**, s. 515.

ilkesinin zedeleneyeceğini, üçüncü kişinin, söz konusu tescilin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklandığını ve bu husustaki belgeleri inceleme zorunluluğunun bulunmadığı, tapuyu alma anında yüklenicinin tasarruf yetkisinin bulunduğu, üçüncü şahsın iyiniyeti ispatlamanın kötünietli ispatlamaya nazaran daha zor olduğu gerekçeleriyle, üçüncü şahsın iyiniyetli olmadığı ispatlanmadıkça, TMK.m.1023 bağlamında iyiniyetin korunması gerektiğini savunmuştur.¹⁰⁴⁰

Coşkun ise, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinin genellikle yüklenicinin iflasının, borca batık olmasının söz konusu olduğu durumlarda gerçekleştiği, bu durumda iyiniyetli üçüncü kişinin, bu haldeki yükleniciden zararını tazmin etmesinin beklenemeyeceği dolayısıyla aynı hakkının korunması gerektiğini, yüklenici seçiminde makul özeni göstermeyen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin imzası esnasında gerekli ve yeterli teminatı almayan, sözleşme hükümleri gereğince yükleniciye arsa payını devredeceğini bilen veya bilmesi gereken iş sahibinin kendi kusurlarının neticesine katlanması gerektiği kanaatindedir.¹⁰⁴¹

Kahraman ise, arsa sahibinin yükleniciye devrettiği arsa paylarını, avans olarak kabul etmesinin, *“tescilin bozucu koşula bağlanamama ilkesi”* ile çeliştiği, yükleniciden arsa payı alan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmaması hususlarının ve tarafların iradelerinin detaylıca araştırılması gerektiği, arsa sahibi kadar üçüncü kişilerin de tapuya güvenlerinin korunması gerektiğini savunmuştur.^{1042 1043}

Sertler, Yargıtay’ın bu kararının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin belgeleri ve durumları bilmeyen, bilmesi de mümkün olmayan üçüncü şahısların aleyhine sonuç doğuracağını, tüm riski üçüncü şahsın üzerine bırakılmaması gerektiğini ve sorunun çözümü noktasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilerek üçüncü şahsın iyiniyetinin ortadan kaldırılabileceğini savunmuştur.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴⁰ Çiğdem, Kırca, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi**, 22. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2007, s. 89 vd. Aynı görüşte Onur, Altınkan, **Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesinin Taraflarının Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 291.

¹⁰⁴¹ Gürkan, Coşkun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Durumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s.150.

¹⁰⁴² Kahraman, **a.g.e.**, s. 111-113.

¹⁰⁴³ Aynı görüşte Enli, **a.g.e.**, s. 183-184.

¹⁰⁴⁴ Dilek, Sertler, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2021, s. 93.

Kostakoğlu, yükleniciden arsa payı alan üçüncü şahsın, söz konusu yapının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayandığını ve yüklenicinin borcunu ifa etmesi halinde hak sahibi olabileceğini bilmiş sayılacağını, üçüncü kişilerin bu hususu bilerek hareket ettiklerini ve TMK.m.1023 bağlamında iyiniyetlerinin korunmayacağını, yüklenicinin hak sahibi olmadığı arsa paylarını satın alanın sonuçlarına katlanması gerektiği gerekçeleriyle karara katılmıştır.¹⁰⁴⁵

Selimoğlu, üçüncü kişinin TMK.m.1023 maddesi gereğince iyiniyet savunması yapamayacağını, orta zekalı bir kişinin, yapının inşasının tamamlanmaması halinde iade borcu altına gireceğini bilmesi gerektiğini¹⁰⁴⁶ ileri sürerek uygulamanın doğru olduğunu belirtmiştir.

Cerit, inşası tamamlanan yapı ile ilerde inşası tamamlanması beklenen yapı arasında ciddi ekonomik farkların olduğu, yüklenicinin yüklendiği borcu yerine getirmek ve kendisine finansal kaynak sağlamak adına satış yaptığı ve dolayısıyla üçüncü kişinin, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmeme riskine katlandığı, bundan doğan zararını sair yollarla tazmin edebileceği gerekçeleri ile Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne katılmıştır.¹⁰⁴⁷

7.2.1.6.Kanaatimiz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi durumunda, sözleşme gereğince yükleniciye devredilen bağımsız bölüm ya da arsa paylarının, yüklenicinin sözleşme gereğince kendisine devredilen ve halen üzerinde olan bağımsız bölümleri iade etme yükümlülüğünün bulunduğu, gerektiğinde bunun iş sahibinin yükleniciye açacağı tapu iptal ve tescil davası ile sağlanabileceği açıktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi tarafından yükleniciye yapılan arsa payı ya da bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin devirlerinin, yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak inşaatı tamamlayıp teslim etmesi karşılığı olduğu hususunda da hiçbir tartışma yoktur.

¹⁰⁴⁵ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1142. Aynı görüşte Avcı, A., **a.g.e.**, s. 319.

¹⁰⁴⁶ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 444. Aynı görüşte Avcı, A., **a.g.e.**, s. 319.

¹⁰⁴⁷ Ali İbrahim Cerit, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Dönme Hakkını Kullanması Halinde Üçüncü Kişinin Durumu**, İstanbul, Platon Hukuk Yayınları, 2022, s. 163-164.

Yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü şahsa karşı, iş sahibinin açacağı davanın kabulü için TMK.m.1023 gereğince yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü şahsın iyiniyetli olmadığının ispatlanması gerektiği açıktır. Kişinin iyiniyetinin asıl olduğu, bunun aksinin iddia eden tarafça yani iş sahibince ispatlanması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapuya şerh edildiği ya da taşınmaz üzerinde iş sahibi lehine bir üst sınır ipoteğinin bulunduğu gibi tapu kaydından durumun anlaşılabilirdiği hallerde üçüncü şahsın iyiniyetinden bahsedilemeyecektir. Elbette ki, yüklenici bağımsız bölüm mülkiyetlerini tüzel kişilerde şirketin yöneticisine, ortağına, çalışanına ya da bu kişilerin aile fertlerine ya da gerçek kişi yüklenicinin akrabalarına ya da çalışanlarına devretmişse ya da inşaat halen sürerken üçüncü kişiler taşınmazı devir almasında olduğu gibi belirli olguların varlığı da dikkate alınarak her somut olayın özelliklerine göre karar verilmelidir.

Ancak Yargıtay'ın, alacağın temlik hükümlerine göre devrin yapıldığı, devrin aslında avans olduğu bu çerçevede alacağın temlik hükümlerine göre yükleniciye karşı ileri sürülebilecek her türlü itiraz, def'i ve hakkın süre ve devir sayısına bakılmaksızın doğrudan taşınmaz devralan tüm üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği, bu kişilerin iyiniyetli sayılamayacakları ve TMK.m.1023 sağladığı korumadan faydalanamayacakları şeklindeki aksi ispatlanamaz bir karine oluşturmasının, hiçbir hukuki ve haklı temeli bulunmadığı açıktır.

Herkesin kural olarak iyiniyetli sayılması ve aksinin iş sahibince ispatı gerektiği halde, kendisinin iyiniyet savunması yapma hakkı elinden alınan üçüncü şahsın, üçüncü şahsın yasal haklarını kullandığı ve gerektiğinde yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşme davası açılabileceği şeklindeki her şeyden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasamız ile garanti altına alınan mülkiyet hakkının açık ihlali mahiyetindeki Anayasa Mahkemesi kararının kabulü mümkün değildir.

Eser sözleşmelerinde ücret kural olarak teslim anında ödenecek ancak taraflar sözleşme ile bu hususu diledikleri gibi değiştirebileceklerdir. İş sahibi, kesin teslim şartına bağlı bir sözleşme yaparak, inşaatın tamamlanan inşaatın tesliminde bağımsız bölüm mülkiyetlerini devir borcunu üstlenebileceği, hukuken kendini koruyan bir arsa

payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapabileceği de açıktır. Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicilerin finansman ihtiyacının, sözleşme ile yükleniciye düşecek bağımsız bölüm bölümlerin iş sahibinden devir alındıktan sonra, üçüncü şahıslara satışı ile karşılandığı herkesin malumudur. İş sahibi, kesin teslim şartı ile sözleşme yapmak istese ya yüklenici bulmakta zorlanacak ya da yüklenici bulsa dahi kesin teslim şartı sözleşmeden sağlayacağı fayda daha düşük olacaktır. Kendi sermayesi ile inşaatı başından sonuna tamamlayan yüklenicinin, iş sahibinden talep edebileceği arsa payı hiç şüphesiz daha yüksek olacaktır. Yani iş sahibi, kesin teslim öncesi yükleniciye devir ve teslim yapmakla kendi hukuki durumu zayıflatmakla kalmamakta, bunun karşılığında ekonomik bir çıkar da elde etmektedir.

Yukarıda açıkladığımız üzere, kesin teslimden belirli bir çıkar sağlamak için vazgeçen ve yüklenicinin üçüncü şahıslara yapacağı satışlarla inşaatın finansmanını sağlayacağını bilen iş sahiplerini, iyiniyetli üçüncü şahıslardan daha fazla korumanın herhangi bir haklı gerekçesi imkanı bulunmamaktadır. Yargıtay'ın tesis ettiği sistem, iş sahiplerinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin riskini, çoğu durumdan ve hukuki konumundan habersiz iyiniyetli üçüncü şahısların üzerine bırakılmasının kabulü mümkün değildir.

Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü şahısların, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı ve dolayısıyla yükleniciden satın almış oldukları bağımsız bölümlerin hukuki durumunu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu şeklinde aksinin ispat edilmesi mümkün olmayan karineden vazgeçilmeli, genel hükümler çerçevesinde iyiniyetin varlığı her somut olayın özelliklerine göre belirlenmeli ve şartları varsa üçüncü şahısların TMK.m.1023 hükmü çerçevesinde mülkiyet haklarını korumalarının sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

7.2.2.İnşa Edilen Yapılarda İade

Dönülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, TMK.m.718'in “*arazi üzerindeki... bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar ..da girer*” hükmü gereğince sözleşme konusu arsaya yapılan yapıların mülkiyeti arsa sahiplerine ait olacaktır. TBK.m.125 gereğince sözleşmeden dönülmesi ile tüm taraflar aldıklarını iade etmeleri gerektiğinden, aynen iade edilmesi mümkün olmayan dönme tarihi itibarı ile mevcut taşınmaz imalatının, piyasa rayıçlarına göre belirlenecek “*edimin objektif değeri*” tutarında bir miktar paranın iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁴⁸ Bu edimin yüklenicinin kârını kapsamadığı kabul edilmektedir.¹⁰⁴⁹ Keza, zarar gören tarafı, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı bulunacağı duruma ulaştırmayı amaçlayan sözleşmeden dönme müessesinin ifaya bağlı bir çıkar olan kârı sağlamayacağı isabetli olarak belirtilmiştir.¹⁰⁵⁰ Dönülen sözleşmede, yüklenici tarafından imal edilen yapılarda yüklenicinin iade hakkı nasıl tespit edilecektir?

Her şeyden önce imalat ve inşaatın, imar mevzuatına, projesine ve ruhsatına uygun olması ya da en azından uygun hale getirilebilir vasıfta bulunması gereklidir. Ağır ayıplı, kaçak, imara, projesine ve ruhsatına aykırı imalatlar, iş sahibinin işine yaramaması nedeniyle kural olarak iade borcu doğurmaz. Keza, yıkımı gereken bir inşaatın ekonomik bir değer ifade ettiği söylenemeyecektir.¹⁰⁵¹ Eğer bu imalat ve inşaat, imara, projesine ve ruhsatına uygun hale gelirse ya da ağır ayıp düzeltilebiliyorsa daha doğrusu iş sahibinin işine yarar hale getirilebiliyorsa, bu yasal hale getirme ya da onarım masrafları düşülmek kaydı ile bu imalat masraflarının talep edilebilmesi mümkündür.¹⁰⁵² Eğer kaçak ya da ağır ayıplı yapıların mevzuata uygun hale getirilebilme ya da onarım imkanı bulunmuyorsa, bunların yıkılması, arsadan temizlenmesi ve arsadan uzaklaştırılması masraflarını iş sahibinin talep edebileceği ve

¹⁰⁴⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 309.

¹⁰⁴⁹ Kurt, **Temerrüt**, s. 312.

¹⁰⁵⁰ Kurt, **Temerrüt**, s. 309.

¹⁰⁵⁰ Kurt, **Temerrüt**, s. 313.

¹⁰⁵¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 309-310.

¹⁰⁵² “yapılan imalat ve inşaatın imara, tasdikli projesine ve ruhsatına aykırı kaçak olup, yasal hale getirilmesinin mümkün bulunmaması halinde davanın şimdiki gibi reddedilmesi, aksi halde varsa yasal hale getirme masraflarının belirlenecek imalat bedelinden düşülerek, kalan miktar üzerinden davacı alacağına hükmedilmesi gerekirken” 15. HD. 18.1.2011 T., 2009/7431 E. 2011/53 K. (**Kazancı Bilişim**)

bu masrafların menfi zarar kalemi teşkil edeceği şüphesizdir.¹⁰⁵³ Yüklenicinin yıkılan inşaatın hafriyatı üzerinde talep hakkının olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁵⁴ Yargıtay da aynı kanaattedir.¹⁰⁵⁵

Öğretide, edimin objektif değerinin, dönme ihbarının yapıldığı tarih itibari ile geçerli piyasa rayiçleri olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰⁵⁶ Yargıtay uygulamasına göre, yüklenicinin dönme tarihine kadar gerçekleştirdiği imalatın, edimin objektif değeri, dönme iradelerinin birleştiği, eğer dönme iradeleri birleşmezse dönme davasının kesinleştiği tarih itibariyle geçerli olan piyasa rayiçlerine göre hesap edilecektir.¹⁰⁵⁷

İleride görüleceği üzere, proje masrafları gibi imalatın tamamı içilen masraf kalemlerinin hem imalat masraflarının içerisinde yer alırken ayrıca menfi zarar olarak talep edilerek, mükerrer tahsilat yapılmaması, bu masrafların yapılan imalata orantılı kısmını imalat masrafları içerisinde kabul ederken, kalan kısmını ise menfi zarar olarak tazminine karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Şöyle ki,

“yüklenici tarafından sözleşmenin tamamının ifası için yapılan proje bedeli, hafriyat, şantiye kurulum bedeli gibi masraflardan gerçekleştirilen imalât oranına isabet eden kısmı imalât bedeline dahil olup hesaplanacak bedel içerisinde olup ayrıca istenemeyeceği, bu masrafların fesih tarihi itibariyle inşaatın yapılmayan bölümüne isabet edecek kısmını yüklenici iş sahibinden isteyebileceğinden bu masrafların da miktarı ile iş sahibinin birleşen davasında kendisinin ödeyip talep ettiği yüklenici işçilerinin SGK primleriyle yüklenicinin sorumlu olup ödediğini kanıtladığı emlak vergisi dışında yüklenici vergisinin miktarı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu

¹⁰⁵³ Kurt, **Temerrüt**, s. 310, dn. 540.

¹⁰⁵⁴ Kurt, **Temerrüt**, s. 310; Enkazın kaldırılması ve arsadan uzaklaştırılmasının yüklenici için hem yetki hem yükümlülük mü yoksa sadece bir yükümlülük mü olduğu hususundaki tartışma için Bkz. Kurt, **Temerrüt**, s. 310, dn. 540.

¹⁰⁵⁵ “davalı yüklenici tarafından yapılan inşaatın imar mevzuatına aykırı olup yasal hale getirilmesinin mümkün olmadığı saptandığından ekonomik değeri haiz olmaması sebebiyle yüklenici imalat bedelini talep edemez ise de inşaatın yıkılması sonucu ortaya çıkacak enkaz yükleniciye ait olacağından, enkaz bedelini isteyebilir.” 15. HD. 27.4.2011 T., 2010/2112 E. 2011/2569 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁵⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 311-313.

¹⁰⁵⁷ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 1009.

hususlar üzerinde durulmaksızın, belirtilen yönteme göre hesaplama”¹⁰⁵⁸ yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Yine Yargıtay, sözleşmeden dönülmesinden sonra, sözleşmeye devam iradesi ile yapıldığı iddia ve ispat edilemeyen masrafların menfi zarar olarak tazmininin mümkün olmadığı ¹⁰⁵⁹ ancak vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilmelerinin mümkün olduğu kanaatindedir.¹⁰⁶⁰ Benzer şekilde, yüklenicinin de sözleşme dışı yaptığı işlerin bedelini yapıldığı tarihlerdeki rayiç bedellere göre vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebileceği belirtilmiştir.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁸ Yüklenicinin talep edebileceği bazı kalemler hakkında; 15. HD. 10.10.2019 T., 2019/2727 E. 2019/3877 K. (**Kazancı Bilişim**); Aynı yönde “menfi zararlarını isteyip isteyemeyeceği, istemesi mümkün ise bunların miktarı ile, yüklenici tarafından sözleşmenin tamamının ifası için yapılan proje bedeli, hafriyat, şantiye kurulum bedeli gibi masraflardan gerçekleştirilen imalât oranına isabet eden kısmı imalât bedeline dahil olup hesaplanacak bedel içerisinde olup ayrıca istenemeyeceği, bu masrafların fesih tarihi itibarıyla inşaatın yapılmayan bölümüne isabet edecek kısmını yüklenici iş sahibinden isteyebileceğinden bu masrafların da miktarı ile iş sahibinin birleşen davasında kendisinin ödeyip talep ettiği yüklenici işçilerinin SGK primleriyle yüklenicinin sorumlu olup ödediğini kanıtladığı emlak vergisi dışında yüklenici vergisinin miktarı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu hususlar üzerinde durulmaksızın, belirtilen yönteme göre hesaplama yapmayan yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile” 15. HD. 10.10.2019 T., 2019/2727 E. 2019/3877 K. (**Kazancı Bilişim**).

¹⁰⁵⁹ “Karşı davada, karşı davalı yüklenicinin karşı davaya yönelik temyizi bakımından ise, karşı davada davacının menfi zarar talebinin kabulüne karar verilmiş ise de; karşı davacı iş sahibi tarafından dosyaya sunulan gider belgelerinin çoğunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshinden sonra olduğu bu giderlerin taraflar arasında sözleşmenin devamına istinaden yapıldığı konusunda dosyada yeterli delil bulunmadığı halde hüküm altına alınması doğru değildir. Bu durumda mahkemece sözleşmenin devamı sırasında, sözleşmenin devam edeceği inancı ile yapılan masrafların belirlenip bu masrafların hüküm altına alınması, taraflar arasındaki sözleşme feshedildiği için sözleşme uyarınca yüklenici tarafından üstlenilen emlak vergilerinin istenemeyeceği hususu da gözetilerek karar verilmesi gerekirken, bu hususlar nazara alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olmuştur.” 23. HD. 5.7.2018 T., 2015/7950 E. 2018/4024 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁶⁰ “Fesih ister ileriye etkili olsun ister geriye etkili olsun sözleşme ilişkisini sona erdiren bozucu yenilik doğurucu bir haktır. Bu hak kullanıldıktan, hele hele fesih ile birlikte sözleşmenin tasfiyesi yapıldıktan sonra yeniden bozulan sözleşmeye dönülerek hak talebinde bulunulamaz. Kural olarak da sözleşmenin bozulduğu tarihte eserin getirildiği fiziki seviye sonradan artırılmışsa bu artışın arsa sahiplerince yapıldığı kabul edilir. Gerçekten, fesihten sonra yüklenici işe devam ederek eseri daha üst fiziki seviyeye getirse dahi isteyebileceği arsa payı karşılığı bağımsız bölüm değil, vekaletsiz iş görme hükümlerince yaptığı işin parasal karşılığıdır. Zira az önce söylendiği üzere sözleşme feshedilip, fesih sonucu tasfiyesi yapılmış ise taraflarının artık feshedilen sözleşme hükümlerine dayanmaları mümkün değildir.” 14. HD. 27.10.2005 T., 2005/8096 E. 2005/9640 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁶¹ “yüklenici tarafından yapılan sözleşme dışı işlerin bedeli, 13.4.2009 ek bilirkişi kurulu raporunun düzenlendiği tarih itibarıyla hesaplanmıştır. Oysa sözleşme dışı işlerin bedeli, Borçlar Kanunu'nun 410 ve izleyen maddeleri hükümleri ve "vekaletsiz iş görme kuralları "uyarınca, işin yapıldığı zamandaki serbest piyasa rayiçlerine göre uzman bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığıyla yapılacak inceleme sonucu mahkemece belirlenir.” 15. HD. 09.04.2012 T., 2011/4689 E. 2012/2312 K. (**Kazancı Bilişim**)

7.2.3.Elde Edilen Yararlar ve Yapılan Masraflar

İade borçlusu, iade konusu edimden elde ettiği yararları iade edeceği (TBK. m. 229/I-c-1’kıyasen) ve iade konusu edime karşı yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları (TBK.m.80’’e kıyasen) da talep edebilecektir.¹⁰⁶²

7.2.4.İade Konusu Edimin İmkansızlaşması

Sözleşmeden dönülmesinden önce veya sonra gerçekleşsin, iade yükümlüsünün imkansızlığın meydana gelmesinde bir kusuru yoksa iade yükümlüsü borcundan kurtulacaktır. ¹⁰⁶³ Sözleşmeden dönmeden önce meydana gelen imkansızlıkta TBK.m.27/I ve sebepsiz zenginleşme, dönülmeden sonra meydana gelen imkansızlıkta ise TBK.m.112 ve 117 hükümleri tatbik edilerek iade yükümlüsünün sorumluluğu tespit edilecektir.¹⁰⁶⁴

Arsa payı inşaat sözleşmeleri bakımından aynı etkili dönme görüşüne yaklaştığı belirtilen Yargıtay, yükleniciden arsa payı ya da bağımsız bölüm satın alan kimseleri iyiniyetli kabul etmemesi daha doğrusu alacağın temlik hükümlerine göre yükleniciye ileri sürülebilecek her türlü def’inin kendilerine karşı ileri sürülebildiğini kabul etmesi karşısında üçüncü şahısların iade yükümlerinden kurtulmaları çoğu zaman mümkün görülmemektedir.¹⁰⁶⁵

7.2.5.Zamanaşımı

Bazı müellifler, sözleşmeden dönülmesinden sonra taraflar arasında sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre birbirlerine verdiklerini iade edecekleri, dönülen sözleşme gereğince yükleniciye verilen arsa paylarının sözleşmeden dönülmesi ile kendiliğinden arsa sahiplerine döneceği ve mülkiyete dayalı bu tür istemlerin zamanaşımına tabi olmadığı, bunun dışındaki hususlarda eser sözleşmeleri için özel olarak öngörülen zamanaşımı süresinin değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı ve TBK.m.82’de öngörülen geri isteme hakkının doğduğunu

¹⁰⁶² Kurt, **Temerrüt**, s. 317-318.

¹⁰⁶³ Kurt, **Temerrüt**, s. 323.

¹⁰⁶⁴ Kurt, **Temerrüt**, s. 323.

¹⁰⁶⁵ Kurt, **Temerrüt**, s. 324.

öğrenmesinden itibaren 2 yıl herhalde 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağını belirtmiştir.¹⁰⁶⁶ Bazı müellifler göre, yeni dönme teorisinin kabul edilmesi hali şart olmaksızın herhalde, iade hakkının dönme hakkının kullanılması ile başlayacağı, TBK.m.146 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu, iade yükümlülüğü için de herhangi bir özel zamanaşımı süresi öngörülmediği belirtilmiştir.¹⁰⁶⁷

Yargıtay, iade yükümlülüğüne ilişkin zamanaşımı süresinin hem geçerli hem de geçersiz sözleşmelerde 5 yıl olduğu kanaatindedir.¹⁰⁶⁸ Buradaki 5 yılın, eser sözleşmesinden kaynaklanan talepleri kural olarak 5 yıllık zamanaşımına tabi kılan TBK m.147/bent 6 hükmüne dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Doğrusu bu ancak sözleşmeden dönme üzerine doğan iade yükümünün aynı sözleşmeden kaynaklanan bir borç olduğunun kabulü ile yasal dayanak bulabilir. Bu görüş kabul edildiğinde yüklenicinin ağır kusurunun varlığı halinde ise TBK.m.147/6 gereğince TBK.m.146’da düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlı olmalıdır.

Biz, sözleşmeden dönülmesi halinde, dönme beyanı ile birlikte iş sahibinin aynı hakkına dayalı olarak açacağı istihkak talebi niteliğindeki “yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının” herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmadığı şeklindeki, Öz tarafından savunulan görüşü kabul etmekteyiz.¹⁰⁶⁹ Diğer iade taleplerinin ise dönme iradesinin ulaştığı tarihinden itibaren TBK.m.146 gereğince işleyecek 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu kanaatindeyiz.

¹⁰⁶⁶ Öz, **Dönme**, s. 258.

¹⁰⁶⁷ Buz, **Dönme**, s. 236.

¹⁰⁶⁸ “Sözleşmenin geçersiz olması akdın eser sözleşmesi niteliğini değiştirmez ve zamanaşımı ile ilgili olarak sebepsiz iktisap hükümlerinin tatbikini gerektirmez. Nitekim geçerli eser sözleşmelerinin feshi halinde de tarafların birbirlerine iade yükümlülükleri sebepsiz iktisap hükümlerine tabi tutulmuş ise de zamanaşımının asıl akit için düzenlenen zamanaşımı hükümlerine göre çözümleneceği benimsenmiş bir uygulamadır (Yargıtay HGK.nun 15.12.1982 gün, 1981/15-756 E. 1982/945 K. sayılı, Dairemizin 05.03.1992 gün, 1991/4787 E., 1992/1081 K. sayılı ilamları)” 15. HD. 5.11.2007 T., 2006/3649 E. 2007/6913 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁶⁹ Öz, **İnşaat**, s. 198.

7.3.Menfi (Olumsuz) ¹⁰⁷⁰ Zarar

7.3.1.Tanım

TBK.m.125/III' te sözleşmeden dönülmesi halinde, kusursuzluğunu ispatlayamayan borçlunun, alacaklının “sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın” gidermesi yükümlülüğünden bahsedilmektedir. TBK.m.125'in gerekçesi, “borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen alacaklının uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği belirtilmektedir. Burada, alacaklının giderilmesini isteyebileceği zarar, olumsuz zarar, yani sözleşme yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğu zarardan ibarettir” şeklindedir.¹⁰⁷¹

İşte “Menfi (olumsuz) zarar..., akit hiç yapılmamış olsaydı kişinin malvarlığının bulunacağı durum ile, akdin hükümsüz olması yüzünden malvarlığının almış bulunduğu durum arasındaki farkı ifade eder.”¹⁰⁷² Bir başka deyişle, iş sahibinin, malvarlığının mevcut durumu ile sözleşmenin geçerli olacağına ve ifa edileceğine inanmasaydı malvarlığının bulunacağı farazi durum arasındaki fark menfi zarardır.^{1073 1074}

¹⁰⁷⁰ Menfi zararın, “güvenden doğan zarar” ya da “güven zararı” olarak da adlandırılması hakkında Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1260, N. 3513.

¹⁰⁷¹ Menfi zarar kavramının eleştirisi ve tüm hukuk sisteminden çıkarılması konusundaki görüşler için Bkz. Serozan, **Dönme**, s. 641-648.

¹⁰⁷² Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 182; Buz, **Dönme**, s. 240-241; Eren, **a.g.e.**, s. 1260, N. 3515; “akit yapılmamış olsaydı alacaklının düçar olmayacağı zarar ve ziyandan ibarettir” Bkz. Birsen, **Borçlar**, C. II, s. 504, N. 621.

¹⁰⁷³ Öz, **Dönme**, s. 284-285.

¹⁰⁷⁴ “**MENFİ ZARAR:** Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşme hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Tandoğan, **age.**, sh: 427). Bu husus Borçlar Kanununun 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır; burada alacaklı sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.

Hukuk öğretisinde menfi-müsbet zarar ayrımının adaletsizliklere yol açtığı ileri sürülerek terk edilmesi önerilmektedir (Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, sh: 630 vd.). Bu görüşe göre, Borçlar Kanununun 108. maddesinde anılan zarar, “doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin sarsılmasından kısacası sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle 108. maddenin söz konusu olduğu durumlarda da müsbet zarar esas alınmalıdır. Ne var ki bu görüş kabul edildiğinde Borçlar Kanununun 106. maddesinde getirilen ayrımın hiç bir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın öteden beri benimsediği müsbet-menfi zarar ayrımının terk edilmesi düşüncesine iştirak edilmemiştir.

“Zarar verenin, sözleşmeden dönme halinde sözleşmeyi ihlal eden ...davranışları yüzünden hükümsüz bir borç ilişkisinin karşı tarafın mal varlığında meydana getirdiği rıza dışı azalma”¹⁰⁷⁵ neticesindeki malvarlığı durumunu, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı hangi durumda olacak ise o duruma getirmektir.¹⁰⁷⁶ Eğer bir hukuki neticenin gerçekleşmesi için güven olgusu asıl belirleyici ise, başkalarının inanmakta haklı oldukları bir güven ortamını yaratan kimsenin, uyandırılan güvenin sonradan boşa çıkması durumunda, bundan ötürü sorumlu tutulması güven sorumluluğu olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁷⁷ Sözleşmeye güven nedeniyle iş sahibinin malvarlığında yaşanan bu azalmanın, yani menfi zararın mutlaka yüklenicinin malvarlığında bir artış yaratması zorunlu değildir.¹⁰⁷⁸

Menfi zararın temelinde “uyandırılan güvenin ihlal edilmesi olgusunun” yer aldığı bir sözleşmesel zarar olduğu, ancak dönmede zaten sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu için ihlal edilen güvenin, sözleşmenin kurulacağına duyulan güven değil sözleşmeden kaynaklanan edimlerinin yerine getirileceğine dair güven olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁷⁹

Temerrüt için kusur aranmazken¹⁰⁸⁰, menfi zararın tazmini için, yüklenicinin kusurlu olması, daha doğrusu yüklenici aleyhine konulan karine nedeniyle yüklenicinin kusursuzluğunu ispatlayamaması gerekmektedir.¹⁰⁸¹

Menfi zarar kavramına şaşımlarla gireceği kabul edilmektedir (Tandoğan, age.,sh: 427-428):

a- Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar. posta giderleri noter ücreti gibi

b- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar.

c- Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi.

ç- Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğın o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi.

d- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar.

e- Dava masrafları.” HGK. 17.1.1990 T., 1989/13-392 E. 1990/1 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁰⁷⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 46; Karadaş, **a.g.e.**, s. 560.

¹⁰⁷⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1259-1260, N. 3513; Ergüne, **a.g.e.**, s. 38.

¹⁰⁷⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁰⁷⁸ Karadaş, **a.g.e.**, s. 560; “Dolayısıyla karşı tarafın malvarlığına girsın veya girmesın sözleşme nedeniyle alacaklının cebinden ve yasal olarak çıkan paradır.” 15. HD. 27.01.2012 T., E. 446/3 K. Bkz. Duman, **a.g.e.**, s. 617.

¹⁰⁷⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 44-45-46.

¹⁰⁸⁰ “Borçluya hiçbir kusur isnat edilemese dahi alacaklının fesih hakkı vardı” Bkz. Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 866, dn. 100.

¹⁰⁸¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1262, N. 3524.

Dönülen sözleşmenin, geçerli olduğu ve ifa edileceğine inanılması nedeniyle uğranılan zararlar ile yapılan giderler ve kaçırılan fırsatlar menfi zararın konusunu teşkil edecektir.¹⁰⁸² Yargıtay da aynı kanaattedir.¹⁰⁸³

Dönülen sözleşmenin ifasına ilişkin çıkarlar, menfi zarar kalemleri arasında yer almaz.¹⁰⁸⁴ Yani iş sahibi, hem sözleşmeden dönüp, hem de kira yardımı, gecikmeden kaynaklanan zararlarının tazmini gibi sözleşmenin ifasına bağlı zararlarının tazminini talep edemez.¹⁰⁸⁵ Keza menfaati, sözleşmenin geçerli olmasında ve hükümlerinin ifasında olan iş sahibi sözleşmeden dönmeyi tercih etmemelidir.¹⁰⁸⁶ Ancak, dönmede ifayı reddeden iş sahibidir.¹⁰⁸⁷ Yargıtay’a göre, “*menfi zarar kalemleri içinde kâr kaybı bulunmamaktadır.*”¹⁰⁸⁸ Yine Yargıtay, sözleşmeden dönülmesi durumunda kural olarak, cezai şartın talep edilemeyeceği kanaatindedir.¹⁰⁸⁹ “*Cezai şart, asıl borca bağlı olup, muaccel olmadan önce fer’i niteliktedir. Dolayısıyla, eserin teslimi ile asıl borç düşünce, fer’i borç olan gecikme cezası da düşer.*” Bu durumda dönme ile esas borçla birlikte ifaya ekli cezai şartlar da ortadan kalkacaktır.¹⁰⁹⁰ Ancak sözleşme ile bunun

¹⁰⁸² Öz, **Dönme**, s. 285.

¹⁰⁸³ “*Menfi zarar uygulanacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin yerine getirilmemesi sonucu güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır*” 15. HD. 12.11.2019 T., 2019/2120 E. 2019/4525 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁸⁴ Öz, **Dönme**, s. 284-285; Şahin, **a.g.e.**, s. 307; “*Menfi zarar kalemleri içerisinde, davacının bu sözleşmeye güvenerek başka biriyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmamasından dolayı uğradığı zararlar da mevcuttur. Kaçırılan fırsat nedeniyle uğranılan zararın hesabında (HGK.nun 17.1.1990 gün ve 1989/13392 E. 1.K. sayılı İçtihadı uyarınca) fesih nedeniyle gerçekleşmeyen bu işten veya sözleşme yapma fırsatını kaçırdığı başka bir işten dolayı elde edilemeyen kâr mahrumiyeti dikkate alınamaz*” 15. HD. 12.5.1994 T., 1994/545 E. 1994/3093 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁸⁵ Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 867; Eren, **a.g.e.**, s. 1262, N. 3521; Şahin, **a.g.e.**, s. 307.

¹⁰⁸⁶ Öz, **Dönme**, s. 285; Karadaş, **a.g.e.**, s. 560.

¹⁰⁸⁷ Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 867.

¹⁰⁸⁸ 15. HD. 22.1.2004 T., E. 2003/3335, K. 2004/334 (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁸⁹ Nagehan Kırkbeşoğlu, **Yüklenicinin İfa Engelleri**, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2019, s. 74; Şahin, **a.g.e.**, s. 307.

¹⁰⁹⁰ 23. HD. 05.05.2014 T. 2013/6814 E. 2014/3439 K. (**Kazancı Bilişim**); “*Alacaklı sözleşmeden döndüğü taktirde, artık sözleşmeden doğan bir borç olan cezai şartın artık talep edilemeyeceği kabul edilmektedir.*” HGK. 17.01.1990 T., 1989/13-392 E. 1990/2 K. Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 541, dn. 742.

aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür.¹⁰⁹¹ Sözleşme geçersizse cezai şartın da geçersiz olacağı ve bu yönün hakim tarafından re'sen gözetileceği açıktır.¹⁰⁹²

Sözleşmeden dönme nedeniyle talep edilen menfi zarar, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan zarar ile sözleşmenin müspet ihlalden kaynaklanan zararı kapsamaz ve onlardan bağımsızdır.¹⁰⁹³ Belirtelim ki elbette sözleşme görüşmeleri sırasında uğranılan zarar da bir tür menfi zarardır. Ne var ki bunlar “sözleşme kurulmasaydı uğranılmayacak zarar” olmadığından, TBK m.125/III hükmündeki “dönmenin sonucu olarak menfi zarar” teşkil etmez. Bunlar ancak culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde talep edilebilir.

Yargıtay’ın geçersiz sözleşmelere müstenit menfi zarar istemlerinde, sözleşmenin yapıldığı tarihteki piyasa rayıçlarına göre hesaplama yapılacağı şeklinde ifadeler içeren içtihatları bulunmaktadır.¹⁰⁹⁴ Burada sözleşmenin geçersizliğine bağlanan bir zarar tazmini mümkün olsa da sözleşmeden dönülmeye bağlı bir tazminat söz konusu olmamalıdır. Nitekim Yargıtay’ın tam tersi yönde, sözleşme geçersiz ise menfi zarar talep edilemeyeceğine ilişkin içtihatları da mevcuttur.¹⁰⁹⁵ Yargıtay’ın bu

¹⁰⁹¹ Yener, **a.g.e.**, s. 75; “Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça akdin feshi halinde müspet zararların akdi fesheden tarafça istenmesi mümkün değildir. Yanlar arasında düzenlenen sözleşmenin dördüncü sahifesinde gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel ve cezayı aşan gecikme tazminatı ifaya bağlı müspet zarar kapsamındadır ve akdin feshi halinde dahi istenebileceğine dair sözleşmede hüküm bulunmamaktadır. Bu hale göre, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı ve akdin feshi de talep edilip feshetme karar verildiğinden gecikme tazminatına dayanan alacak isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamıştır.” 15. HD. 20.3.2006 T., 2005/7960 E. 2006/1539 K. Bkz. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁹² “Geçersiz sözleşmede kararlaştırılan cezai şart da geçersiz olup mahkemece bu yönün re'sen gözetilmesi” 15. HD. 2.2.2012 T., 2010/6987 E. 2012/506 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁹³ Eren, **a.g.e.**, s. 1262, N. 3522.

