

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE ARSA
SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ HALİNDE
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

Seher ÇİNGİL

Danışman
Prof. Dr. Serkan AYAN

İZMİR - 2022

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu*” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

31/01/2022

Seher ÇİNGİL

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde
Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle
Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde
Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu
Seher ÇINGİL

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, isimsiz bir sözleşmesi olmasına karşın uygulamada taraflar arasında sıklıkla düzenlenmesi nedeniyle inşaat sözleşmeleri arasında önemli bir yere sahiptir. Bu sözleşmede, yüklenici, arsa sahibinin sahibi olduğu taşınmaz üzerinde bağımsız bölümler inşa ve teslim etmeyi; arsa sahibi ise belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir.

Uygulamada, yüklenici, inşaat henüz tamamlanmadan kendisine devredilecek bağımsız bölümlerin devrine ilişkin üçüncü kişilerle hukuki ilişki içerisine girmektedir. Böylelikle, yüklenici, inşaatın yapımı için gerekli olan finansmanı sağlamaktadır. Üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin tespit edilebilmesi için yüklenici ile arsa sahibi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğine bakılması gerekir. Sözleşme gereğince inşaat henüz tamamlanmadan arsa paylarının yükleniciye devredilmesi veya arsa paylarının yükleniciye devredilmemesi hallerinde yüklenicinin üçüncü kişi ile akdedebileceği sözleşme türleri incelenmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunda özel olarak düzenlenmemesi nedeniyle, bu sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu, buna bağlı olarak yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönme mi yoksa fesih hakkına mı sahip olduğu doktrinde ve

Yargıtay kararlarında tartışma konusu olmuştur. Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu kabulü halinde yüklenici ile hukuki ilişki içerisine giren üçüncü kişinin hukuki durumu ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin temerrüdü, üçüncü kişi, dönme, bağımsız bölüm, arsa payı,



ABSTRACT

Master's Thesis

Legal Status Of The Third Party In The Case Of Where The Land Lord Exercises Its Right Of Rescission From The Agreement In Relation With The Construction Agreement In Return For Land Share

Seher ÇİNGİL

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

The construction agreement in return for land share has a significant place among all other construction agreements due to the fact that it is arranged between the parties in an often manner although it is an innominate type of agreement. In this type of agreement, the contractor undertakes to construct and deliver independent sections on the immovable owned by the land owner whilst the land owner undertakes to transfer the ownership of certain land shares to the contractor as well.

In the practice, the contractor enters into legal relations with third parties regarding the transfer of independent sections to be transferred to him before the construction is completed. Thus, the contractor provides the necessary financing for the construction of the building. In order to determine the legal relationship between the third party and the contractor, it is necessary to examine the content of the construction agreement in return for the land share to be executed between the contractor and the land owner. The types of agreements that the contractor is entitled to execute with a third party where the occurrence of the events that the land shares are transferred to the contractor before the construction is completed or the land shares are not transferred to the contractor are examined as well.

Since the construction agreement in return for land share is not regulated under the law in a direct manner, it has been the subject of debate in

the doctrine and Supreme Court decisions whether this type of agreement shall be considered as an immediate or a permanent and whether the land-owner has a right to rescission from the agreement or terminate the agreement due to the contractor's default as well. In any case, it has been evaluated in detailed that the legal situation of the third person who entered into a legal relationship with the contractor in case where it is accepted that the land-owner has a right to rescission from the agreement due to the default of the contractor.

Keywords: Construction agreement in return for land share, contractor's default, third party, rotation, independent section, land share.



**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE
ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ HALİNDE
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xvi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

I. TANIMI	3
II. UNSURLARI	5
A. Yüklenicinin Bağımsız Bölümlerden Oluşan Bir Ana Yapı Veya Bütünlük Taşıyan Bağımsız Bölümler İnşa Etme ve Belirli Bağımsız Bölümleri Arsa Sahibine Teslim Etmeyi Taahhüt Etmesi	5
B. Arsa Sahibinin, Belirli Arsa Paylarının Veya Bağımsız Bölümlerinin Mülkiyetini Yükleniciye Devretmeyi Taahhüt Etmesi	9
C. Tarafların Anlaşması	11
III. HUKUKİ NİTELİĞİ	12
A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	12
B. İsimsiz Bir Sözleşme Olması	13
C. Geçici-Süreklî Edim Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Olması	16
1. Genel Olarak	16
2. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	17

a) Ani Edimli Borç İlişkisi Olduğu Görüşü	17
b) Sürekli Edimli Borç İlişkisini Olduğu Görüşü	19
c) Geçici-Sürekli Karmaşığı Borç İlişkisi Olduğu Görüşü	19
3. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 Tarihli 3/1 Sayılı Kararı	22
D. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Bir Sözleşme Olması	23
E. Götürü Bedelli Bir Sözleşme Olması	25
IV. ŞEKLİ	25
A. Resmi Geçerlilik Şartına Tabi Olması	25
B. Sözleşmenin Şekle Aykırı Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları	30
C. Şekle Aykırılık Nedeniyle Sözleşmenin Geçersizliğinin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması	31
V. UYGULAMADA SIKLIKLA DÜZENLENEN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ	34
A. Arsa Sahibinin Başlangıçta Taşınmazın Tamamını Yükleniciye Devretmeyi Taahhüt Etmesi	35
B. Arsa Sahibinin Başlangıçta Belirli Arsa Paylarını Yükleniciye Devretmeyi Taahhüt Etmesi	37
C. Arsa Sahibinin İnşaattaki Seviyeye Göre Arsa Paylarının Kademeli Olarak Yükleniciye Devretmeyi Taahhüt Etmesi	38
D. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Yükleniciye Devretmeyi Vaat Etmesi	39

İKİNCİ BÖLÜM
YÜKLENİCİ İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİ ARASINDA
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE KONU
BAĞIMSIZ BÖLÜME İLİŞKİN AKDEDİLEN SÖZLEŞME TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK	40
II. ARSA PAYLARININ YÜKLENİCİYE DEVREDİLMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞME TÜRLERİ	41
A. Taşınmaz Satış Sözleşmesi	41

1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Sözleşmesi	42
a. Tanımı	42
b. Unsurları	42
c. Hukuki Niteliği	43
d. Şekli	44
(1) Resmi Bir Şekle Tabi Olması	44
(2) Sözleşmenin Şekle Aykırı Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları	45
(3) Şekle Aykırılık Nedeniyle Sözleşmenin Geçersizliğinin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması	46
(i) Genel Olarak	46
(ii) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 30.09.1988 tarihli, 2/2 Sayılı Kararı	48
2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Taşınmaz Satış Sözleşmesi	50
B. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi	52
1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi	52
a. Tanımı	52
b. Hukuki Niteliği	53
c. Şekli	55
2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi	57
a. Genel Olarak	57
b. Yüklenicinin Aynı Bağımsız Bölüme İlişkin Birden Fazla Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	59
(1) Genel Olarak	59
(2) Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerh Edilmesi Halinde	60