¹⁰⁹⁴ Ergüne, **a.g.e.**, s. 326; “Yanlar arasında 04.07.1992 tarihinde imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapuda pay devrini de içermekte olup BK’nın 213, TMK’nın 706, Tapu Kanunu’nun 26 ve Noterlik Kanunu’nun 60. maddeleri gereğince re'sen düzenleme şeklinde yapılmadığından geçersizdir. Tapuda pay devri yapılmadığı ve taraflar edimlerini önemli oranda yerine getirmediklerinden geçerli hale geldiğinin kabulü ve geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğinde değildir. Sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle tarafların müspet zararlarını talep etmeleri mümkün olmayıp verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istemeleri mümkün olduğu gibi menfi zararlarını da diğer taraftan talep edebilirler. Somut olayda davacı yüklenicilerin isteyebileceği menfi zararları, kanıtlayabildikleri inşaat gideri, proje giderleri, ruhsat harcı, proje tasdik ücreti, hafriyat harcı ve belediyeye ödenen otopark bedeli olup bunların sözleşme geçersiz olduğundan yapıldığı tarih itibarıyla bedelleri güncelleme yapılmaksızın hüküm altına alınması gerekir.” 15. HD. 07.12.2011 T., 2010/6374 E. 2011/7212 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁹⁵ “Dava, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersizliğine dayalı olarak verilen bedelin tahsili istemini ilişkindir. Sözleşmenin geçersizliği durumunda taraflar, sözleşmenin ifasını isteyemez ve birbirlerini ifaya zorlayamazlar. Geçersiz sözleşmeye dayanarak, birbirlerinden müsbet zararlarını ve menfi zararlarını talep edemezler, ancak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine

ikinci gruba dahil içtihatlarında, eğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersizse ve geçersiz bir sözleşmenin tarafları bağlamasına neden olan ve kaynağını dürüstlük kuralından alan ayırık durumlar söz konusu değilse, geçersiz sözleşmeden dönülmesi ya da feshinin söz konusu olamayacağı, kusur değerlendirmesinin gereksiz olduğu ve geçersiz sözleşmeye dayalı olarak menfi ve müspet zarar tazmini talep edilemeyeceği, ancak iş sahibi taleplerini, şartları varsa sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme ve haksız işgal tazminatı hükümlerine dayandırabileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁹⁶

7.3.2. İş Sahibinin Kusuru

İş sahibinin, sözleşmeden dönülmesinde ya da zararın artmasında, yüklenici ile birlikte bir kusuru bulunması durumunda tazminat sorumluluğu nasıl belirlenecektir? İş sahibi, eğer zararın doğmasına ya da gerekli makul tedbirleri almayarak artmasına kendisi de katkıda bulunmuşsa onun da kusurlu sayılacağı şüphesizdir.¹⁰⁹⁷ Bilindiği üzere TBK.m.114/II gereğince “*haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” TBK.m.52’de zarar görenin kusuru “*zararın doğmasında*” ve “*zararın artmasında*” olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir.¹⁰⁹⁸ Bu düzenlemelerden ilkinde iş sahibinin zararın doğmasına katkısı varsa yani iş sahibi ve yüklenicinin her ikisinin de kusuru ile zarar meydana gelmişse *birlikte (müterafik) kusur* var demektir.¹⁰⁹⁹ Ancak iş sahibinin, zararın doğumuna

dayanarak, birbirlerine verdiklerini talep edebilirler.” 15. HD. 24.2.2021 T., 2020/1225 E. 2021/484 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁰⁹⁶ “Geçersiz olan ya da taraflarını bağlayıcı olmayan sözleşmenin feshi istenemeyeceği gibi; tarafların kusurlarından da söz edilemez.” Bu hukuksal nedenle, iş sahibi olan TMMOB Makine Mühendisleri Odasının, yüklenici şirkete fesih bildiriminde bulunması, hukuksal bir sonuç doğurmayacağı gibi; sözleşmenin ifa edilmemesinde tarafların kusurlarının değerlendirilmesi de gereksiz bir işlemdir. Geçersiz ya da bağlayıcı olmayan sözleşme gereğince, taraflar diğer tarafın malvarlığına artı değer katmış ise 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 61 ve izleyen maddeleri hükümleri ve ‘haksız iktisap kuralları’ uyarınca, diğer tarafa kazandırılanın ya da bedelinin iadesini isteyebilir. Ayrıca, 818 Sayılı Kanun’un 410 ve izleyen maddeleri hükümleri gereğince, ‘vekaletsiz iş görme’ söz konusu ise görülen işin bedeli de iş sahibinden istenebilir... Ayrıca birleşen davalarda TMK’nun 995. maddesi hükmüne dayalı haksız işgal tazminatına dair talep yoktur. Az yukarda açıklandığı üzere; geçersiz ve bağlayıcı olmayan sözleşmelere dayalı olarak olumlu ve olumsuz maddi zararların tazmini istenemez.” 15. HD. 25.4.2013 T., 2012/7461 E. 2013/2740 K. (**Kazancı Bilişim**) Aynı yönde 15. HD. 07.02.2013 T., 2012/1325 E. 2013/844 K. Bkz. Kırmızı, **a.g.e.**, s. 911; Yargıtay’ın geçersiz sözleşmelerde menfi zararların talep edilebileceği şeklinde kararları da mevcuttur. Bkz. Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 105.

¹⁰⁹⁷ Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, XII Levha, 2012. s. 36.

¹⁰⁹⁸ Baysal, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁰⁹⁹ Baysal, **a.g.e.**, s. 36.

katılımı olmadığı halde, sadece zararın artmaması için gerekli önlemleri almaması neticesinde zararın miktarında bir artış meydana gelmişse *zararı arttırmama külfetine* aykırılık hali söz konusudur.¹¹⁰⁰ Bu bağlamda müterafik kusur ile zararı arttırmama külfeti birbirine karıştırılmamalıdır.

Bazı müellifler ise, iş sahibinin müterafik kusuru var ise menfi zararının tazminini talep edemeyeceği kanaatindedirler.¹¹⁰¹ Bir başka müellif de Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasını *“tazminat borcunun doğması için temel koşul ‘kusur’ olduğundan, tazminat isteyen tarafın ‘kusursuz’ olması gerekir. Bir tarafın ‘az kusurlu’, diğer tarafın ‘çok kusurlu’ olmasının bir önemi yoktur. Az kusurlu olan taraf da sözleşmenin bozulmasına kusuruyla sebebiyet vermiş sayılacağından uğradığı zararın giderilmesini isteyemez”*¹¹⁰² şeklinde belirtmektedir. Yargıtay, kusuru olan menfi zarar talep edemeyeceği, sözleşmeden dönülmesi ile sadece tasfiyenin gerçekleşeceği kanaatindedir.¹¹⁰³

Ancak Yargıtay, bir kararında sözleşmeden dönülmesinde kusurlu olan tarafın da karşı tarafın işine yarayacak masraf kalemlerini talep edebileceğini belirtmiştir. *“Davada bu sözleşme uyarınca yapılan masrafların tahsili de talep edilmiştir. Mahkemece akdin feshinde davacının kusurlu bulunması sebebiyle bu isteğin reddine karar verilmiş ve davacı yüklenici tarafından sözleşmenin kurulması sırasında yapılan masrafların talebi mümkün değil ise de bunun dışında davalı iş sahibinin işine yarayacak nitelikte bir hizmet, imalat, proje vs. gider yapılmış ise bu masrafların iş sahibinden istenebileceği tartışmasızdır. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda bu konuda bir inceleme yapılmadığından bilirkişilerden ek rapor alınarak varsa yapılan masrafların davalı yararına olup olmadığı, davalının işine yarayıp yaramadığı ve miktarı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.”*¹¹⁰⁴

¹¹⁰⁰ Baysal, **a.g.e.**, s. 36.

¹¹⁰¹ Şahin, **a.g.e.**, s. 307-308.

¹¹⁰² Karadaş, **a.g.e.**, s. 528.

¹¹⁰³ *“Menfi zarar, akdin feshinde haklı olan tarafça BK.nun 108/II maddesi gereğince talep edilebilir. Somut olayda, iş sahibi kusurlu olduğundan, kaçırılan fırsat olarak tanımlanan iki ihale arasındaki fark, istenemez.”* 15. HD. 23.05.2007 T., 2007/1532 E. 2007/3490 K. Bkz. Kırmızı, **a.g.e.**, s. 568, dn. 1146.

¹¹⁰⁴ 15. HD. 12.7.2012 T., 2011/3119 E. 2012/5379 K. (**Kazancı Bilişim**)

İş sahibinin kusurlu davranışı, zararın doğmasına neden olmuş ve onun kusuru, yüklenicinin kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmışsa, artık yüklenicinin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.¹¹⁰⁵ Bu nedenle yapılacak incelemede önce kusurun illiyet bağıını kesecek yoğunlukta bulunup bulunmadığı tespit edilecek, illiyet bağıının kesilmemesi, bir başka deyişle illiyet bağıının kurulması durumunda kusurun derecesi tespit edilerek, o oranda indirimle gidilecektir.¹¹⁰⁶

Bazı müellifler, iş sahibinin ortak kusurunun, illiyet bağıını kesecek yoğunlukta bulunmaması durumunda bu kusurun, menfi zararın tazmini imkanını ortadan kaldıran değil sadece indirim sebebi olarak kabul edilmesi gereken bir husus olduğu kanaatinde dirler.¹¹⁰⁷ Biz de iş sahibinin hafif kusuru bulunan hallerde, hesap edilen kusur durumuna uygun bir indirim yapılmak suretiyle menfi zararın hüküm altına alınması gerektiği kanaatindeyiz.

7.3.3.Mahiyeti

*“Yargıtay içtihatları ve doktrinde eser sözleşmesinden dönülmesi nedeniyle uğranılan ve giderilmesi talep edilen olumsuz zararların sınırlı sayıda olmadığı kabul”*¹¹⁰⁸ edilmektedir. Menfi zarar kalemleri, fiili zarar ve kaçırılan fırsatlar olarak iki alt başlık altında toplanmışlardır¹¹⁰⁹;

7.3.3.1.Fiili Zararlar

İş sahibinin, sözleşmenin kurulması ve ifası için yaptığı masraflardır.

¹¹⁰⁵ Baysal, **a.g.e.**, s. 36.

¹¹⁰⁶ Baysal, **a.g.e.**, s. 37-40.

¹¹⁰⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 506-507; Eren, **a.g.e.**, s. 1262, N. 3525; Baysal, **a.g.e.**, s. 36.

¹¹⁰⁸ 15. HD. 12.11.2019 T., 2019/2120 E. 2019/4525 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁰⁹ Öz, **Dönme**, s. 287; Eren, **a.g.e.**, s. 1260, N. 3516.

7.3.3.1.1.Sözleşme Kurma Masrafları

Sözleşmenin kurulması için yapılan noter harç ve masrafları^{1110 1111}, vergi ödenekleri¹¹¹², sözleşmenin kurulması esnasında bir komisyoncunun bulunması durumunda komisyoncuya ödenen ücret¹¹¹³, hukukçu ve sair danışmanlara ödenen ücret ve masraflar¹¹¹⁴, sözleşmenin tapuya şerh masrafları¹¹¹⁵, posta giderleri¹¹¹⁶, seyahat¹¹¹⁷ ve sözleşmenin kurulmaması durumu ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan diğer giderler menfi zararların içerisinde yer almaktadır.

¹¹¹⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 415, N. 1275; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427; Önen, **a.g.e.**, s. 95; Karahasan, **a.g.e.**, s. 286; Ergüne, **a.g.e.**, s. 289; Duman, **a.g.e.**, s. 618; Şahin, **a.g.e.**, s. 309; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 564; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 538.

¹¹¹¹ “Yapılan bu yasal ve genel açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı- karşı davacı vekili menfi zararları kapsamında yaptığı noter masraflarının da tahsilini talep etmiştir. Bu durumda mahkemece, dava konusu sözleşme nedeniyle yapıldığı kanıtlanan noter masraflarının da hüküm altına alınması gerekirken sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle reddi isabetli olmamış, kararın bu nedenle bozulması uygun bulunmuştur.” 15. HD. 12.11.2019 T., 2019/2120 E. 2019/4525 K. (Kazancı Bilişim)

¹¹¹² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427; Ergüne, **a.g.e.**, s. 289; Şahin, **a.g.e.**, s. 309; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 564.

¹¹¹³ Ergüne, **a.g.e.**, s. 289; Duman, **a.g.e.**, s. 618.

¹¹¹⁴ Ergüne, **a.g.e.**, s. 289.

¹¹¹⁵ Duman, **a.g.e.**, s. 618; “davacının sözleşme noter onayı ve tapuya şerh masrafları ile proje bedelleri menfi zarar” Bkz. 15. HD. 27.1.2012 T., 2011/4446 E. 2012/351 K. (Kazancı Bilişim)

¹¹¹⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427; Önen, **a.g.e.**, s. 95; Karahasan, **a.g.e.**, s. 286.

¹¹¹⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 415, N. 1275; Önen, **a.g.e.**, s. 95; Ergüne, **a.g.e.**, s. 289; Duman, **a.g.e.**, s. 618; Şahin, **a.g.e.**, s. 309; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 564.

7.3.3.1.2. Edimlerin İfa Edileceğine Duyulan Güven Nedeniyle Uğranılan Zararlar

İş sahibinin, yeni ev yapılacağına olan güveni nedeniyle mevcut eski evini yıkması^{1118 1119}, arsada yapılan hafriyata bağlı olarak yaşanan toprak kaybı¹¹²⁰, arsa üzerindeki meyve ağaçlarının kesilmesi, yeni geçilen evinin kirası¹¹²¹ ve benzeri sair zarar kalemleri menfi zarar olarak kabul edilecektir.

7.3.3.1.3. Edimlerin İfa Edileceğine Duyulan Güven Nedeniyle Yapılan Masraflar

Yine sözleşme gereğince, iş sahibi tarafından üstlenilen proje masrafları¹¹²², yerin temizlenmesi ve sair hazırlık masrafları, taşınmazların boşaltması,¹¹²³ taşınma masrafları ve teslim masrafları, sözleşme gereğince iş sahibine düşen ve onun

¹¹¹⁸ Öz, **Dönme**, s. 289; Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 1063; “iş sahibinin sözleşmeden dönmesine yol açan müteahhit, iş sahibinin evinin yıkılmasının, üzerine aldığı inşaat ediminin kaçınılmaz bir sonucu olduğundan söz ederek, tazminat borcundan kurtulamaz. O burada temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etmek zorundadır.” Bkz. Öz, **Dönme**, s. 289; “Yüklenici iş sahibinin inşaat yapılacak arsa üzerindeki eski evini yıkmakla birlikte, evin zaten yıkılmaya mahkum olduğunu veya yıkılmasının iş sahibinin işine geldiğini kanıtlarsa eski evin yıkılmasından doğan olumsuz zararı ödemekten kurtulabilir” Bkz. Duman, **a.g.e.**, s. 619; Bizce de özellikle 6306 Sayılı Kentsel dönüşüm kanunu olarak bilinen yasa kapsamında riskli yapı olarak tespit edilen ve sonrasında yüklenici tarafından yıkılan bir taşınmaza ilişkin olarak sözleşmeden dönen iş sahibinin açacağı davadaki menfi zararın tazmini talebinin kabul edilmemesi gereklidir.

¹¹¹⁹ Yargıtay bir kararında geçersiz sözleşme gereğince, iş sahibinin yıkılan evinin bedelini talep edemeyeceğine karar verilmiştir. “davalıların arsa üzerindeki evin yıkılmasından dolayı takasını da talep de bulunmayacağına göre” 15. HD. 28.05.1990 T., E. 4725/2478 K. Bkz. Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 108.

¹¹²⁰ “Burada istenebilecek olumsuz zarar, sözleşme yapılmamış olsa idi uğranılmayacak olan zararlardır ki güvenilen sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğranılan zararları kapsar. Somut olaydaki iş sahibinin haksız toprak kaybına sebebiyet verilmesinden dolayı (kazı ve hafriyat işlemleri) istediği zarar bu kapsamda kalır.” 15. HD. 9.2.2004 T., 2003/3637 E. 2004/538 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹²¹ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 1063.

¹¹²² Kırmızı, **a.g.e.**, s. 564; Öz, **Dönme**, s. 288; “bilirkişi kurulu raporunda belirtilen tapu harçları ile bina veraset ve intikal vergisi tutarlarının haksız iktisap teşkil ettiği kabul edilmeli ve davacı tarafından çizdirildiği ileri sürülen projelerin neler olduğunun ve davalı arsa sahiplerince projelerin kullanılıp kullanılmadığı hususları araştırılarak belirlenmeli, projelerden arsa sahiplerinin yararlandığının saptanması durumunda ise, davacı tarafından ödenen bedellerinin ve bu projelerin onaylanması için yaptığı giderlerin tutarlarının da davalı arsa sahiplerinden tahsiline” 15. HD. 15.7.2008 T., 2008/4079 E. 2008/4808 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹²³ Öz, **Dönme**, s. 288.

tarafından ödenmesi gereken tapudaki harç ve döner sermaye masrafları¹¹²⁴ da menfi zarar kapsamına girecektir.

Geçersizlik iddiasında bulunan taraf, karşı tarafın kendisine güven verdiğini ve bu güven nedeniyle zarara uğradığını ispatlaması durumunda sözleşmenin ifa edileceğine duyduğu güven nedeniyle uğradığı tüm zararın talep edebileceği; ancak diğer tarafın bir güven verdiği hususu ya da karşı tarafın kusuru kanıtlanmadığında sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre zararının tazminini talep edebileceği ileri sürülmüştür.¹¹²⁵ Aynı şekilde, ifa konusunda karşı tarafa güven vermeyen, iade talep eden ve kusurlu olmayan tarafın, geçersiz sözleşme nedeniyle diğer yandan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istemde bulunabileceği belirtilmiştir.¹¹²⁶ Yargıtay, geçersiz sözleşmelerde vekaletsiz iş görme hükümlerini tatbik eden içtihatları da mevcuttur.¹¹²⁷

Bazı müellifler Yargıtay'ın sebepsiz zenginleşme nedeniyle menfi zarar talebi olarak bahsettiği durumun aslında, sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade talebi ile geçersiz sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güven nedeniyle uğranılan menfi zararın tazmin taleplerinin yarışması olduğu kanaatindedir.¹¹²⁸

Gereksiz yapılan harcamalar ile sözleşmeden dönülmesi ve beklentinin boşa çıkarılması yani güven duygusunun ihlal edilmesi arasında uygun nedensellik bağı bulunmadığı için menfi zarar kapsamında değerlendirilip tazmin edilmezler.¹¹²⁹

¹¹²⁴ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 1063.

¹¹²⁵ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 109.

¹¹²⁶ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 109.

¹¹²⁷ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 96; “Bunun yanında yargılama sırasında toplanan deliller, bilhassa dinlenen tanıklar, yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporu kapsamından davaya konu taşınmaz üzerinde üç katlı bir taşınmazın inşaa edildiği ve mevcut inşaatı davacının yaptığı anlaşılmıştır. Şu halde geçerli bir sözleşme olmaksızın davalı yararına bir imalat gerçekleştirilmiş ve teslim edilmiş olmakla, davalının B.K.'nın 410 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekaletsiz iş görme hükümlerine göre davacının masraflarını ödemesi zorunludur. Belirtilen yönde davalı alacağının hesaplanması için yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda, davacı alacağı 2006 yılı Bayındırlık Birim Fiyatları esas alınarak 201.700,00 TL olarak saptanmış, mahkemece de bu rapora istinaden, ancak istekle bağlı kalınarak 90.000,00 TL'nin kabulüne karar verilmiştir. Ancak taraflar arasında imalat hesabının Bayındırlık Birim Fiyatlarıyla yapılacağına dair herhangi bir anlaşma bulunmadığı halde hesabın belirtilen fiyatlarla yapılarak sonuca ulaşılması yerinde görülmemiştir.” 15. HD. 21.7.2011 T., 2010/6130 E. 2011/4828 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹²⁸ Sütçü, **a.g.e.**, C. I, s. 107.

¹¹²⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 290.

7.3.3.1.4. Tasfiye Nedeniyle Uğranılan Zararlar

Sözleşmenin geçerliliğini devam ettireceğine ve edimlerin ifa edileceğine güvenen iş sahibinin sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğradığı zararlar da menfi zarar kapsamındadır.¹¹³⁰ Bu zararlara, iş sahibinin, ifa ettiği edimini geri almak ya da yüklenicinin karşı edimini iade etmek için katlandığı masraflar ile örneğin imar mevzuatına aykırı olarak yapılan binanın yıkım masrafları gösterilebilir.¹¹³¹

7.3.3.1.5. Hukuksal İşlem Masrafları

Dönülen sözleşme nedeniyle yapılan delil tespiti, ihtarname, ifa ya da dönme davasına ilişkin yargılama harç ve masrafları ile avukatlık ücretleri de menfi masraf kalemleri arasında yer alır.¹¹³²

7.3.3.1.6. Üçüncü Şahıslara Ödenen Tazminat

Sözleşmenin ifa edileceğine ve geçerliliğine güvenerek üçüncü şahıslarla sözleşme yapan iş sahibi, sözleşmeden dönülmesi nedeniyle üçüncü şahıslara ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, cezai şartlar, yargılama harç, masraf ve vekalet ücretleri de menfi zararın konusunu oluşturur.¹¹³³ İş sahibinin, üçüncü şahısların bu yönde talepleri geldiği taktirde, öncelikle yükleniciyi bu konuda bilgilendirmesi, arabuluculuk ve sair alternatif çözüm yollarında sürece ilişkin Yüklenicinin de sürecin içerisinde yer alması ve en azından haberdar olunması sağlanmalıdır. Üçüncü şahısların açtıkları davalar derhal HMK.m.61 gereğince davanın yükleniciye ihbarı gereklidir. Böylece yükleniciye, davaya müdahale talep etme ya da en azından davada ihbar olunan olarak gerekli hukuki imkanları kullanması sağlanmalı, iş sahibi tarafından ileride kendisine rücu edildiğinde çeşitli (davanın doğru takip edilmediği,

¹¹³⁰ Ergüne, **a.g.e.**, s. 296.

¹¹³¹ Öz, **Dönme**, s. 288; Ergüne, **a.g.e.**, s. 296; Sözleşmeden dönülmesi ile diğer tarafa iade edilmesi gereken şeyin zarara uğraması ya da yok olmasını da menfi zarar kapsamına sokan görüşlerin eleştirisi için Bkz. Serozan, **Dönme**, s. 637, dn. 150; Bu görüşün eleştirisi için Bkz. Öz, **Dönme**, s. 288, dn. 94; Ergüne, **a.g.e.**, s. 292, dn. 17.

¹¹³² Ergüne, **a.g.e.**, s. 296; Duman, **a.g.e.**, s. 619.

¹¹³³ Ergüne, **a.g.e.**, s. 297-298; Duman, **a.g.e.**, s. 619.

savunmanın yanlış olduğu, belirli delillerin hiç ya da usulüne uygun olarak sunulmadığı ve sair) bahane ileri sürmesine imkan verilmemelidir.

İş sahibi, yüklenicinin de katıldığı bir uzlaşma ya da yargılama süreci olmadan, üçüncü şahıslarla vardığı mutabakatlar sonucu yaptığı ödemeler için yükleniciye rücu ettiğinde, yüklenicinin itirazı ile karşılaşılması kuvvetle muhtemeldir.¹¹³⁴

7.3.3.2. Kaçırılan Fırsatlar¹¹³⁵

Dönülen sözleşmenin, geçerli olacağına ve ifa edileceğine olan güveni dolayısıyla iş sahibinin daha elverişli fırsatları kaçırmak suretiyle uğradığı zararlar da menfi zarar kapsamında değerlendirilir.¹¹³⁶ Örneğin, dönülen sözleşme gereğince aynı koşullarda 6 dairenin teslim edileceğine olan inancı ve güveni nedeni ile 5 daire teslim etme vaadinde bulunan bir üçüncü kişinin teklifini reddeden, ancak sözleşmeden dönülmesi sonucu en fazla 4 daire karşılığı sözleşme akdedebilme imkanı bulabilen iş sahibi, bu durumu ispatlamak kaydı ile 5 dairelik teklifi kaçırmayı nedeniyle uğradığı bir bağımsız bölüm değerinde menfi zararının tazminini talep edebilecektir.¹¹³⁷ Yine dönülen sözleşmeden sonra, makul süre içerisinde yapılacak sözleşme nedeniyle ödenecek KDV farkı da menfi zarar içerisine girecektir.¹¹³⁸

İş sahibinin yükleniciye ifası veya ifası nedeniyle sınırlandırdığı kullanımlar¹¹³⁹, yani iş sahibi, edimini yerine getirmemiş olsaydı o edimden elde edeceği doğal ve hukuki semereler¹¹⁴⁰ de menfi zarar olarak değerlendirilir.¹¹⁴¹ Bazı müellifler, örneğin sözleşme imzalandıktan sonra, kiracısını çıkartması nedeniyle

¹¹³⁴ “Bu nedenle iş sahibi tarafından, henüz bir mahkeme hükmü olmadan üçüncü şahıslara tazminat ve cezai şart ödemesi yapılmak isteniyorsa, açılan davada hakimin bu menfi zarar kalemini TBK.m.50/II’ye göre yaklaşık olarak hüküm altına alması gerektiği ileri sürülmüştür” Bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 298.

¹¹³⁵ Bazı müellifler Yargıtay tarafından son dönemdeki kararlarında menfi zarar olarak kabul edilen kaçırılan fırsatların aslında olumsuz zarara özgü birer kâr mahrumiyeti olduğu kanaatinde. Bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 301.

¹¹³⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 80; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 478; Karahasan, **a.g.e.**, s. 286; Ergüne, **a.g.e.**, s. 301; Kurt, **Temerrüt**, s. 361-362; Şahin, **a.g.e.**, s. 301.

¹¹³⁷ Kurt, **Temerrüt**, s. 366; Enli, **a.g.e.**, s. 198-199.

¹¹³⁸ Duman, **a.g.e.**, s. 620.

¹¹³⁹ Öz, **Dönme**, s. 290; Şahin, **a.g.e.**, s. 313.

¹¹⁴⁰ Duman, **a.g.e.**, s. 620.

¹¹⁴¹ Kurt, **Temerrüt**, s. 362.

yaşadığı kira gelir kaybı ya da zirai faaliyetlerin sürdürülememesinde¹¹⁴² olduğu gibi kullanım kayıplarının da menfi zarar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.¹¹⁴³ Yargıtay da yıkım sebebiyle elde edilemeyen kira gelirlerinin de menfi zarar kapsamında olduğu kanaatindedir.¹¹⁴⁴ Ancak, bazı müellifler, hem kaçan fırsat olan en iyi ikinci teklife göre hesaplanacak menfi zararın hem de kendi edimini ifa etmesi nedeniyle elde edemediği kullanım ve kira gibi semere kaybının aynı anda istenememesi gerektiği, keza kaçırılan fırsat ile sözleşme yapılmış olsaydı dahi yine iş sahibinin yine kendi ediminin ifa etmesi gerektiği ve iş sahibinin kullanımının ya da semere elde etmesinin mümkün olmadığı, işbu halde kaçan fırsat nedeniyle uğranılan menfi zararın tazmini talebi ile birlikte talep edilen kullanım ve semere kaybı istemlerinin reddi gerektiği kanaatindedir.¹¹⁴⁵

Menfi zararın tazminin amacının, söz konusu dönülen sözleşme hiç yapılmamış olsaydı iş sahibinin malvarlığının bulunacağı durumu sağlamak olduğu; dönülen sözleşme hiç olmamış olsaydı, edimin ifa tarihinden (veya ispatlanması halinde iş sahibinin ifa tarihi öncesinde kiracının çıkarılması gibi edimin ifasına yönelik en erken sözleşmenin imza tarihine kadar gidebilen hazırlık işlemlerden itibaren) sözleşmeden dönülmesi nedeniyle iade tarihine kadar geçecek süre boyunca, iş sahibinin elde edemediği kullanım hakkına ve semerelere ilişkin zararını tazmin talebinde bulunabileceği; yüklenici, edimlerini ifa etmeyerek, yüklenicinin edimin ifa edeceğine ilişkin güveni boşa çıkardığı için, iş sahibinin bu süreye ilişkin kira ve semere kayıplarını tazmin etmesi gerektiği, kaçan fırsata ilişkin olarak yapılan hesaplama farazi bir zarar hesabı olup, iş sahibinin, sözleşmeden dönülmesinden sonra makul süre içerisinde yaptığı ikinci sözleşmenin tarihinde ya da en geç makul sürenin son gününde aynı şartlarla yeni bir sözleşme yapması durumunda, dönülen sözleşme

¹¹⁴² Şahin, **a.g.e.**, s. 313.

¹¹⁴³ Öz, **Dönme**, s. 290; Ergüne, **a.g.e.**, s. 292; Kurt, **Temerrüt**, s. 362; Duman, **a.g.e.**, s. 620.

¹¹⁴⁴ “Eser sözleşmesinin yüklenicinin kusuru ile feshedilmesi halinde arsa sahiplerinin uğradığı menfi zararlar arasında, arsada bulunan ve yüklenici tarafından yıkılan binanın objektif değeri ile bu yıkım sebebiyle elde edilemeyen kira gelirlerinin ve sözleşmede kararlaştırılmış inşaatın yapımı süresince yüklenicinin ödemeyi kabul ettiği iş sahibinin oturacağı ev için ödediği kira bedelinin de bulunduğu Dairemizin yerleşik içtihatları ile kabul edilmekte ve uygulanmaktadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 27.02.1985 gün 1983/15-74 Esas, 1985/254 Karar, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 11.07.2005 gün 2004/5821 Esas, 2005/4163 Karar, 08.11.2010 gün 2009/3916 Esas, 2010/6057 Karar sayılı ilâmları)” 15. HD. 3.7.2018 T., 2018/1752 E. 2018/2834 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁴⁵ Buz, **Dönme**, s. 252.

ile yeni sözleşmedeki kendi ediminin arasındaki farkın tazminini talep edebileceği, yani kaçırılan fırsatın aynı şartlarla yeni bir sözleşme yapılmasında, dönülen sözleşme kendi ediminin değerinin yeni sözleşme ile artmasından kaynaklanan zararın tazminini amaçladığı, iş sahibinin bu semere ve kullanım kayıplarına katlanmasını gerektiren yasa ve hakkaniyet çerçevesinde bir neden de bulunmadığı, ikinci sözleşmenin süresinde makul, hesaplanabilir ve kayda değer bir azalma meydana gelmişse, elbette ki bu sürenin kullanım ve semere kaybına ilişkin menfi zararın hesaplanmasında dikkate alınabileceği belirtilmiş olup, Yargıtay da bir kararında, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle dönülen bir sözleşmede, imar değişikliği nedeniyle söz konusu arsa üzerinde yapılacak inşaat alanında yaşanan küçülmeyi de menfi zarar olarak telakki edilmesi gerektiğine işaret etmiştir.¹¹⁴⁶

Yine aynı doğrultuda, sözleşme çalışmaları ile ilgilenmek zorunda kalan iş sahibinin, kendi işleri ile ilgilenememesinden kaynaklanan zararları, uygun illiyet bağı ile ispatlaması durumunda, menfi zararın hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği içtihadında bulunmuştur.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁶ Öz, **Dönme**, s. 289-290; Ergüne, **a.g.e.**, s. 298-315; Buz, **Dönme**, s. 246-252; Kurt, **Temerrüt**, s. 361-366; Şahin, **a.g.e.**, s. 311-314; Ürem, **a.g.e.**, s. 189-194; “Nitekim somut olayda arsa sahipleri yapılan sözleşme ile ileride yapılp kendilerine teslim edilecek belirli sayıdaki bağımsız bölüm karşılığında arsalarını davalı yükleniciye tapuda devretmeyi taahhüt etmişler ise de davalı, karşı edim olarak yüklendiği inşaat yapma ve teslim etme edimini yerine getirmemiş, bu arada sözleşme ile kararlaştırılan süre dolmuş, ondan sonradır ki inşaatın yapılacağı alanı da kapsayan imar planlarında değişiklik olduğu ve bu planlara göre de sözleşme tarihine kıyasla arsaların üzerine yapılabilecek bağımsız bölüm sayısında azalma olduğu ileri sürülmüştür. Böyle bir durumun saptanması halinde davacıların sözleşmenin yerine getirileceğine dair güvenlerinin boşa çıkmasından dolayı zarara uğradıklarının ve bu zararın da niteliğince menfi zarar olduğunun kabulü gerekir.” 15. HD. 27.02.2009 T., 2008/1658 E. 2009/1058 K. Bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 314, dn. 388; “Feshine karar verilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kurulduğu tarih itibarıyla, arsa sahiplerine, sözleşme konusu taşınmazlarda, sözleşmelerdeki koşullarla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasına ve yüklenicilerin teklifine en yakın sayıda bağımsız bölüm verilmesine yönelik başka kimselerce, yapılan teklifteki; yapılan teklif yok ise yapılması olanaklı sözleşme gereğince inşaat yapılsaydı arsa sahiplerinin alabileceği bağımsız bölüm sayısı ile, feshine karar verilen sözleşmelerin yerine getirilmesi durumunda yükleniciler tarafından arsa sahiplerine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin sayıları karşılaştırılıp değerlendirilerek 25.01.2005 tarihi itibarıyla, kaçırılan fırsat sebebiyle, arsa sahiplerinin azalan sayıdaki dairelerin piyasa rayıçlarına göre saptanarak bedelleri, menfi zarar kapsamında hesaplanabilir. O halde; mahkemece, açıklanan yasal yöntemle arsa sahiplerinin kaçırılan fırsat sebebiyle olumsuz zararlarının belirlenmesine yönelik uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla inceleme yaptırılması ve varılacak sonuca göre menfi zarar istemi hakkında bir karar verilmesi gerekirken; yazılı şekilde maddi tazminatın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.” 15. HD. 06.06.2008 T., 2007/1093 E. 2008/3760 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁴⁷ Öz, **Dönme**, s. 290; Duman, **a.g.e.**, s. 621.

Bu hesaplamada zarar veren yüklenicinin fiilen elde ettiği yararlar değil, zarar gören iş sahibinin elde edebileceği ama edemediği yararların değerlendirilmesi söz konusudur.¹¹⁴⁸ Zarar gören iş sahibi, edimini yerine getirmemiş olsaydı dahi, herhangi bir nedenle söz konusu yararı yine elde edemeyeceği anlaşıyorsa, bu durumda söz konusu yararın menfi zarar hesaplamasında dikkate alınmaması gerekir.¹¹⁴⁹ Elbette ki, yoksun kalınan şeylerin kira ve sair gelir getirdiğini ve bu gelirin miktarını ispat yükü yine iş sahibindedir.¹¹⁵⁰

7.3.4.Hesap Edileceği An

Bazı müellifler, menfi zararın hesabında, sözleşmenin yapıldığı¹¹⁵¹ anın, sözleşmeden dönüldüğü¹¹⁵² anın ya da hüküm tarihinin esas alınması gerektiği hususunda çeşitli görüşler bulunmaktadır.¹¹⁵³ Kimi müellifler, hüküm verildiği tarihte hesaplama yapılamayacağı için bunun hüküm vermeye en yakın tarih olarak ifade edilmesinin yerinde olacağı belirtmiştir.¹¹⁵⁴ Bazı müellifler ise, hüküm tarihine kadar değerinde bir düşme yaşanması durumunda, zararın meydana geldiği yani sözleşmeden dönüldüğü tarihin ya da dava tarihi itibari ile de hüküm kurulabileceği, zira zararın her üç tarih itibariyle de doğmuş ve ancak tazmini gecikmiş olduğu kanaatindedir.¹¹⁵⁵ Bazı müellifler de, hüküm tarihinin esas alınması gerektiğini ancak spekülatif amaçlarla geciktirmenin tespiti halinde iyiniyet kuralları gereğince sözleşmeden dönüldüğü anın hesaplamada dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.¹¹⁵⁶ Bazı müellifler, menfi zararın hesaplanmasında, zararın gerçekleşmesinden hemen önceki malvarlığı durumunun değil, söz konusu sözleşme hiç gerçekleşmemiş olsaydı hesaplama tarihi

¹¹⁴⁸ Ergüne, **a.g.e.**, s. 294-295.

¹¹⁴⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 295; Şahin, **a.g.e.**, s. 313.

¹¹⁵⁰ Öz, **Dönme**, s. 290.

¹¹⁵¹ Öz, **Dönme**, s. 297, dn. 130.

¹¹⁵² Öz, **Dönme**, s. 297, dn. 131; Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 141.

¹¹⁵³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 265; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 602; Öz, **Dönme**, s. 298; Eren, **a.g.e.**, s. 1261, N. 3519; Buz, **Dönme**, s. 275; Ergüne, **a.g.e.**, s. 350; Şahin, **a.g.e.**, s. 318; Enli, **a.g.e.**, s. 199.

¹¹⁵⁴ Öz, **Dönme**, s. 298; Ergüne, **a.g.e.**, s. 350.

¹¹⁵⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 265.

¹¹⁵⁶ Buz, **Dönme**, s. 275; Şahin, **a.g.e.**, s. 318-319.

itibari ile malvarlığının içerisinde bulunacağı farazi malvarlığı durumunun dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.¹¹⁵⁷

Yargıtay'ın, dönme tarihine¹¹⁵⁸, iki taraftan biri sözleşmeden dönmüş ve diğeri de bunu kabul etmişse iradelerinin birleştiği tarihe¹¹⁵⁹, dönmenin kesinleştiği tarihe¹¹⁶⁰ ve dava tarihine¹¹⁶¹ göre hesap edileceğine ilişkin içtihatları bulunmaktadır.

¹¹⁵⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s. 351; Ayrıca karşılaştırınız Ergüne, **a.g.e.**, s. 352, dn. 186.

¹¹⁵⁸ “Dairemizin yerleşik içtihatlarında zararın hesaplanmasında izlenecek yöntemin fesih tarihinde yüklenicinin yapmadığı, kalan imalâtların ilk ihalede yükleniciden sonraki en düşük teklifi veren teklif sahibine verilmiş olması halinde ödenmesi gereken bedelin (kaçırılan fırsatın) bulunup, fesih tarihinden itibaren kalan işin aynı koşullarda ve makul bir süre içerisinde ihaleye çıkılmış ve sözleşme yapılmış olması halinde ikinci yükleniciye ödenecek bedel arasındaki fark ile ikinci ihale ve sözleşmenin yapılması için katlanılan giderler olacağı kabul edilmektedir.” 15. HD. 7.2.2019 T., 2018/2646 E. 2019/497 K. (**Kazancı Bilişim**); “menfi zararlardan olan iki ihale arasındaki fark (kaçırılan fırsat) hesaplaması da Dairemizin uyguladığı yöntemle aykırıdır. Şöyle ki; Eser sözleşmesinden kaynaklanan ihtilâflarda iş sahibince sözleşmenin haklı nedenle feshi halinde sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 106.maddesi gereğince iş sahibi olumsuz (menfi) zararını isteyebilir. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlanabilecek olumsuz zarar kavramına; sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararlar girer. Dairemizin yerleşik içtihatlarında zararın hesaplanmasında izlenecek yöntemin fesih tarihinde yüklenicinin yapmadığı, kalan imalâtların ilk ihalede yükleniciden sonraki en düşük teklifi veren teklif sahibine verilmiş olması halinde ödenmesi gereken bedelin (kaçırılan fırsatın) bulunup, fesih tarihinden itibaren kalan işin aynı koşullarda ve makul bir süre içerisinde ihaleye çıkılmış ve sözleşme yapılmış olması halinde ikinci yükleniciye ödenecek bedel arasındaki fark ile ikinci ihale ve sözleşmenin yapılması için katlanılan giderler olacağı kabul edilmektedir.” 15. HD. 28.3.2019 T., 2018/357 E. 2019/1410 K. (**Kazancı Bilişim**);

¹¹⁵⁹ “fesih iradelerinin birleştiği 09.11.2012 tarihi itibarıyla” Bkz. 15. HD. 10.10.2019 T., 2019/2727 E. 2019/3877 K. (**Kazancı Bilişim**); “teknik bilirkişiler marifetiyle taşınmazın bulunduğu mahalde yapılacak keşifle fesih iradelerinin birleştiği 29.8.2008 birleşen dava tarihi itibarıyla yüklenicinin gerçekleştirdiği sözleşme ve ekleri tasdikli projesi, ruhsatı ve imara uygun imalatların ve yükleniciye bırakılıp onun tarafından üçüncü kişilere satılan bağımsız bölümlerin aynı tarih itibarıyla rayiç bedelleri hesaplattırılıp yüklenicinin sattığı bağımsız bölümlerin bedellerinin hak edilen imalat bedelinden mahsup edilmek “15. HD. 11.6.2012 T., 2011/7127 E. 2012/4320 K. (**Kazancı Bilişim**); Dönme tek taraflı bir işlem olduğundan, iki dönme beyanı varsa sadece biri geçerlidir yahut da ortada dönme ile değil ikale (bozma anlaşması) ile sona eren bir sözleşme vardır.

¹¹⁶⁰ “13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/214 Esasına kaydedilen davada mahkemenin 2014/338 Karar sayılı kararı ile sözleşmeyi arsa sahiplerinin haklı sebeplerle feshettiklerinin tespitine, arsa sahiplerinin müspet ve menfi zarar taleplerinin reddine dair verdiği karar temyiz edilmeksizin 27.09.2014 tarihinde kesinleşmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin arsa sahiplerince haklı sebeple feshi halinde yüklenici müspet zarar kapsamına kâr kaybı alacağını talep edemez ise de; fesihte yüklenici haksız olsa dahi feshin kesinleştiği tarihteki mahalli piyasa rayiçleri ile gerçekleştirdiği iş ve imalât bedelini arsa sahiplerinden talep edebilir. Değerlendirmenin feshedilen sözleşmeye göre ve feshin kesinleştiği tarih itibarıyla yapılması gerekir...fesihte yüklenici haksız olsa dahi feshin kesinleştiği tarihteki mahalli piyasa rayiçleri ile gerçekleştirdiği iş ve imalât bedelini arsa sahiplerinden talep edebilir.” 15. HD. 9.7.2018 T., 2018/662 E. 2018/2956 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁶¹ “Menfi zarar olarak sözleşmenin feshi nedeniyle talep edilen bina temeli ve havuz söküme bedelinin belirlenmesinde, dava tarihindeki piyasa fiyatlarının esas alınması gerekmektedir. Mahkemece yapılması gereken iş; feshine karar verilen sözleşme gereğince talep edilen menfi zararın belirlenmesinde, arsa üzerine inşa edilen bina temeli ve havuzun söküme bedelinin dava

Biz menfi zararın, sözleşmeden dönülmesi ile birlikte talep edilebilir hale gelmesi nedeniyle dönme iradesinin karşı taraf ulaştığı tarih itibari ile hesaplanması gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay'ın geçersiz sözleşmelerde, tarafların ülkenin ekonomik şartlarından etkilenmemesi için denkleştirici adet prensibine göre hesaplama yapılması şeklindeki katıldığımız görüşü ile çelişecek şekilde, sözleşmeden dönen tarafların durumunda talep hakkın kullanılmasının makul süre ile sınırlandırılmasına, eğer olayın özelliğinden kaynaklanan TMK.m.2 dürüstlük kuralı gerektirdiği özel bir durum olmadıktan sonra prensip itibari ile katılmıyoruz.¹¹⁶²

Yüklenici tarafından yapılan sözleşme dışı işlerin bedeli de söz konusu işlerin yapıldığı tarihteki rayiç bedellere göre vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilecektir.¹¹⁶³ Yargıtay, sözleşmeden dönülmesinden sonra, iş sahibi, üçüncü bir şahısla makul bir süre içerisinde sözleşme yapmışsa, yapılan bu sözleşmenin tarihine, ancak üçüncü şahısla sözleşme, makul sürenin dolmasından sonra yapılmışsa, makul sürenin son gününe¹¹⁶⁴ göre kaçırılan fırsatın hesap edileceği kanaatindeyiz.

tarihindeki piyasa fiyatlarına göre hesaplanması, piyasa fiyatları içerisinde KDV olduğundan ayrıca KDV'ye hükmedilmemesi” 15. HD. 20.11.2019 T., 2019/1674 E. 2019/4716 K. (**Kazancı Bilişim**); “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin haklı nedenle feshi halinde menfi zararın, sözleşmenin yapıldığı tarihte sözleşme yapılan diğer başka bir yüklenici ile davaya konu arsalar üzerinde ne miktarda daire veya arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi yapılabileceği belirlenerek bu miktar ile sözleşmenin feshinden sonra makul süre içerisinde başka bir yüklenici ile imzalanacak sözleşmeye göre iş sahibine-alacaklıya verilecek arsa payı veya bağımsız bölümler arasındaki fark olarak verilecek bağımsız bölümler veya arsa payının dava tarihi itibariyle piyasa rayiçlerine göre değeri olacaktır. Zararın bu şekilde bilirkişilerce saptanması ve hesaplanması mümkündür (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 09.01.2019 gün, 2018/2848 Esas 2019/88 Karar sayılı ilamı ve benzer kararları)” 15. HD. 11.11.2020 T., 2019/3216 E. 2020/2960 K. (**Kazancı Bilişim**); “mahkemece yapılması gereken iş, davacının akdi feshetmesi ve fesihte de kusurlu bulunması nedeniyle müsbet zarar niteliğinde kâr kaybı istemeyeceği gözetilerek bu kalem istemin reddine, gerçek giderlerle ilgili isteminin ise, yapılan imalat ve sarfedilen masrafların, düzenlenen projelerin arsa sahiplerinin işine yarayıp yaramayacağı ve ekonomik değeri araştırılmalı, yararlı olanların dava tarihi itibariyle değerleri yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan -gerektiğinde mahallinde inceleme yapılmak suretiyle- alınacak raporla saptanmalı ve davalıdan arsa payı oranında tahsiline karar vermek olmalıdır.” 15. HD. 17.11.2005 T., 2005/696 E. 2005/6142 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁶² “Dava konusu olayda sözleşmeler ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/2052 Esas 2001/1399 Karar sayısında yer alan davada feshedilmiş ve karar 13.09.2001 tarihinde kesinleşmiştir. Dolayısıyla tarafların sözleşmeden doğan hakları ile ilgili olarak hangi davaları açabilecekleri bu tarih itibariyle belirgin hale gelmiştir. Bu sebeple arsa sahiplerinin davalının zarara uğramaması için en geç 2001 yılı 2. döneminde eldeki davayı açmaları gerektiğinden arsa sahiplerinin gerek güçlendirme masraflarının ve gerekse menfi zararlarının hesabı yapılırken 2001 yılı 2. döneminin rayiçleri dikkate alınmalıdır.” 15. HD. 27.10.2008 T., 2007/6392 E. 2008/6359 K. Bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 319, dn. 406.

¹¹⁶³ 15. HD. 9.4.2012 T., 2011/4689 E. 2012/2312 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁶⁴ “Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre eğer, ikinci sözleşme makul süreden çok sonra yapılmış ve böylece zararın artmasına iş sahibi neden olmuşsa, sözleşmeden dönülmesini müteakip, en kısa zamanda bu işin hangi tarihte ikinci sözleşme yapılabileceği ve böyle bir işin kaçta yaptırılabilceği

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersizse, masrafların yapıldıkları tarihe göre endeks uygulanmadan hesap edilmesi gerektiği görüşündedir.¹¹⁶⁵

Ancak, 15. Hukuk Dairesi'nin geçersiz sözleşmelerle ilgili bu görüşü, denkleştirici adalet ilkesine aykırı olduğu, imal edilen yılın rayiç bedellerinin iadesinde esas alınmasının iade borçlusunun yararına ve iade alacaklısının zararına bir durum arz ettiği, geçersiz sözleşmeye rağmen iade borçlusunun verdiği güvenle edimini ifaya devam eden iade alacaklısının, ifa beklentisinin sona erdiği tarihin dikkate alınması gerektiği gerekçeleri ile eleştirilmiştir.¹¹⁶⁶

Biz de özellikle ülkemizde mevcut yüksek enflasyon, paranın hızlı değer kaybetmesi ve faiz oranlarının gecikmeden kaynaklanan zararın tazmini konusundaki yetersizliği dikkate alınarak, masrafların yapıldığı tarihteki bedel üzerinden iadesine karar verilmesinin, iade borçlusunun lehine iade alacaklısının aleyhine olacağı, açıkça taraflar arasında dengenin adaletsiz biçimde bozulmaması için TMK.m.2 dürüstlük kuralı gereğince Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve diğer dairelere ait denkleştirici adalet ilkesinin geçersiz sözleşmelerde de uygulanması ifa beklentisinin sona erdiği

tespit edilerek, bu tarihte iş sahibinin ödemek zorunda kalacağı ikinci sözleşme bedeli ile iş sahibinin kaçırdığı fırsat arasındaki fark da, olumsuz zararın bir başka hesap tarzıdır (Emsal 15. Hukuk Dairesi 1997/47 Esas 1997/556 Karar 03.02.1997 tarih 15. Hukuk Dairesi 1993/4758 Esas 1994/4044 Karar 16.06.1994 tarih). Yapılacak hesaplamalarda endeks kullanılmak suretiyle güncelleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.” 15. HD. 3.10.2018 T., 2017/1000 E. 2018/3552 K. (**Kazancı Bilişim**) Ancak bazı müellifler, soyut yöntemle hesaplama yapıyorsa dönülen sözleşme ile dava tarihi arasında hesaplama yapılacağını ileri sürmüşlerdir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 351, dn. 179.

¹¹⁶⁵ “Yanlar arasında 04.07.1992 tarihinde imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesi.... geçersiz olduğundan yapıldığı tarih itibarıyla bedelleri güncelleme yapılmaksızın hüküm altına alınması gerekir.” 15. HD. 07.12.2011 T., 2010/6374 E. 2011/7212 K. (**Kazancı Bilişim**); “Somut olayda, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde düzenleme şeklinde yapılmadığından geçersizdir. Sözleşmelerin yapılmasından sonra, arsa sahipleri tarafından dava dışı yüklenici şirkete tapu devri yapılmadığından ve şirket tarafından inşaat da sözleşmelere göre tamamlanmadığından, bu sözleşmeler tarafları bağlayıcı nitelik de kazanmamıştır...Bu durumda dava dışı S... Ltd. Şti. tarafından yapılan imalat sebebiyle arsa sahipleri sebepsiz olarak zenginleştiklerinden alacak miktarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre imalatların yapıldığı yıl itibarıyla hesaplanması gerekir.”15. HD. 28.11.2011 T., 2010/7418 E. 2011/6873 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁶⁶ Kırmızı, **a.g.e.**, s. 100.

tarihinin hesaplamada dikkate alınması gerektiği yolundaki içtihatlarının isabetli olduğu kanaatindeyiz.¹¹⁶⁷

7.3.5.İspatı ve Hesaplanması

İspat yükü, TBK.m.114/II'nin yaptığı atıf nedeniyle TBK.50/I gereğince menfi zararının varlığını iddia eden iş sahibine aittir.¹¹⁶⁸ Fiili olarak uğranılan zararların ispatlanması çoğu zaman zorluk arz etmemektedir.¹¹⁶⁹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi ile tarafların fiili zararlarını tam olarak ispatlamaları gerekmediği, zararları uygun illiyet bağı ve hayatın olağan akışı içerisinde tespit edileceği belirtilmiş ise de Yargıtay'ın fiili zararların *“biçimine uygun kanıtlarla”* ispatını aradığı içtihatları bulunmaktadır.¹¹⁷⁰ Ancak, somut olarak mevcut imalatların maliyetlerinin hesabının piyasa rayıçlarına göre bilirkişilere yaptırılabilmesinin kabulü gereklidir. Bu görüşümüz, özellikle kayıt dışı istihdam ve sair kayıt dışılıklar bakımından eleştirilebilir ise de aksinin kabulü, sözleşmeden dönülmesi ile tarafların hukuki durumları arasında kanun koyucunun arzulamadığı büyük eşitsizlik ve adaletsizlikler meydana getirilmesine neden olacaktır. Ayrıca, taraflardan biri tarafından sunulan, o taraf ile ilişki içerisindeki üçüncü şahıslardan alınan fatura ve sair belgeler ile ticari defter ve sair kayıtlara dayanan istemlerin de itiraz halinde ve özellikle söz konusu tarihteki rayiç bedeller bakımından denetlenmesi gerektiği açıktır.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁷ “Öyle ise, hukuken geçersiz sözleşmeler, haksız iktisap kuralları uyarınca tasfiye edilirken, denkleştirici adalet kuralı ve hakkaniyet gözetilerek, sözleşme tarihinde satış bedeli olarak verilen paranın, taşınmazın iadesinin talep edildiği dava tarihi itibarıyla enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur maaşları ve işçi ücretlerindeki artışlar gibi çeşitli ekonomik etkenlerin ortalamaları alınmak sureti ile ulaşacağı alım gücü, paranın reel değeri tespit edilerek bu bedel, hapis hakkı (alıkoyma) bedelinin tayininde hükme esas alınmalıdır. Bu ilkeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.02.2001 gün, 2000/13-1729 esas, 2001/32 karar sayılı ve 11.06.2003 gün, 2003/13-414 esas, 2003/410 karar sayılı ilamlarında da benimsenmiştir.” HGK. 01.10.2014 T., 2013/1-1117 E. 2014/745 K. (Kazancı Bilişim)

¹¹⁶⁸ Ergüne, **a.g.e.**, s. 321; Kurt, **Temerrüt**, s. 363; Şahin, **a.g.e.**, s. 314; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 568.

¹¹⁶⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 321; Şahin, **a.g.e.**, s. 314.

¹¹⁷⁰ “Olumsuz zarar, yapılan giderler olmakla, bunların davacı yanca biçimine uygun kanıtlarla ispat edilmesi gerekir. Oysa alınan bilirkişi raporunda sözleşme ve fesih tarihi arasında geçen 20 gün içinde proje hazırlanmış, ruhsat başvurusu yapılmış, malzeme anlaşmaları, araç gereç temini kanaatiyle olumsuz zararın 500 milyon TL. olabileceği varsayımından hareket bu işlerin ve giderlerin yapıldığı kanıtlanmadıkça, bilirkişi kanaatiyle zararın kabul edilmesi doğru değildir.” 15. HD. 05.11.1999 T., 1999/2653 E. 1999/3919 K. Bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 322, dn. 84.

¹¹⁷¹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 324.

Zararın kesin olarak tespit edilemediği ve özellikle kaçırılan somut bir teklifin ispatlanamaması halinde TBK.m.50/II gereğince hakim, zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak tespitinde bazı zorluklar yaşayabilecektir.¹¹⁷² Hakim kaçırılan bu fırsatlara ilişkin hüküm verirken, durumun şartlarına, hayatın olağan akışına, gerçekleşme ihtimaline, iş sahibinin gereken tedbirleri alıp almadığına göre inceleme yaparak hakkaniyete göre menfi zararı tespit edecektir.¹¹⁷³

Kaçırılan fırsatlara ilişkin zarar, farazi nitelikte olduğundan, hesap yapılmasında, somut olarak ret edilen bir ikinci teklifin varlığı tespit edilebiliyorsa o zaman sorun bulunmamaktadır.¹¹⁷⁴ Sözleşmenin ifa edileceğine olan inancı sebebiyle iş sahibi tarafından, dönülen sözleşme konusu iş için, dönülen sözleşmenin imzalanması esnasında başka yüklenicilerden alınan ancak reddedilmiş olan tekliflerden ispatlanabilen en kârlı olanı kaçırılan fırsatın hesaplanmasında dikkate alınacaktır.¹¹⁷⁵ Dönülen sözleşmenin yapılması nedeniyle reddedilen ve kaçırılan teklifle, sözleşmeden dönülmesi neticesinde aynı işi yaptırmak üzere yapılan sözleşmedeki bedel arasındaki fark, kaçırılan fırsat olarak kabul edilecektir.¹¹⁷⁶

İş sahibi, dönülen sözleşmenin imzalanması aşamasında başka hiçbir yüklenici ile görüşmemiş ve teklif de almamışsa yani ispatlanabilir en az bir teklif yoksa yine de iş sahibinin kaçırılan fırsata ilişkin farazi zararının tazminini talep edebilmesi gerekir.¹¹⁷⁷ Bu durumda hakim özellikle söz konusu tarihte piyasa rayiç bedelleri de dikkate alarak TBK.m.50/II gereğince hakkaniyete göre zararı tespit edecektir.¹¹⁷⁸

Kaçırılan fırsatlara ilişkin Yargıtay kararları da aynı istikamettedir. “*Feshine karar verilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kurulduğu tarih itibariyle, arsa sahiplerine, sözleşme konusu taşınmazlarda, sözleşmelerdeki koşullarla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasına ve yüklenicilerin teklifine en yakın sayıda bağımsız bölüm verilmesine yönelik başka kimselerce, yapılan teklifteki; yapılan teklif*

¹¹⁷² Kurt, **Temerrüt**, s. 363; Şahin, **a.g.e.**, s. 315.

¹¹⁷³ Kurt, **Temerrüt**, s. 363; Şahin, **a.g.e.**, s. 314.

¹¹⁷⁴ Kurt, **Temerrüt**, s. 363.

¹¹⁷⁵ Kurt, **Temerrüt**, s. 363.

¹¹⁷⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 363; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 569.

¹¹⁷⁷ Kurt, **Temerrüt**, s. 364.

¹¹⁷⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 363.

yok ise yapılması olanaklı sözleşme gereğince inşaat yapılsaydı arsa sahiplerinin alabileceği bağımsız bölüm sayısı ile, feshine karar verilen sözleşmelerin yerine getirilmesi durumunda yükleniciler tarafından arsa sahiplerine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin sayıları karşılaştırılıp değerlendirilerek 25.01.2005 tarihi itibarıyla, kaçırılan fırsat sebebiyle, arsa sahiplerinin azalan sayıdaki dairelerin piyasa rayiçlerine göre saptanarak bedelleri, menfi zarar kapsamında hesaplanabilir.”¹¹⁷⁹

Ancak fiili değil farazi bir zarar olan, daha elverişli sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasında, iş sahibi somut olarak bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını ispat etmek zorunda kalacak mıdır?¹¹⁸⁰ Yani iş sahibi, yüklenici yapacağı sözleşmeye en yakın bir sözleşme yapma teklifi aldığını ve yüklenici ile dönülen sözleşmeyi akdetmiş olmaları nedeniyle söz konusu teklifi kabul etmediğini kesin delillerle ortaya koymak zorunda mıdır?¹¹⁸¹

Öğretide hakim görüş, kaçan fırsatın ispatında ispat kurallarının çok sıkı şekilde uygulanmaması gerektiği, keza ispatında önemli güçlüklerin söz konusu olduğu, teklifte bulunan kişinin ya da kurumun bildirilmesine gerek olmadığı, uygun illiyet bağının varlığı halinde hakimın rayiç bedeller, hayatın olağan akışı ve zarar gören iş sahibinin aldığı tedbirler doğrultusunda, kaçan fırsatlara ilişkin menfi zararın hakim tarafından hakkaniyete uygun olarak tespit edilebileceği yönündedir.¹¹⁸² Bu durumda iş sahibinin kaçan fırsatı somut olarak ispatlaması yerine, sözleşmenin kurulduğu esnadaki piyasa şartlarına ve kendi durumuna göre böyle bir sözleşme

¹¹⁷⁹ 15. HD. 06.06.2008 T, 2007/1093 E. 2008/3760 K. (**Kazancı Bilişim**); “Menfi zararın hesabına gelince; davalının yeniden sözleşme yapılması sonucu ilk sözleşme tarihi itibarıyla davacı yerine başkası ile sözleşme yapsaydı ne miktar bağımsız bölüm alacağı bulunmalı, bundan yeniden sözleşme yapması sonucu verilen daire sayısı farkı nedeniyle varsa uğradığı ile imar değişikliği sonucu 5970 ada 7 parselde oluşan kat kaybı sonucu uğradığı zararı, yine ikinci sözleşmede katlanmak zorunda kaldığı alt yapı giderleri, imara uygun olması kaydı ile havuz yapmak durumunda kalındığında katılacağı masraf toplamı arasındaki fark, yeniden oluşturulacak uzman bilirkişi heyetine incelettirilmeli ve alınacak raporla saptanıp karşı davada hüküm altına alınmalıdır.” 15. HD. 10.4.2008 T., 2007/189 E. 2008/2341 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁸⁰ Buz, **Dönme**, s. 252-253.

¹¹⁸¹ Buz, **Dönme**, s. 253.

¹¹⁸² Buz, **Dönme**, s. 253.

yapabileceği anlaşılabilir kadar bir kanaat oluşturmaları dahi yeterli kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁸³

Ancak bazı müellifler bu görüşe, salt piyasa rayiçlerine göre iş sahibinin kaçan fırsatlarının belirlenip menfi zararın hesaplanmasının hatalı olduğu, aksinin kabulünün dönme halinde ifa çıkarının talep edilememesi kuralının dolanılması anlamına geleceği, iş sahibinin kaçırdığı daha elverişli fırsatın dikkate alınmasının güçlü bir olasılık olduğunu inandırıcı ve somut delillerle ispatlanması gerektiği şeklindeki gerekçelerle karşı çıkmışlardır.¹¹⁸⁴

İş sahibi, genelde talip olan yüklenici ile şartları münasip ise başka bir yüklenici ile görüşmeden sözleşme imzalamakta, başkaca teklif almamakta ya da ileride doğabilecek bu tip hukuki ihtilaflara ilişkin gerekli malumatı bulunmaması hasebiyle herhangi bir hazırlık yapmamaktadır.¹¹⁸⁵

İhalelerde sunulan teklifler bakımından ispat hususunda bir sorun yok ise de bir üçüncü şahıstan alınan teklifler büyük ihtimalle sözlü olacak, tanıkla ispatlanabilme hususu bir yana, teklifi reddedilmiş üçüncü şahsa ulaşma ve tanıklığını sağlama sorunu yaşanacaktır. Eğer teklif adi yazılı ise de her zaman hazırlanması mümkün bu tür belgeler, sonradan düzenlendiği ve gerçeği yansıtmadığı şeklindeki yüklenici itirazı ile karşılaşma olasılığı yüksek ve ispat gücü tartışmalı olacaktır. Her şart altında hakim, sunulan her tür delilin sıhhatine ilişkin itiraz üzerine, piyasa rayiçleri, durumun ve sözleşmenin şartları, hayatın olağan akışı ve hakkaniyet çerçevesinde bir denetim gerçekleştirecektir. Özellikle piyasada rayiç fiyatları olan ya da sair bir şekilde objektif olarak hesaplanabilen bir edimin değerinin dikkate alınmaması kanun koyucunun arzuladığı ve adil bir sonuç olmayacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay'ın son dönem kararlarında da, hangi sözleşme yapma fırsatının kaçırıldığının somut olarak ispatlanmasını aramaksızın, söz konusu edimin dönülen sözleşmenin yapıldığı tarihteki rayiç bedelinin bulunması halinde bu bedel ile sözleşmeden dönülmesinden sonra makul süre içerisinde yapılan ikinci sözleşme ve

¹¹⁸³ Buz, **Dönme**, s. 254.

¹¹⁸⁴ Öz, **Dönme**, s. 290.

¹¹⁸⁵ Buz, **Dönme**, s. 254.

eğer ikinci sözleşme makul süre içerisinde yapılmamışsa makul sürenin son günü esas alınarak kaçan fırsata ilişkin menfi zarar tespiti yapılacağı belirtilmektedir.¹¹⁸⁶ Bazı müelliflere göre, iş sahibine tanınan bu ispat kolaylığının, dönülen sözleşmenin yapıldığı tarihte rayiç bedellerin bulunduğu durumlarla sınırlandırılmamalıdır.¹¹⁸⁷

Bazı müelliflerin, dönülen sözleşmenin kendisinin kaçırılmış fırsat olduğunu savundukları ve bu görüşlerini İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına dayandırdıkları, dönülen sözleşmenin piyasa rayiçlerine uygun olarak yapılmasında olduğu gibi menfi zarar ile müspet zararın bazı örneklerde birbirine eşit olabileceği, ancak bu görüşün menfi zarar ile müspet zararı birbirine eşitleyen bir karine getirdiği ve iki zarar arasındaki farkı ortadan kaldırıp, alacaklının seçimlik hakkını anlamsızlaştırdığı için hatalı ve tehlikeli bir görüş olduğu ileri sürülmüştür.¹¹⁸⁸

Kaçırılan fırsata bağlı menfi zararın tazminin talep edilebilmesi için, iş sahibinin sözleşmeden döndükten sonra, söz konusu işi daha yüksek bir bedelle üçüncü şahsa yaptırmasının kesin olması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁸⁹ İş sahibi, sözleşmeden dönülmesi nedeniyle “*daha elverişsiz şartlar içeren yeni bir sözleşme yaptığını veya yapacağını somut bir şekilde ispatlamalıdır.*”¹¹⁹⁰ Keza, dönülen sözleşmeyle aynı türde ikinci bir sözleşme, imzalamaktan vazgeçen ya da üçüncü şahıslarla hala bir böyle bir sözleşme imzalama imkanı olan iş sahibinin henüz zararının oluşmadığı kabul edilmektedir.¹¹⁹¹ Yargıtay, kaçırılan fırsatlara ilişkin istemde bulunulabilmesi için, söz konusu işin bir üçüncü şahsa yaptırılması ve ücretinin ödenmesi gerektiği, ödenmeyen paranın tahsilinin istenemeyeceği kanaatindedir.¹¹⁹²

“Sözleşmeden dönen iş sahibinin, kaçırılan fırsat adı altında olumsuz zararını isteyebilmesi için, yapılmayan işi bir başka yükleniciye vermesi ve parasını da yeni yükleniciye ödemiş olması gerekir. Olayda, davacı iş sahibi, işi bir başkasına vermediği gibi fiilen 300.000.000 lira da ödemediğinden, 300.000.000TL.lık alacak

¹¹⁸⁶ Buz, **Dönme**, s. 255.

¹¹⁸⁷ Buz, **Dönme**, s. 254.

¹¹⁸⁸ Buz, **Dönme**, s. 257.

¹¹⁸⁹ Öz, **Dönme**, s. 290; Şahin, **a.g.e.**, s. 315; Duman, **a.g.e.**, s. 615.

¹¹⁹⁰ Ergüne, **a.g.e.**, s. 326.

¹¹⁹¹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 326; Yener, **a.g.e.**, s. 84.

¹¹⁹² Karadaş, **a.g.e.**, s. 561.

kaleminin reddi yerine, bu talebin olaya uygun düşmeyen gerekçe ile kabulü doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.”¹¹⁹³

Ancak, dönülen sözleşme konusu edimin piyasa rayiç bedellerinin bulunması durumunda, sözleşmeden dönülmesinden sonra ikinci bir sözleşme yapılabilecek makul sürenin son günü itibari ile soyut yöntem ile hesaplama yapılabileceği ve aynı şartlarla ikinci bir sözleşme yapılmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir.¹¹⁹⁴

“Feshine karar verilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kurulduğu tarih itibariyle, arsa sahiplerine, sözleşme konusu taşınmazlarda, sözleşmelerdeki koşullarla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasına ve yüklenicilerin teklifine en yakın sayıda bağımsız bölüm verilmesine yönelik başka kimselerce, yapılan teklifteki; yapılan teklif yok ise yapılması olanaklı sözleşme gereğince inşaat yapılıyorsa arsa sahiplerinin alabileceği bağımsız bölüm sayısı ile, feshine karar verilen sözleşmelerin yerine getirilmesi durumunda yükleniciler tarafından arsa sahiplerine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin sayıları karşılaştırılıp değerlendirilerek 25.01.2005 tarihi itibariyle, kaçırılan fırsat sebebiyle, arsa sahiplerinin azalan sayıdaki dairelerin piyasa rayiçlerine göre saptanarak bedelleri, menfi zarar kapsamında hesaplanabilir. O halde; mahkemece, açıklanan yasal yöntemle arsa sahiplerinin kaçırılan fırsat sebebiyle olumsuz zararlarının belirlenmesine yönelik uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla inceleme yaptırılması ve varılacak sonuca göre menfi zarar istemi hakkında bir karar verilmesi gerekirken; yazılı şekilde maddi tazminatın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.”¹¹⁹⁵

İş sahibinin, ikinci sözleşmeyi makul süre içerisinde imzalamamış olması durumunda, kaçırılan fırsata ilişkin menfi zarar hesabı, ikinci sözleşmenin

¹¹⁹³ 15. HD. 8.12.1999 T., 1999/4290 E. 1999/4536 K. (**Kazancı Bilişim**); Aynı yönde “Bu bakımdan sözleşmeden dönen arsa sahiplerinin bilirkişilerce doğru olarak nitelendirildiği üzere kaçırılan fırsat adı altında olumsuz zararını isteyebilmesi için bu zarar fiilen uğramaları 2. sözleşmeyle uğrayacakları zararları mahkemede fiilen kanıtlamaları gerekir. Aksi halde yapılmayan sözleşmeden dolayı, bazı varsayımlarla bulunan bu zararın çekişmenin geldiği bu aşamada tahsili istenemez. O halde mahkemece, davacı arsa sahipleri menfi zararlarına dair açtıkları davanın da reddi yerine hüküm altına alınması doğru değildir.” 15. HD. 28.6.2004 T., 2003/6730 E. 2004/3623 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁹⁴ Ergüne, **a.g.e.**, s. 326; Şahin, **a.g.e.**, s. 317; “o yüklenicinin teklif ettiği fiyat ile sözleşme tarihinde başka fiyat teklif eden yüklenici yok ise anılan tarih itibariyle o işin rayiç bedeli ile davacı iş sahibinin sözleşmenin feshini takiben makul süre içerisindeki somut olayda ıslah tarihi olan 10.7.2003 tarihi itibariyle başka yükleniciye işin yapılabilmesi için ödemesi gereken bedel farkının bilirkişi kurulundan ek rapor alması yahut gerekli görüldüğü takdirde yeniden uzman bilirkişi aracılığıyla tespit ettirilip belirlenecek olumsuz zarar tutarına göre” 15. HD. 29.3.2005 T., 2004/5189 E. 2005/1857 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁹⁵ 15. HD. 6.6.2008 T., 2007/1093 E. 2008/3760 K. (**Kazancı Bilişim**)

imzalanacağı makul sürenin son gününün belirlenmesinden sonra, o tarihte geçerli olan serbest piyasa rayiçlerine göre yapılacaktır.¹¹⁹⁶

İş sahibinin yaptığı ikinci sözleşmesinin konusu ve şartlarındaki değişiklikler, iş sahibinin kaçırılan fırsata ilişkin zararının tazminini talep etmesine engel teşkil etmeyecektir.¹¹⁹⁷ Hiç şüphesiz, makul sürenin yanında, dönülen sözleşme ile imzalanan ikinci sözleşmenin de aynı şartlarla yapılmış olması büyük önem taşımaktadır. Bağımsız bölümlerin sayısı azalmakla beraber metrekaresi büyüdüğü ya da bağımsız bölümlerin metrekaresi düştüğü için iş sahibine düşen zemin kat daire yerine ara kat bir daire verildiği ya da bahçeye bakan dükkanın, caddeye bakan ama daha küçük bir dükkan ile değiştirilmesinde olduğu gibi, menfi zarar hesabında dönülen sözleşme ile imzalanan ikinci sözleşmenin şartlarının aynı olduğuna dikkat edilmeli, eğer şartlarda farklılık tespit edilirse bu farklılıklar da zararın hesaplanmasında dikkate alınmalıdır. Bu taktirde, dönülen sözleşmenin konusu ile (nitelik ve nicelik olarak vardığı durumla) sınırlı olmak üzere, kaçırılan fırsat, teklif ile sözleşmeden dönülmesinden sonra imzalanan ikinci sözleşme arasındaki farka göre menfi zararın hesaplanması yapılacaktır.¹¹⁹⁸ Yargıtay da aynı kanaattedir.

“Zararın hesaplanmasında izlenecek yöntem ise yüklenicinin yapmadığı imalâtın ilk ihalede yükleniciden sonraki en düşük teklifi veren şirkete verilmiş olması halinde ödenmesi gereken bedelin (kaçırılan fırsat) hesaplattırılıp, fesih tarihinden itibaren dava dışı ikinci yükleniciye kalan işin verildiği ikinci sözleşmenin makul süre içerisinde yapılıp

¹¹⁹⁶ “yeni ihalenin yapılmasında makul süre geçirilmiş ve bu nedenle borçlunun zararı artmışsa artan zarardan borçlu sorumlu tutulamaz. Borçlunun sorumlu olduğu zarar miktarının makul süre içinde yapılacak yeni ihalenin fiyat ve koşullarına göre belirlenmesi gerekir. Bilirkişilerce ihaleye çıkılması gereken makul süre sonundaki fiyat ve koşullara göre bir zarar hesabı yapılmamıştır. O halde mahkemece bilirkişi kurulundan alınacak ek raporla davalı’le yapılan sözleşmenin fesih tarihine 1 aylık makul sürenin eklenerek yeni ihalenin yapılması gereken son tarih bulunmalı, bu tarihteki serbest piyasa rayiçlerine göre ihaleye konu sırt çantalarının birim fiyatı belirlenmeli” Bkz. 15. HD. 26.5.2008 T., 2008/296 E. 2008/3347 K. (**Kazancı Bilişim**); “Davalının yapmadığı işlerin başka şirkete geç yaptırılmış olması nedeniyle zararın artmasına sebebiyet veren davacı, kuşkusuz bu gecikmesinden sorumludur (BK 98 ve 44. madde). O halde mahkemece yapılması gereken iş, fesihten itibaren makul sürede işlerin yeniden aynı şartlarda yaptırılması için gerekli bedel ile davalıya sözleşme yapılmamış olsaydı en yakın hangi fiyatla yapılabileceği (kaçırılan fırsat) ek raporla bilirkişiye hesaplattırılmalı, aradaki fark (menfi zarar) hüküm altına alınmalıdır.” 15. HD. 17.09.2007 T., 2007/4727 E. 2007/5370 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹¹⁹⁷ Yener, **a.g.e.**, s. 84.

¹¹⁹⁸ Yener, **a.g.e.**, s. 84, dn. 337.

yapılmadığının, ikinci ihale ile birinci ihalenin aynı özellikleri taşıyıp taşımadığının özellikle imalâtın konusu ve niteliklerinin farklı olup olmadığının, ilk sözleşmeye dahil olmayan bir imalâtın ikinci sözleşmeye ilave imalât olarak dahil edilip edilmediğinin belirlenmesi, ikinci sözleşmenin makul süre içinde ve ilk sözleşme ile aynı koşul ve özelliklerde yapılması halinde olması gereken bedelin hesaplattırılarak bulunacak rakam ile kaçırılan fırsat olarak ilk sözleşmede yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibine iş verilmesi halinde kalan işlerin tamamlattırılması için o teklif sahibine ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın menfi zarar olarak hesaplanmasından ibarettir.”¹¹⁹⁹

Taraflar sözleşmenin içerisinde yer verecekleri açık bir hükümle, sözleşmeden dönülmesinden sonra alacaklara uygulanacak akdi faiz belirleyebilirler. Ancak bu faiz oranı “Sözleşmede kararlaştırılan faiz oranı akdi faiz niteliğinde olup oran tarafların anlaşmasıyla serbestçe belirlenebilir. Ancak kararlaştırılan oranın ticari hayatta benzer faiz uygulamalarındaki ölçülerde yanların ekonomik beklentilerine yarar dengelerine ve BK'nın 19/son ve 20. maddesinde kabul edilen ilkelere göre MK'nın II”¹²⁰⁰ maddesine aykırı olmaması gereklidir. Eğer sözleşmede dönme sonrası uygulanacak bir akdi faiz belirlenmemiş ise, iş sahibi, her çeşit imalat ve inşaat işleri kapsamında kalan arsa payı karşı inşaat sözleşmesinden dönülmesi nedeniyle uğradığı menfi zarara 3095 sayılı Kanunu’nun 2/II. maddesi gereğince avans faizi talep edilebilecektir.¹²⁰¹ Ancak, geçersiz sözleşmelerdeki akdi faize ilişkin hükümler de geçersiz olup dikkate alınmayacaktır.¹²⁰²

¹¹⁹⁹ 15. HD. 3.10.2018 T., 2017/1000 E. 2018/3552 K. (Kazancı Bilişim)

¹²⁰⁰ 15. HD. 28.6.2012 T., 2011/3159 E. 2012/4877 K. (Kazancı Bilişim)

¹²⁰¹ “Bu durumda kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesindeki iş sahibine karşı sorumlulukları devam ettiğinden asıl davada kabul edilen alacağın davalı İ. A.’dan da müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi, her çeşit imal ve inşaat işleri TTK’nın 12/III. maddesine göre, ticari iş niteliğinde olup 3095 Sayılı Kanununun 2/II. maddesine göre avans faizi istenebileceği ve davacı arsa sahipleri asıl davada bundan daha az olan reeskont faizi isteminde bulunduklarından alacağın reeskont faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu davalı İ. A. hakkındaki davanın reddi ve kabul edilen alacağa yasal faiz yürütülmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” 15. HD. 02.02.2012 T., 2010/6861 E. 2012/508 K. (Kazancı Bilişim)

¹²⁰² “adi yazılı sözleşme ile tapu devri mümkün olmadığından sözleşme geçersiz olup, sözleşmede yer alan aylık %10 vade farkına ilişkin düzenlemenin de hükmü bulunmamaktadır.” 15. HD. 16.6.2008 T., 2007/5137 E. 2008/3971 K. (Kazancı Bilişim)

Ancak Yargıtay, menfi zararın hesaplama anını muacceliyet tarihi olarak kabul etmekte, menfi zarara faiz işletilebilmesi için, talep edilen miktarı, ödeme tarihi ve ödeme talebini içeren geçerli bir temerrüt ihtarının varlığını aramakta aksi taktirde dava tarihinden itibaren faiz işletilmesini kabul etmektedir.¹²⁰³ Dava kısmi dava ise açılan kısım için ilk dava açılan tarihte, ıslah ile bedel arttırıldığında ise ıslaha konu olan kısım için ıslah tarihinden itibaren faiz işletilecektir. Sözleşmeden dönülmesi durumunda kural olarak talep edilemeyen ancak sözleşme ile dönülme halinde de talep edilebileceği düzenlenmiş olan gecikme tazminatları da aynı hükümlere tabidir.