II. ARSA PAYLARININ YÜKLENİCİYE DEVREDİLMEMESİ	
HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA	
AKDEDİLEN SÖZLEŞME TÜRLERİ	61
A. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi	61
1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi	62
2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Taşınmaz Satış	
Vaadi Sözleşmesi	62
a. Genel Olarak	62
b. Yargıtay'ın Uygulaması	63
(1) Genel Olarak	63
(2) Yargıtay'ın Uygulamasının Değerlendirilmesi	66
b. Yüklenicinin Aynı Bağımsız Bölüme İlişkin Birden	
Fazla Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapması	
Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	68
B. Alacağın Devri	69
1. Genel Olarak Alacağın Devri	70
a. Tanımı	70
b. Hukuki Niteliği	71
c. Koşulları	72
d. Hukuki Sonuçları	74
2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Alacağın Devri	76
a. Genel Olarak	76
b. Üçüncü Kişinin Yükleniciden Devraldığı Bağımsız	
Bölümün Devredilmesini Talep Etme Şeklindeki	
Alacak Hakkını İleri Sürebilmesinin Şartları	78
(1) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan	
Arsa Paylarının Devrini Talep Etme Şeklinde Geçerli	
Bir Alacak Hakkının Mevcut Olması Gerekir	78
(2) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan	
Arsa Paylarının Devrini Talep Etmeye İlişkin	
Alacağın Muaccel Olması Gerekir	80
(i) Genel Olarak	80

(ii) Yargıtay'ın Birlikte İfa Uygulaması	83
(3) Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasında Geçerli Bir Alacağın Devri Bulunmalıdır	88
(4) Alacağın Devrinin İvazlı Olması Halinde Üçüncü Kişinin Edimini İfa Etmesi Gerekir	89
(5) Arsa Sahibinin İyiniyetle İfa ile Borcundan Kurtulmamış Olması Gerekir	90
c. Hukuki Sonuçları	91
(1) Üçüncü Kişinin Yükleniciye Karşı Hukuki Durumu	92
(2) Üçüncü Kişinin Arsa Sahibine Karşı Hukuki Durumu	94
d. Yüklenicinin Aynı Bağımsız Bölüme İlişkin Birden Fazla Alacağın Devri Sözleşmesi Yapması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	95
III. YÜKLENİCİNİN ARSA SAHİBİNİN KENDİSİNE VERDİĞİ TEMSİL YETKİSİ/VEKALETNAMEYLE BAĞIMSIZ BÖLÜMÜ ÜÇÜNCÜ KİŞİYE TAPUDA DEVRETMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU	98
IV. ARSA SAHİBİNİN YÜKLENİCİNİN TALİMATIYLA BAĞIMSIZ BÖLÜMÜ ÜÇÜNCÜ ŞAHSA TAPUDA DEVRETMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE
ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ HALİNDE
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

I. GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ	103
A. Genel Olarak Yüklenicinin Temerrüdü Kavramı	103
B. Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları	104
1. Yüklenicinin Borcunun İfası Mümkün Olmalı	104
2. Yüklenicinin Borcu Muaccel Olmalı	107

3. Yüklenici Edimini Yerine Getirmemiş Olmalı	111
4. Arsa Sahibi Yükleniciye İhtarda Bulunmalı veya TBK m. 117/2 Gereğince İhtara Gerek Olmayan Bir Hal Somut Olayda Bulunmalı	111
5. Yüklenicinin Borcunu Yerine Getirmemesi Hukuka Aykırı Olmalı	112
C. Yüklenicinin Temerrüdünün Hukuki Sonuçları	113
1. Arsa Sahibinin Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Etmesi	113
2. Arsa Sahibinin Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sahip Olduğu Seçimlik Haklar	116
a. Genel Olarak	116
b. Arsa Sahibinin Seçimlik Haklarını Kullanabilmesinin Şartları	119
c. Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Tazminat Talep Etmesi	122
d. Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçerek Sözleşmeden Dönmesi ve Menfi Tazminat Talep Etmesi	124
3. ARSA SAHİBİNİN YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ	127
a. Doktrinde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirme İradesinin Hukuki Niteliğine İlişkin İleri Sürülen Görüşler	129
(1) Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sone Erdirme İradesinin Dönme Niteliği Taşıdığına İlişkin İleri Sürülen Görüş	129
(2) Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sone Erdirme İradesinin Fesih Niteliği Taşıdığına İlişkin İleri Sürülen Görüş	133
(3) Karma Görüş	133
b. Yargıtay'ın Uygulaması	135
(1) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli, 3/1 sayılı Kararı	137
(2) Yargıtay'ın Uygulamasına Göre Sözleşmenin Geriye Etkili Sona Ermesi(Dönme)	141

(3) Yargıtay'ın Uygulamasına Göre Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi (Fesih)	143
c. Dönmenin Hukuki Sonuçları	146
(1) Dönmenin Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisine İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	147
(2) Dönme ile Tarafların Henüz İfa Etmedikleri Edim Yükümlülüklerinin Ortadan Kalkması	150
(3) Dönme ile Tarafların İfa Ettikleri Edimlerin İadesi	150
d. Kısmi Dönme	153
III. ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU	155
A. Arsa Paylarının Üçüncü Kişiye Devredilmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	155
1. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler Gereğince Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	155
2. Yargıtay'ın Uygulaması	157
a) Genel Olarak	157
b) Yargıtay'ın Uygulamasının Değerlendirilmesi	161
3. Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin 20.07.2017 Tarihli Kararı	166
a) Genel Olarak	166
b) Kararın Değerlendirilmesi	169
4. Yüklenicinin Arsa Sahibinin Verdiği Temsil Yetkisi/ Vekaletnameyle Arsa Paylarını Üçüncü Kişiye Devretmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	171
5. Arsa Sahibinin Yüklenicinin Talimatıyla Arsa Paylarını Üçüncü Kişiye Devretmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	172
6. Yüklenicinin Borcu Nedeniyle Arsa Paylarını Cebri İcra Satış Suretiyle Devralan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	174
B. Arsa Paylarının Üçüncü Kişiye Devredilmemesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	175

1. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılması Halinde	175
2. Alacağın Devri Yapılması Halinde	177
SONUÇ	179
KAYNAKÇA	187



KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Aşa.	Aşağıda
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
dn.	Dipnot
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBBGK	İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KMK	Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	Madde
MK	743 sayılı Medeni Kanun
s.	Sayfa
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TKHK	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
vd.	Ve devamı

GİRİŞ

Nüfus artışı, hızlı kentleşme ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak konut ve işyeri ihtiyacının artması doğrultusunda, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ortaya çıkarmıştır. Nakit bütçeye sahip olmayan arsa sahipleri, sahibi olduğu taşınmazdan belirli arsa paylarını yükleniciye devretmek karşılığında bağımsız bölümlere hak kazanmayı tercih etmektedir. Yüklenici ise inşaatı tamamlanmadan ileride kendisine devredilecek bağımsız bölümlerin devri karşılığında üçüncü kişilerden tahsil ettiği bedellerle gerekli finansmanı sağlamaktadır.