7.3.6.Menfi Zararın Sınırlandırılması

Hukukumuzda, genel olarak menfi zararın, en yüksek müspet zarar miktarı (ifaya olan çıkar)¹²⁰⁴ ile sınırlandırılmasına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır.¹²⁰⁵ Bazı müellifler menfi zararın, müspet zarar miktarını geçemeyeceği kanaatindedir.¹²⁰⁶ Yargıtay'ın da bu yönde sadece bir kararına ulaşabilme imkanımız olmuştur.¹²⁰⁷

Bu hususta açık düzenleme bulunan Alman Hukukundan da esinlenilmektedir.¹²⁰⁸ Bazı müellifler ise, fiili zararların müspet zararı aşabileceği ancak kaçırılan fırsatlara dayalı menfi zarar tazmini taleplerinin müspet zarar miktarını aşamayacağı kanaatindedir.¹²⁰⁹

¹²⁰³ “alacak miktarı içeren temerrüt ihtarı olmamasına rağmen alacağa mahkemece kabul edilen sözleşmenin feshi tarihinden itibaren faiz hükmedilmesi de doğru olmamıştır.” 15. HD. 8.2.2018 T., 2016/5306 E. 2018/443 K. (Kazancı Bilişim) “Bir alacağa dava tarihinden önce temerrüt faizi yürütülebilmesi için davalı borçlunun davacı alacaklı tarafından usulüne uygun olarak keşide edilmiş ihtarla temerrüde düşürülmesi veya sözleşmede ödeme gününün kesin olarak belirlenmiş olması gerekir. Aksi halde davalı borçlunun davanın açıldığı tarihte temerrüde düştüğü kabul edilir ve faiz dava tarihinden başlatılır. Ancak dava açılması yalnızca dava dilekçesinde talep edilen miktar yönünden temerrüt oluşturur, saklı tutulan fazla haklar yönünden temerrüt oluşturmaz. Somut olayda; dava tarihinden önce davacı tarafından davalıya Germencik Noterliği'nden 04.09.2008 tarihli ve 08.02.2011 tarihli ihtarlar keşide edilmişse de, bu ihtarlarda açıkça ödeme talebinde bulunulmadığından bu ihtarlar davalı borçluyu temerrüde düşürücü nitelikte değildir. Sözleşmede kesin vadeye dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dava açılması da yalnızca davada talep edilen miktar yönünden temerrüt oluşturur, saklı tutulan haklar yönünden temerrüt oluşturmaz.” 15. HD. 12.5.2016 T., 2015/6201 E. 2016/2742 K. (Kazancı Bilişim)

¹²⁰⁴ Öz, **Dönme**, s. 298.

¹²⁰⁵ Buz, **Dönme**, s. 277.

¹²⁰⁶ Buz, **Dönme**, s. 277.

¹²⁰⁷ “Ancak, bu suretle hesap edilecek olumsuz zararın tutarı hiçbir durumda olumlu zarar tutarını geçemez.” 15. HD. 28.9.1993 T., 1992/5474 E. 1993/3691 K. (Kazancı Bilişim)

¹²⁰⁸ Öz/Oğuzman, **a.g.e.**, C. I, s. 386, N. 1281.

¹²⁰⁹ Buz, **Dönme**, s. 279; Ergüne, **a.g.e.**, s. 356, N. 196.

Ancak öğretideki hakim görüşün, bu yöndeki sınırlamayı kabul etmediği belirtilmektedir.¹²¹⁰ Bazı müellifler, borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi nedeniyle talep edilen menfi zararın, müspet zararla aynı ya da ondan daha yüksek ya da aşağı olabileceği, sözleşme hiç kurulmasaydı malvarlığının bulunacağı duruma getirmeyi amaçlayan menfi zararı, müspet zararının azamî miktarı ile sınırlamanın kanun koyucunun iradesine de uygun olmadığı kanaatindedir.¹²¹¹ Keza, TBK içerisinde menfi zararın sınırlandırılmasına ilişkin genel bir düzenleme bulunmadığı, özel düzenlemelerin varlığından böyle bir kanaate varılamayacağı, her iki zarar türüne ait nedensellik bağının farklı olduğu, TBK'nın kabulü aşamasında bu tür bir sınırlama getirmeye yönelik teklifin reddedildiği, kanun koyucunun burada bilinçli bir susmasının söz konusu olduğu, hal böyleyken menfi zararı, müspet zararla sınırlamanın, müspet zararı aşan menfi zararın tazminine engel olacağı ve bu surette kanun koyucunun iradesine açıkça aykırı olacağı, işbu çerçevede, müspet zararı aşan menfi zararın bu nedenle menfi zararın sınırlandırılmasına yönelik görüşlerin isabetli bulunmadığı belirtilmiştir.¹²¹² Aksi taktirde, menfi zararın tazmininin istenmesi halinde, talep edilebilecek üst sınır olan müspet zararında hesaplanması gerektiği, bunun çok ciddi külfet olduğu belirtilmiştir.¹²¹³

Uygulanacak denkleştirme, ortak kusur ve zararın artmasına sebebiyet verilmemesi prensibi, uygun illiyet bağı teorisi ve özellikle TBK.m.52 hükmü, menfi zararın hakkaniyete uygun olarak belirlenmesini sağlayacağı ileri sürülmüştür.¹²¹⁴ Özellikle hakim, uzman bilirkişilerce yapılacak değerlendirme sonucunda belirlenen menfi zarar miktarının hakkaniyet ilkesine aykırı bir miktarda çıkması durumunda TBK.m.52 gereğince hakkaniyet ölçüsünde indirim yapabilecektir.

¹²¹⁰ Öz, **Dönme**, s. 298; Buz, **Dönme**, s. 277-278.

¹²¹¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1262, N. 3516.

¹²¹² Ergüne, **a.g.e.**, s. 359; Buz, **Dönme**, s. 278.

¹²¹³ Buz, **Dönme**, s. 278-279.

¹²¹⁴ Buz, **Dönme**, s. 283.

7.3.7.Zamanaşımı

Bir yenilik doğuran hak olan dönme bildiriminin, iş sahibine ulaşmasıyla etkisini göstereceği ve menfi zarara ilişkin zamanaşımı süresin bu tarihten yani muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir.¹²¹⁵ Bazı müellifler, menfi zararın tazmini için dönme bildiriminde bulunmadan doğrudan dava açılması halinde, dava tarihinden itibaren zamanaşımının işleyeceği kanaatindedir.¹²¹⁶

Menfi zararın, dönme iradesinin karşı tarafa ulaşip hüküm ve netice doğurduğu tarihten itibaren TBK.m.146 gereğince on yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir.¹²¹⁷ TBK.m.147/VI uyarınca “yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuru ile hiç ya da gereği ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar” 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.¹²¹⁸ Hükümünün burada uygulanıp uygulanmayacağı sorusu sorulabilir. Belirtelim ki sözleşmeden dönme üzerine doğan menfi zararın tazmini talebi ancak aynı sözleşmeden doğan bir alacak sayılır ise bu hükümdeki 5 yıllık zamanaşımına tabi olabilir. Bu şıkta dahi yüklenicinin ağır kusurunun varlığı halinde menfi zarar TBK.m.146’da düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlı olacaktır.

Yargıtay, ya teslimden¹²¹⁹ ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönülmesinin kesinleştiği tarihten itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağı kanaatindedir. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine dayalı menfi zarar talepleri sözleşmenin feshinin kesinleştiği tarihten itibaren TBK’nın 147. maddesinde eser sözleşmeleri için belirlenen 5 yıl sonunda zaman aşımına uğrar.”¹²²⁰

¹²¹⁵ Öz, **Dönme**, s. 302; Ergüne, **a.g.e.**, s. 147; Kurt, **Temerrüt**, s. 367; Şahin, **a.g.e.**, s. 319; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 584.

¹²¹⁶ Kurt, **Temerrüt**, s. 367; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 584.

¹²¹⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1261-1262, N. 3520; Buz, **Dönme**, s. 275.

¹²¹⁸ Öz, **Dönme**, s. 301-302; Ergüne, **a.g.e.**, s. 145; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 584.

¹²¹⁹ “Eser sözleşmelerinde zamanaşımı teslimden veya fesihten itibaren başlar. Davalı yüklenicinin eseri sözleşme ve eklerine göre tamamlayıp teslim etmediği ve sözleşmenin dava tarihi itibarıyla ayakta bulunduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme fesih de edilmediğinden henüz zamanaşımı süresi işlemeye başlamamıştır. Bu nedenle mahkemece zamanaşımı def’inin reddi ile işin esasının incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” 15. HD. 7.12.2006 T., 2006/7107 E. 2006/7172 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²²⁰ 23. HD. 22.11.2018 T., 2016/1519 E. 2018/5446 K. (**Kazancı Bilişim**)

Yargıtay ve bir yazara göre, dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasından sonra, karşı taraf da dönme beyanına açıkça muvafakat ediyor ya da kendisi de sözleşmeden döndüğünü bildiriyorsa, bu durumda dönme sonucu üzerinde taraf iradeleri birleşmiş demektir ve zamanaşımı bu iradelerin birleştiği andan itibaren başlayacaktır. Ancak, taraflar dönme konusunda anlaşamamışlar ise zamanaşımı açılan dönme davasının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır.¹²²¹ Yukarıda değindiğimiz üzere, dönme beyanının sonuç doğurması karşı tarafın muvafakatine bağlı değildir. Karşı tarafın muvafakati ile sonuç doğuran sözleşmenin sona ermesi ise, ikale ile sona erme anlamına gelir ki bu şıkta dönmeye bağlanan menfi zararın tazmini hakkı doğmaz.

Yargıtay, geçersiz sözleşmelerde geçersizlikten kaynaklanan menfi zararların tazmini talepleri için ise geçersizliğin tespitinden itibaren zamanaşımının işleyeceği kanaatindedir.¹²²² Yine Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olsa da eser sözleşmelerinde uygulanan TBK.147/VI'da belirtilen 5 yıllık zamanaşımına tabi olacağına karar vermiştir.¹²²³ Yargıtay geçersiz de olsa bir sözleşme mevcut olduğu taktirde, muhtemelen ülkemize özgü uygulamada karşılaşılan sorunları göz önüne alarak, zamanaşımı süresini, yapılmak istenen asıl sözleşmenin zamanaşımı süresine tabi olduğu kanaatinde ise de biz, bu varılan sonucun yasal dayanağı olmadığı, ancak TMK.m.2 dürüstlük kuralı gerektirdiği hallerde kabul edilebileceği kanaatindeyiz. Yargıtay'ın görüşü kabul edilse dahi zamanaşımı süresinin ağır kusurun varlığı halinde TBK.m.146/VI'nın yollaması nedeniyle TBK.m.146 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği tabiidir.

¹²²¹ Sütçü, **Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. II, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2013, s. 1518-1519.

¹²²² "Oysa ki geçersiz sözleşme uyarınca sözleşmenin geçersizliğinin tespitinden itibaren herkes verdiğini geri alır." Bkz. 15. HD. 24.2.2021 T., 2020/1225 E. 2021/484 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²²³ "yukarıda açıklandığı üzere yanlar arasında inşaat yapımı hususunda bir sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmenin geçersiz olması akdin eser sözleşmesi niteliğini değiştirmez ve zamanaşımı ile ilgili olarak sebepsiz iktisap hükümlerinin tatbikini gerektirmez. Nitekim geçerli eser sözleşmelerinin feshi halinde de tarafların birbirlerine iade yükümlülükleri sebepsiz iktisap hükümlerine tabi tutulmuş ise de zamanaşımının asıl akit için düzenlenen zamanaşımı hükümlerine göre çözümleneceği benimsenmiş bir uygulamadır (Yargıtay HGK.nun 15.12.1982 gün, 1981/15-756 E. 1982/945 K. sayılı, Dairemizin 05.03.1992 gün, 1991/4787 E.,1992/1081 K. sayılı ilamları). Bu nedenle davacı iş sahibinin akdi feshettiği 18.06.2002 ila karşı davanın açıldığı 30.04.2004 tarihleri arasında0a Borçlar Kanunu'nun 126/4. maddesindeki 5 yıllık zamanaşımı süresinin geçmediği gözetilerek zamanaşımı def'inin reddiyle Bkz. 15. HD. 05.11.2007 T., 2006/3649 E. 2007/6913 K. (**Kazancı Bilişim**)

8.İLERİ ETKİLİ FESİH

8.1.Kavram

25.1.1984 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı¹²²⁴ ile “*istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri (TBK.m.125) hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına*” karar verilmiştir.

Yargıtay, arsa payı inşaat sözleşmelerinin “geçici-sürekli karmaşığı” sözleşme olduğundan söz konusu içtihadı birleştirme kararında bahsetmiş ise de¹²²⁵ kararın devamında “*şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez*” denilmek suretiyle, inşaatın geldiği aşama ve taraflar arasındaki ilişkinin mahiyeti gerektirdiğinde, ileri etkili feshin kabul edilmesi için yüklenicinin ediminin özelliğinin (ani ya da sürekli ya da geçici-sürekli karmaşığı) olmasının bir önemi olmadığı belirtilmiştir.¹²²⁶

¹²²⁴ İBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (Kazancı Bilişim)

¹²²⁵ “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 verdiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır.” İBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (Kazancı Bilişim)

¹²²⁶ “Mimarın, edimini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, sözleşmeyi kaldıran alacaklı, mimara, yine de, o ana dek yerine getirilmiş ve kendi işine yarar edimlerin sözleşmede kararlaştırılmış karşılığını ödemek zorundadır. Mimarlık edenin bölünmez bir bütün oluşturmaya bu çözümü engellemez.” İsviçre Federal Mahkemesi, SJZ 68 (1972), 3.10.1970 tarihli kararı Bkz. Serozan, Dönme, s. 184, dn. 49.

Söz konusu olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda ifadesinden özellikle inşaatın geldiği seviyenin dikkate alınması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. İnşaatın çoğunun yapılmış olmasından ne kastedildiği içtihadı birleştirme kararında belirtilmemiş, bu sebeple zaman içinde içtihatlarla bu oran sürekli yükseltilmiştir. Bunun sebebinin, yüklenicilerin bu içtihattan istifade ile işin kârlı (daha az maliyetli) kısımlarını yapıp kalanını kasten bırakmasından yararlanmalarını önlemek olduğu anlaşılmaktadır.

İçtihadı birleştirme kararında, dönmenin dürüstlük kuralına aykırı olacağı tamamlama oranı belirlenmemiş, bu durum belirsizliğe yol açtığı iddiasıyla öğretilde eleştirilmiş¹²²⁷, zaman içerisinde gelişen uygulamalara göre Yargıtay tarafından tamamlama oranı mütemadiyen arttırılmış ve nihayetinde %90 ve üzerine kadar çekilmiştir.¹²²⁸ Yargıtay son dönemde vermiş olduğu içtihatlarında inşaat seviyesinin %90 ve üzeri seviyelere ulaşması durumunda, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesine imkan vermemekte ve bu durumda ileriye etkili feshi kabul etmektedir. İleri etkili feshin mümkün olup olmadığının tespiti tüm inşaatın ortalaması üzerinden hesaplanması gereklidir.

İleriye etkili fesih şartları bulunması ve talep edilmesi halinde, inşaatın geldiği aşama ile sözleşme gereğince gelmesi gereken aşama oranlanarak yani inşaatın geldiği seviyeye göre yüklenici taşınmaz tapu mülkiyetine kavuşacaktır. Örneğin, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince 10 bağımsız bölüme sahip olacak iken temerrüde düşmesi sonucu ve inşaatın seviyesi %90 seviyesindeyken, iş sahibi tarafından sözleşmenin ileri etkili olarak feshi neticesinde kural olarak 9 adet bağımsız bölümün maliki olacaktır. İş sahibi de, dönmeden farklı olarak, sözleşme halen ayakta ve geçerli olduğu için gecikme tazminatı ve sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep edebilecektir. Bu ahvalde ileri etkili fesih talebi ile karşılaşılması durumunda, önce ileri etkili feshin şartları özellikle %90 ve üzerinde inşaat seviyesinin bulunup bulunmadığının ve sonrasında da tespit edilen inşaat seviyesi doğrultusunda yüklenicinin hak kazandığı tapu oranları uzman bilirkişilere tespit ettirilmelidir. Ayrıca ileri etkili feshe ilişkin tasfiye esnasında üçüncü kişilere devredilmiş olan

¹²²⁷ Öz, **Dönme**, s. 220.

¹²²⁸ Öz, **İnşaat**, s. 208-209.

taşınmazların tapu kaydının, inşaatın seviyesi, devir tarihi ve sair hususlar bakımından iptali gerekiyorsa artık bu yargılama esnasında bu tapu iptal ve tescil hususlarının da hüküm altına alınması gereklidir.

8.2.İleri Etkili Fesih Hakkında İleri Sürülen Görüşler

8.2.1.Tandoğan'ın Görüşü

Tandoğan, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle TBK.m.125/II hükmü gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden ancak dönülebileceği (geriye etkili olarak feshedilebileceği), ileri etkili feshin söz konusu olamayacağı; eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler olduğu, hazırlık safhası ne kadar uzun sürerse sürsen bir defada ifa edildiği; edimlerini süresinde ifa etmeyen, verilen süre içerisinde edimlerini tamamlamayan ve kusursuzluğunu ispatlayamayan yani kusuruyla sözleşmenin feshine neden olan tarafın, ileri etkili feshin kabulü halinde yaptığı iş oranında ücret olarak bir kısım kâr elde etmesinin hakkaniyete aykırı olduğu; TBK.m.486 (BK.m.371)'da yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılan bir sözleşmede yüklenicinin ölümü ya da kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybettiği halde yüklenicinin ya da mirasçılarının sahip olduğu haklarla, mütemerrit yükleniciye sağlanan hakların bizzat söz konusu madde metninde “*kusuru olmaksızın*” ifadesine rağmen eşitlenmesinin doğru olmadığı; TBK.m.473 (BK.M.358)'de düzenlenen iş sahibinin erken dönmesine ilişkin hükümlünün, önemli kısmı tamamlanıp, az bir kısmı kalan inşaatlarda da tatbik edilmesi gerektiği ve edildiği, bu tip sözleşmelerde korunması gereken, ekonomik olarak zayıf olan tarafın yüklenici olmadığı; inşaatı tamamlamayan ya da işi yarım bırakan yüklenicinin iş sahibinin arsasına ortak edilmesinin çok çeşitli sıkıntılara yol açabileceği, ileri etkili fesih imkanının sağlanmasının yükleniciye işi süresinde teslim etmemeye teşvik edeceği ve sair gerekçelerle ileri etkili feshe açıkça karşı çıkmıştır.¹²²⁹

¹²²⁹ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 143-153; Haluk Tandoğan, **Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler**, Batider Haziran 1981, C. XI, S. 1, s. 1-49; Haluk Tandoğan, **Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu**, Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1982, S. 4, s. 493-499; Öz, **Dönme**, s. 189; Kurt, **Temerrüt**, s. 368-370.

Tandoğan daha sonraki görüşlerinde, ikili ayrıma gitmiş ve yüklenicinin temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlaması durumunda TBK.m.486 (BK.m.371) hükmünün kıyasen uygulanabileceğini belirtmiştir.

“Müteahhidin kişisel nitelikleri gözönünde tutularak girilen bir yapı sözleşmesinin onun ölümü veya kusuru olmaksızın işi bitirmekten aciz kalması yüzünden münfesi olması halinde, BK. md. 371 f. II uyarınca "yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur". Bu hükümde ifadesini bulan kural, müteahhidin kusuru olmadan yapıyı bitiremeyip temerrüde düştüğü ve sözleşmenin iş sahibince feshedildiği istisnâî hallerde kıyas yoluyla uygulanabilir. Buna karşılık, müteahhidin kusuruyla işi tamamlayamadan temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden döndüğü hallerde müteahhidin orantılı ücret alıp alamayacağı ve bunun bağımsız bölümlerden aynen verilecek bir pay şeklinde olup olamayacağı tartışmalıdır”¹²³⁰

8.2.2.Sungurbey’in Görüşü

Sungurbey, TMK.m.2 dürüstlük kuralı ile birlikte hatta evveliyat ile “eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz” şeklindeki TBK.m.475/son hükmünün, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, mütemerrit yüklenicin inşaatı büyük ölçüde tamamlanmış olması nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönemediği durumlara da kıyasen tatbik edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹²³¹ Keza, TMK.m.475/II gereği, “eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme” hakkına kıyasen, yüklenici de inşaatı tamamladığı oranla mütenasip bir ücret talep edebilecektir.¹²³² Ancak bu durumda yüklenici temerrüdünün neticelerinden kurtulmamakta yine TMK.m.475 içerisinde yer alan “işsahibinin genel

¹²³⁰ Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 143.

¹²³¹ İsmet Sungurbey, **Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK.360, II/III'ün Örneğe Yolyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar**, Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1983, S. 1, s. 547.

¹²³² Sungurbey, **a.g.m.**, s. 547-548.

*hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır” hükmü gereği genel hükümlere göre iş sahibinin yüklenici temerrüdü nedeniyle tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.*¹²³³

TMK.m.475/II gereğince arsa payı inşaat sözleşmelerinde ayıp nedeniyle yükleniciye devredilecek arsa payında indirim yapılabildiği kabul edilmekte olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin inşaatın önemli bölümünün tamamlanması nedeniyle sözleşmeden dönemediği hallerde, talebi halinde ve taleple bağlı olunarak iş sahibinin temerrüt nedeniyle oluşan zararının, inşaatın tamamlanma oranından düşülerek bulunacak oran doğrultusunda yüklenici ücrete hak kazanacak ve kendisine devir gerçekleştirilebilecektir.¹²³⁴

İçtihadı birleştirme kararı öncesinde bazı Yargıtay içtihatlarında, yüklenicinin temerrüdü hallerinde, herhangi bir kıyasa girmeden doğrudan doğruya TBK.m.475 (BK.m.360) hükmünün tatbik edildiği görülmüştür.

“Dava konusu olayda, davalı yüklenici davacıların arsasında apartmanı büyük ölçüde yapıp meydana çıkarmıştır. Bu apartmanın ortadan kaldırılmasının yüklenici için aşırı zarar doğuracağı ise çok belirgindir. Kaldırmanın böyle bir sonuç vereceğinde duraksamaya yer yoktur; bu yönden ayrıca tartışma açmak da gereksizdir. Öyleyse davalının borçlu temerrüdüne düşmesi, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için yeterli değildir. Eserin teslim alınmasında iş sahibinin dönme hakkına sınır konulması nedeniyle yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda da, iş sahibinin dönme hakkının BK m.360 çevresinde sınırlandırılacağını kabul etmek haydi haydi (evleviyetle) gerekli olur. ...tüm bu yönler gözden kaçırılarak akdin feshine karar

¹²³³ Sungurbey, a.g.m., s. 554.

¹²³⁴ Yiğit Çelik, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yapının Ayıplı Olması Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 136-137. “*“bilirkişi kurulundan ek rapor almak suretiyle TBK 475/1. madde uyarınca eserin kabule icbar edilemeyecek şekilde ayıplı olup olmadığı hususunda değerlendirilme yapılmalı, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa dönme hakkını kullanamayacağı nazara alınmalı ve bu halde TBK 475/2. maddesi uyarınca ayıp oranında bedelden indirim konusunda inceleme yapılmalıdır. Gerek Dairemiz gerekse Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatlarına göre bedel indiriminde ise “nisbi metod” uygulanmalıdır. Nisbi metod; kararlaştırılan ücret ile eserin ayıplı değerinin çarpılması sonucu elde edilecek bedelin, eserin ayıpsız değerine oranlanması suretiyle indirilecek bedelin belirlenmesidir.”* 15. HD. 27.3.2018 T., 2016/6089 E. 2018/1188 K. (**Kazancı Bilişim**)

*verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Burada yapılacak iş akdin feshine yönelik davanın reddine karar vermekten ibarettir".*¹²³⁵

Yargıtay 15.Hukuk Dairesi Üyesi Edip Şimşek de söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına karşı ileri sürdüğü muhalefet şerhinde, tüm uyuşmazlıklara objektif iyiniyet kuralının tatbikinin doğru olmadığı, eser sözleşmelerindeki ayıplı ifaya ilişkin TBK.m.475 (BK.m.360)'in uygulanması gerektiğini savunmuştur.

“O halde koşulları mevcut olduğu takdirde B.K.nun 360. maddenin bunlar için uygulanması amaca uygun düşer. Çünkü her şeyden önce anılan madde, inşaat sözleşmeleri ile ilgili hükümleri içermesi bakımından özel bir kural getirmiştir. Özel hüküm bulunduğu yerde genel nitelikte olan M.K. 2. madde hükmünün uygulanması teknik açıdan doğru değildir.

*İkincisi objektif iyi niyet kuralını her olayda ve her aşamada uygulamak da son derece sakıncalıdır. Nihayet B.K.nun 360. maddesi esasen iyi niyet kuralını da beraberinde getirmiştir. Ancak uygulamada karşılaşılabilen duraksamaları gidermek açısından belli ölçüleri içerdiği için, uygulamaya daha yatkın ve yararlar dengesine daha uygun düşmektedir. Bu nedenlerle, M.K. 2. madde yerine B.K. 360. maddesinin kıyas suretiyle uygulanarak yasa eksikliğinin giderilmesi gerektiği görüşü ile çoğunluk oyuna karşıyım.”*¹²³⁶ İçtihadı birleştirme kararında bu madde hükmünün kıyasen uygulanması hususuna hiç değinilmemiştir.

Görüş, TBK.m.486 (BK.m.371)'da yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılan bir sözleşmede yüklenicinin ölümü ya da kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybettiği halde yüklenicin ya da mirasçılarının sahip olduğu haklarla, mütemerrit yükleniciye sağlanan hakların eşitlendiğine yönelik eleştirilere karşı Sungurbey, ileri etkili feshin varlığı için inşaatın büyük ölçüde tamamlanmış olmasının gerekmesi ve iş sahibine yüklenicinin temerrüdü nedeniyle uğradığı her türlü zararı tazmin hakkı verildiği için eleştirinin yersiz olduğunu ileri sürmüştür.¹²³⁷

¹²³⁵ 15.HD. 21.03.1978 T., E. 275-586 K. Bkz. Öz, **Dönme**, s. 200.

¹²³⁶ İBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²³⁷ Sungurbey, **a.g.m.**, s. 561.

8.2.3.Öz'ün Görüşü

Öz, yüklenicinin kusuruna göre ikili bir ayrıma giderek, yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispatlaması durumunda TBK.m.486 (BK.m.371) gereğince artık ileri etkili feshin söz konusu olabileceği ve yüklenicinin yaptığı işle orantılı ücret talep edebileceği kanaatindedir.¹²³⁸ Sungurbey, kusurun bu hukuki sorunda yarattığı tek farkın, iş sahibinin kusurlu yükleniciden tazminat talep edebilmesi olduğu kanaatindedir.¹²³⁹

Yargıtay'ın da iş sahibinin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda yüklenicinin tapuda yaptığı iş oranında tapuya hak kazanacağına ilişkin kararları mevcuttur.

“Olayda; akit, yüklenicinin değil, bizzat iş sahibi olan kooperatifin kusuruyla bozulmuş ve kusur durumu kesinleşmiştir. Anılan içtihadı birleştirme kararıyla yüklenicilere tanınan imkân, kusuru bulunmayan yüklenicilerin akdinin bozulması durumunda da her halükârda kabul edilmelidir. İçtihadı birleştirme kararının konuyla tamamen mutabakatı yok ise de kararın gerekçesindeki düşünce ve içtihadı birleştirmenin maksat ve esprisi göz önünde tutulduğunda iş sahibinin kusuruyla akdin feshi halinde yüklenicilerin yaptıkları iş oranında tapuya hak kazanabileceklerinin kabulü her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir¹²⁴⁰.”

8.2.4.Serozan'ın (Sürekli-Geçici Karmaşığı) Görüşü

Serozan'ın, eser sözleşmelerinin kural olarak her zaman ileri etkili feshedilebileceği kanaatinde olduğu belirtilmiştir.¹²⁴¹ Serozan'a göre “emekçinin, emeğinin gerçek karşılığını almaksızın, boş yere çalışmış olması gibi çok çarpıcı bir adaletsizlik ortaya çıkacaktır. Öyleyse, eser sözleşmesi, katıksız bir sürekli sözleşme ilişkisi sayılamayacağı halde, emekçinin harcamış olduğu emeğin korunmaya değer bulunduğu durumlarda, salt «feshedilebilmeli», böylelikle, emekçinin, kararlaştırılmış

¹²³⁸ Öz, **İnşaat**, s. 211. Yüklenicinin temerrüde düşülmesi hususunda kusura göre ikili ayırım yapılmasını savunan benzer görüşler için Bkz. Sungurbey, **a.g.m.**, s. 554-555; Öz, **Dönme**, s. 193-194.

¹²³⁹ Öz, **Dönme**, s. 191; Kusurun hukuki sorunda bir öneminin bulunmadığı hususundaki görüşü için Bkz. Kurt, **Temerrüt**, s. 377.

¹²⁴⁰ 15.HD. 25.06.1998 T., E. 1591-2793 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁴¹ Serozan, **Dönme**, s. 192.

ücretin, hiç değilse, fesih anına dek yapıp tamamlanmış işi karşılayan bölümüne kavuşması sağlanmalıdır. Böylesine adaletli bir çözümü, eserin, eseri ısmarlayan indinde bir bölünmez bütün oluşturması da engelleyemez.”

Serozan, “sürekli-geçici karmaşığı bir sözleşme ilişkisi niteliğı taşıyan eser sözleşmesinde, eseri meydana getiren emekçiyi koruyup kollamak, onun, emeğinin değerini, gerçek karşılığını tümüyle elde etmesini sağlamak üzere, alacaklının (eseri ısmarlayanın) (kural olarak) sözleşmeyi çözemeyeceğı kabul edilmek gerektiğı”¹²⁴² kanaatindedir. Yargıtay da söz konusu içtihadı birleştirme kararında ileri etkili fesih sonucuna varmak için yüklenicinin ediminin niteliğinin önemi olmadığını belirtmişse de söz konusu içtihat içerisinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin “sürekli-geçici karmaşığı” olduğu yönündeki görüşe katıldığını belirtmiştir.

8.2.5.İsviçre Federal Mahkemesi’nin Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi’nin genel olarak eser sözleşmelerinde, iş sahibinin ileri etkili feshine imkan verilmesi gerektiğı kanaatinde olduğu, hatta İsviçre öğretisinde bazı müelliflerin yüklenici tarafından meydana getirilen kısmın, yüklenici tarafın kullanılabilir mahiyette ise dönme hakkının iş sahibinin tercihine bakılmaksızın fesih hakkına dönüşmesi gerektiğini savunduğı belirtilmiştir.¹²⁴³

8.2.6.Yargıtay’ın Görüşü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ileri etkili fesih uygulaması 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. İctihadı birleştirme kararı doğrultusunda yerleşmiştir. Yargıtay görüş ve uygulamaları konusunda 8.1. başlığı altında açıklama yapıldığından burada tekrar edilmeyecektir.

8.2.7.Görüşümüz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin işin çok önemli bir bölümünü tamamlamasına karşın, kusurun temerrüdün şartlarından biri olmadığı yani yüklenicinin kusuru bulunmadan da temerrüde düşebileceğı ve yüklenicinin herhangi bir

¹²⁴² Serozan, **Dönme**, s. 184.

¹²⁴³ Kurt, **Temerrüt**, s. 376-377; JdT 1991 I 184 Bkz. Kurt, **Temerrüt**, s. 376, dn. 758.

kusuru bulunmadığı hallerde de iş sahibinin temerrüt nedeniyle TBK.m.125/II’de düzenlenen seçimlik hakkı doğrultusunda sözleşmeden dönebileceği ve bu durumun da kusursuz mütemerrit yüklenici açısından çok büyük adaletsizlik yaratacağı açıktır.

Bu çerçevede öğretide dile getirilen arsa payı inşaat sözleşmelerinde de, inşaatın büyük bölümünü tamamlamış olan yüklenicinin, iş sahibinin ifa edilmeyen küçük kısım için sözleşmeden dönmesinin yüklenicinin, sadece inşaatı yaptığı masrafları talep edebilmesine, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa hiç ücret alamamasına ve neticede çok büyük zararlara uğramasına hatta yeterli sermayeye sahip olmayan çoğu yüklenicinin ekonomik açıdan mahvına sebep olacağı, bu çerçevede yükleniciye, inşaatın belirli orana getirilmiş olması kaydı ile inşaatın tamamlanan kısmı ile orantılı ücret ödenmesinin hakkaniyete uygun olduğu görüşüne biz de katılmaktayız ¹²⁴⁴.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararının sonuç bölümünde çözüm olarak, TMK.m.2 dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeden dönülmesinin, ileri etkili fesih olarak kabul edilmesi gereken hallerde, yüklenici tamamladığı ölçüde ücreti talep ederken, kalan işi yapmaktan kurtulacak, iş sahibi de gecikme ve sair kusura bağlı tüm zararlarının yükleniciden tazminini talep edebileceği belirtilmiştir.¹²⁴⁵ İleri etkili fesih uygulamasının tek hukuki dayanağı olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında açıkça sadece TMK.m.2 dürüstlük kuralı gösterilmiştir.

Bu doğrultuda Yargıtay “*istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu’nun 106-108. maddeleri (TBK.m.125) hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü*

¹²⁴⁴ Sungurbey, **a.g.m.**, s. 548.

¹²⁴⁵ “*olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.*”

¹²⁴⁵ İBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (**Kazancı Bilişim**)

gözetilerek”¹²⁴⁶ dönme yoluna başvurulmasına müsaade edilmemesi “gerektiği sonucuna varırken, kanun normlarının yanında tali nitelikte olan dürüstlük kuralının uygulanmasının kimi zaman hakkaniyet gereği zorunlu olduğunu vurgulamıştır.”¹²⁴⁷

Dürüstlük kuralının tali bir norm olduğu, doğrudan ya da kıyasen uygulanacak bir hüküm bulunmadığı durumda uygulanabileceği belirtilerek söz konusu içtihadı birleştirme kararı bazı müelliflerce tenkit edilmiş¹²⁴⁸ ve dürüstlük kuralının taliliğine dikkat çeken bir Yargıtay kararında da açıkça “*kişiler arasındaki ihtilâflar ve dolayısıyla hukuk canlı ve değişkendir. Başlangıçta öngörülmesi mümkün olmayan değişim ve ihtiyaçların ortaya çıktığı bazı durumlarda kanunun harfi harfine uygulanması kimi zaman adaletin esaslı unsurlarından olan hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu gibi hâllerde hukuk çerçevesinde tümüyle doğru olan bir karar, adil olmayabilir. Dürüstlük kuralı da adalet terazisinde, kanun önündeki hak ile vicdan nazarındaki hakkaniyet arasında, ince bir ayardır. Ancak bu dengede şu husus hiçbir zaman gözden kaçırılmamalıdır: Dürüstlük kuralı bir ana kaide, bir çatı norm olmakla birlikte aynı zamanda ikincildir de. Aslolan rasyonel hukuk kurallarının uygulanması*”¹²⁴⁹ olduğu belirtilmiştir.

Tam iki taraflı sözleşmelerde, iyiniyet kuralları gereğince, ifa edilmeyen kısım çok az ya da önemsizse temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönülemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir¹²⁵⁰. Keza, dönmenin çok katı bir biçimde uygulanması diğer tarafı ifrat derecesinde zarara uğratacak¹²⁵¹ ve kanun koyucunun düzenleme ile varmak istediği amaçtan uzaklaşmış olacaktır. Bu çerçevede dürüstlük kuralının gerektiğinde mecbur olduğunda tek başına, inşaatın büyük bölümü tamamlanmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının, tek başına

¹²⁴⁶ İBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁴⁷ HGK. 20.2.2020 T., 2017/13-2618 E. 2020/184 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁴⁸ Kurt, **Temerrüt**, s. 381, dn. 770.

¹²⁴⁹ HGK. 20.2.2020 T., 2017/13-2618 E., 2020/184 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁵⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 629; Arsebük, **Borçlar**, C. II, s. 869; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 506; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, s. 1411, N. 3960.

¹²⁵¹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 629.

tali bir yol olan dürüstlük kuralı ile başka bir normun doğrudan ya da kıyasen uygulanamaması durumunda zorunlu olarak sınırlandırılabilceği kanaatindeyiz.

Yüklenicinin kusursuz olarak da temerrüde düşme ihtimali olduğundan, yüklenici kusursuz ise TBK.m.486 hükmünün kıyasen uygulanabileceği görüşündeyiz. TBK.m.486'da yüklenicinin ölümü ya da kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğinin kaybeden yüklenici ile kusuru bulunmadan temerrüde düşen yüklenici arasında herhangi bir ayırım yapılması gerektirecek haklı bir neden bulunmadığı bu nedenle kusuru olmadan temerrüde düşen yüklenici hakkında da TBK.m.486/son hükmünün kıyasen, TMK.m.2 dürüstlük kuralı ile birlikte uygulanabileceği ve iş sahibinin dönme hakkını kullanmasının sınırlandırılıp, yüklenicinin inşaatın tamamlama oranı ile uygun ücret almasının sağlanabileceği kanaatindeyiz.

Aynı zamanda yüklenici ister kusurlu ister kusursuz olsun, TBK.m.475'te ayıplı ifa için öngörülen düzenlemelerin kıyasen inşaatın büyük bölümünü tamamlamış yüklenici hakkında da uygulanabileceği, ayıplı ifada bulunan yüklenici ile inşaatın büyük bölümünü (Yargıtay uygulamasına göre en az %90'ını) tamamlamış olan yüklenici arasında ayırım yapılmasını sağlayacak haklı bir nedenin bulunmadığı, TBK.m.475/Son hükmünün (söz konusu içtihadı birleştirme kararından önceki Yargıtay uygulamasında olduğu gibi doğrudan değil) kıyasen ve TMK.m.2 dürüstlük kuralı ile birlikte uygulanarak, inşaatın büyük bölümünün tamamlandığı ancak yüklenicinin temerrüde düştüğü uyuşmazlıklarda, iş sahibinin sözleşmeden dönme imkanının sınırlandırılabilceği ve söz konusu madde içerisinde ayıplı ifa halinde iş sahibine tanınan üç seçimlik haktan biri olan TMK.m.475/II "*gereğince eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme*" hükmü yine kıyasen uygulanarak yüklenicinin yaptığı işle orantılı ücret alabilme imkanının sağlanabileceği kanaatindeyiz.

Elbette ki bu getirilen imkanın yüklenicinin işi tamamlama motivasyonu etkilememesi gerektiği, yüklenicinin dilediği zaman işi bırakarak yaptığı işle orantılı ücret talep edebilmesi hem hakkaniyete hem de kanun koyucunun iradesine uygun olmayacağı, bu çerçevede içtihatlarla büyük ölçüde tamamlamaya ilişkin prensiplerin belirlenmesinin hukuki ilişkinin tarafı olan kimselerin sözleşme kurulurken, edimlerini

ifa ederken ve ileride yaşanabilecek herhangi bir ihtilafta hukuki durumunun ne olacağını bilmesi gerektiği, bu çerçevede Yargıtay içtihatları ile belirli bir sınırlamaya gidilmesinin doğru olduğu kanaatindeyiz.

Büyük ölçüde tamamlanmanın kabul edilmesi için belirlenen %90 ve üzeri seviyenin ise, ileri etkili feshin amacına uygun olmayacak ve kullanımı daraltacak bir oran olduğunu, Yargıtay'ın daha önceki kararlarında olduğu gibi, tarafların suistimaline imkan bırakmayacak ancak yüklenicinin mağduriyetine sebep vermeyecek daha makul bir seviyeye indirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.



YEDİNCİ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNAT VE CEZAI ŞART

1.GÖTÜRÜ TAZMİNAT

1.1. Tanım

*“Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın, taraflarca önceden belirlenmesidir.”*¹²⁵² Yargıtay içtihatlarında götürü tazminatın genellikle kira tazminatı olarak adlandırıldığı görülmektedir. Sözleşmeyle kararlaştırılan götürü tazminat miktarının muhakkak zarardan önce belirlenmesi gereklidir aksi taktirde zararın meydana gelmesinden sonra sağlanan mutabakat götürü tazminata ilişkin değil sulh mutabakatına ilişkin olacaktır.¹²⁵³

1.2.Götürü Tazminat-İfaya Eklenen Cezai Şart (Ceza Koşulu) Ayrımı

İfaya eklenen cezai şart ile götürü tazminatın birbirinden ayırt edilebilmesi için kanunda herhangi açık bir düzenleme bulunmamakta¹²⁵⁴ ise de bu hususta öğretide ve uygulamada belirli kriterler saptanmıştır.¹²⁵⁵ Sui generis yapıda olduğu kabul edilen götürü tazminatın genel hükümlere tabi olduğu ve cezai şarttan ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹²⁵⁶

¹²⁵² Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 68.

¹²⁵³ Köksal Kocağa, **Ceza Koşullu (Ceza)**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 177.

¹²⁵⁴ Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 67.

¹²⁵⁵ Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 128.

¹²⁵⁶ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 121.

1.2.1.Amaç Bakımından

Cezai şartın amacı, zarar koşuluna bağlı olmaksızın borçluyu ifaya zorlamak¹²⁵⁷ olduğu halde, götürü tazminatın gayesi ise borçlunun edimini zamanında tam ve eksiksiz olarak yerine getirmediği hallerde, doğacak zararın tazminini, alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmak suretiyle kolaylaştırmaktır.¹²⁵⁸ Cezai şart ile götürü tazminat arasındaki temel farklılığın amaçta olduğu, diğer farklıları amaç farklılığının şekillendirdiği belirtilmiştir.¹²⁵⁹

1.2.2.Zararın Varlığı ve İspatı Bakımından

Cezai şart yükümlülüğünün doğması için, iş sahibinin herhangi bir zararının olması ve bu zararını ispatlaması gerekmemekte, yüklenici, sadece, o da şartları varsa, fahiş cezai şartın indirilmesini talep edebilmektedir. “Ödenmesi gereken tazminat miktarının önceden ve götürü olarak¹²⁶⁰ belirlendiği götürü tazminatta da yine iş sahibinin belirlenen götürü tazminatını talep edebilmesi için ispat külfetinden kurtulmakta, ancak yüklenicinin zararın hiç ya da götürü tazminat tutarı kadar olmadığını ispatlama imkanı bulunmaktadır.¹²⁶¹ Yani cezai şarttan farklı olarak yüklenicinin, götürü olarak belirlenen zararın varlığına ve miktarına itiraz ve aksini ispatlama imkanı bulunmaktadır.¹²⁶² Netice olarak cezai şartın ifası, sözleşmedeki asıl borcun zamanında tam ve eksiksiz olarak yerine getirilmemesi durumunda başkaca hiçbir şarta ve koşula bağlı olmaksızın talep edilebilirken, götürü tazminat talebinde zararın doğması şarttır.¹²⁶³

¹²⁵⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 548, N. 1594; Kocaağa, **Ceza**, s. 179; Dirican, **a.g.e.**, s. 49; Arslanyürek, **a.g.e.**, s. 129.

¹²⁵⁸ Dirican, **a.g.e.**, s. 130.

¹²⁵⁹ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 147, dn. 50.

¹²⁶⁰ Kocaağa, **Ceza**, s. 176.

¹²⁶¹ “ *taraflar arasındaki sözleşmenin 6.5. maddesindeki düzenleme, davalı-karşı davacı tarafından işin sebepsiz ve sözleşmeye aykırı şekilde bırakması halinde davacı-karşı davalının uğrayacağı zarara karşılık davalı-karşı davacının sorumlu olduğu asgari üst limite ilişkin olup, götürü tazminat niteliğinde olduğu, cezai şart niteliğinde olmadığı, kararlaştırılan götürü tazminatın ileri sürülebilmesi için alacaklının zarara uğramış olmasının gerektiği, zararın bulunmadığının veya götürü tazminattan az olduğunun borçlu tarafça ispatının gerektiği*” 11. HD. 18.1.2021 T., 2020/721 E. 2021/92 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁶² Kocaağa, **Ceza**, s. 176; Dirican, **a.g.e.**, s. 67.

¹²⁶³ Arslanyürek, **a.g.e.**, s. 40.

1.2.3.Kusur Bakımından

Genel hükümlere tabi, götürü tazminat bakımından sorumluluğun doğabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekli olup, TBK.m.114/I gereğince “*borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur*”. TBK.m.112 gereğince “*borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” Yani yüklenici, kusurunun bulunmadığını ispatlamadığı sürece götürü tazminattan sorumlu olacaktır. Cezai şart içinse Yargıtay ve bir kısım müellif, asıl borcun ihlalinde yüklenicinin kusurlu olmasını ararken, karşı görüşteki müellifler ise cezai şart talebinde bulunulması için yüklenicinin kusurlu olmasının gerekli olmadığı, kusurunun bulunmadığı hallerde borca objektif aykırılığın varlığının yeterli olacağı kanaatindedir.¹²⁶⁴ Ancak TBK.m.180/II gereğince iş sahibi, cezai şartı aşan zararını ve bunun yüklenicinin kusurundan meydana geldiğini ispatlamakla yükümlüdür.¹²⁶⁵

1.2.4.Asıl Borç ile İlişkisi Bakımından

Yukarıda ifade edildiği üzere, aynen ifa ile birlikte talep edilen ifaya ekli cezai şart, muacceliyet anına kadar fer’i nitelikte olup, asıl borcun ifası esnasında alacaklı tarafından ihtirazi kayıtla saklı tutulmaz ya da saklı tutulduğu halin icabından anlaşılmaz ise asıl borcun ifası ile birlikte sona erer. Yine yukarıda ifade edildiği gibi aynen ifanın yanında yer alan götürü gecikme tazminatı ayrı bir borç olduğu için geçerliliğini, asıl borcun ifası esnasında ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek olmaksızın korur.¹²⁶⁶

Seçimlik ceza koşulunda, alacaklı ya aynen ifayı ya da aynen ifadan vazgeçerek seçimlik ceza koşulunu tercih etmek zorunda olup, kural olarak alacaklı her ikisinin de aynı anda ifasını talep edemez.¹²⁶⁷ Bazı müellifler de, götürü tazminatın, gecikme tazminatının yanında aynı zamanda ifa menfaatini de kapsar şekilde düzenlenmiş olması durumunda, hem aynen ifa hem de söz konusu (ifa menfaati ve gecikme

¹²⁶⁴ Bkz. İleride 2.2.2.3.’te “Kusur Bakımından” başlığı altında cezai şarta ilişkin açıklamalarımız; Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 150.

¹²⁶⁵ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 150.

¹²⁶⁶ Öz, **İnşaat**, s. 179; Uçar, **a.g.e.**, s. 77.

¹²⁶⁷ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 151.

tazminatını kapsayan) götürü tazminatın birlikte talep edilemeyeceği görüşünü belirtmişlerdir.¹²⁶⁸

1.2.5.Edimlerin Konusu Bakımından

Cezai şartın konusunun mutlaka her zaman bir miktar para olması gerekmediği, bir iş görme edimi, borç üstlenme vesair şekillerde de cezai şart düzenlemesi yapılabileceği ancak götürü tazminatın konusunun çoğu zaman bir miktar para olduğu belirtilmiştir.¹²⁶⁹

1.2.6.Bağlı Oldukları Hükümler Bakımından

Götürü tazminat genel hükümlere tabi iken, cezai şart ise TBK.m.179 vd. gereğince özel olarak düzenlenmiştir.¹²⁷⁰ Zararının varlığının aranmaması gibi borçlunun korunmasını gerektiren hükümler ihtiva eden cezai şartın indirilmesine ilişkin TBK.m.182/III hükmünün, genel hükümlere tabi olan, zararın ve aralarındaki illiyet bağının ve kusursuzluğun ispatını gerektiren götürü tazminatta kıyasen uygulanması imkanı bulunmadığı belirtilmiştir.¹²⁷¹

1.3.Götürü Tazminat ve Cezai Şartın Birlikte Düzenlenmesi

Sözleşme içerisinde aksine bir anlaşma yoksa sözleşme içerisinde yer verilen götürü gecikme tazminatı ve cezai şartın aynı anda talep edilmesi mümkün değildir.¹²⁷² Bu durumda cezai şartın birlikte talep edilebileceğine dair kayıt yoksa ancak cezai şart ile cezai şartı aşan gecikme tazminatını ispatlamak kaydı ile talepte

¹²⁶⁸ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 152-153.

¹²⁶⁹ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 153.

¹²⁷⁰ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 121.

¹²⁷¹ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 153-154; Uçar, **a.g.e.**, s. 77.

¹²⁷² “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir cezai şart kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” hükmü mevcut olup, madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde aksine kararlaştırma yoksa alacaklı ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilir. İkisini bir arada talep etmesi mümkün değildir. Ifaya eklenen ceza koşulu maktuen belirlenir. Sözleşmede öngörülen cezai şart geç teslim nedeni ile uğranılan kira kaybı zararının karşılığıdır. Dolayısıyla hem cezai şart hem de kira tazminatının birlikte talep edilmesi mümkün değildir. Mahkemece, davacıdan kira tazminatı ya da cezai şarttan hangisini talep ettiği sorularak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken” 13. HD. 2.7.2018 T., 2015/37957 E. 2018/7535 K. (**Kazancı Bilişim**)

bulunulabilecektir.¹²⁷³ Sözleşme içerisinde hem cezai şarta hem de götürü tazminata (kira tazminatına) birlikte yer verilmiş ve aynı anda talep edilebileceği kararlaştırılmışsa, bu durumda hem cezai şartın hem de götürü tazminatın birlikte talep edilebileceği kabul edilmektedir.¹²⁷⁴

1.4. Belirlenen Tutarın Hangi Süre İle Geçerli Olacağı

Yargıtay, hakimın, taraflarca belirlenen götürü tazminatın, en az bir yıl süre ile mutlak bağlayıcı olarak uygulanması gerektiğini de dikkate alarak götürü tazminatın uygulanacağı makul süreyi tespit edeceğine işaret etmiştir. *“Gerçekten de kural olarak ve ahde vefa ilkesi gereği, gecikme halinde yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan maktu tazminat tutarı ile sorumlu tutulması gerekir. Ne var ki; gecikmenin uzun süre devam etmesi halinde, iş sahibinin bu miktarla bağlı kabul edilmesi gecikme tazminatının getiriliş amacına ve hakkaniyete aykırı olduğu gibi, buna aykırı savunmalar da iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz ve hukuk tarafından da korunamaz. O itibarla sözleşmedeki maktu tazminatın ne kadar bir süreyle tarafları bağlayacağı konusu; sözleşmedeki teslim süresi, gecikilen sürenin uzunluğu, öngörülen tazminat miktarı, geçen süre içinde gerçekleşen enflasyon, fiyat artışları, döviz fiyatları ve faiz oranlarındaki artış ve eksilişler ve rayiçlere göre istenebilecek miktar ile maktu tazminatın ödenmeye devam edilmesi halinde iş sahibinin elde edeceği miktarlar da göz önünde tutulmak suretiyle bu konuda bilirkişi görüşünden de yararlanılarak, sözleşmedeki miktarın en az 1 yıl süreyle mutlak bağlayıcı olacağı ve maktuen belirlenen miktar ile rayiçlere göre saptanacak miktar arasında en az bir misli fark*

¹²⁷³ “Dava konusu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 5.maddesinde yer alan düzenleme ifaya ekli cezai şart niteliğindedir. Dava konusu sözleşmede gecikme tazminatı (kira) ve gecikme cezasının (ifaya ekli cezai şart) ayrı ayrı alınabileceğine dair hüküm yoktur. Bu durumda davacı cezayı aşan zararını ispat etmek koşuluyla talep edebilir.” 23. HD. 12.6.2019 T., 2016/5375 E. 2019/2621 K. **(Kazancı Bilişim)**

¹²⁷⁴ “her bir daire başına rayiç kira bedeli ifaya bağlı ceza-i şart olarak ödenecektir. Bu ceza-i şart kira tazminatından hariç olup, inşaat süresinin bitiminde hiçbir ihtar ve ihbara gerek kalmaksızın muaccel olur...” şeklindedir. Yazılı madde uyarınca ve temerrütte gerçekleşmiş olduğundan kira tazminatı yanında ceza-i şarta da hükmedilmesi gerekirken reddi hatalı olmuştur.” 23. HD. 24.9.2019 T., 2016/4788 E. 2019/3809 K. **(Kazancı Bilişim)** “sözleşmenin 11.maddesinde teslimde gecikme durumunda davalı yüklenicinin gerek kira tazminatını gerekse cezai şartı ödeyeceği düzenlendiği anlaşılmış olup, mahkeme tarafından bu istek kalemlerinin gecikilen süreler için ayrı ayrı hesaplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yukarıda bahsedildiği şekilde hesaplama yapıp karar verilmesi doğru olmamıştır.” 15. HD. 25.10.2018 T., 2018/1293 E. 2018/4057 K. **(Kazancı Bilişim)**

bulunması gerektiği de dikkate alınarak hakkaniyete uygun biçimde hakim tarafından takdir edilmeli ve yüklenici bu süre için maktu tazminatla sorumlu tutulmalıdır.”¹²⁷⁵

“Hakim tarafından belirlenen makul süreden sonraki gecikme tazminatı miktarının da; her bir bağımsız bölüm için taşınmazın mevkii, konumu, ülkenin ve inşaatın yapıldığı yerin sosyoekonomik koşulları da gözönünde tutulmak suretiyle ve sözleşmede kararlaştırılmış gecikme tazminatı yokmuş gibi gecikme tazminatının en az mahalli piyasa rayiçlerine göre mahrum kalınan kira bedeli kadar olacağı ilkesine göre bilirkişiye hesaplattırılması gerekir.”¹²⁷⁶

1.5.Düzenlenen Hükümün, Tarafların Gerçek İradesine Göre Cezai Şart ya da Götürü Tazminat Olarak Nitelendirilmesi

Hakim karar verirken, tarafların kullandıkları hukuki nitelendirmelerle bağlı olmayıp, sözleşmede yer alan ifadelere ve tarafların gerçek iradelerinin hangi yönde olduğuna ilişkin hukuki nitelendirmeyi kendisi yapacaktır. Bu çerçevede taraflarca sözleşme içerisinde cezai şart olarak tanımlanmış olsa bile, aslında tarafların hüküm altına almak istediklerinin götürü gecikme tazminat olduğuna karar verilebilecektir.¹²⁷⁷ Özellikle tarafların söz konusu hükme sözleşme içerisinde, sözleşmeye uyulmasını sağlamak için yer verdikleri anlaşılıyorsa cezai şartın, meydana gelecek zararları tazmin gayesi ile yer verdikleri anlaşılıyorsa götürü tazminattın varlığından bahsedilecektir.¹²⁷⁸ Yine aynı doğrultuda, taraflar bir zarar meydana gelmemiş olsa da söz konusu edimin yine ifa edilmesi arzusunda oldukları anlaşılıyorsa cezai şart, aksi taktirde götürü tazminatın mevcudiyeti sonucuna varılacaktır.¹²⁷⁹ Sözleşmede kararlaştırılan edim, belirlendiği ihlalin meydana

¹²⁷⁵ 15. HD. 6.2.2012 T., 2011/3309 E. 2012/626 K. (**Kazancı Bilişim**); aynı yönde bkz. 15. HD. 15.10.2012 T., 2012/2974 E. 2012/6453 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁷⁶ 15. HD. 15.10.2012 T., 2012/2974 E. 2012/6453 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁷⁷ “Dosya kapsamında, taraflar arasında imzalanan 07.12.2000 tarihli ek sözleşmede hüküm altına alınan cezai şartın, kira kaybı alacağı mahiyetinde olduğu, bunun haricinde sözleşmede belirlenmiş bir cezai şart bulunmadığı, kaldı ki bulunsaydı bile iki cezai şartın ayrı ayrı tahsil edileceklerine dair hüküm konulmamış olması sebebiyle ancak cezai şartı aşan kira tazminatı bedeline hükmedilebileceği anlaşılmış olup, kira kaybı bir tazminat olduğundan ve talep edilmesi için teslimde ihtirazi kayıt koymaya gerek bulunmadığından, teslimde temerrüt olduğu gerekçesiyle” 23. HD. 5.7.2018 T., 2015/8744 E. 2018/4014 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁷⁸ Kocaağa, **Ceza**, s. 179; Oğuz Usta, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 215.

¹²⁷⁹ Kocaağa, **Ceza**, s. 180; Usta, **a.g.e.**, s. 215.

getireceği muhtemel zarara göre çok yüksek ise cezai şart, aksi taktirde götürü tazminatın varlığı sonucuna varılacaktır.¹²⁸⁰

2.CEZAİ ŞART (CEZA KOŞULU-SÖZLEŞME CEZASI)

2.1.Tanım

Cezai şart, geçerli bir sözleşmeyle, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklıya, ceza ya da tazminat olarak bir miktar para (ve sair ekonomik değer) verilmesini öngören fer'i ve götürü nitelikli bir edimdir.¹²⁸¹ Yani sözleşme

¹²⁸⁰ Usta, **a.g.e.**, s. 215; “Öte yandan HUMK'nın 76. maddesi hükmüne göre maddi vakıaları ileri sürmek taraflara, bu olayları nitelendirmek ve uygulanacak kanun hükümlerini belirlemek hakime aittir. Davacı taraf sözleşmenin 15. maddesinde gecikme halinde ödenecek paranın cezai şart olduğu şeklinde vasıflandırmada bulunmuş ise de; söz konusu sözleşme hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere gecikme halinde kooperatif tarafından arsa sahiplerine ödenmesi kabul eden para BK'nın 158/II. maddesinde tanımlanan ifaya ekli ceza-i şart değil, BK'nın 106/II. maddesinde düzenlenen (maktu kira) gecikme tazminatıdır.” 15. HD. 10.12.2009 T., 2008/7723 E. 2009/6681 K. (**Kazancı Bilişim**); “6100 Sayılı HMK'nın 33. maddesi gereğince hakim Türk Hukukunu re'sen uygulayacağından, maddi vakıaları ileri sürüp kanıtlamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Sözleşmenin 5. Maddesinde kararlaştırılan gecikme tazminatı maktu olarak kararlaştırılan kira tazminatı olup, yüklenici aleyhine mükerrer şekilde kira tazminatına hükmedilemeyeceği gibi, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart niteliği itibariyle dönme cezası olup, sözleşme ayakta olduğu sürece talep edilemez.” 15. HD. 19.4.2021 T., 2020/2403 E. 2021/1785 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁸¹ Kocağa, **Ceza**, s. 25; Ceza koşuluna ilişkin diğer tanımlar, “Ceza koşulu, borcunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuk işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir” Eren, **a.g.e.**, s. 1323, N. 3677; “borcunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmaya ‘cezai koşulu=cezai şart’ ve ödenecek cezaya ‘sözleşme cezası’ denilmektedir” Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 547. N. 1561; “mevcut bir borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir” Bkz. Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart (Ceza)**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963, s. 6; “borçlu, alacaklıya karşı esas borcun ifa edilmemesi veya zamanında yerine getirilmemesi halinde (umumiyetle bir miktar para tediyesinden ibaret olan) bir edada bulunmayı taahhüt ettiği takdirde cezai bir şart bahis mevzuudur.” Bkz. von Tuhr, **a.g.e.**, s. 763; “Borçlunun, asıl borcunu ilerde hiç veya gereği gibi takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime cezai şart diyoruz” Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıpar, **a.g.e.**, s. 341; “Ceza koşulu, asıl borç olarak nitelendirilen bir borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde alacaklının borçluya ifa etmekle yükümlü olduğu edim borcu” Bkz. Erol Cansel, Çağlar Özel, **Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, s. 713 ; “cezai şart öyle bir edim taahhüdüdür ki; onunla borçlu, alacaklıya karşı asıl borcunu tam ve eksiksiz olarak zamanında ve yerinde ifa etmemesi halinde bir edim bulunmayı yükümlenir ya da borçlu kararlaştırılan bedeli ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı kazanır.” Bkz. Hüseyin Ekinci, **Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 26; “Ceza koşulu geçerli bir borcun yerine getirilmemesi, veya eksik yerine getirilmesi yada belli bir yerde belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borcunun ödemesi gereken ve malca (ekonomik) değeri olup bir hukuk işlemi ile belirlenen götürü bir edimdir.” Bkz. Salter Uçar, **Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1993, s. 12; “cezai şart, borcunun borcunu ihlal etmesi halinde yani borcunu yerine getirmemesi, eksik bir şekilde yerine getirmesi ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde, alacaklıya ödemeyi kabul ettiği, alacaklıya zararı ispatlama yükümlülüğü olmadan zararı tahsil imkanı veren, ekonomik değeri olan ve hukuki işlemle belirlenen edimdir.” Bkz. Muhammed Emin Bingöl,

konusu edimin hiç ya da gerektiği gibi ifa edilmemesi ihtimaline bağlı olarak, edimin ifa edilmesini sağlamak ve/veya sözleşmeye aykırı bir biçimde ifa edilmesini engellemek için, asıl borca bağlı olarak oluşturulan bir eklenti borçtur.¹²⁸² Cezai şart düzenlemesinin iki temel işlevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, borçluyu borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesini ve borca aykırı davranmasını engellemek olan teminat işlevidir.¹²⁸³ Diğeri ise, alacaklıyı zararını ispatlama külfetinden kurtararak zararın tazminini kolaylaştıran tazminat işlevidir.¹²⁸⁴

2.2.Türleri

Borcun zamanında ve gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesi nedeniyle ifa yerine geçecek şekilde ya da zamanında ve gereği gibi ya da hiç ifa edilmeyen edimin ifasının yanında ilave olarak ödenecek şekilde cezai şart ödemesi kararlaştırılabilir.¹²⁸⁵

Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret Ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 115; “Ceza koşulu, belirli bir borcun ifasını temin etmek amacıyla borçlunun, asıl borca ilave olarak, asıl borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya karşı yerine getirmeyi taahhüt ettiği bir edim” Bkz. Cem Türkoğlu, **Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 17; “Ceza koşulu, mevcut bir borcun gereği, gibi veya ,fa edilmesi hususunda, borçlu üzerinde baskı oluşturarak, asıl borcun ifasını, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında ise, alacaklının doğacak muhtemel zararlarının karşılanmasını güvence altına alan ve bu konuda alacaklıya ispat kolaylığı sağlayan; muaccel olana kadar asıl borca bağlı olan; muaccel olduğunda bağımsız nitelik kazanan, mali değere sahip bir edimdir.” Bkz. Burcu Yağcıoğlu, **Türk Ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 23; “Cezai şart, bir borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi ya da kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesi halinde , önceden belirlenmiş veya nasıl belirleneceği tespit edilmiş ekonomik değere sahip asıl borçtan ayrı edim” Bkz. Hilal Gülseven, **Türk Özel Hukukunca Cezai Şartın İndirilmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 24; “Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir.” Bkz. Veli Karagöz, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s. 23; “Cezai şart, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve (ekonomik) malca değeri olup bir hukuk istemiyle belirlenen götürü bir edimdir” HGK. 26.12.2001 T., 2001/9-1175 E. 2001/1166 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁸² Erbay Taylan, **Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu**, Yasa Hukuk Dergisi, Ocak-1978, s. 47.

¹²⁸³ Andreas Fuhrer, Marcus Muller-Chen, Bilgehan Çetiner, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 657, N. 1617; Bingöl, **a.g.e.**, s. 116; Bazı müelliflerce üçüncü bir işlev olarak ceza amacı da olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1326, N. 3687; Ceza işlevi tartışmalıdır. Bkz. Hüseyin Avni Göktürk, **Cezai Şart Müessesesi**, İzmir Barosu Dergisi, Y. 7-1942, S. 2-26, s. 398.

¹²⁸⁴ Fuhrer/ Muller-Chen/ Çetiner, **a.g.e.**, s. 657, N. 1617.

¹²⁸⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 557, N. 1590.

2.2.1.İfa Yerine İstenebilecek Cezai Şart (Ceza Koşulu-Sözleşme Cezası)

TBK.m.179/f.1 hükmü gereğince “*bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.*” Bu hükme göre sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı hallerde, “*ifanın zamanında ve yerinde yapılmaması*” şeklindeki borca aykırılık halleri dışındaki, hiç ya da gereği gibi ifa etmeme biçimindeki sözleşme ihlallerinde hem asıl borcun hem de cezai şartın ifası aynı anda talep edilemez.¹²⁸⁶ Doktrinde bu cezai şart türünün seçimlik cezai şart¹²⁸⁷ olarak adlandırıldığı görülmektedir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere taraflar bunun aksini, yani hem sözleşmedeki edimin hem de ceza koşulunun ifasını talep edebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi alacaklının seçim hakkını kullanmasına ilişkin bazı düzenleyici sözleşmesel şartlar getirebilirler.¹²⁸⁸ Örneğin taraflarca, önce asıl alacağın talep edilmesi ve asıl alacağın öngörülen zamanda ifa edilmemesi halinde cezai şartın talep edebileceğine yönelik düzenleme de yapabilirler.¹²⁸⁹

Muacceliyetten sonra biri asli diğeri tali iki borç olmadığı, ikisinin de birbirinden bağımsız iki borç olduğu ve bu iki borçtan birinin ifanın konusunu teşkil ettiği, bu hali ile mevcut kalıpların herhangi birisinin içerisine yerleştirilemeyen seçimlik cezai şarta, aralarındaki benzerlik nedeniyle seçimlik borca ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir.¹²⁹⁰ Bu bağlamda alacaklının seçim beyanının, karşı tarafa ulaşması ile hüküm doğuran tek taraflı değiştirici yenilik doğurucu bir işlem olduğu belirtilmiştir.¹²⁹¹ Böylece seçim beyanının borçluya ulaşması ile artık seçimini değiştiremeyecek, cezai şartın seçilmesi ile asıl borç nihayetlenmiş olacak ve ifası istenemeyecek¹²⁹², asıl borcun ifası bağlamında daha

¹²⁸⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 558, N. 1592; Eren, **a.g.e.**, s. 1326, N. 3688; Uçar, **a.g.e.**, s. 17.

¹²⁸⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1326, N. 3688; Usta, **a.g.e.**, s. 109; Dirican, **a.g.e.**, s. 27.

¹²⁸⁸ Oğuzman/Öz, **Borçlar**, C. II, s. 559, N. 1597; Eren, **a.g.e.**, s. 1327, N. 3693; Usta, **a.g.e.**, s. 111.

¹²⁸⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1327, N. 3689.

¹²⁹⁰ Tunçomağ, **Ceza**, s. 106-107; Eren, **a.g.e.**, s. 1327, N. 3690.

¹²⁹¹ Tunçomağ, **Ceza**, s. 107.

¹²⁹² “*bu maddede hüküm altına alınan 40.000 DM. tutarındaki ceza tazminatı, seçimlik ceza niteliğindedir. BK.nun 158/1. maddesi gereğince aksine sözleşmede hüküm bulunmadığından alacaklı ya aktin icrasını veya cezanın ödetilmesini isteyebilir. Olayda, davacı sözleşmede öngörülen tapu devrini talep ettiğine göre, artık iradesini akdin icrası doğrultusunda kullandığından cezai şartın tahsilini dava edemez. O halde mahkemece, bu yön göz önünde bulundurulmadan cezai şarta ilişkin*

önce verilen edim konusu şeyler iade edilecek ve cezai şart kesin borç haline gelecektir.¹²⁹³

2.2.2.İfaya Ek Olarak Kararlaştırılabilecek Cezai Şart

TBK.m.179/II hükmü gereğince "*ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*" Asıl borcun sözleşmede belirtilen zamanda ve yerde ifa edilmemesi durumu için taraflarca bir cezai şart belirlenmişse, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde alacaklı hem asıl edimin hem de cezai şartın ifasını aynı anda talep edebilecektir.¹²⁹⁴ Burada taleplerin yığılmasının söz konusudur.¹²⁹⁵ Hüküm emredici nitelikte olmayıp her zaman taraflarca aksine düzenleme yapılabilecektir.¹²⁹⁶

Bu cezai şartın, özellikle gecikmiş ifalar için öngörülen ve uygulamada en çok karşılaşılan cezai şart olduğu belirtilmiştir.¹²⁹⁷

İfaya eklenen cezai şart, yüklenicinin, iş sahibine, örneğin "yüklendiği edimini vadesinde anahtar teslim esasına dayalı olarak teslim etmemesi halinde 100.000-TL ödeyeceği" şeklinde tek bir edim olarak kararlaştırılabileceği gibi, "teslimde gecikilen her gün veyahut her ay için 10.000-TL iş sahibine ödenecektir" şeklinde, gecikme sürdükçe dönemsel olarak muaccel hale gelen ve ayrı birer edim olarak karşımıza çıkabilen dönemsel cezai şart olarak da düzenlenebilir¹²⁹⁸

isteğin reddi yerine, yazılı olduğu şekilde kabulü yanlıştır." 15. HD. 17.6.1996 T., 1996/2702 E. 1996/3402 K. Bkz.; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart**, Ankara, Eda Matbaası, 2002, s. 79, dn. 267.

¹²⁹³ Tunçomağ, **Ceza**, s. 111; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 558, N. 1595; Eren, **a.g.e.**, s. 1327, N. 3689-3690-3692; Günay, **a.g.e.**, s. 78; Dirican, **a.g.e.**, s. 29; Usta, **a.g.e.**, s. 112.

¹²⁹⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 559, N. 1599; Eren, **a.g.e.**, s. 1328, N. 3694-3695; Taylan, **a.g.m.**, s. 51; "Sözleşmedeki bu hüküm TBK 179/1. maddesindeki seçimlik ceza olmayıp 179/2. maddedeki ifaya ekli bir ceza niteliğindedir. Bu nedenle de ifayla birlikte cezanın talep edilmesi mümkündür. Kaldı ki mahkemenin tavsif ettiği şekilde seçimlik ceza olduğu kabul edilse bile, kural olarak ifanın talep olunduğu hallerde cezanın tediyesinin istenmesi mümkün değil ise de TBK.nun 179/1. maddesi gereğince hilafına mukavele yapılabileceği gözetildiğinde ve sözleşmede de cezanın dışında asıl alacağı talep hakkı hariç tutulmuş olmakla bu halde dahi ceza isteme hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekir." 15. HD. 26.5.1999 T., 1999/774 E. 1999/2125 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹²⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 3128, N. 3695.

¹²⁹⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 559-560, N. 1600.

¹²⁹⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 559, N. 1599.

¹²⁹⁸ Dirican, **a.g.e.**, s. 85-87.

2.3.Cezai Şartın Hukuki Niteliği

İndirilmesi ile alakalı olanlar hariç cezai şarta ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığından, taraflarca aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür.¹²⁹⁹ Bağlı olduğu asıl borca ilişkin sözleşme içerisinde düzenlenmiş olabileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de belirlenebilecektir.¹³⁰⁰ Cezai şartın kural olarak geçerli ve ifa edilmemiş her türlü borç için öngörülmüş olması mümkündür.¹³⁰¹ Cezai şartın alacaklıya ya da bir üçüncü şahsa ifa edilmesinin kararlaştırılması da mümkündür.¹³⁰² Para olarak düzenlemesi zorunlu olmayıp, ekonomik değeri olan başka bir edim şeklinde de tanzim edilebilir.¹³⁰³ Cezai şartın bir teminata bağlanması da mümkündür.¹³⁰⁴ Cezai şarta sözleşmede taraflarca farklı bir düzenleme getirilmediği takdirde, temerrüt tarihinden itibaren faiz talep edilebilecektir.¹³⁰⁵

2.3.1.Asıl Borcun Fer'isi Olması

Cezai şart, asıl borca bağlı olarak, onun geçerli olması halinde geçerli olan, ihlal edilmesi ile meydana gelen ve muaccel olmadan önce TBK.m.131 tabi hallerde sona ermesiyle kural olarak sona eren fer'i nitelikli bir borçtur.¹³⁰⁶ Bu husus asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi başlıklı *“asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur”* şeklindeki TBK.m.131 ile de sabittir.¹³⁰⁷ Eğer arsa payı karşılığı

¹²⁹⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1323, N. 3678; “Cezai şarta ilişkin hükümler emredici nitelikte değildir. Taraflar bunların aksini kararlaştırabilirler. İstisnası cezanın tenkisiyle (indirilmesiyle) ilgili BK'nın 161. maddesinde (TBK m. 182) düzenlenmiş olup, maddenin birinci bendinde ceza miktarını tarafların serbestçe belirleyebilecekleri belirtildikten sonra, üçüncü bendinde: “Hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir” denilmek suretiyle, bu ceza miktarının hâkim kararı ile azaltılabileceği öngörülmüştür.” HGK. 7.7.2021 T., 2017/15-3169 E. 2021/948 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁰⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 548, N. 1566; Eren, **a.g.e.**, s. 1326, N. 3685; Taylan, **a.g.m.**, s. 48.

¹³⁰¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 550, N. 1567.

¹³⁰² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 766.

¹³⁰³ Eren, **a.g.e.**, s. 1324, N. 3680; Bingöl, **a.g.e.**, s. 116.

¹³⁰⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1325, N. 3684.

¹³⁰⁵ Dirican, **a.g.e.**, s. 165. “Mahkemece hükmedilen aylık kira bedeline ay sonundan itibaren faiz işletilmesine karar verilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde kararlaştırılan bu tazminat ifaya ekli cezai şart niteliğinde kira tazminatıdır. Bu tazminat kötüniyet tazminatı olmadığı için ay sonunda muaccel hale gelse de ihtarla borçlu temerrüde düşürülmediğinden ay sonundan itibaren faiz istenmesi mümkün değildir.” 23. HD. 11.9.2018 T., 2016/899 E. 2018/4131 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁰⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1324, N. 3681; Kurt, **Temerrüt**, s. 219; Taylan, **a.g.m.**, s. 48; Uçar, **a.g.e.**, s. 14-15; Bingöl, **a.g.e.**, s. 116-117.

¹³⁰⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1325, N. 3682.

inşaat sözleşmesi geçersizse fer'i nitelikli cezai şart da geçersizdir ve talep edilemeyecektir.¹³⁰⁸

Sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa, arsa payı inşaat sözleşmesi ile getirilen cezai şart, bizim görüşümüze göre dönme iradesinin karşı tarafa ulaşması ile Yargıtay uygulamasına göre ise arsa payı inşaat sözleşmesinden dönülmesi hususunda taraf iradelerinin birleşmesi ya da mahkeme kararı ile sözleşmeden dönülmesi ile ortadan kalkacaktır.¹³⁰⁹ Ancak sözleşme içerisine eklenen bir koşul ile, sözleşmeden dönülmesi halinde cezai şartın geçerliliğini sürdüreceği öngörülmüş ve taraf iradelerinin bu yönde olduğu anlaşılıyorsa, iş sahibi, sözleşmeden dönülmesi halinde herhangi bir zarar ispatına girmesine gerek olmaksızın cezai şartı talep edebilecektir.¹³¹⁰ Yargıtay, sözleşmeden dönülmesi durumunda aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşme ile dönme yasağı içeren bir süre belirlenmiş ve tarafların o süre için sözleşme içerisinde dönme imkanları bulunmuyorsa, ancak bu süreye ilişkin cezai şartın talep edilebileceği kanaatindedir.¹³¹¹ Yine Yargıtay'a göre "ileriye etkili fesihte cezai şart istenebilir."¹³¹² İş sahibi tarafından yüklenicinin temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçip müspet zararın tazmininin talep edilmesi halinde Yargıtay, cezai şartın talep edilemeyeceği

¹³⁰⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 554, N. 1580; "Cezai şart, bağlı olduğu asıl borcun akıbetine bağlıdır. Asıl borç geçersiz ise bunun müeyyidesi olan cezai şartta geçersizdir." HGK. 16.3.2016 T., 2014/13-1013 E. 2016/318 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁰⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 556, N. 1585.

¹³¹⁰ Öz, **Dönme**, 296-297.

¹³¹¹ "Sözleşmenin feshi halinde kural olarak müspet zarar kapsamında olan gecikme tazminatı (ceza-i şart) ile eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli yükleniciden talep edilemez ise de; ... Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nin 16. maddesinde sözleşme süresi sonunda inşaat tamamlanmadığı takdirde iş sahibi tarafından ihtar olunma durumunda yüklenicinin iş sahibine bağımsız bölüm başına aylık o mahaldeki emsal kira bedelini ceza olarak ödemeyi kabul edeceği bu sürenin en fazla 6 (altı) olacağı kararlaştırılmış... Bu altı aylık süre feshedilmeyen süredir. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre sözleşme daha sonra feshedilmiş olsa dahi sözleşmede aksi kararlaştırıldığından müspet zarar kapsamındaki gecikme tazminatının (ceza-i şartın) feshedilmeyen süre için istenmesi mümkündür." 15. HD. 08.10.2019 T., 2019/539 E. 2019/3835 K. (**Kazancı Bilişim**); "Sözleşmenin bu maddesindeki 20 günlük süre feshedilemeyen süre olup bu süre içinde gecikme cezasının uygulanacağı da kabul edildiğinden davacı iş sahibinin feshedilemeyen bu 20 günlük süre ile ilgili olarak gecikme tazminatı istemesi mümkündür. Somut olayda da bu 20 günlük süre geçtikten çok sonra sözleşme feshedilmiştir. Bu durumda mahkemece konusunda uzman bilirkişiden az yukarıda söz edilen sözleşme hükümleri ve 3 numaralı hakedişten gecikme karşılığı 6 gün ceza kesintisi yapıldığı da dikkate alınmak suretiyle feshedilmeyen süre ile sınırlı olarak davacı iş sahibinin istemekte haklı olduğu ceza miktarı konusunda rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekirken" 15. HD. 3.2.2011 T., 2010/456 E. 2011/520 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³¹² 23. HD. 31.3.2016 T., 2014/10445 E. 2016/2017 K. (**Kazancı Bilişim**)

kanaatindedir.¹³¹³ İfadan vazgeçilerek müspet zararın talep edilmesi halinde, müspet zarar ifanın yerini alacağından kural olarak artık cezai şart da söz konusu olmayacaktır.