Yüksek lisans tezinin konusu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde yüklenici ile hukuki ilişki içerisine giren üçüncü kişilerin hukuki durumudur.

Üç ana bölümden oluşan bu çalışmamızın ilk bölümünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, şekli ve uygulamada sıklıkla düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşme tipleri incelenmiştir.

İkinci bölümde ise yüklenici ile üçüncü kişi arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu bağımsız bölümün devrine ilişkin yapılan hukuki ilişkinin niteliği incelenmiştir. Yüklenicinin üçüncü kişi ile hukuki ilişki içerisine gireceği esnada yüklenicinin arsa paylarının mülkiyetine sahip olup olmamasına göre yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılabilecek sözleşmeler değişiklik göstermektedir. Bu nedenle, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin tespit edilebilmesi için arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hükümlerine bakılması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat henüz tamamlanmadan arsa paylarının yükleniciye tapuda devredildiği durumlarda; yüklenici, üçüncü kişi ile taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi yapabilir. Ancak arsa paylarının mülkiyetine sahip olmadığı bir aşamada üçüncü kişi ile sözleşme ilişkisi girmek isteyen yüklenici, üçüncü kişi ile taşınmaz satış vaadi veya alacağın devri sözleşmesi yapabilir. Çalışmamızda, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme türlerine göre üçüncü kişinin hukuki durumu ve karşılayabileceği hukuki sorunlar ele alınmıştır.

Çalışmamızın konusu olan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde üçüncü kişinin hukuki durumunun incelenebilmesi için genel olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü, temerrüt halinde arsa sahibinin hakları, dönmenin hukuki niteliği ve sonuçları üçüncü bölümde genel olarak incelenmiştir. Arsa sahibinin dönme hakkını kullanması durumunda üçüncü kişilerin karşılaşılabileceği hukuki sorunlar, doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay uygulaması çerçevesinde ele alınmıştır.

Çalışma konusunun geniş kapsamlı olması nedeniyle çalışmada bir takım sınırlamalara gidilmesi gerekmiştir. Bu doğrultuda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un konuya etkisi, özellikle TKHK m. 40 ve devamında düzenlenen ön ödemeli konut satış sözleşmeleri çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

I. TANIMI

Sözleşme özgürlüğü¹ gereğince taraflar yalnızca kanunda düzenlenmiş sözleşmeleri değil kanunda düzenlenmemiş herhangi bir sözleşmeyi de yapabilirler². Çalışma konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi³, kanunda özel olarak

¹ Doktrinde, sözleşme özgürlüğü, kişilerin, belli sınırlar içinde, istedikleri sözleşmeyi istedikleri biçim ve kapsamda, istedikleri kişilerle yapma özgürlüğü şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1971, s.9; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kendine Özgü Yapısı Olan Ve Karma Sözleşmeler, Satış Ve Çeşitleri, Trampa Bağışlama**, Cilt I, 6. Bası, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1990, (Karma Sözleşmeler), s.9-12; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.7; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, (Borçlar Özel), s.18; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İleri Kültür Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 13; Fikret Eren, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul, 2008, (İsimsiz Sözleşmeler), s.86; Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Matsa Basımevi, Ankara, 1993, (Kat Karşılığı), s. 22.

² Zevkliler ve Gökyayla, s.4-5; Aydoğdu ve Kahveci, s. 16; Fikret Eren, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (Borçlar Genel), s. 56; Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 88-89; Kartal, **Kat Karşılığı**, s. 22.

TBK’nın İkinci Kısım Özel Borç İlişkileri isimli bölümünde, uygulamada sıklıkla kullanılan sözleşmeler düzenlenmiş olup bu durumdan farklı bir anlam çıkarılmamalıdır. Bkz. Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, (Borçlar Genel), s. 529; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 47; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, (Borçlar Genel), s. 117; Tandoğan, **Karma Sözleşmeler**, s.8; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 58.

³ Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, bu sözleşme için “*arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesi*”, “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*”, “*arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi*” “*kat karşılığı inşaat hakkı*”, “*daire karşılığı inşaat sözleşmesi*” gibi farklı terimler kullanılmaktadır. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, (Borçlar Özel), s. 507; Yasemin Durak, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, Özel Sayı, 2015, ss. 207-252, s.1; Kartal, **Kat Karşılığı**, s.18-19.

15 HD. T. 23/09/2020, E. 2020/2536, K. 2020/2536; 15. HD. T. 24/09/2020, E. 2020/1727, K. 2020/2558; HGK. T. 21/01/2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43; 15. HD. T. 09/09/2020, E. 2020/1713, K. 2020/2363, (www.kazanci.com.tr).

TMK m. 1009/1 ve Tapu Kanunu’nun m. 26/8 hükümlerinde, bu sözleşme için “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” teriminin kullanılması nedeniyle çalışmamızda da “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Anılı kanun hükümleriyle, sözleşmenin isminin konulmuş olmasına rağmen halen farklı terimlerin kullanılması bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bkz. Etem Saba Özmen ve Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 87, Sayı 1, 2013, ss. 47-74, (Uygulama Hataları), s. 48.

düzenlenmemiş olup tarafların iradeleri doğrultusunda ortaya çıkmıştır⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, arsa sahibi ve yüklenicidir. Yüklenici, arsa sahibinin sahibi olduğu taşınmaz üzerinde, bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı veya bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşa etmeyi ve belirli bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir⁵. Bunun karşılığında, arsa sahibi, belirli arsa paylarının veya bağımsız bölümlerinin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi borçlanmaktadır⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, kanunda düzenlenmemesi nedeniyle, sözleşmenin tanımı kanunda bulunmamaktadır⁷. Ancak doktrinde ve Yargıtay kararlarında, sözleşmenin çeşitli tanımlarına rastlanılmaktadır⁸. Arsa payı karşılığı

⁴ Mustafa Arıkan, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 34, 2016, ss. 145-172, (Alacak Hakkının Devri), s. 147.