Cezai şart, geciktirici şarta bağlı bir sözleşme içerisinde öngörülmüşse geciktirici şartın gerçekleşmesi ile işlev kazanacak, bozucu şarta bağlı sözleşmelerde ise bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda geçerli olarak doğmuş olsa da asıl borç ile birlikte ortadan kalkacaktır.¹³¹⁴ TBK.m.152'nin “*asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur*” hükmü gereğince, asıl borç zamanaşımına uğrarsa, cezai şart da zamanaşımına uğramış olacaktır. Asıl borç zamanaşımına uğramış ve zamanaşımı def'i ileri sürülmüşse, cezai şartın ifa edilmesi de talep edilemeyecektir.¹³¹⁵

Hiç kuşkusuz TBK.m.27 gereğince kamu düzenine ve ahlaka aykırı ya da konusu imkansız olan borçlar için öngörülen cezai şartlar da geçersiz olacaktır.¹³¹⁶ Cezai şartın varlığı bağlı olduğu asıl borcun geçerliliğine bağlı ise de, cezai şart geçersiz de olsa asıl borç bundan etkilenmeyecektir.¹³¹⁷

Cezai şart, fer'i nitelikte olduğundan, asıl borç muaccel olmadığı sürece, asıl borca bağlı ve onunla birlikte muaccel olacaktır.¹³¹⁸ Cezai şart muaccel olmadan önce,

¹³¹³ Dirican, **a.g.e.**, s. 174; “aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini istendiğinde; ayrıca, gecikme-kira tazminatı, eksik ve ayıplı işler bedeli, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez. Çünkü, ifa yerine geçen olumlu zararın istenmesi demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi davacılara düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin, teslimi gereken tarihteki bitmiş halde rayiç bedellerin müspet zarar olarak istenmesi demektir.” 15. HD. 4.6.2012 T., 2012/2766 E. 2012/4181 K. (**Kazancı Bilişim**); “aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini istendiğinde, ayrıca gecikme-kira tazminatı istenip istenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Borçlar Kanununun 106/II. maddesinde düzenlenen “... akdin icrasından ve tevhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep ...” etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi davacılara düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin müsbet zarar olarak istenmesi demektir. İş sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez (Y.15.H.D. 18.3.1998, 1998/93 Esas ve 1998/1059 sayılı kararı).” 15. HD. 14.10.2005 T., 2005/5341 E. 2005/5449 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³¹⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 551, N. 1568.

¹³¹⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 557, N. 1587.

¹³¹⁶ Funk, **a.g.e.**, s. 229; Göktürk, **a.g.m.**, s. 402-403.

¹³¹⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 557, N. 1589.

¹³¹⁸ Funk, **a.g.e.**, s. 229.

asıl alacak temlik edilmişse cezai şartın da onunla birlikte ayrıca kararlaştırılmasına gerek olmaksızın yeni alacaklıya geçeceği kabul edilmektedir.¹³¹⁹

Ancak asıl borcun muaccel olması ile cezai şarttan kaynaklanan borç da bağımsız bir nitelik arz etmeye başlayacak ve böylece kural olarak artık asıl borcun sona ermesi bağımsızlaşan cezai şartı sona erdirmeyecektir.¹³²⁰ Bağımsız bir nitelik alan cezai şartın, artık ayrıca kararlaştırılmadığı takdirde borcun nakli ya da alacağın temliki ile yeni borçlu ve alacaklıya kendiliğinden geçmeyeceği kabul edilmektedir.¹³²¹ Bu çerçevede, ayrıca kapsam dahiline alınmadığı sürece, muacceliyetten sonra asıl borcun ibra ya da takasla sona ermesi cezai şartı da sona erdirmeyecektir.¹³²² Ancak, sözleşmeden dönülmesi ve benzeri hallerde, cezai şart muaccel olsa dahi asıl borç ile birlikte ortadan kalkacak, yapılan ödemelerin iadesi talep edilebilecektir.¹³²³

2.3.2. Asıl Borcun Muaccel ve İhlal Edilmiş Olması

Cezai şartın talep edilebilmesi için, muaccel olan asıl alacağın hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi suretiyle, cezai şartın doğumu için tarafların önceden belirledikleri ihlalin gerçekleşmesi gerekmektedir.¹³²⁴ Cezai şart, hangi ihlal hallerinin neticesi olarak belirlenmişse sadece o ihlal hallerinin gerçekleşmesi halinde talep edilebilir, cezai şartı meydana getiren ihlal hallerinin kıyas, yorum ve sair şekillerde genişletilebilmesi mümkün değildir.¹³²⁵ Taraflar, tek bir ihlalin varlığını cezai şartın doğumu için yeterli sayabilecekleri gibi, ihlalin birden çok kez gerçekleşmesi ya da ihlalin belirli süre devamı şartını ya da ihlal sonrası, karşı tarafa ihtarla verilen sürenin sonunda doğması gibi çok çeşitli şekillerde cezai şartın meydana gelmesine ilişkin bir

¹³¹⁹ Mevhumu muhalifinden Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 597-598, N. 1743, dn. 81. Cezai şartın muaccel olmadan önce asıl alaktan bağımsız olarak devrinin mümkün olup olmadığı hususundaki tartışmalar için Bkz. Kocaağa, **Ceza**, s. 158-159, dn. 11.

¹³²⁰ Funk, **a.g.e.**, s. 229.

¹³²¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 560, N. 1602.

¹³²² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 560, N. 1602.

¹³²³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 560, N. 1602.

¹³²⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1325, N. 3684; Kocaağa, **Ceza**, s. 219-221; Uçar, **a.g.e.**, s. 14.

¹³²⁵ Kocaağa, **Ceza**, s. 222; Dirican, **a.g.e.**, 32-34. “ilgili düzenleme haricinde cezai şart (ceza koşulu) hükmü bulunmamaktadır. Cezai şart (ceza koşulu), borçlunun temerrüdünün doğal sonucu olmayıp, sözleşmede açıkça kararlaştırılmadıkça talep edilemez. Yorum yoluyla genişletilerek yahut kıyas yoluyla benzer durumlara uygulanması mümkün değildir.” 6. HD. 29.1.2014 T., 2013/7895 E. 2014/1036 K. (**Kazancı Bilişim**)

anlaşma yapabilirler, ayrıca, cezai şartın, cezai şarta neden olan her bir ihlal nedeni için ayrı ayrı meydana geleceği ve birlikte geçerliliklerini sürdürecekleri kararlaştırılmışsa, bu durumda tarafların iradelerine, sözleşmenin amacı ve ekonomik sonuçlarına, dürüstlük kuralına ve emredici hukuk hükümlerine göre değerlendirmesi gerekecektir.¹³²⁶ Cezai şartın miktarının, ifadan beklenen menfaatten önemli ölçüde az olması durumunda ifaya ekli cezai şarttan, önemli ölçüde fazla olması durumunda ise seçimlik cezai şarttan bahsedilecektir.¹³²⁷ Yüklenicinin gecikmesi hali için öngörülmüş ifaya ekli cezai şart miktarı, gecikmeden kaynaklanan zararın çok üstünde, ifa menfaatini kapsar bir vaziyetteyse bu durumda yorum yolu ile seçimlik cezai şartın varlığından bahsedilebilecektir,¹³²⁸ yüklenicinin teslimde gecikmesi durumunda söz konusu bağımsız bölümün değeri kadar cezai şart ödeyeceğinin kararlaştırıldığında olduğu gibi.¹³²⁹ Gecikme halinde ödenmesine karar verilen cezai şartın miktarının düşük olması halinde söz konusu cezai şartın her ihlalde ödeneceği sonucuna varılabilir.¹³³⁰ Ancak sözleşmede açıklık bulunmaması ve sözleşmenin yorumlanmasında da tereddüt olması halinde, borçlu lehine yorum ilkesi doğrultusunda cezai şartın bir kez için öngörüldüğü kabul edilecektir.¹³³¹ Sözleşme metninde düşük miktarlı cezai şart belirlenmesi halinde edimini süresinde ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirdiğini ispatlama külfeti, cezai şart yükümlüsüne aittir.¹³³²

2.3.3.Cezai Şartın Geçerli Olması

Taşınmaz mülkiyetinin devrini de ihtiva eden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin düzenlenme şeklinde resmi yapılması gerekli olup, sözleşmede cezai şarta yer verilmemiş ancak sonradan taraflarca cezai şart düzenlemesine yer verilmek

¹³²⁶ Kocaağa, **Ceza**, s. 222-223.

¹³²⁷ Kocaağa, **Ceza**, s. 223-224.

¹³²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 350; Kocaağa, **Ceza**, s. 223-224.

¹³²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 351.

¹³³⁰ Kocaağa, **Ceza**, s. 225.

¹³³¹ Kocaağa, **Ceza**, s. 225.

¹³³² “Bir sözleşme ile ceza koşulu altında borç yüklenen kişi, alacaklıya veya yükümlülüğü uyarınca 3. kişilere karşı borcunu tam ve eksiksiz eda etmezse ceza koşulu ödemekle yükümlü olur. Borcun sözleşmede yükümlenen koşullara ve önellere uygun biçimde eda edilip düştüğünü isbat yükü yükümlenenindir. Davalı üzerine aldığı borcu gösterilen öneller içinde ve koşullara uygun biçimde yerine getirdiğini ispatlamamıştır.” HGK. 29.5.1971 T., 1970/691 E. 1971/340 K. (**Kazancı Bilişim**)

isteniyorsa, tarafların edimlerinde değişiklik meydana getirilen bu düzenlemenin TBK.m.13 gereğince yine düzenleme şeklinde resmi olarak yapılmasının zorunludur aksi taktirde geçersiz sözleşmelerin içerisinde yer alan cezai şart hükmü de geçersiz olacaktır. ¹³³³ TBK.m.27 hükmüne aykırı olan cezai şart hükümlerinin de geçersiz olacağı, imkansızlığın sözleşmenin yapıldığı tarihteki objektif imkansızlık olduğu şüphesizdir. ¹³³⁴

2.3.4.Zarardan Bağımsız Oluşu

Hukukumuzda zarar yoksa tazminat da söz konusu olmadığı halde, kanun koyucu cezai şart bakımından bir istisnai bir düzenleme getirerek bu kuraldan uzaklaşmıştır. ¹³³⁵ TBK.m.180/I gereğince “*alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” Bu hüküm gereğince alacaklının cezai şartı talep etmesi için herhangi bir zarara uğraması zorunlu olmayıp, herhangi bir zarara uğramamış olsa bile cezai şartı talep edebileceği açıktır. ¹³³⁶

2.3.5.Kusurun Bir Unsuru Olması

Yüklenicinin cezai şart sorumluluğuna başvurabilmek için yüklenicinin kusurlu olmasının zorunlu olup olmadığı hususu öğretilde tartışmalıdır. Hukukumuzda tazminat sorumluluğu, kural olarak borçlunun kusurlu olması şartına bağlanmış olması ve cezai şart konusunda da bu kuraldan ayrılınmaması nedeniyle, yüklenicinin cezai şarttan sorumlu olması için kusurlu olması şarttır. ¹³³⁷ Yargıtay’ın güncel ve ağırlıklı

¹³³³ Fuhrer/ Muller-Chen/Çetiner, **a.g.e.**, s. 657, N. 1616; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 430-431, N. 1380; Taylan, **a.g.m.**, s. 48; Bingöl, **a.g.e.**, s. 117.

¹³³⁴ Kocaağa, **Ceza**, s. 115, dn. 234.

¹³³⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1329, N. 3700; Kocaağa, **Ceza**, s. 173.

¹³³⁶ Funk, **a.g.e.**, C. I, s. 229; Göktürk, **a.g.m.**, s. 400; Eren, **a.g.e.**, s. 1329, N. 3700; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 433, N. 1388; Taylan, **a.g.m.**, s. 50-51; “*Borçlunun borca aykırı davranışı hâlinde alacaklının ifaya ek olarak talep ettiği alacak bir ceza koşulu alacağı ise, zarar koşulunu gerektirmez. Alacaklı borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle zarara uğramasa dahi kararlaştırılan ceza koşulunu talep edebilir.*” HGK. 7.7.2021 T., 2017/15-3169 E. 2021/948 K. (**Kazancı Bilişim**) “*Borçlunun borca aykırı davranışı halinde alacaklının ifaya ek olarak talep ettiği alacak bir ceza koşulu alacağı ise, zarar koşulunu gerektirmez. Alacaklı borca aykırılık nedeniyle bir zarara uğramasa bile ifaya ek olarak ceza koşulu talep edebilir.*” HGK. 12.11.2014 T., 2013/15-1140 E. 2014/905 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³³⁷ Tunçomağ, **Ceza**, s. 102; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 563, N. 1616; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 356; Kocaağa, **Ceza**, s. 231; Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 180-181; Günay, **a.g.e.**, s. 119; Mehmet Çakıroğlu, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin, 2019, s.92-93; Ekinci, **a.g.e.**, s. 246; Usta, **a.g.e.**, s. 165; Kabaklıoğlu

sayıdaki kararları da cezai şart sorumluluğu için kusurun varlığını aramaktadır.¹³³⁸ Öğretideki diğer görüşe göre ise, cezai şart asıl borca bağlı bir yan borç olduğu için cezai şart sorumluluğuna başvurmak için yüklenicinin kusurlu olmasına gerek yoktur.¹³³⁹ Biz de cezai şartın fer'i niteliği ve asıl borca bağlı olması itibarıyla cezai şart sorumluluğunun doğması için kusurun bulunması gerektiği şeklindeki hakim görüşe katılıyoruz.

Yüklenicinin kusursuz sorumluluğu bulunan haller için öngörülen cezai şartın hüküm altına alınabilmesi için kusur aranmaz.¹³⁴⁰ Sonraki imkansızlıkta, borçlunun kusuru bulunmuyorsa cezai şart borcu da sona erecektir.¹³⁴¹ (kasta, ağır veya hafif ihmale dayalı) herhangi bir kusurun varlığı halinde artık cezai şart sorumluluğu doğacak ancak şartları varsa hakim diğer unsurlarla birlikte kusur oranını da cezai şarttan indirim sebeplerinden biri olarak dikkate alabilecektir.¹³⁴² Ancak, taraflar sözleşme ile bu durumun aksini yani kusur bulunmadığı halde de cezai şartın ödeneceğini kararlaştırabilirler.¹³⁴³

Asıl borcun ihlali eğer iş sahibinin kusurundan ya da sorumlu tutulabileceği bir nedenle meydana geliyorsa artık iş sahibinin cezai şart talep edemeyeceği tabiidir.¹³⁴⁴

Aslanyürek, **a.g.e.**, s. 72; Gülseven, **a.g.e.**, s. 49; Uçar, **a.g.e.**, s. 21-54; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 433, N. 1388; “Cezanın lüzum ifade etmesi bakımından BK. 96 ve sonraki maddelerde konmuş olan esaslardan ayrılmak için bir sebep yoktur; yani cezanın lâzım olması için borcun ifa edilmemesinde borçlunun kusuru bulunmak gerekir” Bkz. Bilge, **a.g.m.**, s. 108.

¹³³⁸ “Yukarıda da belirtildiği üzere sözleşmenin feshinde davalı yüklenicinin bir kusuru bulunmamaktadır. Bu itibarla; mahkemece ceza-i şart isteminin reddine karar verilmesi gerekirken hatalı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.” 15. HD. 13.4.2021 T., 2021/3506 E. 2021/1626 K. (**Kazancı Bilişim**); “Cezai şart, sözleşme hükümlerine aykırı davranılması halinde, aykırı davranan tarafın, ana sözleşmede yer alan bir ceza hükmü veya bağımsız bir ceza sözleşmesiyle diğer tarafa ödemeyi üstlendiği fer'i nitelikte bir edim borcudur. Sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın istenebilmesi için borçlunun kusurlu bulunması gerekir. Sözleşmeye aykırı davranan borçlu, sözleşme serbestliği çerçevesinde düzenlenen cezadan sorumlu olur. Ancak alacaklı tarafın da kusurlu bulunmaması zorunludur. Yani lehine ceza öngörülen yararına cezaya hükmedilebilmesi için kusurlu bulunmaması genel hukuk prensiplerindendir. Bu nedenle eldeki davada tarafların kusur durumu irdelenmelidir. Sözleşmenin, her iki tarafın ortak kusuru ile sona erdiği durumda taraflar birbirlerinden cezai şart isteyemez.” 15. HD. 1.11.2018 T., 2018/2642 E. 2018/4205 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³³⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1329, N. 3700; Diğer müellifler için Bkz. Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 161-162, dn. 625.

¹³⁴⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 566, N. 1623; Kocağa, **Ceza**, s. 318; Dirican, **a.g.e.**, s. 129.

¹³⁴¹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 766.

¹³⁴² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 564, N. 1617.

¹³⁴³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 564, N. 1620.

¹³⁴⁴ Kocağa, **Ceza**, s. 236.

Cezai şart sorumluluğundan kurtulmak isteyen yüklenici, herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispatlamakla mükelleftir.¹³⁴⁵

2.3.6.Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Olması

Hukukumuzda cezai şart, teminat altına aldığı asıl borcun ihlali halinde doğan asıl borçtan farklı bir edim taahhüdüdür.¹³⁴⁶ Bu farklılık nitelik ya da miktar olarak da olabilir.¹³⁴⁷ Asıl borç ilişkisindeki zaten var olan yasal sonuçlar, temerrüt halinde temerrüt faizi ödenmesi gibi, ayrı bir edim niteliğinde olmadığı için cezai şart olarak kararlaştırılamaz.¹³⁴⁸

2.3.7.Karşılıksız Olması

Borçlunun cezai şart ödeme taahhüdünün karşılığı olmak üzere kural olarak alacaklı tarafından herhangi bir taahhüt altına girilmemesi nedeniyle cezai şartın karşılıksız olduğu kabul edilmektedir.¹³⁴⁹ Bir karşı edim olmadan borçlanılması yönüyle kefalete benzetilmekte, ayrıca bir karşı edim olmaması nedeniyle TBK.m.28 bağlamında bir fazla yararlanmanın da söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir.¹³⁵⁰

2.3.8.İhtirazi Kayıt İleri Sürmeden Edanın Kabulünün Sona Erdirmesi

İhtirazi kayıt, belirli bir konudaki haklarını kullanıp kullanmama hususundaki özgürlüğünü muhafaza etmek isteyen tarafın¹³⁵¹, sözleşmenin taraflarının edimlerinin ifasının öncesinde veya ifası esnasında ya da en geç kabulden hemen sonra¹³⁵² bu haklarını saklı tuttuğuna ilişkin olarak karşı tarafa yönelttiği ve karşı tarafa ulaşması

¹³⁴⁵ Tunçomağ, **Ceza**, s. 104; Dirican, **a.g.e.**, s. 100; Usta, **a.g.e.**, s. 165.

¹³⁴⁶ Kocaağa, **Ceza**, s. 88, dn. 100.

¹³⁴⁷ Kocaağa, **Ceza**, s. 88.

¹³⁴⁸ Kocaağa, **Ceza**, s. 88.

¹³⁴⁹ Kocaağa, **Ceza**, s. 175.

¹³⁵⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1303, N. 3711; Kocaağa, **Ceza**, s. 175.

¹³⁵¹ “bilindiği gibi önkoşul (ihtirazi kayıt), belli hakları kullanmak konusunda serbestisini muhafaza etmek isteyen tarafın bu konudaki vaki beyanıdır.” HGK. 18.09.1981 T., 1979/9-175 E. 1981/607 K. (Kazancı Bilişim)

¹³⁵² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 768.

ile hüküm ifade eden, yenilik doğuran tek taraflı bir irade açıklamasıdır.¹³⁵³ İhtirazi kaydın hüküm ifade edebilmesi karşı tarafa ulaşmasına bağlıdır.¹³⁵⁴ Yenilik doğurucu bir hak olarak şarta bağlanması mümkün olmayan ve hak düşürücü süreye bağlı olan ihtirazi kaydın, hak düşümü süresi hakim tarafından re'sen göz önüne alınacaktır.¹³⁵⁵

Sözleşme ile aksinin yani çekincesiz teslimin kabulünün cezai şartı talep hakkını sona erdirmediğinin kararlaştırılmış olması ya da teslimden önce açılan bir icra takibi ya da dava ya da gönderilen bir ihtar ile cezai şarta ilişkin hakların saklı tutulması halleri dışında çekincesiz teslim alma cezai şarta ilişkin hakları sona erdirecektir.¹³⁵⁶ Söz konusu dava ya da icra takibinden feragat edilmemesi durumunda yeniden ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek kalmayacağı¹³⁵⁷ ve kısmi ifade¹³⁵⁸ ya da munzam zarar talebi için de ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek olmadığı belirtilmiştir.¹³⁵⁹ Bazen halin icabından, sözleşmenin tarafların özelliklerinden dolayı ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek yoktur¹³⁶⁰ ya da bazı durumlarda ihtirazi kayıt

¹³⁵³ Halil Yılmaz, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, bs. 2, Ankara, Seçkin, 2007, s. 71; HGK. 7.7.2021 T., 2017/15-3169 E. 2021/948 K. (Kazancı Bilişim)

¹³⁵⁴ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 45.

¹³⁵⁵ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 98-99.

¹³⁵⁶ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 107; Uçar, **a.g.e.**, s. 39; “İfaya ekli cezai şartın istenebilmesi için sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmadıkça gecikmiş ifanın çekincesiz olarak kabul edilmemesi gerekir. Aksi hâlde cezai şartı isteme hakkı düşer. Gecikmiş ifadan önce keşide edilen ihtarla gecikme cezası isteme hakkı saklı tutulmuş, sözleşmede cezai şart talep edebilmek için ihtirazi kayda gerek olmadığı kararlaştırılmış ya da ifadan önce alacaklının bu hakkını saklı tuttuğu anlamına gelecek davranışları mevcut ise sonradan yapılan teslimde çekince konulmamış olsa dahi cezai şart isteme hakkı düşmez, talep edilebilir.” HGK. 7.7.2021 T., 2017/15-3169 E. 2021/948 K. (Kazancı Bilişim)

¹³⁵⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 107-108.

¹³⁵⁸ “kısmi ödemenin kabulü halinde ihtirazi kayıt ileri sürülmesine de gerek bulunmadığı” 12. HD. 4.4.1996 T., 1996/4528 E. 1996/4528 K. Bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 134.

¹³⁵⁹ “Munzam zarar bu hukuki niteliği ve karakteri itibarıyla asıl alacak ve faizleri yönünden icra takibinde bulunulması veya dava açılmasıyla sona ermeyeceği gibi, icra takibinde bulunulması veya dava açılması sırasında asıl alacak ve temerrüt faizi yanında talep edilmemiş olması halinde dahi (B.K. 105/2 md.) takip veya davanın konusuna dahil bir borç olarak da kabul edilemez. Hal böyle olunca, asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada munzam zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazi kayıt dermeyerine da gerek yoktur.” 13. HD. 2.6.2002 T., 2002/1310 E., 2002/6636 K. (Kazancı Bilişim)

¹³⁶⁰ Bankacılık işlemlerinde, banka müşterisinin hesabından para çekerken işlemiş faiz haklarına ilişkin ihtirazi kayıt ileri sürmesinin gerekmemesinde olduğu gibi Bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 111.

ileri sürülmesi aranmaz.¹³⁶¹ Bazen belirli davranış ya da işlemlerin varlığı ile zımnen ihtirazi kaydın ileri sürüldüğü ispatlanabilir.¹³⁶²

“Alacaklı açıkça ihtirazi kayıt ileri sürmese de, yaptığı eylem ve işlemlerden bu hakkını kullanmak istediği sonucu çıkarılabiliyorsa, artık bu hakkın saklı tutulduğunun kabulü gerekecektir. Alacaklının, asıl borç konusu para alacağını tahsil ederken, işlemiş faizleri talep hakkını saklı tuttuğunu beyan etmediği veya bu durum "hal ve koşullardan çıkartılmadığı" takdirde ise, yukarıda belirtilen yasal ilke uyarınca, asıl borç son bulmakla, faiz alacağı da son bulacaktır... işlemiş faizi talep hakkının saklı tutulduğunun beyan edildiği ya da eylem ve işlemlerinden bu durumun anlaşılmasında olduğunun kanıtlanması gerekir.”¹³⁶³

Sözleşme içerisinde yüklenicinin temerrüdü halinde aynen ifa yanında, ifaya ekli cezai şart düzenlemesi getirilmişse, yukarıda belirttiğimiz haller de iş sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürdüğünün kabul edildiği ya da kabulde herhangi bir çekince ileri sürmesine gerek olmadığı haller dışında, iş sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmeden

¹³⁶¹ “işçi tarafından imzalanan belgede ayrı bir sütun bulunmasına rağmen hiç bir işçiye fazla saat ücreti tahakkuk ettirilmemiş ise; bu takdirde bordroyu imzalayan işçilerin ayrıca ön koşul ileri sürmesi gerekmez.” HGK. 18.09.1981 T., 1979/9-175 E. 1981/607 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁶² “Cezayı isteme hakkının saklı tutulması (çekince, ihtirazi kayıt), yenilik doğuran bir irade beyanı olup, ifa anında açıkça yapılmalıdır. Saklı tutma, teslim-kabul tutanağına düşülecek bir kayıtlı veya ifayı kabulden önce yapılacak yazılı bildirimle yahut ...bedelinin ceza alacağı kesilerek ödenmesi gibi buna delalet eden bir eylem veya işlem ile gerçekleştirilebilir... Açık feragat ise, borçluya yöneltlen ve varması gereken bir irade beyanı ile veya sözleşmeye önceden –eserin çekincesiz kabul edileceğine ilişkin bir hükmün konulmasıyla olur. Bazen de, çekincenin varlığı bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanabilir (Selimoğlu Y.E.; Eser Sözleşmesi, ... 2017, s.350-353).” HGK. 7.7.2021 T., 2017/15-3169 E. 2021/948 K. (**Kazancı Bilişim**); “Somut olayda sözleşmenin 34.3 maddesinde “gecikme cezası ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir.” hükmü yer almaktadır. Sözleşmenin bu hükmü karşısında ve iş sahibi gecikme cezası miktarınca ödemediğinden kaçınıldığından ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin teslim alma nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 179/2 maddesi anlamındaki ifaya ekli cezanın düştüğünü kabul etmek mümkün değildir. Diğer bir anlatımla davalı idare malın teslimi üzerine mal bedelini cezai şart alacağı kadar eksik ödemekle, ihtirazi kaydı dermeyer etmiş sayılır (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 28.03.2006 gün, 2006/2427 esas, 2006/1803 karar sayılı kararı, 15. Hukuk Dairesi, 12.04.2010 gün, 2009/7003 esas- 2010/2104 karar sayılı kararı) ... Saklı tutmanın açık olması gerekmeyle birlikte mutlaka “çekince” veya “saklı tutma” gibi kelimelerin kullanılması gerekli olmayıp, bu anlama gelen kelime veya ifadeler kullanılabilir (Ceza koşulu-sözleşme cezası, Köksal Kocağa, Yetkin Yayınları 2018, s. 295).Bu durumda ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin eserin kabul edildiği ya da cezai şart isteme hakkından zımnen vazgeçildiğinin ifade edilebilmesi mümkün olmadığından” 15. HD. 25.3.2021 T., 2020/2512 E. 2021/1196 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁶³ HGK. 2.2.2005 T., 2004/10-771 E. 2005/24 K. (**Kazancı Bilişim**)

bağımsız bölümleri teslim alması durumunda ifaya ekli cezai şart talep hakkı sona erecektir.

Hakim ihtirazi kaydın ileri sürülüp sürülmediğini re'sen araştıracaktır.¹³⁶⁴ Taraflar ihtirazi kaydın ileri sürülmesine ilişkin delil sözleşmesi yapabilirler, o takdirde emredici hukuk kurallarına aykırı olmadığı müddetçe ihtirazi kaydın ileri sürüldüğünün HMK.m.193/1 hükmüne göre tarafların kararlaştırıldıkları şekilde ispatı gerekecektir.¹³⁶⁵

2.4.Cezai Şartın Sınırlanması

2.4.1. Aşırı Cezai Şartın İndirilmesi

2.4.1.1.Kavram

Her ne kadar cezai şart tutarının taraflar arasında serbestçe belirlenmesi ve akde vefa prensibi esas olsa da¹³⁶⁶ TBK.m.182/III'te düzenlenen hüküm gereği hâkim takdir yetkisini adalet ve hakkaniyet çerçevesinde¹³⁶⁷ kullanmak ve menfaat dengesini¹³⁶⁸ gözetmek suretiyle aşırı gördüğü cezai şartı re'sen indirebilecektir. Kamu düzeninden olduğu için indirim hakkından önceden feragat edilmesi geçersizdir.¹³⁶⁹

¹³⁶⁴ “Olayda işin gerçekten iddia edildiği üzere gecikme ile teslim edildiği anlaşılmış ise de davacı iş sahibi eseri alırken yasada öngörülen hakkını saklı tutmamış olmakla bu haktan (ceza istemek) zımnen vazgeçmiş ve borç sönmüştür. Bu gibi ahvalde mahkeme borcu söndüren sebebi (itiraz) resen göz önünde tutmakla yükümlüdür.” 15. HD. 14.4.1975 T., 1975/493 E. 1975/2079 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁶⁵ “tarihli dilekçemde yazılı ihtirazi kayıtla' cümlesini yazarak ya da bu anlama gelecek bir itiraz şerhi ile imzalaması gereklidir. Eğer yüklenicinin, hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılıncaya kadar, yetkililer tarafından hakediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok on iş günü içinde bu itirazını dilekçeyle idareye bildirmek zorundadır. Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hakediş olduğu gibi kabul etmiş sayılır.” hükmü düzenlenmiştir. 6100 Sayılı HMK'nin 193/1. maddesine göre, taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi, belirli delillerle ispatı öngörülme vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. Buna göre, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 42. maddesi HMK'nin 193/1. maddesi anlamında davalı idare ile davacı yüklenici arasında delil sözleşmesi niteliğinde olup hak edişlere itirazın ne şekilde yapılacağı açıkça düzenlendiğinden belirtilen usule uygun olarak itiraz edilmediği takdirde geçici hak edişler hizmet veren açısından kabul edilmiş sayılacaktır.” 15. HD. 26.4.2021 T., 2021/1655 E. 2021/1931 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁶⁶ Kocaağa, **Ceza**, s. 321.

¹³⁶⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 566, N. 1626.

¹³⁶⁸ Kocaağa, **Ceza**, s. 322.

¹³⁶⁹ Taylan, **a.g.m.**, s. 52; Uçar, **a.g.e.**, s. 110.

2.4.1.2.Şartları

İndirimden söz edebilmek için, geçerli bir cezai şartın varlığı zorunludur, keza, asıl borcun veyahut cezai şartın geçersiz olduğu hallerde indirim de söz konusu olmayacaktır.¹³⁷⁰ Örneğin, geçersiz bir genel işlem şartı ile cezai şart düzenlenmişse, düzenleme geçersiz olduğu için indirim de söz konusu olmayacaktır.¹³⁷¹ Asıl borç için bir şekil şartı öngörülmüş ise, cezai şartın da o şekil şartına uygun olarak düzenlenmiş olması gereklidir.¹³⁷² İndirim konusu cezai şart, mutlaka para borcu olmak zorunda değildir.¹³⁷³

Hakim aşırı cezai şartı indirme takdir yetkisini, cezai şartın muaccel hale gelmesi yani talep edilebilir olması şartıyla kullanabilir.¹³⁷⁴ Cezai şart istemine ilişkin bir dava ya da icra takibi bulunmasa dahi muaccel cezai şartın indirilmesi talep edilebilecektir.¹³⁷⁵

Bir görüşe göre, cezai şartta indirim talep edilebilmesi için, cezai şart borcunun henüz ödenmemiş olması gereklidir.¹³⁷⁶ Bu görüşte olan bazı müellifler iradeyi sakatlayan bir hal bulunmadığı takdirde, ifa edilen cezai şarttan daha sonra indirim talep edilemeyeceği, ifanın cezai şartın fahiş olmadığını kabul¹³⁷⁷ ve indirimden vazgeçme olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü belirtilmektedir.¹³⁷⁸ Yine bu görüş taraftarlarından bazılarına göre, ödenmiş bir cezai şarta ilişkin indirim istemi, TMK.m.2’de kaynağını bulan çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecektir.¹³⁷⁹ Borcun ödenmesinden sonra nasıl uyarılama talep edilemiyorsa, cezai şartın da aynı şekilde indirilmesinin talep edilemeyeceği ileri sürülmüştür.¹³⁸⁰ Keza, ödenmiş ya da

¹³⁷⁰ Tunçomağ, **Ceza**, s. 142; Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 235; Bingöl, **a.g.e.**, s. 118.

¹³⁷¹ Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 2356.

¹³⁷² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 430-431, N. 1380; Bingöl, **a.g.e.**, s. 118-119.

¹³⁷³ Eren, **a.g.e.**, s. 1331, N. 3705; Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 235.

¹³⁷⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 567, N. 1629; Dirican, **a.g.e.**, s. 186; Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 238; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432, N. 1385; Uçar, **a.g.e.**, s. 53; Bingöl, **a.g.e.**, s. 118-119.

¹³⁷⁵ Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 239. Aksi yöndeki görüş için Bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432, N. 1385.

¹³⁷⁶ Dirican, **a.g.e.**, s. 187; Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 239; Taylan, **a.g.m.**, s. 52; Bingöl, **a.g.e.**, s. 118-120.

¹³⁷⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 568, N. 1630.

¹³⁷⁸ Tunçomağ, **Ceza**, s. 154-156; Eren, **a.g.e.**, s. 1331, N. 3708; Uçar, **a.g.e.**, s. 109.

¹³⁷⁹ Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 240.

¹³⁸⁰ Dirican, **a.g.e.**, s. 187, dn. 407.

ifa edilmiş edimler için kural olarak hakimin müdahalesinin talep edilemeyeceği belirtilmiştir.¹³⁸¹

Bir diğer görüşe göre ise çekince ileri sürülmeden cezai şartın ödenmesi, borcun ikrarı anlamına gelmez, bu çerçevede ödenmiş bir cezai şarttan da indirimin talep edilebilmesi mümkündür.¹³⁸² Bu görüş taraftarı bazı müelliflerce, özellikle cezai şartın ödenmesinden sonra, cezai şartı fahiş kılan nedenlerin ortaya çıkmış olması ya da bu nedenlerin varlığından borçlunun daha sonra haberdar olunması halinde de yine ödenmiş cezai şarttan indirim talep edilebileceği belirtilmiştir.¹³⁸³ Yine bir diğer görüşe göre ise, cezai şart ahlaka aykırı ise ifa edilmiş olsa dahi indirilebilmelidir.¹³⁸⁴ İfa edilmiş edimlere ilke olarak hakimin müdahalesi söz konusu olamaz ise de, istisnai olarak somut olayın özelliklerine ve hakkaniyete göre ifa edilmiş edimlerin düzeltilmesi ya da yumuşatılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.¹³⁸⁵

Her ne kadar cezai şart kayıtlarının kanunun emredici hükümleri gereğince ahlaka aykırı olmaması gerekir ise de cezai şart miktarının fazla olarak belirlendiği her hal ahlaka ve adaba aykırılık oluşturmayacaktır. Bu çerçevede biz, eğer ödenen cezai şart ahlaka ve adaba aykırı ise bu cezai şartın iadesinin talep edilebileceği kanaatindeyiz. Keza, “*özellikle hukuka veya ahlâka aykırı sözleşmede bizatihi edimin niteliği veya ifası hukuka veya ahlâka aykırı ise, hukuk düzeninin, kendi varlık sebebi ile çelişir biçimde bu edimin ifasına gizli bir müsamaha göstermesi ve teşvik edici bir tutum takınması düşünülemez. Hukuka veya ahlâka aykırı edimin ödüllemesi aracı olan karşı-edim için de bir tabii borcun varlığını kabul etmek yine dolaylı yoldan hukuk düzeninin kendi varlık nedeni (hikmet-i vücudu) ile çelişmesi demektir. Şu halde veren açısından, ister bizatihî edim hukuka veya ahlâka aykırı olsun, ister hukuka veya ahlaka aykırı edimin karşı-edimi söz konusu bulunsun tabii borcun varlığı kabul*

¹³⁸¹ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 111.

¹³⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 356; Fuhrer/ Muller-Chen/Çetiner, **a.g.e.**, s. 664, N. 1636; Karşılaştırınız “*Kanaatimizce acaba alacaklı, cezai şartı ödedikten sonra, bunun aşırı olduğunu ileri borçlunun bu durumda bile bir indirim istemesine engel yoktur; fakat yargıç böyle bir talebi, hiç değilse borçlunun ekonomik gücü açısından daha büyük bir çekingenlikle incelemelidir*” Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 356.

¹³⁸³ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 433, N. 1387.

¹³⁸⁴ Usta, **a.g.e.**, s. 174-175.

¹³⁸⁵ Akyol, **a.g.e.**, s. 112.

edilemez”¹³⁸⁶ Ancak herhangi bir irade sakatlığı ya da İİK.m.72/VII bağlamında bir icra tazyiki olmadan, indirim, iade ve sair hakları saklı tutmak üzere ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin fahiş (ancak ahlaka ve adaba aykırı olmayan ya da talep edilmesi hakkın kötüye kullanılması kapsamında olmayan) bir cezai şartı TBK.m.78 bağlamında kendi isteği ile ödeyen borçlunun, edimin ifasından sonra hakimin müdahalesi kural olarak söz konusu olmadığı için bu ödediği bedelin bir kısmının dahi, TMK.m.2 dürüstlük kuralı ve özellikle çelişkili davranış yasağı kapsamında iadesini talep edemeyeceği kanaatindeyiz.

Yeni Borçlar Kanunu’nda hakimin re’sen indirim yapabileceğinin açıkça düzenlenmesi karşısında, kanaatimizce bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.¹³⁸⁷

Cezai şartın indiriminin söz konusu olabilmesi için, cezai şartın fahiş/aşırı olması gerekmektedir.¹³⁸⁸ Cezai şartın aşırı olup olmadığının tespiti hususunda kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda kural içi boşluk olduğu, hakime TMK.m.4 gereğince takdir yetkisi tanındığı¹³⁸⁹, “*kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar*” vereceği açıktır.

2.4.1.3.Tacirler Hakkındaki Cezai Şartlar

TTK.m.22¹³⁹⁰ gereğince, hakim kural olarak, tacir sıfatını haiz ve dolayısıyla basiretli davranması gerekli¹³⁹¹ borçlunun ticari faaliyetine ilişkin borçtan dolayı, lehine cezai şartın aşırı olduğu gerekçesiyle ceza miktarında indirim tesis

¹³⁸⁶ Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 602.

¹³⁸⁷ Fuhrer/ Muller-Chen/ Çetiner, **a.g.e.**, s. 663, N. 1634; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432, N. 1385.

¹³⁸⁸ Dirican, **a.g.e.**, s. 187; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432, N. 1385; Bingöl, **a.g.e.**, s. 121.

¹³⁸⁹ Dirican, **a.g.e.**, s. 187; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432, N. 1385.

¹³⁹⁰ TTK.m.22 “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182’nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525’ inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*”

¹³⁹¹ TTK.m.18/2 “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*”

edemeyecektir.¹³⁹² Cezai şartın indirilemeyeceğine dair hükmün uygulanabilmesi için borçlu tacir¹³⁹³ ve borç da tacirin ticari işletmesi ile ilgili borç olmalıdır.¹³⁹⁴ Yani tacirin, ticari işletmesi ile ilgisi bulunmayan borçlarına ilişkin cezai şartlarda indirim gidilebilecektir. Tacir işlem esnasında cezai şartın işletmesi ile ilgili olmadığını beyan etmiş ya da hal ve vaziyetten ticari işletmesi ile ilgili olmadığı anlaşılıyor ise, bu durumda borcun adi ve tenkise tabi olduğu kabul edilecektir.¹³⁹⁵ Tüzel kişi tacirlerin, adi borç-ticari borç bulunmadığı gerekçesiyle indirim yasağının tüm borçlarını kapsayacağı belirtilmiştir.¹³⁹⁶ Tacirlerin, hizmet sözleşmesi gereğince tabi oldukları cezai şartlar, ticari iş niteliğinde olmadığı için TTK.m.24 kapsamında değildir ve şartları varsa tenkise tabi tutulması mümkündür.¹³⁹⁷ Yargıtay uygulamasına göre yapı kooperatifleri tacir değildir, bu çerçevede haklarında düzenlenen cezai şartlar da tenkise tabidir.¹³⁹⁸

Kanun koyucunun, tacirlerin tacir olmayan şahıslara nazaran daha makul ve hesaplı davranacakları, gerekli özeni gösterecekleri (ve tabi ayrıca daha çok riziko altına girebilecekleri) yani basiretli bir tacir gibi davranacaklarından hareketle

¹³⁹² Fuhrer/ Muller-Chen/Çetiner, **a.g.e.**, s. 664, N. 1637; Usta, **a.g.e.**, s. 173; Bingöl, **a.g.e.**, s. 104; Gülseven, **a.g.e.**, s. 66; “Keza, 6098 Sayılı T.B.K.nın 161. maddesine göre, hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, hüküm yerinde hesaplanan cezai şartın ne surette fahiş olduğu açıklanmadığı gibi, 6102 Sayılı T.T.K.nın 22. maddesi uyarınca tacir olan davalının cezai şartın tenkisini istemesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden, cezai şarttan indirim yapılması yoluna gidilmesi de hatalı olmuştur.” 23. HD. 13.02.2014 T., 2013/8243 E. 2014/1011 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹³⁹³ Tunçomağ, **Ceza**, s. 176.

¹³⁹⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 569, N. 1635; Tunçomağ, **Ceza**, s. 177-178; Günay, **a.g.e.**, s. 220; Gülseven, **a.g.e.**, s. 74; Bingöl, **a.g.e.**, s. 107.

¹³⁹⁵ Tunçomağ, **Ceza**, s. 178; Günay, **a.g.e.**, s. 221.

¹³⁹⁶ Gülseven, **a.g.e.**, s. 74.

¹³⁹⁷ Ahmet Battal, **Tacirin İş Kanunu’na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK.24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 2, [Y. Aralık-1999, s. 15.

¹³⁹⁸ Usta, **a.g.e.**, s. 177; “Sözleşmenin 16/g.maddesi uyarınca sözleşmede yazılı teslim sürelerine uyulmadığı takdirde gecikilen her takvim günü için müteahhit kooperatif arsa sahiplerine 700 DM/gün (günlük yediyüz Alman markı) gecikme cezası ödeyecektir. Davalı konut yapı kooperatifi olup, Dairemizin ve Yargıtay H.G.K’nın yerleşik uygulamaları gereği tacir sayılamaz (15.H.D. 11.03.1996 gün, 1996/1048 E., 1263 K. YHGK. 07.02.1996 gün 1995/956 E., 1995/45 K. sayılı kararları). BK.161 /son maddesinde hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef olduğu hükmüne bağlandığından ve hakim görevi gereği bu hükmü re’sen gözetmek zorunda olduğundan, davalı kooperatif hakkında hükmedilen cezai şartın fahiş olup olmadığı usulünce incelenip, tartışılmadan yazılı şekilde eksik inceleme ile cezai şarta hükmedilmesi yasaya aykırı olup, karar bozulmalıdır.” 15. HD. 4.3.2008 T., 2007/1677 E. 2008/1387 K. (**Kazancı Bilişim**); “Davalı yüklenici kooperatif tacir olmayıp mahkemenin kabul ettiği gibi aşırı cezai şartın tenkisi mümkün ise de” 15. HD. 9.7.2019 T., 2019/1960 E. 2019/3281 K. (**Kazancı Bilişim**)

TTK.m.22’de farklı hükümlere tabi tutuldukları belirtilmiştir. ¹³⁹⁹ Keza, gerekli ihtimamı göstermeyenler iyiniyet iddiasına dayanarak dürüstlük kuralından istifade edemeyeceklerdir. ¹⁴⁰⁰

Tacir sıfatı, cezai şartın kararlaştırıldığı anda mevcut olmalıdır. ¹⁴⁰¹ Tacir olmayan kimse cezai şart muaccel olduğu sırada tacir sıfatını kazansa dahi cezai şarttan indirim talep edebilecektir. ¹⁴⁰² Ancak cezai şart kararlaştırıldığı esnada tacir iken cezai şartın muaccel olduğu anda tacir olmayan borçlunun indirim talep edemeyeceği belirtilmiştir. ¹⁴⁰³ Borçlunun tacir sıfatı hususunda uyumsuzluk bulunması durumunda ispat yükü alacaklı taraftadır. ¹⁴⁰⁴ Sözleşme TTK.m.22 kapsamında olsa dahi, tacir ile sözleşme yapan ancak tacir olmayan tarafın kendi hakkında düzenlenen cezai şart tutarının indirilmesini talep edebilecektir. ¹⁴⁰⁵ Tacire ait cezai şart borcunun, tacir olmayan bir kişi tarafından üstlenilmesi halinde, üstlenen kişinin cezai şarttan indirim talep edip edemeyeceği hususu tartışmalı olup, bizim de katıldığımız görüşe göre indirim istenemez keza aksinin kabulü kanunu dolanma imkanı verecektir. ¹⁴⁰⁶ Diğer bir görüşe göre ise, tacir olmayan kimselerin tacirlerin cezai şart hususunda bağlı oldukları hükümler hakkında bilgi sahibi olmalarının beklenemeyeceği ve borcun üstlenilebilmesinin alacaklının katılımı ve onayı olmadan söz konusu olamayacağı gerekçeleri doğrultusunda bu kimseler de cezai şartın indirilmesini talep edebileceklerdir. ¹⁴⁰⁷

Her ne kadar düzenlemenin lafzı gereği indirim söz konusu olmayacak ise de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de yukarıda zikredilen unsurların

¹³⁹⁹ Gülseven, **a.g.e.**, s. 70; Bingöl, **a.g.e.**, s. 105.

¹⁴⁰⁰ “Öte yandan Ticaret Kanununun 20/2 mad. her tacire ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmek mükellefiyetini yüklemektedir. Medeni Kanunun 2/2 mad. de, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimsenin hüsnüniyet iddiasında bulunamayacağı kuralını koymuştur. Mahkemenin bu hususlar üzerinde durmadan daha genel nitelikte bulunan TMK.nun 4. mad.ne göre takdir hakkını kullanarak indirim yapması usul ve yasaya aykırı olmuştur.” 15. HD. 28.03.2002 T., 2002/1188 E. 2002/1472 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁴⁰¹ Tunçomağ, **Ceza**, s. 176; Bingöl, **a.g.e.**, s. 105; Gülseven, **a.g.e.**, s. 71. Borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığı hususunun cezai şartın muaccel hale geldiği ana göre değerlendirileceğine ilişkin farklı görüş için Bkz Usta, **a.g.e.**, s. 173.

¹⁴⁰² Tunçomağ, **Ceza**, s. 176-177; Gülseven, **a.g.e.**, s. 71; Bingöl, **a.g.e.**, s. 105-106.

¹⁴⁰³ Tunçomağ, **Ceza**, s. 177; Gülseven, **a.g.e.**, s. 71; Bingöl, **a.g.e.**, s. 105.

¹⁴⁰⁴ Tunçomağ, **Ceza**, s. 177; Günay, **a.g.e.**, s. 220; Gülseven, **a.g.e.**, s. 71.

¹⁴⁰⁵ Tunçomağ, **Ceza**, s. 177; Günay, **a.g.e.**, s. 220; Gülseven, **a.g.e.**, s. 71-72; Bingöl, **a.g.e.**, s. 107.

¹⁴⁰⁶ Tunçomağ, **Ceza**, s. 177; Günay, **a.g.e.**, s. 220; Gülseven, **a.g.e.**, s. 56; Bingöl, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁴⁰⁷ Bu görüşteki müellifler için Bkz. Bingöl, **a.g.e.**, s. 106, dn.15.

değerlendirilmesi gerektiğine hükmederek, yüklenicinin cezai şart isteminin ekonomik mahvına sebebiyet verecek derecede ağır olacağı veyahut ahlaka ve adaba aykırı olduğu iddiasıyla cezai şartın kaldırılmasını yahut uygun bir orana indirilmesini talep edebilecektir.¹⁴⁰⁸

Burada doktrinde tartışmalı bir husus da tacirin yani yüklenicinin mahvına sebebiyet olacak kadar fahiş cezai şartın tacirin ekonomik olarak mahvolma sınırına kadar kısmen geçersiz sayılabilmesinin mümkün olup olmaması noktasındadır.¹⁴⁰⁹

Bir görüşe göre ağırlığı ve yüksekliği ile ahlaka ve adaba aykırı bulunduğu ölçüde kısmi hükümsüzlük söz konusudur.¹⁴¹⁰ Cezai şartın tamamen geçersiz sayıldığı

¹⁴⁰⁸ Taylan, **a.g.m.**, s. 52; “Somut olayda taraflar tacir olduğundan ancak karşı tarafın mahvına sebep olacaksa hükmedilecek bedelden indirim yapılabilir. Talep edilen cezai şartın tacir olan karşı tarafın ekonomik olarak mahvına sebep olmayacağı bilirkşi raporuyla belirlenmiş olduğundan bu durumda mahkemece, yukarıda anılan yasa hükmü de dikkate alınarak indirim yapılmaksızın tespit edilen bedele hükmedilmesi gerekirken, TBK’nın 182/3 (Mülga 818 Sayılı BK. m. 161/3) maddesinin somut olaya uygulanamayacağı gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” 6. HD. 21.4.2022 T., 2021/3168 E. 2022/2315 K. (**Kazancı Bilişim**) “Bidayet mahkemesi, cezai şartın fahiş olması ile ahlak ve adaba aykırı bulunmasını ayırmak yoluna gitmemiştir. Ticaret Kanunu’nun 24. maddesi, Borçlar Kanunu’nun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız “fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği” esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm isten bulunsun, isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz. Nitekim İsviçre ve Alman Hukukçuları arasında, mevzuatın farklı olmasına rağmen, bu bakımından tam bir mutabakat mevcuttur. Bizim mevzuatımız itibarıyla, farklı bir sonuca ulaşmak için hukuki bir dayanak bulunmamaktadır.” HGK. 20.3.1974 T., 1970/1053 E. 1974/222 K. (**Kazancı Bilişim**); “TTK.24 ve BK. 161 /son maddeleri uyarınca tacir olan davalı şirketin cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal olunabilir. Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulunun kararlarıyla da benimsenmiştir. Bu husus taraflar veya hakimın sübjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasati görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir. Bununla beraber adap ve ahlaka aykırılığın tayini bir hukuk sorudur, bu da mahkemeye ait bir görevdir. Bu görev yerine getirilirken, iktisadi durumun tesbitinde özel bilgisi olan bilirkşiden yararlanılabilir.” 15. HD. 28.3.2002 T., 2002/1188 E. 2002/1472 K. (**Kazancı Bilişim**). Borçlunun kastının varlığı halinde mahvına neden olsa da indirimin uygulanmayacağı yönündeki ayrık bir içtihat için Bkz. “Somut olayda; eczane çalışanının kasten gerçekleştirdiği eylemden davacının da sorumlu olduğu mahkemenin de kabulünde olmasına rağmen uygulanan cezai şart tutarının davacının ekonomik yönden mahvına sebep olacak derecede aşırı olduğu gerekçesiyle 818 Sayılı BK’nın 161. maddesi gereğince takdiri indirim uygulanmasına karar verilmiş ise de; taraflar için bağlayıcı olan protokol ile açıkça yukarıda izah edilen şekilde cezai şart düzenlenmiş olup, basiretli tacir olan davacının protokol hükümlerine uymak zorunda olduğu ve imzalanan sözleşme ve protokolün kendisi açısından bağlayıcı olduğu gözetildiğinde cezai işleminden indirim yapılması mümkün değildir.” 3. HD. 23.11.2021 T., 2021/5577 E. 2021/11846 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁴⁰⁹ Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 568-569, N. 1634; Eren, **a.g.e.**, s. 1332-1332, N. 3711; Usta, **a.g.e.**, s. 175; Dirican, **a.g.e.**, s. 201.

¹⁴¹⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1332-1332, N. 3704; Fuhrer/ Muller-Chen/Çetiner, **a.g.e.**, s. 664, N. 1637; Günay, **a.g.e.**, s. 222-223; Usta, **a.g.e.**, s. 176; Uçar, **a.g.e.**, s. 109.

bazı durumlarda sözleşmedeki dengenin bozularak geçersizliğin sözleşmenin tümünün etkilenmesi ve sözleşmenin tümüyle geçersizliği sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir.¹⁴¹¹

Bir başka görüşe göre tacirin ekonomik mahvına sebep olacak şekilde düzenlenmiş, TBK.m.27 gereğince ahlaka aykırı olan cezai şartlar kesin olarak hükümsüzdür.¹⁴¹² Yargıtay'ın görüşü, kısmen hükümsüzlüğe karar verilebileceği gibi, cezai şartın tamamen de kaldırılabilirliği istikametindedir.¹⁴¹³

Eren'e göre, sadece cezai şart miktarının yüksek gösterilmesi ahlaka ve adaba aykırılık olarak değerlendirilmemesi gerekir, keza bir ceza koşulunun sırf yüksek olarak belirlenmesi tek başına cezai şartı ahlaka ve adaba aykırı yapmayacaktır.¹⁴¹⁴ Eğer cezai şart ekonomik olarak mahvına neden olacak kadar yüksek olarak, ticari kişilik hakkına adalet ve hakkaniyete aykırı bir cezai şart belirlenmişse hakim sözleşmeye müdahale ederek TBK.m.27/II ya da TBK.m.182/III'e göre cezai şartı indirebilecektir.¹⁴¹⁵

¹⁴¹¹ Usta, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁴¹² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432, N. 1385.

¹⁴¹³ “*Borçlar Kanunu'nun 161/III. maddesi hükmü gereğince hakim "fahiş" gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacir olan taraflar cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini isteyemezler. Ancak istisnai olarak kararlaştırılan cezanın tacir olan borçlunun iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır ve yüksek olması halinde Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereğince adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtay'ın kararlılık gösteren içtihatlarıyla da benimsenmiştir (HGK'nın 20.03.1974 gün 1970/T-1053 Esas 1974/222 Karar sayılı, 11. Hukuk Dairesi'nin 15.06.1982 gün 1982-2887 E.K. sayılı, Dairemizin 24.06.1992 gün 1992/5216 Esas, 1992/3281 Karar sayılı, Dairemizin 05.10.1999 gün 1999/1865 Esas, 1999/3481 Karar sayılı, 19. Hukuk Dairesi'nin 18.05.2005 gün 2004/9148 Esas 2005/5709 Karar sayılı ilamları)” 15. HD. 23.3.2010 T., 2009/1814 E. 2010/1643 K. (**Kazancı Bilişim**) “Tarafların, cezai şartı diledikleri şekilde tespit etmeleri mümkündür. TTK'nun 24'ncü maddesi, tacir sıfatı bulunan borçlunun taraflarca tayin edilen ücret ve cezanın fahiş olduğunu ileri sürerek indirim talep edemeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak, bu ceza tacirin ekonomik olarak yıkımına neden olacak bir miktarda ise bu halde cezai şart BK'nun 19 ve 20'nci maddeleri hükümleri gözetilerek ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle indirime tabi tutulabilir.” 11. HD. 19.12.2005 T., 2004/15293 E. 2005/12550 K. (**Kazancı Bilişim**); “Taraflarca sözleşme ile tespit edilmiş olan cezaî şart miktarı, borçlu durumda olan tacirin, iktisaden mahvına neden olacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede ağır ve yüksek ise, o zaman, böyle bir cezaî 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 cezaî şartın butlanı, hukukun genel bir ilkesidir. Mülga TTK'nın 24. maddesi hükmünün, bu genel müeyyidenin dışında kalacağını düşünmek mümkün değildir. Bir borçlunun, iktisadi ve ticari faaliyet ve mevcudiyetinin tehlikeye girmesini veya yıkılmasını mucip olacak bir nisbete ulaşan her cezaî şart, ahlâk ve adaba aykırıdır.” HGK. 14.9.2021 T., 2017/19-943 E. 2021/984 K. (**Kazancı Bilişim**)*

¹⁴¹⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1332, N. 1710.

¹⁴¹⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1332, N. 1709.

Biz de her duruma göre ayrı olarak değerlendirilmesi gereken TBK.m.27 hükümlerine aykırılık halleri dışında, yüklenicinin ekonomik olarak mahvına neden olacak miktara ulaşan cezai şart talebinin, TMK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olacağı, hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı ve hakim tarafından re’sen gözetilen bu hususa dayanarak da cezai şartın indirilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Keza hukuk düzenince korunan bir cezai şart alacağı hakkından doğruluk ve güven kurallarına aykırı biçimde aşırı yararlanma ve bu yararlanmaya bağlı ekonomik olarak mahvına neden olunan ya da olunacak olan zarar gören tacirin varlığı yani hakkın kötüye kullanılmasının unsurlarının tümünün bu durumda mevcut olduğu şüphesizdir.¹⁴¹⁶ Böylelikle TMK.m.2 hükmüne göre cezai şartın indirilmesi durumunda, cezai şartın ve sözleşmenin tümüyle hükümsüz kalma ihtimali devre dışı kalacak ve hakim her şart altında re’sen hakkın kötüye kullanılması yasağına uygunluğu denetleyecektir.¹⁴¹⁷ Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki taleplerin ve savunmaların dikkate alınmaması şeklinde olacaktır.¹⁴¹⁸

Yargıtay istikrarlı bir biçimde, sözleşmelerde yaygın biçimde konulan, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi veya ileri etkili fesih halinde yüklenicinin hiçbir talepte bulunmayacağı şeklindeki sözleşme maddelerini yüklenicinin ekonomik anlamda mahvına neden olacağı için geçersiz kabul etmektedir.¹⁴¹⁹ Yargıtay, cezai şartın kararlaştırıldığı tarih itibari ile borçlunun

¹⁴¹⁶ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. bs., Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 328-329.

¹⁴¹⁷ “*Bütün hakların kullanılmasında ve borçların ifasında uyulması gereken dürüstlük kuralı ve hakların genel sınırlarını oluşturan hakkın kötüye kullanılması yasağı, kamu düzeni ihtiyaç ve gerekleri nedeniyle konulmuş kurallardır. Bu nedenle, Kanunun 2. maddesinin her iki fıkrası da emredici niteliktedir. Tarafların aralarındaki ilişkide dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmayacağına kararlaştırmaları mümkün değildir. Dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir davranış, doğrudan hakkın mevcudiyetini ortadan kaldırdığından bir itiraz teşkil eder. Bu nedenle, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden hâkim, dürüstlük kuralına aykırı, hakkın kötüye kullanılması oluşturan davranışı tespit ediyorsa, ilgili tarafından ileri sürülmemiş olsa bile, kendiliğinden (resen) bunu dikkate almalıdır (Dural / Sarı, s. 243-244, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 14.02.1951 tarihli ve 17/1, Hukuk Genel Kurulunun 21.10.1983 tarihli ve 1981/1-30 E., 1983/1000 K. sayılı kararları).” 10. HD. 20.4.2021 T., 2020/4476 E. 2021/5622 K. (Kazancı Bilişim)*

¹⁴¹⁸ Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 261, N. 1268-1269.

¹⁴¹⁹ “*Ayrıca sözleşmenin feshi halinde yapılan tüm imalatın iş sahibine kalacağı, yüklenicinin bedel talep edemeyeceği şeklinde düzenlenen sözleşmelerin cezai şartla ilişkin bu bölümü ahlak ve adaba aykırı sayıldığından Yargıtay’ca geçersiz sayılmaktadır. Bu durumda imalat bedelinden cezai şart nedeniyle hiçbir bedel istenemeyeceğine dair temyiz itirazları da yerinde bulunmamaktadır.*” 15. HD.

ekonomik durumu, sermayesi ve sair hususları, ticari defter ve kayıtları ile birlikte değerlendirilmek üzere iktisaden mahvına sebep olma halinin varlığı yönünden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği kanaatindedir.¹⁴²⁰

Sütçü, toplam inşaat maliyetinin %25'inin yüklenicinin karını ve genel giderlerini teşkil ettiği, bu çerçevede daha yüksek öngörülse de cezai şartın inşaatın %25'ini aşan kısmının cezai şart olarak bedelsiz iş sahibine bırakılmasına ilişkin hükümlerin yüklenicinin mahvına neden olacağı için tenkis edilmesi gerektiği

21.11.2005 T., 2005/985 E. 2005/6174 K. (**Kazancı Bilişim**); “sözleşmedeki ceza düzenlemesi, 100.000 ABD doları yanında, yüklenicinin imalat bedelini de isteyemeyeceğini öngörmektedir. Bu cezai şart hükmünün geçerli olup olmadığı da bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Yüklenicinin hiçbir talepte bulunamayacağına dair kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacağından ahlaka aykırıdır. Bununla birlikte ayrıca 100.000 ABD doları ödenmek üzere ceza kararlaştırılmış olduğundan yüklenicinin mahvına neden olacak biçimdeki açık hakkaniyetsizlik içeren bu ceza düzenlemesi ahlaka ve adaba aykırı olduğundan batıl olup geçersizdir.” 15. HD. 2.7.2018 T., 2018/979 E. 2018/2795 K. (**Kazancı Bilişim**); “Yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 10. maddesinde (inşaatın süresinde teslim edilememesi halinde yapılan imalatın arsa sahiplerine kalacağına) dair cezai şart hükmüne yer verilmiş ise de inşaatın getirildiği seviye itibarıyla davalının iktisaden mahvına neden olacağı, ahlaka ve adaba aykırı nitelik de bulunmakla geçersiz olup, mahkemenin inşaatın davacılar bırakılmasına dair kararı yerinde görülmemiştir.” 15. HD. 25.04.2007 T., 2006/2466 E. 2007/2730 K. (**Kazancı Bilişim**); “Sözleşmenin 4. maddesinin ikinci cümlesinde, ikinci denetlemede bu aksaklıklar giderilmediği takdirde protokolün genel müdürlükçe feshedileceği ve yapılan tüm tesislerin genel müdürlüğe devredileceği, yapılan bu tesislerden dolayı herhangi bir ücret talep edilemeyeceği kararlaştırılmış ise de; bu şart ve sözleşme hükmü sözleşmenin tarafı yüklenicinin ekonomik yönden mahvına neden olabilecek nitelikte olup, sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri hükümleri gereğince ahlak ve adaba aykırı olduğundan batıldır. (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 21.11.2005 gün 2005/985 Esas, 2005/6174 Karar, 25.04.2007 gün 2006/2466 Esas, 2007/2730 Karar ve 28.05.2015 gün 2014/5067 Esas 2015/2909 Karar sayılı ilâmları)” 15. HD. 18.6.2018 T., 2018/1968 E. 2018/2506 K. (**Kazancı Bilişim**);

¹⁴²⁰ “Ahlak ve adaba aykırılığın tayin ve tespiti için, işin değeri, cezai şartın kabul edildiği tarihteki borçlunun iktisadi durumu araştırılıp, davalıların varsa ticaret sicil dosyaları celp edilip toplam sermaye miktarı tespit edilerek söz konusu cezai şartın tahsili yoluna gidilmesi halinde borçlunun eskisi gibi ticari hayatını sürdürmesinin mümkün olup olmayacağı, mümkün olmayacak ise bu durumun onun iktisaden mahvına neden olup olmayacağı hususlarında uzman bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılması gerekir. Yerel mahkemece cezanın fahiş olduğuna yönelik savunma üzerinde durulmamış ve bu konuda bir araştırma yapılmamıştır.” 15. HD. 23.3.2010 T., 2009/1814 E. 2010/1643 K. (**Kazancı Bilişim**); “Mücerret tacirin hayatını başka yolda düzenlemek, özellikle masraflarını azaltmak ve bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek mecburiyetinde kalması, ahlak ve adaba aykırılığın kabulü için yeterli değildir. Mahkeme, ahlak ve adaba aykırılığın tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki iktisadi durumun yetenekli bilirkişiler aracılığı ile tesbit etmeli, ahlak ve adaba aykırılığı takdir ederken, tarafları ahlaka aykırı muamelelerden sakınmaya sevk etmek ve aynı zamanda fena misal ve numunelerin ahlakı bozmasına engel olmak amacını, dikkate almalıdır.” HGK. 20.3.1974 T., 1970/1053 E. 1974/222 K. (**Kazancı Bilişim**); “Mahkemece alınan bilirkişi raporunda bu hususta bir değerlendirme yapılmışsa da, yeterince araştırma yapılmamıştır. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş, davacı şirketin ticari defter ve kayıtları üzerinde HMK'nın 266. maddesi uyarınca seçilecek uzman bilirkişi ya da bilirkişiler aracılığıyla inceleme ve araştırma yapılarak uygulanacak cezanın davacı şirketin ekonomik mahfına sebep olup olmayacağının değerlendirilmesi ve cezai şarttan indirim gerekip gerekmediğinin tartışılmasından ibarettir.” 15. HD. 3.6.2015 T., 2014/6572 E. 2015/3065 K. (**Kazancı Bilişim**)

kanaatindedir.¹⁴²¹ Aynı müellif, Yargıtay uygulamasında bu oranın %30 olarak uygulandığı kanaatindedir.¹⁴²² Yargıtay bir kararında inşaatın 1/3'üne¹⁴²³, diğer bir kararında da %54¹⁴²⁴ seviyesindeki tamamlama oranına ulaşmış inşaatlarda iş sahibine bedelsiz terk etme şeklindeki cezai şart hükümlerinin TBK.m.27 (BK.m.20) hükmüne aykırı olduğuna karar vermiştir.

Biz ekonomik olarak mahvına neden olma halini ahlaka ve adaba aykırılık olarak tanımlayıp, tacirler hakkındaki cezai şartların tenkisine cevaz veren, ancak ekonomik olarak mahvolma durumu dışındaki tüm ahlaka ve adaba aykırılık hallerinde tacirler hakkında öngörülen cezai şartların tenkisine imkan vermeyen ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından savunulan görüşe karşı dile getirilen *“bir sözleşmeden doğan edimlerin büyük ölçüde yerine getirilmesi ve sözleşmeden elde edilmek istenen faydanın sağlanmasına rağmen bu sözleşme nedeniyle ortaya konulan emek ve sermayeye, yaratılan katma değere bedelsiz olarak el konulması anlamına gelecek biçimde hiçbir bedel ödenmemesinin Anayasa ile teminat altına alınan kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, angarya yasağı ve mülkiyet hakkı ile bağdaşmayan bir netice doğuracağından bu şekilde yapılan, orantısız sonuç doğuran ve toplum vicdanında kabul göremez nitelikteki bu sözleşmelerin de ahlaka aykırı sayılması gerektiği, sözleşmedeki cezai*

¹⁴²¹ Sütçü, a.g.e., C. I, s. 1117.

¹⁴²² Sütçü, a.g.e., C. I, s. 1118.

¹⁴²³ “Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1974 gün, 1970/T-1053 E. 1974/222 K. sayılı kararı uyarınca, ceza, tacirin İktisaden mahvına neden olabilecek derecede ağır ise tamamen kaldırılabilir. Dava konusu olayda, davacı hakkında uygulanan ceza sözleşme bedelinin 1/3'üne yakın olduğu gibi, temyiz dilekçesine eklenen İzmir Dördüncü Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 06.08.2007 gün ve 2006/803 E. 2007/250 K. sayılı kararı ile davacı şirketin iflasının ertelenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece bu deliller karşısında, her ne kadar TTK'nın 24. maddesi uyarınca tacirler hakkında cezai şarttan indirim yapılmasına olanak bulunmasa da, anılan genel kurul kararı doğrultusunda mahkemesince indirim oranının takdir ve İfası için karar bozulmalıdır.” 15. HD. 18.1.2010 T., 2009/635 E. 2010/64 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁴²⁴ “Yanlar arasında 22.4.1998 tarihinde düzenlenen ek sözleşmeye göre inşaatın 1.3.1999 tarihinde bitirilip teslim edilmesi gerekirken yüklenici bu tarihte inşaatı ikmal edememiş, alınan bilirkişi raporuna göre inşaatı %54 seviyesinde iken terk etmiştir. Davalı yüklenicinin temerrüdü nedeniyle davacı arsa sahibi sözleşmeyi fesihte haklıdır. Ek sözleşmede her ne kadar inşaatın kararlaştırılan süresinde bitirilmemesi halinde gerek asıl gerekse ek sözleşmenin geçmişe şamil olarak münfesihi sayılacağı, yüklenicinin arsa üzerine yaptığı imalat nedeniyle hiçbir talepte bulunamayacağı (madde 10) kararlaştırılmış ise de cezai şart niteliğindeki bu hüküm yüklenicinin ekonomik açıdan mahvına neden olacağından "ahlaka aykırıdır" BK.nun 19. maddesi hükmünce geçerli sayılamaz (HGK. 20.3.1974 gün, 1970/T-1053 E. 222 K., 15.Hukuk Dairesi 24.6.1992 gün 91/5216 E.-92/3281 K. sayılı ilamı)” 15. HD. 13.1.2005 T., 2004/2891 E. 2005/133 K. (Kazancı Bilişim)

şart hükmünün ahlaka aykırı ve geçersiz olduğunu” kabul eden azınlık görüşünün önemli olduğu kanaatindeyiz.¹⁴²⁵

2.4.1.4.İndirim Uygulaması ve İndirim Kararının Uygulaması

İndirimin ne şekilde takdir edileceği hususlarında doktrinde ve Yargıtay kararlarında birtakım kıstaslara yer vermiştir. Örneğin, indirim miktarı tayininde, “Alacaklının menfaati,¹⁴²⁶ “kusurun ağırlığı”,¹⁴²⁷“ *tarafların ekonomik koşulları*”,¹⁴²⁸ “*esas borç ilişkisinin türü ve süresinin*”,¹⁴²⁹ “*borçlunun akdin ihlali nedeniyle elde ettiği yararlar*”¹⁴³⁰, “*akdin ihlalinin meydana getirdiği zarar*”¹⁴³¹ “*tarafların sözleşme*

¹⁴²⁵ “Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; davalının, karşı tarafın edimini gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararlarının tahsili istemiyle açtığı karşı davasının mahkemeye stant kurulumunun ayıplı olarak ifa edildiği, eksikler bulunsa da standın kurulduğu ve tazminat talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle reddedildiği, karşı davaya ilişkin temyiz itirazlarının reddi ile karşı davada verilen hükmün kesinleştiği, kesinleşen bu hüküm ile standın bazı eksikleriyle kurulduğu ve bir zarar doğmadığının kesin hüküm halini aldığı, stant kurulumundaki bazı eksikliklerin önemli olmadığı ve gereken faydanın sağlandığının anlaşılmasına rağmen hiçbir bedel ödenmemesinin sözleşmenin taraflarından birinin sömürülmesi, angarya maruz bırakılması, sözleşme kapsamında ortaya konulan ekonomik varlığa ve yaratılan katma değere bedelsiz olarak el konulması niteliğinde olduğu; sözleşme bedeli olan 35.400,00TL'nin tek başına davacı şirketin mahvına neden olacak yükseklikte bir rakam olmayabileceği ancak bir sözleşmeden doğan edimlerin büyük ölçüde yerine getirilmesi ve sözleşmeden elde edilmek istenen faydanın sağlanmasına rağmen bu sözleşme nedeniyle ortaya konulan emek ve sermayeye, yaratılan katma değere bedelsiz olarak el konulması anlamına gelecek biçimde hiçbir bedel ödenmemesinin Anayasa ile teminat altına alınan kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, angarya yasağı ve mülkiyet hakkı ile bağdaşmayan bir netice doğuracağından bu şekilde yapılan, orantısız sonuç doğuran ve toplum vicdanında kabul göremez nitelikteki bu sözleşmelerin de ahlaka aykırı sayılması gerektiği, sözleşmedeki cezai şart hükmünün ahlaka aykırı ve geçersiz olduğunu kabul eden ve buradan hareketle davacının iş bedeline hak kazandığı, eksik ve kusurları gözetilerek iş bedelinin belirlenmesi gerektiğine değinen Özel Daire bozma kararının yerinde olduğu ve direnme kararının bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir” HGK. 15.4.2021 T., 2017/15-259 E. 2021/486 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁴²⁶ Tunçomağ, **Ceza**, s. 146; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 567, N. 1627; Eren, **a.g.e.**, s. 1332, N. 3709; Arslanyürek, **a.g.e.**, s. 102; Kocaağa, **Ceza**, s. 342; Fuhrer/ Muller-Chen/Çetiner, **a.g.e.**, s. 663, N. 1634; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432, N. 1386; Uçar, **a.g.e.**, s. 104; Bingöl, **a.g.e.**, s. 121;” Cezai şart ile onun korumayı istihdal eylediği menfaat arasındaki nisbet ve miktar gözetilecektir” Bkz. Göktürk, **a.g.m.**, s. 404.

¹⁴²⁷ Tunçomağ, **Ceza**, s. 148; Eren, **a.g.e.**, s. 1332, N. 3709; Arslanyürek, **a.g.e.**, s.106; Kocaağa, **Ceza**, s. 342; Dirican, **age.**, s. 187; Fuhrer/ Muller-Chen/Çetiner, **a.g.e.**, s. 663, N. 1634; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 433, N. 1386; Uçar, **a.g.e.**, s. 105-106; Bingöl, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁴²⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C. II, s. 567, N. 1627; Eren, **a.g.e.**, s. 1332, N. 3709; Arslanyürek, **a.g.e.**, s.109; Dirican, **a.g.e.**, s. 187; Fuhrer/ Muller-Chen/ Çetiner, **a.g.e.**, s. 663, N. 1634; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 433, N. 1386; Uçar, **a.g.e.**, s. 106; Bingöl, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁴²⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1332, N. 3709; Kocaağa, **Ceza**, s. 342; Dirican, **a.g.e.**, s. 187; Fuhrer/ Muller-Chen/ Çetiner, **a.g.e.**, s. 663, N. 1634; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432, N. 1386; Bingöl, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁴³⁰ Fuhrer/ Muller-Chen/ Çetiner, **a.g.e.**, s. 663, N. 1634.

¹⁴³¹ Fuhrer/ Muller-Chen/ Çetiner, **a.g.e.**, s. 663, N. 1634; Uçar, **a.g.e.**, s. 105; Bingöl, **a.g.e.**, s. 121.

ilişkilerine bağımlılık durumu”,¹⁴³² “*sözleşme taraflarının tecrübeleri*”¹⁴³³ gibi çeşitli hususların dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.

Yargıtay ise, “*Cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken; tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, ölçüt alınmalı ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Hâkimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Yine, fahişliğin belirlenmesinde, cezai şartın borcunu yerine getirmesi için borçlu üzerinde, hukuk düzeninin izin verdiği ruhsal bir baskı aracı olduğu da gözden kaçırılmamalı, bu bir baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır*” şeklindeki içtihatıyla indirim hususundaki ilkeleri açıkça belirtmiştir. (HGK 02.02.2005 gün ve 2004/9-759 E., 2005/9 K.)”¹⁴³⁴

Hakimin takdir hakkı, hakkın özünü ortadan kaldıracak bir hak değildir. Cezai şartın azaltılması kararı geçmişe etkili¹⁴³⁵ yenilik doğuran bir karar olup, hakim, cezai şartı tümüyle kaldıramayacaktır.¹⁴³⁶ Böylece cezai şart başlangıcından itibaren hakimin indirdiği miktarda tesis edilmiş olacaktır.¹⁴³⁷ İndirimin hangi ana göre yapılması gerektiği hususunda, bazı müellifler hüküm anının dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.¹⁴³⁸

¹⁴³² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 433, N. 1386.

¹⁴³³ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 433, N. 1386.

¹⁴³⁴ HGK. 15.10.2014 T., 2013/13-1108 E. 2014/768 K. (**Kazancı Bilişim**)

¹⁴³⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1333, N. 3713; Dirican, **a.g.e.**, s. 191; Hakkaniyete uygunluk hususunda verilen bir tespit hükmü olduğu, geçmişe etkili bulunduğu ancak yenilik doğurucu olmadığı yönündeki görüş için Bkz. Fuhrer/ Muller-Chen/Çetiner, **a.g.e.**, s. 664, N. 1636.

¹⁴³⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1333, N. 3712; Bingöl, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁴³⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1333, N. 3713.

¹⁴³⁸ Uçar, **a.g.e.**, s. 107; Bingöl, **a.g.e.**, s. 122.

Sözleşmede öngörülen cezai şartın tahsili için açılan davada, hakimin takdir hakkını kullanarak indirimde gitmesi nedeniyle, reddedilen kısım için vekalet ücreti ve yargılama masrafı tahmil edilmeyecektir.¹⁴³⁹

2.4.2.Makul Bekleme Süresinin Aşılması Sorunu

İnşaat sözleşmelerinde uygulamada gözlenen bir durum, temerrüde düşen yükleniciye karşı sözleşme cezasını işletmenin kârlı olacağını düşünen iş sahibinin, ifadan vazgeçme ve olumlu zararının tazminini isteme veya sözleşmeden dönme imkânı doğmasına rağmen buna başvurmayıp çok uzun bir süre cezanın işlemlerini beklemesidir. Önceki bazı Yargıtay Kararlarında iş sahibinin bu tutumu dürüstlük kuralına aykırı görülerek, normalde iş sahibinin artık ifadan vazgeçmesi gereken zamandan sonrası için cezanın işlemeyeceği kabul edilmekteydi.¹⁴⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.10.1991 tarihli, 1991/15-340 Esas ve 467 Karar sayılı ilamı ile iş sahibinin makul bekleme süresini aşan cezai şart taleplerinin bu şekilde veya TBK.m.51-52 gereğince, karşılık kusur oranında indirim gidilmesine ilişkin evvelki uygulamasından vazgeçilmiş ve içtihatlar bu doğrultuda istikrar kazanmıştır.¹⁴⁴¹

¹⁴³⁹ “Sözleşme ile tayin edilen cezai şart tutarının tahsilini istemek hakkına haiz olan davacının, açtığı dava sonucunda cezai şartın hakim tarafından fahiş görülerek tenkis edilmesi halinde tenkis edilen miktardan dolayı davacı aleyhine avukatlık ücreti ve muhakeme masrafına hükmedilmemesi gerekir. Çünkü cezai şarttan indirim yapılması hususunda hakimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağını davacı tarafından dava açılırken bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle tenkis edilen kısım yönünden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi ve yargılama giderlerinin kabul-ret oranına göre belirlenmesi doğru görülmemiştir.” 23. HD. 01.10.2019 T., 2016/8137 E. 2019/3956 K. (**Kazancı Bilişim**); Aksi yöndeki görüş için Bkz. Taylan, **a.g.m.**, s. 52.

¹⁴⁴⁰ Öz, **İnşaat**, s. 182-183, dn. 194.