⁵ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, (Borçlar Özel), s. 411.

Yüklenicinin, arsa sahibine teslim edeceği bağımsız bölümlerin arsa sahibinin taşınmazı üzerinde inşa edilecek yapıdan olabileceği gibi, yüklenicinin bir başka yerdeki inşaatından da olabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Ayşe Karakoç Karaibrahim, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan Üçüncü Kişilere Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 5.

Aynı yönde: HGK, T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43: “*Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri, inşaat sözleşmelerinin bir türüdür. Bu sözleşmelerde genel olarak, müteahhit (yüklenici) kendi malzemesi ile yapacağı inşaatın bir bölümü arsa sahibine vermeyi yükümlenmesine karşılık, arsa sahibi de üzerinde inşaat yapılacak arsanın belli bir payını tapuda müteahhit adına intikal ettirmeyi taahhüt eder. Bu suretle, müteahhidin yapıp teslim edeceği daireler ve bağımsız bölümlerin bedel olarak karşılığı, arsa üzerinden verilecek pay ile aynı olarak ödenmektedir. Bu tür sözleşmelerde, müteahhidin arsa sahibine vereceği bağımsız bölüm veya bölümler, arsa sahibince tahsis edilecek arsa üzerinde yapılacak inşaatın olabileceği gibi, müteahhidin (yüklenicinin) bir başka yerdeki inşaatından da olabilir.*”, (www.kazanci.com.tr).

⁶ Arsa sahibinin, yüklenicinin üzerinde inşa edeceği yapı dışında sahibi olduğu başka bir taşınmazdan yükleniciye arsa payı devretmesi halinde de tarafların arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bulunduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 30, dn.43; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 47; Karaibrahim, s. 5.

⁷ Gülşah Sinem Aydın, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt 2019, Sayı 141, 2019, ss. 417-454, s. 418; Erman, Arsa Payı, s. 1;

⁸ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitli tanımları için bkz. Kartal, Kat Karşılığı, s.15; Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, DR Yayınları, İstanbul, 2010, (Arsa Payı), s.1; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 591; Gümüş, Borçlar Özel, s.411.

HGK. T. 08/06/2016, E. 2014/23-1004, K. 2016/763: “*Bir tanım yapmak gerekirse; 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.*” 15. HD. T. 23/05/2019, E. 2018/5361, K. 2019/2479: “*Taşıdığı unsurlara da bakarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini; yüklenicinin, arsa üzerine bina inşa etmek ve inşa ettiği binanın belirli bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etmek karşılığında, arsa sahibinin de arsanın belirli paylarını*

inşaat sözleşmesini, yüklenicinin, arsa sahibinin sahibi olduğu taşınmaz üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı veya bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşa ederek belirli bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi, bunun karşılığında, arsa sahibinin, belirli arsa paylarının veya bağımsız bölümlerinin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlamak mümkündür⁹.

II. UNSURLARI

A. Yüklenicinin Bağımsız Bölümlerden Oluşan Bir Ana Yapı Veya Bütünlük Taşıyan Bağımsız Bölümler İnşa Etme ve Belirli Bağımsız Bölümleri Arsa Sahibine Teslim Etmeyi Taahhüt Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici, bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı veya bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşa etmeyi ve belirli bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır¹⁰.

Yüklenicinin teslim borcu, kanunda açıkça düzenlenmemiş ancak bazı kanun maddelerinde¹¹ teslimden bahsedilmiştir. Kanun hükümlerinde teslim kavramından bahsedilmesinden, yüklenicinin teslim borcunun bulunduğu sonucu çıkarılabilir¹². Kaldı ki işin niteliği gereği yüklenicinin teslim borcunun bulunduğu açıktır¹³.

yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği, karşılıklı edimleri içeren, karma nitelikli bir akit olarak tanımlamak mümkündür.” (www.kazanci.com.tr).

⁹ Benzer tanımlar için bkz. Gümüş, Borçlar Özel, s. 411; Gürkan Coşkun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 25.

¹⁰ Gümüş, Borçlar Özel, s. 411; Coşkun, s. 25.

¹¹ TBK m. 473/1, 474/1, 475/1, 478/1, 479/1,2, 483/1 hükümleri.

¹² Atamulu, s. 65; Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 67; Leyla Müjde Kurt, “Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı”, **BATİDER**, Cilt 27, Sayı 1, 2011, ss. 157 –206, (Süre Uzatımı), s. 158, dn. 1; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, Cilt II, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (Borçlar Özel), s. 124; Köksal Kocaağa, **İnşaat Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (İnşaat Sözleşmesi), s. 118; ; Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, (İnşaat Hukuku), s. 130.

¹³ Fikret Eren, “İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara, 1996, ss.63–86, (Müteahhidin Borçları), s. 72; Eren, Borçlar Özel, s. 594,629; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 57.

Eser sözleşmelerinde, yüklenicinin borcu, olağan bir iş görme faaliyeti olmayıp bu iş görme faaliyeti neticesinde belli bir sonucu ortaya çıkarmayı borçlanmaktadır. Yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, edim fiili olan eseri meydana getirme ve edim sonucu olan teslim etme unsurlarından oluşur¹⁴. Bu nedenle, teslim gerçekleşmediği sürece yüklenici asli edim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz¹⁵. Bu nedenle, yüklenicinin, asli edim yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için inşaatı tamamlaması yeterli olmayıp teslim borcunu da yerine getirmesi gerekmektedir¹⁶.

Yüklenicinin teslim borcunu yerine getirebilmesi için öncelikle inşaatın tamamlanmış olması gerekir¹⁷. Taraflar, özellikle, arsa sahibi, taşınmaz üzerinde inşa

¹⁴ Ayan, s. 25; Kurt, Temerrüt, s. 46; Öz, Dönme, s. 14; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 57.

Aksi görüşte: Dayınlarlı, yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim olmak üzere iki ana edim borcunun olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Dayınlarlı, s. 33.

¹⁵ Ayan, s. 24-25; Öz, Dönme, s. 20; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 58.

¹⁶ Ayan, s.25; Erman, Arsa Payı, s. 33; Zevkliler ve Gökyayla, s. 462; Kartal, Kat Karşılığı, s. 74; Aral ve Ayrancı, s. 393; İsa Enli, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu Ve Temerrüdü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.18; Aral ve Ayrancı, s. 393; Özge Arpacı, **Eser Sözleşmesinde İssahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 155; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 57.

¹⁷ Aral ve Ayrancı, s. 393; Atamulu, s. 66; Aydoğdu ve Kahveci, s. 666; Enli, s. 20; Erman, Arsa Payı, s. 33-34; Kurt, Temerrüt, s. 70; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989, (Dönme), s. 166; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 35; Zekeriya Kurşat, **İnşaat Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 170; Zevkliler ve Gökyayla, s. 485; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 75; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 132.

Aksi görüşte: Doktrinde bazı yazarlar tarafından, istisnai bazı hallerde tamamlanmamış eserin tesliminin de mümkün olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, arsa sahibinin tamamlanmamış olan bağımsız bölümlere yerleşmesi veya kiraya vermesi durumunda teslimin gerçekleştiği sayılmalıdır. Ancak arsa sahibi zorunluluk sebebiyle bağımsız bölümleri fiili olarak kullanıyorsa teslimin gerçekleştiği kabul edilmemelidir. Bkz. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, (İnşaat Sözleşmesi), s. 147; Öz, Dönme, s. 169; Kurt, Temerrüt, s. 71. Ayrıca Kurt'a göre, teslimin gerçekleşmediğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğu bazı istisnai durumlarda(örneğin eserde önemsiz ayıpların bulunması) da teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bkz. Kurt, Temerrüt, s. 70.

Ayan'a göre inşaatta orta derecede eksiklik bulunması durumunda ise iş sahibi uygun bir süre içinde eksik ifayı kabul etmediğini yükleniciye bildirmezse teslimin gerçekleştiğini kabul etmektedir. İnşaatta önemsiz bir eksikliğin bulunması halinde ise iş sahibi teslimi reddetse dahi teslim gerçekleşir. Ayrıca sözleşmede kısım kısım teslimin kararlaştırılması durumunda, yerine getirilen kısma ilişkin teslimin gerçekleşebilmesi için o kısmın tamamlanmasının yeterli olduğu, inşaatın tamamının tamamlanmasının gerek bulunmadığını kabul etmektedir. Bkz. Ayan, s. 66-71.

14. HD. T. 22.11.2011, E. 2011/12672, K. 2011/14114: “Yerinde yapılan keşfe göre, inşaatın getirildiği fiziki seviye %82.76'dır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi, yapımını üstlendiği bir eseri sözleşmeye, fên ve amacına uygun meydana getirmek, bunu ifa olarak sözleşmenin diğer tarafı arsa sahiplerine sunmaktır. Hiç kuşkusuz, eser bir bütündür ve yukarıda belirtilen şekilde meydana getirilmeden, eserin arsa sahiplerine tesliminden söz edilemez. Kısaca belirtmek gerekirse, %82.76 fiziki seviyeye getirilen eser sözleşmesine, fên ve amacına uygun meydana getirilmiş bir eser değildir. Bu seviyedeki eser sebebiyle B.K.nun 364 üncü maddesi gereğince, ancak eserin teslimiyle istenebilecek eser bedeli (somut olayda bağımsız bölümlere

edilecek ve kat mülkiyeti kurulacak yapıdan bağımsız bölümlere hak kazanmak amacıyla sözleşme yapmaktadır¹⁸. Taşınmaz üzerinde kat mülkiyetinin kurulabilmesi için ise binanın inşaatının tamamlanmış olması gerekir¹⁹. Bu nedenle, yüklenicinin edimini yerine getirebilmesi için yalnızca arsa sahibine kalacak bağımsız bölümleri de ortak kullanım alanlarının da inşaatını tamamlamak zorundadır²⁰. Hatta yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerde kat mülkiyetinin kurulmasına engel olacak nitelikte eksikliklerin bulunması halinde yüklenicinin edimini yerine getirmiş sayılmayacağı belirtilmektedir²¹. Ancak yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin kat mülkiyetinin kurulmasına engel nitelikte bulunmaması durumunda yüklenicinin edimini yerine getirmedigi ileri sürülemez²². Yüklenicinin meydana getirdiği yapıda, arsa sahibinin eseri teslim almaktan kaçınmasını haklı gösterecek nitelikte olmayan bir ayıbın bulunması teslimin yapılmasını engellemez²³.

Eser sözleşmelerinde, kural olarak, teslim, meydana getirilen eserin iş sahibinin fiili hakimiyet alanına geçirilmesiyle yerine getirilir²⁴. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici arsa sahibinin sahibi olduğu taşınmaz üzerinde bina inşa ettiğinden inşa edilen bina zaten arsa sahibinin fiili hakimiyet alanındadır. Bu nedenle, meydana getirilen binanın fiili hakimiyetinin arsa sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesine gerek yoktur²⁵. Yüklenicinin, arsa sahibine inşaatın tamamlandığını açık veya örtülü şekilde bildirmesi teslim borcunun yerine getirebilmesi için yeterlidir²⁶. Ayrıca yüklenicinin, arsa sahibinin kendisine kalacak bağımsız bölümler üzerinde fiili hakimiyetini engelleyen engelleri de (iskele, şantiye,

karşılık gelen arsa payı) ne yüklenici tarafından, ne de onun temlik işleminde bulunduğu üçüncü kişi (davacı) tarafından istenebilir.”, (Enli, s. 20, dn. 43). Aynı yönde: 15. HD. T. 17.11.1986;E. 1986/830, K. 1986/3860, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

¹⁸ Serap Helvacı, “Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Hayri Domanic'e Armağan**, Mitos Yayınları, 1995, ss. 287-292 s. 291.

¹⁹ KMK m. 1/2'e göre inşaatı henüz tamamlanmayan ancak inşaatı devam eden veya ileride yapılacak olan bir yapının üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere kat irtifakı kurulabilmektedir.

²⁰ Erman, Arsa Payı, s. 3; Zekiye Gizem Durmuşoğlu, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Alacak Hakkının Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 17.

²¹ Erman, Arsa Payı, s. 3.

²² Erman, Arsa Payı, s. 3.

²³ Ayan, s. 55-60; Enli, s. 23; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 148.

²⁴ Zevkliler ve Gökyayla, s. 487; Ayan, s. 51

²⁵ Ayan, s. 51-52; Kurt, Temerrüt, s. 68; Kurt, Süre Uzatımı, s. 170; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 121.

²⁶ Aral ve Ayrancı, s. 394; Ayan, s. 53; Enli, s. 29; Erman, Arsa Payı, s. 34; Zevkliler ve Gökyayla, s. 488; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 121.

malzeme, araç ve gereçler vb.) kaldırması²⁷, bağımsız bölümlerin anahtarlarının arsa sahibine verilmesi gerekir²⁸. Yüklenicinin inşaatı tamamlayıp fiili hakimiyetine son vererek terk etmesi, inşaatın tamamlandığının örtülü şekilde bildirildiğini gösterir²⁹. Yüklenicinin herhangi bir bildirim yapmamasına rağmen arsa sahibinin inşaatı tamamlanmış bağımsız bölüme taşınması veya kiracısının yerleşmesi hallerinde teslimin gerçekleştiği varsayılır³⁰.

Kural olarak, İmar Kanunu m. 30 hükmüne göre³¹, yapı kullanma iznini³² alma yükümlülüğü arsa sahibine yüklenmiştir. Ancak uygulamada, iskan ruhsatının alınması veya kat irtifakı/kat mülkiyetinin kurulması için yapılacak işlemlerin yüklenici tarafından yapılacağı kararlaştırılmaktadır. Arsa sahibi bu işlemleri yüklenicinin yapabilmesi için yükleniciye temsil yetkisi/vekaletname vermektedir³³.

Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslimin bazı koşullara bağlandığı görülmektedir. Taraflar, genellikle, yapı kullanma izninin yüklenici tarafından alınacağı ve teslimin yapı kullanma izninin alınması şartına bağlandığı sözleşmeler yapmaktadır³⁴. Teslimin yapı kullanma izninin alınması şartına

²⁷ Atamulu, s. 125; Enli, s. 29; Erman, Arsa Payı, s. 34; Karataş, İnşaat, s. 147; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 146; Öz, Dönme, s. 169; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 126; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 122.

²⁸ Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 122.

²⁹ Ayan, s. 53.

Aksi görüşte: Yüklenicinin inşaatı tamamlayıp fiili hakimiyetine son vererek terk etmesinin yeterli olmadığı bu durumdan iş sahibinin haberdar olmasının gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Erman, Arsa Payı, s. 34; Kurşat, s. 175.

³⁰ Ayan, s. 60; Enli, s. 29; Erman, Arsa Payı, s. 74; Kurşat, s. 175; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 126, Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37.

³¹ İmar Kanunu m. 30: “Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik (...) (1) bürolarından; 27 nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.”

³² Uygulamada ve Yargıtay kararlarında, yapı kullanma izni yerine iskan ruhsatı terimi kullanılmaktadır. Bkz. 11. CD. T. 08.05.2017 E. 2015/3607, K. 2017/3486 “3194 sayılı İmar Kanunu’nun geçici 11. maddesi uyarınca 26.07.2008 tarihinden sonra yapı (inşaat) ruhsatı alınmış binalara su verilmesi için yapı kullanma izin belgesi (iskan ruhsatı) alınması gerektiğinden, sanığın abonelik başvurusunun kabul edilmeyeceği anlaşılmakla...”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³³ İzzet Karataş, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (İnşaat).s. 301. Kılıçoğlu, bu durumlarda, yüklenici ile arsa sahibi arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi dışında vekalet sözleşmesinin de kurulduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 510.

³⁴ Atamulu, s. 67; Ayan, s. 82; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**, 4. Baskı, Ankara, 2008, s. 51; Kurşat, s. 170; Kurt, Temerrüt, s. 68; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 138.

Yargıtay, teslimin yapı kullanma izninin alınması şartına bağlandığı sözleşmelerde, teslimine ilişkin bu hükmün delil sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Buna göre, yüklenici teslimi yerine getirdiğini ancak yapı kullanma izninin alındığını ispatlayarak ileri sürebilir. Bkz. 23. HD. T.

bağlandığı bu sözleşmelerde, yüklenici, yapı kullanma iznini almadığı sürece teslim borcunu yerine getirmiş sayılmaz³⁵. Yüklenicinin yapı kullanma izin belgesini almaması halinde ise, yüklenicinin temerrüdü söz konusu olur³⁶.

B. Arsa Sahibinin, Belirli Arsa Paylarının Veya Bağımsız Bölümlerinin Mülkiyetini Yükleniciye Devretmeyi Taahhüt Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğü, belirli arsa paylarının veya bağımsız bölümlerinin mülkiyetini yükleniciye devretmektir³⁷.

Ayrıca arsa sahibinin, yüklenicinin zamanında ve sözleşmeye uygun inşaatı tamamlayıp teslim edebilmesi için bazı hazırlık faaliyetlerini de yerine getirmesi gerekir³⁸. Taşınmazın ayıpsız ve üzerinde inşaat yapmaya elverişli şekilde teslim etmesi, taşınmaz üzerinde yapı varsa bu yapıyı yıktırması, yapı içinde kiracı varsa kiracının tahliye ettirilmesi, gerekli ruhsat ve izinleri alması veya bu izinlerin yüklenici tarafından alınacağı kararlaştırılmışsa yükleniciye bu işleri yapabilmesi için temsil yetkisi/vekaletname vermesi örnek olarak gösterilebilir³⁹. Doktrinde, arsa sahibinin hazırlık faaliyetlerinin külfet mi yoksa yükümlülük niteliği mi taşıdığı

05/12/2014, E. 2014/4316, K. 2014/7879: "...sözleşmenin (6.1) maddesi uyarınca teslim olgusunun iskan ruhsatı alınma koşuluna bağlı tutulduğundan ve delil sözleşmesi niteliğindeki bu hüküm gereğince de teslimin başka bir delille kanıtlanması mümkün olmadığından...",(www.kazanci.com.tr).

³⁵ Atamulu, s. 125; Kurşat, s. 74.

23. HD. T. 09.09.2014, E. 2013/1678, K. 2014/5456: "Sözleşmenin ilgili hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden yüklenicinin iskân ruhsatını alarak inşaatı teslim etmeyi yüklediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemenin, yüklenicinin iskân ruhsatını alma yükümlülüğünü üstlenmediği yolundaki gerekçesinde isabet bulunmamaktadır. Bu durumda, mahkemece, yüklenicinin inşaatı sözleşmeye uygun olarak hukuken teslim etmemiş olduğu...", (Enli, s. 24, dn. 61).

³⁶ Atamulu, s. 125; Kurşat, s. 74.

³⁷ Atamulu, s. 29; Erman, Arsa Payı, s. 2; Kartal, Kat Karşılığı, s. 20.

³⁸ Ayan, s. 36.

³⁹ Erman, Arsa Payı, s. 56; Arpacı, s. 144.

14. HD. T. 29.05.2007, 2499/6455: "Buradaki öncelikli borç, arsa sahibine aittir. Her türlü ayıptan ari olarak, üzerine inşaat yapılacak arsayı teslim etmek, arsa sahibinin öncelikli borcudur.", (Yaşar Engin Selimoğlu, **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 387). 15. HD. T. 05.05.2004, E. 2003/5372, K. 2004/2508: "Somut olayda, yüklenici davacı, Ü 2.Noterliği aracılığıyla davalı arsa sahibine gönderip tebliğ ettirdiği 16.8.1994 gün ve 49201 Yevmiye numaralı ihtarname ile sözleşme konusu arsa üzerindeki binayı tahliye edip boş olarak teslimini istemiş olmasına karşın, arsa sahibi davalı arsayı ona teslim etmemiştir...Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; arsa sahibi davalının belirtilen öncelikli ediminin ifasında temerrüde düşmüş olduğunun kabulü gerekir (BK.md.90).", (Arpacı, s. 149, dn. 127).

tartışmalıdır⁴⁰. Arsa sahibinin hazırlık faaliyetlerinin külfet olarak kabulü halinde, bu faaliyetlerin yerine getirilmemesi durumunda, yüklenici alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilecekken yükümlülük olarak kabul edilmesi durumunda yüklenici alacaklının temerrüdü veya borçlunun temerrüdü hükümlerini başvurabilir⁴¹.

Uygulamada, genellikle, henüz kat irtifakı dahi kurulmadan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı için bağımsız bölümlere tahsis edilecek arsa payları belirtilmeksizin yalnızca bağımsız bölümlerin numaraları belirtilmektedir. Taşınmaz üzerinde henüz kat mülkiyeti veya kat irtifakının kurulmaması nedeniyle ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmayan bağımsız bölümlerin devrinin vaad edildiği bu sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. YİBBGK 24.04.1978 tarihli, 3/4 sayılı kararıyla, bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payları belirtilmeksizin bağımsız bölümlerin satışının vaad edildiği sözleşmelerde bilirkişi görüşünden yararlanılarak bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının tespit edilmesi mümkün olduğundan bu sözleşmelerin geçerli olduğuna karar verilmiştir⁴². İşbu kararda⁴³ şu ifadelere rastlanılmaktadır:

Ana taşınmazda henüz kat mülkiyetinin ya da kat irtifakının meydana gelmediği bir evrede, bağımsız bölümün devri için satış vaadi sözleşmesi yapılmasına Eşya Hukuku ve Borçlar Kanunu yönünden engel bir hüküm bulunmamaktadır. Kuşkusuz kat mülkiyeti veya kat irtifakı tapu kütüğüne tescil edilmediğinden aynı hak olarak tapuda satım ve başkası adına tescili mümkün değildir. Fakat asıl satım sözleşmesinin yapılmasına yönelik olarak taraflar arasında borçlandırıci (iltizami) bir kişilik kuran bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi bu halde de yapılabilir...Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişi görüşünden yararlanmak yoluyla belirlenmesi her zaman mümkün olduğundan bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olması da sözleşmenin geçerliliğine engel değildir. Çünkü Kat Mülkiyeti Kanununun 3. maddesinin 2. bendi gereğince arsa payı kat mülkiyetine konu olan ana yapının değerinin bağımsız bölümün değerine olan oranıyla belli edilmek gerekir. O nedenle bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi, başlangıçta arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak, eş deyişle arsa payı gösterilerek veya gösterilmeksizin de yapılabilir.

⁴⁰ Doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Arpacı, s. 78-109, Ayan, s. 36-37.

⁴¹ Arpacı, s. 78-109

⁴² Kararın belirli kısımlarında “kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır. Ancak kararda incelenen husus, kat mülkiyeti veya kat irtifakının kurulmasının vaad edilmesi değil kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadan önce bağımsız bölüme ilişkin satış vaadi sözleşmelerinin geçerli olup olmadığıdır. Bkz. Bilal Kartal, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (III), **Yargıtay Dergisi**, 1983, Cilt 9, Sayı 4, ss. 551-568, (Arsa Payı III), s. 558.

⁴³ YİBBGK T. 24/04/1978, E.1978/3, K. 1978/4, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

Anılı karar gereğince, yükleniciye devredilecek bağımsız bölümlere tahsis edilecek arsa paylarının belirtilmemesi halinde sözleşme geçerlidir. Bu durumda, KMK'nun m. 3/2 hükmüne göre⁴⁴, bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değeri ile ana taşınmazın değerine oranına göre yükleniciye devredilecek bağımsız bölümlere tahsis edilecek arsa payları bilirkişi görüşüyle bulunur⁴⁵.

C. Tarafların Anlaşması

Tarafların, yüklenicinin binanın inşaatını tamamlayıp teslim etmesi karşılığında arsa sahibinin arsa paylarını devretmesi hususlarında anlaşması gerekir⁴⁶. Taraflar iradelerinin sözleşmenin esaslı unsurlarında uyuşmuş olması kaydıyla, sözleşmenin tali noktalarına değinilmese de sözleşme geçerli şekilde kurulmuş sayılır. TBK m. 2/2'ye göre, taraflar arasında sözleşmenin tali noktalarına ilişkin uyuşmazlık çıkması halinde hakim, uyuşmazlığı işin özelliğine göre çözüme kavuşturur.

⁴⁴ KMK m. 3/2 hükmü “Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan anagayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur. Arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarını yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir. Bağımsız bölümlerden her birine bu fıkra uyarınca tahsis edilen arsa payı, o bölümlerin değerinde sonradan meydana gelen çoğalma veya azalma sebebiyle değiştirilemez. 44 üncü madde hükmü saklıdır.”

⁴⁵ 15. HD. T. 05.12.2019, E. 2019/520, K. 2019/5020: “Taraflar arasında düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflara verilecek bağımsız bölümlerin numaraları gösterilerek paylaşım oranının 60/140 payın arsa sahiplerine, 80/140 payın yükleniciye ait olacak şekilde kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır...Mahkemece arsa payına göre tapu iptâl ve tescil kararı verilmiş ise de bu hali ile kararın infazı mümkün olmadığından sözleşmedeki paylaşım oranına göre her bir bağımsız bölüme isabet edecek kat irtifakına esas tapu paylarının bilirkişiden alınacak ek rapor ile hesaplatılarak belirlenen bu paylara göre...”. Aynı yönde: 14. HD T. 27.12.1988, E. 1988/7588, K. 1988/8850, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁴⁶ İsmail Atamulu, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 28.

III. HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici, bina inşa etme ve teslim etme borcu yönünden borçlu, arsa paylarının devri borcu yönünden alacaklı; arsa sahibi arsa paylarının devri borcu yönünden borçlu, bina inşa etme ve teslim etme borcu yönünden ise alacaklıdır. Görüldüğü üzere; sözleşme ilişkisinde, yüklenici ve arsa sahibi hem borçlu hem de alacaklı konumunda bulunmakta olup tarafların borçlandıkları edimler karşılıklı değişim ilişkisi (synallagma) içindedir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴⁷.

TBK m. 97'e göre *"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."* Ancak özel hüküm olan TBK m. 479/1 hükmü gereğince, *"İşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur."* Görüldüğü üzere, TBK'nın m. 479/1 hükmüyle TBK'nın m. 97'de belirtilen aynı anda ifa kuralına istisna getirilmiş olup yükleniciye önce ifa yükümlülüğü yüklenmiştir. Böylelikle, yüklenici, inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmediği sürece arsa paylarının devredilmesini arsa sahibinden talep edemez⁴⁸. Ancak anılı hükmün emredici nitelikte olmaması nedeniyle, taraflar sözleşmede arsa sahibinin bedel ödeme borcunun muaccel olacağı

⁴⁷Atamulu, s. 32; Aydın, s. 419; Yavuz, s. 595; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 511; Erman, Arsa Payı, s.4; Turgut Uygur, *Açıklamalı İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi*, Cilt 2, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, (Arsa Payı), s. 30; Enli, s.14; Durak, s.213; Kurşat, s. 52; Gülşah Sinem Aydın, "Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 2019, Sayı 141, 2019, ss. 417-454, s. 419.

⁴⁸Atamulu, s. 29; Karataş, İnşaat, s.290; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 512; Erman, Arsa Payı, s. 54; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 80; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 215. HGK T. 23.5.2018, E. 2017/23-1611, K. 2018/1128: *"Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri de, her iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinden olduğundan, ifa sırası yani ilk önce taraflardan hangisinin edimini ifayla yükümlü olacağı sorusu önem taşımaktadır. Bu neviden sözleşmelerde öncelikle bina yapma yükümlülüğü altına giren yüklenici taraf, sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirmeli, daha sonra da arsa malikinden edimini yerine getirmesini talep etmelidir. Bir başka ifade ile, öncelikle sözleşmeye uygun eser yapılmalı, daha sonra arsa malikinin edimini yerine getirmesi talep edilmelidir."*; 23. HD. T. 04.11.2020, E. 2017/2950, K. 2020/3425: *"Kural olarak, ücret (arsa payı) sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa (kademeli ferağ öngörülmemişse) işin yapılmasından sonra ödenir (devredilir). Bu durumda, inşaat yapma borcunu yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinden tapu devrini isteyemez (TBK. m. 97)."* Aynı yönde: HGK T. 24.2.2016, E. 2014/23-724, K. 2016/168, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

anı farklı şekilde kararlaştırabilir⁴⁹. Uygulamada, arsa sahibinin, başlangıçta arsanın tamamını veya belirli arsa paylarını devretmeyi veya inşaat seviyesi ilerledikçe arsa paylarını kademeli olarak devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmelere sıklıkla rastlanılmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının diğer bir sonucu, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin seçimlik haklara sahip olmasıdır⁵⁰.

B. İsimsiz Bir Sözleşme Olması

TBK veya herhangi bir kanunda özel olarak düzenlenmemiş, tarafların iradeleri doğrultusunda ortaya çıkan sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denilmektedir⁵¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda açıkça düzenlenmemiş olup yalnızca birkaç kanun maddesinde ismi geçmektedir⁵². Ancak sözleşmenin isminin birkaç kanun maddesinde geçmesi, işbu sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmez⁵³. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak kabul edilebilmesi için sözleşmenin esaslı unsurlarının, asli edim yükümlülüklerinin

⁴⁹ Eren, Borçlar Özel, s. 690; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 491; Acar, s. 9; Erman, Arsa Payı, s. 4; Karataş, İnşaat, s.287; Dayınlarlı, s. 19; Zevkililer ve Gökyayla, s. 559; Samet Can Olgaç, “Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 8, Sayı 86, 2013, ss. 82-89, s. 88; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 216.

⁵⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 211; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 73; Turgut Önen, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No: 95, Kalite Matbaası, Ankara, 1975, s. 29.

⁵¹ Eren, Borçlar Genel, s. 207; Eren, Borçlar Özel, s. 17; Eren, İsimsiz Sözleşmeler, s.86; Aral ve Ayrancı, s.53; Haluk Nami Nomer ve Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri**, Cilt I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.28; Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHFİM**, Cilt 55, Sayı 1-2, 1996, ss. 263-296, (İsimsiz Sözleşme), s. 263.

⁵² TMK m.1009/1: “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir.*”. Tapu Kanunu m. 26/8: “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.*”

⁵³ Atamulu, s. 33; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 110; Saba Özmen ve Müge Ürem. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı, 1, 2016, ss. 13-31, (Avans Tapu), s. 14; Mustafa Arıkan, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 34, 2016, ss. 145-172, (Üçüncü Kişiye Devri).s. 147.

kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle, kanunda açıkça düzenlenmeyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi isimsiz bir sözleşmedir⁵⁴.

İsimsiz sözleşmeler karma, bileşik ve kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler olarak üç gruba ayrılmaktadır⁵⁵. Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerine ait unsurların bağımsızlıklarını kaybederek kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Karma sözleşmelerin bir türü olan çift tipli karma sözleşmeler ise tarafların, kanunda düzenlenmiş farklı sözleşme tiplerine ait asli edim yükümlülüklerini karşılıklı olarak borçlandığı sözleşmelerdir⁵⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici, arsa sahibine ait taşınmaz üzerine bina inşa etme ve teslim etme, arsa sahibi ise arsa paylarını yükleniciye devretme borcu altına girmektedir. Görüldüğü üzere; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici, eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü; arsa sahibi ise taşınmaz satış/ satış vaadi sözleşmesinde satıcı veya vaad edenin asli edim yükümlülüğünü karşılıklı olarak borçlanmaktadır. Yüklenicinin asli edim yükümlülüğü eser sözleşmesinin bir unsurunu, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğü ise taşınmaz satış/satış vaadi sözleşmesinin bir unsurunu teşkil etmektedir⁵⁷. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çift tipli bir karma sözleşmedir⁵⁸.

⁵⁴ Atamulu, s. 32; Aral ve Ayrancı, s.53; Ayan, s. 39-40; Enli, s. 14; Oktay, İsimsiz Sözleşme, s. 264; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 50; Arıkan, Üçüncü Kişiyi Devri, s. 147.

Eren, kanunda ismen zikredilen ancak sözleşmenin esaslı unsurlarının kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmeyen bu sözleşmeleri “kanunda adı zikredilmiş isimsiz sözleşmeler” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Eren, İsimsiz Sözleşmeler, s.86.

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aral ve Ayrancı, s.56-61; Zevkliler ve Gökyayla, s.12-25; Oktay, İsimsiz Sözleşme, s. 272-275.

⁵⁶ Tandoğan, Karma Sözleşmeler, s. 69; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 11; Aydoğdu ve Kahveci, s. 31-32; Zevkliler ve Gökyayla, s.18; Yavuz, s. 593; Gümüş, Borçlar