¹⁴⁴¹ Dirican, **a.g.e.**, s. 92; “Olayımızda, ne öngörülmeyen bir hal ve ne de yapılan işin kapsamı gözetildiğinde 45.000.000 TL. tazminatın davalı için çekilmez ve ekonomik yönden yıkım teşkil ettiği söylenemez. Kaldı ki, davalının sözleşmeye sadakat göstermeyerek gecikme tazminatını (Cezai şartı) ödememekte direnmekte, onun yönünden doğruluk ve güven kurallarına (MK. m. 2/1) aykırıdır. Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi "hakkın kötüye kullanılması olarak da nitelendirilemez (MK. 2/2). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı haller" de söz konusu olabilir (S. Edis, age.,Sh: 324). Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır; ancak bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek olanağı yoktur.

Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması halinde: Sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağan üstü hallerin varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır (Tandoğan, Mesuliyet, Sh: 501, Borçlar, Sh: 133-134; Becker, age.,Sh: 21; Oser-Schönenberger, age., Sh: 777).

TBK.m.52 gereğince zarar gören, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırılabilceği tabiidir. Yüklenicinin temerrüdü durumunda, iş sahibinin temerrüde düşen yükleniciyi beklemesi, yani aynen ifayı ve gecikmeden kaynaklanan zararının tazmininde ısrar etmesi elbette ki TBK.m.125'te kendisine tanınan haklara uygundur. Ancak iş sahibinin yükleniciyi beklemesi hukuka uygun ise de bu hakkın kullanımının, gerek TMK.m.2 dürüstlük kuralı gerekse TBK.m.52 hükmü gereğince zarar gören iş sahibinin zararının artırmama yükümlülüğü çerçevesinde makul süre sınırlı olmalı, TMK.m.3 gereğince hakkın kötüye kullanılması boyutlarına varmamalıdır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 09.10.20.1991 T., 1991/15-340 E. ve 467 K. Sayılı kararında, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığı hususu açıklanırken gerekçe olarak *“davacının geç teslim nedeniyle gerçekleşen zararının karşılığını istediği de göz ardı edilmemesi”* gösterilmektedir. Hakkın kötüye kullanılmasının şartlarından biri, hukuk düzenince tanınmış olan bir hakkın kullanılmasıdır.¹⁴⁴² Bu çerçevede iş sahibinin hukuk düzenince tanınmış bir hakkı kullanmamış olsa zaten hakkın kötüye kullanılması söz konusu olamayacaktır.

Yine söz konusu kararda iş sahibinin *“ne de davalıya zarar vermek kastı olduğu söylenemeyeceği” iddiası* gerekçe olarak belirtilmiştir. Hakkın kötüye kullanılması için zarar görme ve zarar görme tehlikesinin varlığı kriteri söz konusudur.¹⁴⁴³ Elbette ki iş sahibinin, hakkını kötüye kullanarak menfaat sağlama yolunda kastı var ve bu doğrultuda kişilerin zarar göreceğini öngörüyor ise de asıl amacı yükleniciye zarar vermek değil kendisine menfaat sağlamaktır. Yargıtay'ın bu görüşü kabul edilirse hakkın kötüye kullanılmaması ilkesinin uygulama alanı çok daralacak ve birkaç istisnai örnek dışında işlevsiz kalacaktır.

Yargıtay denetiminin yapıldığı bu davada ise, davacıyı sözleşmeden doğan hakkını istemesinde ne eleştirilecek yan ve ne de davalıya zarar vermek kastı olduğu söylenebilir. Davacının geç teslim nedeniyle gerçekleşen zararının karşılığını istediği de gözardı edilmemelidir.” HGK. 09.10.20.1991 T., 1991/15-340 E. 1991/467 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁴⁴² Edis, a.g.e., s. 328.

¹⁴⁴³ Edis, a.g.e., s. 328-329.

Aranan kriter zarar görme ya da zarar görme ihtimalinin varlığıdır. Bu çerçevede yüklenicinin dürüstlük kuralının belirlediği makul süreyi aşar şekilde talepte bulunması doğruluk ve güven kurallarını açıkça ihlali niteliğindedir.

Yargıtay'ın, sadece dürüstlük kuralı ile vardığını belirttiği ileri etkili feshin kabul gerekçeleri ile cezai şartta makul süre sınırlandırılmasına ilişkin gerekçeler açıkça birbiri ile çelişmektedir. Söz konusu içtihatla, yüklenicinin kusurundan amacını aşan şekilde yararlanan iş sahibinin dönme hakkının dürüstlük kuralı gereği sınırlandırıldığı belirtilmiştir.

“iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır.”¹⁴⁴⁴

Yargıtay uygulaması ile sözleşmeden dönmek için dava açan iş sahipleri, açtıkları davalarının reddedilmesi durumunda yükleniciye tam tazminat ödemekte ya da davaları kabul edilse bile çok hafif kusurlarının tespiti halinde dahi hiç tazminat alamamaktadır. Yargıtay'ın, eğer yüklenici cezai şart ödediği için zarar görüyorsa, kendisinin sözleşmeyi nihayetlendirmesi gerektiği sonucuna vardığı anlaşılmaktadır. Biz, Yargıtay'ın eski içtihatlarında uyguladığı makul süre sınırlamasının isabetli olduğu, bu çerçevede mevcut uygulamanın, hafif kusur halinde iş sahibinin tazminat talep edemeyeceğine ilişkin içtihatları ile birlikte değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.5.Cezai Şartı Aşan Zararların Talep Edilebilmesi

Bazı durumlarda iş sahibinin uğradığı zarar, cezai şart tutarından fazla olabilir. Burada iş sahibi, zarar miktarının cezai şart tutarını aşan kısmı için TBK. 180/II'de düzenlenen *"alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez."* hükmü gereğince cezai şart ile karşılanmayan zararını, borcun ihlali ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ve borçlunun kusurunu ispat etmek suretiyle talep edebilecektir.¹⁴⁴⁵ Yukarıda belirtildiği gibi kanundan kaynaklanan bir borç olan gecikme tazminatının

¹⁴⁴⁴ İBK. 25.1.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (Kazancı Bilişim)

¹⁴⁴⁵ Eren, a.g.e., s. 1330, N. 3701-3702; Karadaş, a.g.e., s. 404; Dirican, a.g.e., s. 124; Yağcıoğlu, a.g.e., s. 217; Uçar, a.g.e., s. 82.

talep edilebilmesi için hakların saklı tutulmasına gerek bulunmamaktadır. Burada iş sahibinin zararının tamamının tazmini değil cezai şart tutarını aşan kısmın tazmini söz konusu olmakla, “*toplam zarar ile cezai şart tutarının mahsup edilmesi gerekmektedir.*”¹⁴⁴⁶ Bu düzenleme emredici nitelikte olmayıp, taraflarca aksinin kararlaştırabilmesi mümkündür.¹⁴⁴⁷

İfaya ekli cezai şartta, iş sahibinin aynen ifade ısrarlı olması durumunda, gecikme tazminatının, yani temerrüt gerçekleşmeseydi iş sahibinin mal varlığının bulunacağı durum ile gecikmiş ifa esnasındaki malvarlığı durumu arasındaki farkın, cezai şart ile karşılanmayan kısmını ispatlamak kaydı ile talep edebilecektir.¹⁴⁴⁸ Seçimlik cezai şart bakımından ise, kural olarak iş sahibinin yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi durumunda, seçimlik cezai şart ile karşılanmayan müspet zararının tazminini talep edebilecektir.¹⁴⁴⁹

Ayrıca yüklenicinin kusursuz sorumlu olduğu hususlar istisna¹⁴⁵⁰ olmak üzere, iş sahibinin cezai şartın karşılamadığı gecikme tazminatının talep edilebilmesini, TBK.m.112 genel hükmünden ayrılarak, yüklenicinin kusurunun iş sahibi tarafından ispatına bağlamıştır.¹⁴⁵¹ Yargıtay, cezai şartı aşan gecikme tazminatı talebinin, kusur yönünden ispat yükünü tahmil edildiği tarafı değiştirmek suretiyle yasa koyucu tarafından zorlaştırıldığı kanaatindedir.¹⁴⁵²

¹⁴⁴⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1330, N. 3701.

¹⁴⁴⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1330, N. 3701; Dirican, **a.g.e.**, s. 124-125; Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 219.

¹⁴⁴⁸ Dirican, **a.g.e.**, s. 126; Uçar, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁴⁴⁹ Dirican, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁴⁵⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II, s. 566, N. 1623; Kocaağa, **Ceza**, s. 318; Dirican, **a.g.e.**, s. 129.

¹⁴⁵¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II, s. 565, N. 1623; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 359; Eren, **a.g.e.**, s. 1330, N. 3702; Kocaağa, **Ceza**, s. 307-308; Dirican, **a.g.e.**, s. 129; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 434, N. 1389; Uçar, **a.g.e.**, s. 79-81.

¹⁴⁵² “Ancak, cezai şart müspet zararı temsil etmektedir. Somut olaydaki cezai şartın da, gecikmeden doğabilecek zararı karşılamak için sözleşmeye konulduğu açıktır. Bunun doğal sonucu olarak, davacı alacaklının cezai şart miktarı ile sınırlı zararını ayrıca isteme hakkı bulunmamaktadır. Bu zararı zaten cezai şart kapsamında karşılanmakta olup, alacaklıya yasa ile tanınan kolaylık, zararın varlığını ve miktarını ispat etme yükümlülüğü ile karşılaşmaksızın maktu olarak tazmin etme imkanı ile sınırlı kalmaktadır. Hatta cezai şart miktarından fazla olan zararın istenebilmesi dahi, borçlunun kusurunu ispat etme koşuluna bağlı tutularak; BK nun 96. maddesinde yer alan ve edimini yerine getirmeyen borçlunun kusursuzluğunu ispat etmedikçe bundan doğacak zararı tazmin ile yükümlü olacağına işaret eden genel prensibe göre zorlaştırılmış bulunmaktadır.” 11. HD. 27.2.2001 T., 2000/10625 E. 2001/1710 K. (**Kazancı Bilişim**)

Cezai şartın, ihtirazi kayıt ileri sürmeden ifanın kabulü ile cezai şartın ortadan kalkması durumunda, iş sahibinin genel hükümlere göre cezai şart tutarında ve onu aşan zararlarının tamamının tazminini talep edebileceği ve bu talep halinde yüklenicinin, sorumluluktan kurtulmak için kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekeceği açıktır.¹⁴⁵³ Cezai şarta konu gecikme tazminatı alacağından değil, sadece cezai şart hükümlerine göre zararın tazmini hakkından feragat edilmesi halinde de cezai şarta konu ve onu aşan gecikme tazminatı¹⁴⁵⁴ alacağının ayrıca ondan da feragat edilmediği sürece saklı kalacağı belirtilmiştir.¹⁴⁵⁵

Kural olarak ihtirazi kayıt ileri sürmeden ifanın kabulü ya da cezai şarttan açıkça feragat ile sona ereceği¹⁴⁵⁶, asıl borç zamanaşımına uğradığında cezai şartın da zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁵⁷ İndirimin hakkının hukuki gerekçesini butlana bağlayanlar ile yenilik doğuran hak olduğu görüşünde olanlara göre zamanaşımına uğramamaktadır.¹⁴⁵⁸

¹⁴⁵³ Tandoğan, **Borçlar**, C.II, s. 138; Tunçomağ, **Ceza**, s. 126; Kocağa, **Ceza**, s. 308; “Fakat bu mahrumiyet umumî hükümler dahilinde alacaklının tazminat istemek hakkına zarar vermez. Şu halde ihtirazî kayıt dermeyeran etmeden ifayı kabul etmiş olan alacaklı artık cezayı istiyemez ise de, gecikmiş ifadan doğan zararın tazminini herhalde dâva edebilir.” Bkz. Bilge, **a.g.m.**, s. 105; Aynı yönde Bkz. Uçar, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁴⁵⁴ “Acaba ifaya eklenen cezaî şartlarda, yalnız cezaî şartın ödenmesini temekten vazgeçen veya ihtirazî kayıt öne sürmeksizin ifayı kabul alacaklı bu suretle cezaî şartı aşan zararını tazmin ettirmek hakkından vazgeçmiş olur mu? Hiç zannetmiyoruz. Çünkü vazgeçme halinde zat alacaklı 20, ihtirazî kayıtsız şartsız kabul halinde ise kanun yalnız cezaî şartın düşeceğini açıkça belirtmektedir.” Bkz. Tunçomağ, **Ceza**, s. 126.

¹⁴⁵⁵ “Gecikme cezası sade edimi kabulde bunu isteme hakkı saklı tutulmamakla değil, bu haktan açıkça feragat etmekle de ortadan kalkabilir; her iki halde de, gecikme yüzünden uğranılan zararın tazmini talebi ayrıca feragat edilmedikçe saklı kalır” Bkz. Tandoğan, **Borçlar**, C. II, s. 138.

¹⁴⁵⁶ Uçar, **a.g.e.**, s. 108.

¹⁴⁵⁷ Uçar, **a.g.e.**, s. 108.

¹⁴⁵⁸ Uçar, **a.g.e.**, s. 108.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin, iş sahibinin maliki olduğu arsa üzerine sözleşmede belirtilen evsaf ve şartlarda, finansmanı tümüyle kendisine ait olmak üzere, bütünlük arz eden bağımsız bölümlerden oluşan yapı ya da yapılar inşa ve iş sahibine teslim etmesi karşılığında, iş sahibinin sözleşmede öngörüldüğü şekilde, inşa edilen yapı ya da yapılardaki, belirli ya da belirlenebilir mahiyetteki bağımsız bölümün ya da arsa payının mülkiyetini yükleniciye devir etme taahhüdü altına girdiği, tam iki taraflı ve çift mahiyetli karma sözleşmeler olarak tanımladığımızı belirtmiştik.

Arsa payı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin edim borcunda, arsa payı ya da bağımsız bölüm devri yükümlülüğü karşılığında yüklenicinin, sözleşmede öngörülen şartlarda ve nitelikte bir eser meydana getirme yükümlülüğü yer almaktadır. Yargıtay kararlarında da açıkça belirtildiği üzere, inşaat ruhsatını alma, inşaatın projesini hazırlatma, yapı denetim firması ile sözleşme yapma vesair, eser sözleşmesi uyarınca iş sahibine ait olan pek çok yükümlülük, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici tarafından üstlenilmekte ve aslında vekalet hükümlerine tabi olan bu işlemler, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yan bir edim borcu haline gelmektedir. Günümüzde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin eser meydana getirme yükümlülüğünün yanı sıra, 6306 sayılı yasa kapsamında riskli yapı kararı alma ve sonuçlandırma, sözleşme ve vekaletname masraflarını karşılama, tevhit ve ifraz işlemlerini gerçekleştirme, özellikle zorunlu tevhide tabi artık parselleri satın alma, yola terk işlemlerini gerçekleştirme, sigorta yaptırma, gerektiğinde anıtlar kurulu ve sair resmi mercilerden izin alma, yıkım ruhsatı alma, mevcut binanın yıkımını gerçekleştirme, mimari ve sair projeleri hazırlatma, inşaat ruhsatını alma, denetim firması ile anlaşma, kat irtifakını kurma, iskan izni alma, cins tashihi yapma ve kat mülkiyeti tesis etme ve sair pek çok ciddi zaman, emek ve maddi külfet getiren bu tip işlemlerin, yüklenicinin edimlerinin içerisinde, şuan dahi hiç de azımsanmayacak bir yer işgal ettiği ve ağırlığının yüklenicinin tüm yükümlülüklerinin içerisinde her geçen gün arttığı da bir gerçektir. Vekalet hükümlerine tabi bu işlemlerin, geldikleri mevcut durum itibari ile hala bir yan edim olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bu çerçevede ileride arsa payı karşılığı

inşaat sözleşmelerinin hala çift taraflı karma sözleşme olarak kabul edilmeye devam edilip edilmeyeceği şüphelidir. Yüklenicinin karşı ediminin hukuki nitelendirilmesindeki ileride yaşanılacak bu muhtemel değişimin doğal sonucu olarak uygulanacak hukuk normlarında da farklılık yaşanacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz mülkiyetinin devrini içerdiği için noterde düzenlenme şeklinde yapılması gerekmekte olup, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 30.09.1988 tarihli ve 1987/2 Esas ve 1987/2 sayılı içtihadı birleştirme kararında açıkça “*nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken şekle*” aykırılığın ileri sürülmesi uygulamada TMK.m.2 dürüstlük kuralı ve yerleşik Yargıtay içtihatları doğrultusunda ciddi şekilde sınırlandırılmıştır.

Yine Yargıtay, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan kendi payına düşen bağımsız bölümleri ya da arsa payını, üçüncü kişilere devir ve temlik edebileceği, tapuda gerçekleşse dahi bu işlemin bir taşınmaz satış işlemi değil, TBK. m.183.'de düzenlenen alacağın temlik hüükümlerine tabi bir işlem olduğu kanaatindedir. Bu çerçevede alacağın temlikinde adi yazılı şekil yeterli olması nedeniyle, yüklenicinin üçüncü şahıslara adi yazılı sözleşme ile yaptığı devirler de geçerli kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, yükleniciye yapılan taşınmaz devirleri, bir taşınmaz satışı değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, mevzuata, projesine ve imar düzenlemelerine uygun olarak inşaatı ayıpsız ve eksiksiz olarak tamamlayarak süresinde iş sahibine teslim etmesinin karşılığında avans ödemesi olduğu kabul edilmiştir. Böylece, yükleniciden taşınmaz satın alan kişilerin TMK.m.1023 gereğince tapu siciline güven ilkesinden faydalanmalarının önüne geçilmiş, iş sahibinin taşınmazı satın alan üçüncü şahıslara karşı, kural olarak her türlü hakkını ileri sürme imkanı sağlanmıştır. Yerleşik Yargıtay uygulaması, Anayasa Mahkemesi'nin Faik TARİ ve Sultan TARİ Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/12321) kararı ile de anayasaya uygun bulunmuştur.

Yüklenici, sözleşmede öngörülen süre içerisinde edimini ifa etmemesi durumunda, kesin vade gibi istisnai haller dışında kural olarak iş sahibinin ihtarı ile temerrüde düşecektir. Temerrüdün söz konusu olabilmesi için yüklenici teslim borcunun muaccel, ifa edilebilmesi mümkün (imkansız olmaması), henüz ifa

edilmemiş olması, yüklenicinin ifadan kaçınmasını haklı kılacak bir sebebinin bulunmaması ve iş sahibinin temerrüt ihtarı gereklidir.

İş sahibinin bu temerrüt nedeniyle aynen ifa ve gecikmeden kaynaklanan zararların tazmini ya da sözleşmeden dönmesi (geriye etkili feshi) ve menfi zararının tazmini ya da ifa talebinden vazgeçip müspet zararın tazminini talep edebilmesi mümkündür.

Aynen ifayı tercih eden iş sahibin ayrıca bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Sözleşme içerisinde düzenlenmemiş olsa bile TBK.m.125 hükmü gereği iş sahibi yasadan kaynaklanan gecikme tazminatı talebinde bulunabilir, bu hakkı ihtirazi kayıt ileri sürüp sürmemesinden etkilenmez, teslim borcun ayrı ama fer'i olmayan bir borçtur. Gecikme tazminatı, sözleşme içerisinde maktu bir tutar olarak da belirlenebilir, bu durum iş sahibine bu tutar kadar götürü gecikme tazminatını talep edebilmek için ispatlama yükümlülüğünden kurtarır. Ancak gecikme tazminatı, genel hükümlere tabi bir tazminat sorumluluğu olduğu için yüklenici tarafından zararın hiç ya da söz konusu tutar kadar olmadığı ispatlanabilecek ve yüklenici kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan tamamen kurtulabilecektir.

Sözleşme içerisinde düzenlenmedikçe ayrıca talep edilemeyen, talep edilebilmesi için iş sahibinin herhangi bir zararını ispatlaması gerekmeyen, kural olarak muaccel oluncaya kadar fer'i niteliğini sürdüren ve varlığı asıl borcun varlığına bağlı olan ve kural olarak ifa esnasında saklı tutulmaması durumunda sona eren; sözleşmeden dönülmesi halinde aksi sözleşme ile kararlaştırılmamış olması kaydı ile muaccel olmuş olsa dahi asıl borçla birlikte sona eren, cezai şart miktarını aşan gecikmeden kaynaklı zararların ispatlanması halinde talep edilebildiği, yüklenicinin sorumlu olması için, sözleşmede aksi kararlaştırılmaması durumunda kusurlu olması gerektiği hususu öğretide tartışmalı olmakla birlikte uygulamada kabul edildiği, cezai şartta, yüklenici kusursuzluğunu ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilecektir.

Hem aynen ifa hem seçimlik cezai şartın aynı anda talep edilemediğini, ifayı ekli cezai şartın ise kural olarak aynen ifa ile birlikte talep edilebileceğini, götürü tazminat ve cezai şartın aynı anda düzenlenmesi durumunda aksi kararlaştırılmamışsa cezai şart ve cezai şartı aşan ve ispatlanan zararların talep edilebileceğini, hakimin fahiş gördüğü cezai şartta indirim yapma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İş sahibi TBK.m.113/I gereğince, temerrüde düşen yüklenicinin eksik ve kusurlu işlerinin kendisi ya da üçüncü şahıs tarafından giderilmesi için hakimden izin alarak "nama ifa" yoluna da başvurabilecektir. Nama ifa yoluna başvurmak için uygulamada ve ağırlıklı olarak öğretide kabul gördüğü üzere yüklenicinin kusurlu olması zorunlu değildir.

İş sahibi TBK.m.125'deki seçimlik haklarını kullanmadan önce yükleniciye uygun bir mehil vermesi ve mehil süresinde yüklenicinin edimini yine ifa etmemesi ve iş sahibinin seçimlik hakkını sürenin bitiminin hemen sonrasında derhal kullanması gereklidir. Seçimlik hakkın hemen kullanılmaması halinde, genel olarak kabul edildiği üzere, iş sahibinin yeniden mehil vermesi ve bu sürenin sonunda derhal seçimlik hakkını kullanması gereklidir. Hiç şüphesiz temerrüdün en önemli şartlarından biri de yüklenicinin edimin imkansızlaşmamış olmasıdır. Yüklenicinin kusurlu olup olmamasının temerrüde düşmesinde herhangi bir etkisi olmamakla birlikte, kusursuzluğunu ispatlayan yüklenici hakkında ediminin ifasından vazgeçilerek müspet zararın tazmini talep edilemez. Yine yüklenici kusurlu değilse sözleşmeden dönülmesi mümkün ise de dönme ile birlikte menfi zararının tazminin talep edilebilmesi mümkün değildir.

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin yüklenicinin ediminin ifasından vazgeçip müspet zararını da talep edebilecek ise de Yargıtay'ın ifasına başlanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisinin uygulanması gerektiği hususundaki içtihatları nedeniyle bu yasal imkan fiilen kullanılamaz hale gelmiştir.

TBK.m.125'in, mütemerrit yüklenici karşısında getirdiği en önemli seçimlik hak, hiç şüphesiz iş sahibinin sözleşmeden dönmesidir. Dönmenin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde Yargıtay uygulamasında aynı etkili dönme teorisinin kabul edildiği görülmektedir. Dönme hakkının kullanım şekli, herhangi bir geçerlilik şartına bağlı değildir. Dönme, tek yanlı bir irade beyanının karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifa eden bir yenilik doğuran hak ise de Yargıtay uygulamasında, mahkeme dışında taraf iradelerinin dönme hususunda birleşmesini ya da dönme hususunda alınan bir mahkeme kararının varlığını aranmaktadır. 25.1.1084 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

Kararı ile de yüklenici tarafından belirli bir (%90 ve üzeri) aşamaya getirilen inşaatlarda, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi TMK.m.2 dürüstlük kuralına aykırı olacağı ve bu nedenle sınırlandırılması gerektiği kabul edilmiş ve bu tamamlama oranındaki inşaatlar için ileri etkili fesih kabul edilmiştir.

TBK.m.125/III'de açıkça düzenlendiği üzere, sözleşmeden dönülmesi ile *“ taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ”*. Sözleşmeden dönülmesi ile iş sahibinin pay devretme yükümlülüğü ve yüklenicinin de sözleşmeye uygun eser meydana getirme yükümlülüğü sona ermiş olur. TBK.m.125 gereğince sözleşmeden dönülmesi ile tüm taraflar aldıklarını iade etmeleri gerektiğinden, aynen iade edilmesi mümkün olmayan dönme tarihi itibarı ile mevcut taşınmaz imalatının, piyasa rayiçlerine göre belirlenecek *“ edimin objektif değeri ”* tutarında bir miktar paranın iade edilmesi gerekecektir.

TBK.m.125/III'te sözleşmeden dönülmesi halinde, kusursuzluğunu ispatlayamayan borçlunun, alacaklının *“ sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararını ”* gidermesi yükümlülüğünden bahsedilmektedir. TBK.m.125'in gerekçesinde de belirtildiği üzere, *“ Burada, alacaklının giderilmesini isteyebileceği zarar, olumsuz zarar, yani sözleşme yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğu zarardan ibarettir ”* şeklindedir.

Yargıtay uygulamasında, temerrüdün oluşmasında iş sahibinin de az da olsa kusurunun bulunması durumunda menfi zarar talebinde bulunulamayacağı, ancak iş sahibinin sadece meydana gelen zararın artmasında bir kusuru var ise TBK.m.114'ün yaptığı atıf nedeniyle TBK.m.52-53 gereğince müterafik kusur oranında indirim yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak biz temerrüdün oluşmasında iş sahibinin hafif kusuru bulunması durumunda sözleşmeden dönebileceği ve menfi zararın kusur oranları doğrultusunda talep edilebileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akıncı, Bekir: **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar**, Konya, Sayram Yayınları, 2014.

Akıpek, Jale, Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta, 2018.

Derya Ateş:

Akünel, Teoman: **Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.

Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006

Altaş, Hüseyin: **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin, 1998.

Altınkan, Onur: **Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesinin Taraflarının Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022,

Altunkaya, Mehmet: **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Ankara, Yetkin, 2005.

Aral, Fahrettin, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Yetkin, 2021.

Arsebük, Esat: **Borçlar Hukuku Umumi Esaslar**, Ankara, Receb Ulusoglu Basımevi, 1937.

Arsebük, Esat: **Borçlar Hukuku**, C. II, İstanbul, Arkadaş Matbaası, 1943.

Atamer, Yeşim M.: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta, 1999.

Ateş, Derya: **Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa**, İstanbul, Beta, 2021.

Aşkan, Cengiz: **Adi Şirketin Yönetimi**, Ankara, Adil, 2003.

Atabekoğlu, Arda Sinan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Kırıkkale, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Atamulu, İsmail:

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, Yetkin, 2014.

Ateş, Derya:

Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa, İstanbul, Beta, 2021.

Ayan, Serkan:

İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin, 2008.

Aybay, Aydın:

Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975.

Aydıncık, Şirin:

Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Avcı, Ali:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Avcı, Mehmet Ö.:

İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünde İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini, Ankara, Seçkin, 2020.

Bahtiyar, Mehmet:

Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, Beta, 2016.

Barlas, Nami:

Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Başoğlu, Başak:

Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha, 2012.

Battal, Ahmet:

Tacirin İş Kanunu'na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK.24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi? Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 2, |Y. Aralık-1999, s. 15-23.

Baysal, Başak:

Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur), İstanbul, On İki Levha, 2012.

Becker, Herman:

İsviçre Medeni Kanunu Borçlar Kanunu Genel Hükümler C.VI Fasikül III, Çev. Osman Tolun, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1969.

Becker, Herman:

İsviçre Medeni Kanunu Borçlar Kanunu Genel Hükümler C.VI Fasikül IV, Çev. Saim Özkök, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1972.

Bingöl, Muhammed E.:

**Basiretli İş Adamı Gibi Hareket
Yükümlülüğü Özellikle Tacirin Ücret Ve
Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi,**
İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018.

Birinci Uzun, Tuba:

Götürü Tazminat, Ankara, Yetkin, 2015.

Birsen, Kemalettin:

Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul, Ahmet Sait
Matbaası, 1944.

Birsen, Kemalettin:

Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul, Ahmet Sait
Matbaası, 1948.

Burcuoğlu, Haluk:

**Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı
Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu
Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması
Gereken Süreler,** Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın
Hatırasına Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret
Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.

Buz, Vedat:

Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin,
2005.

Buz, Vedat:

**Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden
Dönme,** Ankara, Yetkin, 1998.

Büyük, Elif Irmak:

Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, İstanbul, On İki Levha, 2021.

Cansel, Erol, Çağlar Özel:

Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, s. 713-733.

Cerit, Ali İbrahim:

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Dönme Hakkını Kullanması Halinde Üçüncü Kişinin Durumu, İstanbul, Platon Hukuk Yayınları, 2022.

Coşkun, Gürkan:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Durumu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

Çakır Çelebi F. Betül

Joint Venture'ın Hukuki Niteliği, YBHD., Y.2, S. 2017/2, s.103.

Çakıroğlu, Mehmet:

İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu, Ankara, Seçkin, 2019.

Çelik, Yiğit:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yapının Ayıplı Olması Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, Yetkin, 2020.

Çetintepe Ece

Kat karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları, Ankara, Yetkin, 2020.

Dayınlarlı, Kemal

İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008.

Dayınlarlı, Kemal:

Joint Venture Sözleşmesi, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007.

Denizhan, Ayşe:

6306 Sayılı Kanunun 6. Maddesinin Birinci Fıkrası Kapsamında Uzlaşmayan Azınlığın Arsa Payının Satışına İlişkin Talebin İdarece İncelenme Usulü Üzerine Bir Değerlendirme, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kentsel Dönüşüm Özel Sayısı, Y. Temmuz-2016, S. 14, Ankara, Seçkin, 2016, s. 44-47.

Demir, Mustafa Duhan:

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, İstanbul, Seçkin, 2017.

Demirbaş, Feride:

Kısmî İfa, Ankara, Yetkin, 2018.

Dirican, Gökhan

Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

Doğan, Gül:

Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2006.

Duman, İlker H.:

İnşaat Hukuku, Ankara, Seçkin Hukuk, 2021.

Duman, İlker H.:

İnşaat Hukukunda “Hükme En Yakın Tarih”e Göre Tespit, Değerlendirme ve Hesap Yapılması, İBD., C. 95, S. 2021/4, s. 22-28.

Dural, Mustafa, Suat Sarı:

Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021

Edis, Seyfullah:

Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.

- Eken, Özge: **İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatım Halleri**, Ankara, Seçkin, 2021.
- Ekinci, Hüseyin: **Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Enli, İsa: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü**, Ankara, Adalet, 2017.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Ergüne, Mehmet S.: **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta, 2008.
- Erkin, Berkiye G.: **İnşaat Hukukunda Süre Uzatımı**, Ankara, Seçkin, 2021.
- Erman, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Der Yayınları 2010.
- Eskiyapan, Naz A.: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Hükümleri**, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

- Feyzioğlu, Feyzi N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt. II, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.
- Fuhrer, Andreas, Marcus Muller-Chen, Bilgehan Çetiner, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha, 2021
- Funk, Fritz: **Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler**, Çevirenler: Hıfzı Veldet, Cemal H. Selek, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1938.
- Girgin, Ömer A.: **Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk**, İstanbul, On İki Levha, 2019
- Göktürk, Hüseyin A., **Borçlar Hukuk Borçların Umumi Hükümleri**, C. I, Ankara, Ulus Basımevi, 1946.
- Göktürk, Hüseyin A., **Cezai Şart Müessesesi**, İzmir Barosu Dergisi, Y. 7-1942, S. 2-26, s. 398.
- Gökyayla, Emre K.: **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (Tazminat)**, Ankara, Seçkin, 2004.
- Gökyayla, Emre K.: **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

- Gölseven, Hilal: **Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Ankara, Seçkin, 2016.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler**, İstanbul, Vedat, 2007.
- Günay, Cevdet İlhan: **Cezai Şart**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Gündoğdu, Fatih: **Borç Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha, 2014.
- Gündüz, Şefika D.: **Olumlu Zarar**, İstanbul, On İki Levha, 2010.
- Gür, Mustafa: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve ayıplı İfa Kavramları**, Ankara, Seçkin, 2017.
- Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 602.

- Havutçu, Ayşe: **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Koruması**, İzmir, Genel Hukuk Yayınları, 2003.
- Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995.
- İnal, Emrehan: **Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin: **Geza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kahraman, Gülay: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Durumu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.
- Kaniti, Salaman: **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1962.
- Kaplan, İbrahim: **Müşterek İş Ortaklığı**, Ankara, Seçkin, 2007.

Karadaş, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet, 2013.

Karagöz, Veli: **İř Sözleşmesinde Cezai şart**, Ankara, Seçkin, 2006.

Karahasan, Mustafa R.: **Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, İstanbul, Beta, 2003.

Kartal, Bilal: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993.

Kaya, Özgür K.: **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı, 1993.

Kaynar, Reşat: **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İstanbul, Nihad Sayar, 1978.

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı: <https://www.kazanci.com.tr/>

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

Kılıç Öztürk, Gizem:

Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü,
Ankara, Seçkin, 2016.

Kırca, Çiğdem:

**Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde
Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere
Etkisi,** 22. Ticaret Hukuku ve Yargıtay
Kararları Sempozyumu, Ankara, 2007.

Kırkbeşoğlu, Nagehan:

Yüklenicinin İfa Engelleri, İstanbul, Aristo,
2019.

Kırmızı, Mustafa:

**Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat
Sözleşmesi,** Ankara, Bilge Yayınevi, 2018.

Kızır, Mahmut:

Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara,
Adalet Yayınevi, 2012.

Kocaağa, Köksal:

Ceza Koşullu (Sözleşme Cezası), Ankara,
Yetkin, 2018.

Kocaağa, Köksal:

İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları,
2014.

- Koç, Nevzat: **İsviçre Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 1992.
- Kostakoğlu, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, Beta, 2011.
- Kuntalp, Erden: **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kurt, Leyla M.: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m. 136)** Ankara, Yetkin, 2016.
- Kurt, Leyla M.: **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin, 2012.
- Kutlu Sungurbey, Ayfer: **Yetkisiz Temsil**, İstanbul, Yasa Yayınları, 1988.
- Marten, Alfred: **Borçlar Kanunu Şerhi Umumi Nazariyeleri** Çeviren: Ahmet Cevat, Cilt I, İstanbul, T.C. Adliye Vekaleti İstatistik ve Neşriyat Müdüriyeti, 1930.

Mumay, Ezgi B.: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı İş Sahibinin Seçimlik Hakları**, Ankara, Seçkin, 2022.

Oğuzman, Kemal M., Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir: **Eşya Hukuku (Eşya)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

Oğuzman, Kemal M., Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir: **Kişiler Hukuku (Kişiler)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.

Oğuzman, Kemal M, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.

Oğuzman, Kemal M, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.

Oktay, Saibe: **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Doldurulması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1996, C. 55, S. 1-2, s. 263-296.

Oser, Hugo, Wilhelm Schönerberger: **Borçlar Hukuku, C. I**, Çeviren: Recai Seçkin, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1947.

Oser, Hugo, Wilhelm **Borçlar Hukuku**, C. II, Çeviren: Recai Seçkin, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1950.

Önen, Turgut: **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara, Kalite Matbaası, 1975.

Öz, Turgut M.: **Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı, İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Kadir Has Üniversitesi ve Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakülteleri 10-11 Kasım 2016 Tarihli Uluslararası İnşaat Hukuku Sempozyumu, İstanbul, Seçkin, 2017.

Öz, M. Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve ilgili Mevzuat**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.

Öz, M. Turgut: **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa bir Karşılaştırılmalı Eleştirisi**, MHAD, 1986 Yıl 13, N.16, s. 131-172.

- Öz, M. Turgut: **Bazı Medeni Hukuk Paradoksları** İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 17, Cilt: 17, Sayı: 1 , Ocak 2018.
- Öz, M. Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı, 1989.
- Öz, M. Turgut: **Yargıtay’ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi**, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 2, S. 100, 2008.
- Özmen, Saba: **2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurularına İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi**, TBB Dergisi, 2018-135, s. 491-516.
- Paket, Sabure: **Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul**, Ankara, Yetkin, 2020.
- Peksöz, Vildan: **Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2006.

- Sarı, Suat: **Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi**, İÜHFM., C. LXIV, S. 2, Y. 2006, s. 273-300.
- Saymen, Ferit H, Elbir, Halid K.: **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, C. II, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958.
- Schwarz, Andreas B.; **Borçlar Hukuku Dersleri**, C. I Çev. Bülent Davran, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948.
- Seliçi, Özer: **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
- Selimoğlu, Yaşar E.: **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Serozan, Rona, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı: **Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul, On İki Levha, 2022.

- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.
- Sertler Dilek: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Sirmen, Lale: **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992.
- Sungurbey, İsmet: **Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK.360, II/III'ün Örnekseme Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar**, Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1983, S. 1, s. 547-564.
- Sütçü, Nezi: **Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. I**, Ankara, Seçkin, 2013.
- Sütçü, Nezi: **Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. II**, Ankara, Seçkin, 2013.
- Şahan, Gökhan: **Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi**, Ankara, Seçkin, 2020.

- Şahin, Turan: **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2012.
- Şeker, Muzaffer: **Yazılmamış Sayılma**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2015.
- Şen, Elif : **Kısmi İfa**, Ankara, Yetkin, 2018.
- Şener, Oruç H.: **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin, 2008.
- Şenocak, Zarife: **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1995.
- Tandoğan, Haluk: **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tandoğan, Haluk:

Arsa Üzerinde İnşaat Yapma sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, Batider Haziran 1981, C. XI, S. 1, s. 1-49.

Tandoğan, Haluk:

Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt), Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1982, S. 4, s. 493-499.

Tangüner, Hüseyin:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü ve iş sahibinin Seçimlik Hakları, Ankara, Yetkin, 2022.

Taylan, Erbay:

Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu, Yasa Hukuk Dergisi, Ocak-1978, s. 47.

Tekil, Fahiman:

Borçlar Hukuku, İstanbul, Yelken Matbaası, 1981.

Tekinay, Selahattin Sulhi; Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Attila Altop:

Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, H. Murat Develioğlu, On İki Levha, 2016.

Tezcan, Bestami: **Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Sözleşmesi**, Ankara, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, 1995.

Topuz, Murat: **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukun Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Ankara, Seçkin, 2020.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963.

Türe, Taner: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Kurulması**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Türkoğlu, Cem: **Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Ankara, Seçkin, 2022.

- Uçar, Salter: **Hukukta Cezai Şart Ve Uygulaması**, İstanbul, Alfa, 1993.
- Usta, Oğuz: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Üçer, Mehmet: **Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, Turhan, Kitabevi, 2007, s. 17. Aksi görüşteki müellifler için Bkz. **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklı Temerrüdü**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992
- Ürem, Müge: **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme**, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Üstün, Gül: **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, İstanbul, On İki Levha, 2014.
- Velidedeoğlu, Hıfzı V., Rafet Özdemir: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1987.
- von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, C.1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983.

Yağcıoğlu, Burcu

Türk Ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara, Seçkin, 2022.

Yakuppur, Sendi:

Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıklar, İstanbul, On İki Levha, 2009.

Yavuz, Cevdet:

Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, Beta, 2019.

Yavuz, Cevdet:

Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983.

Yener, Mehmet D.:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, Beta, 2011.

Yıldız, Mustafa Göktürk:

Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.

Yılmaz, Halil:

Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması, Ankara, Seçkin, 2007.

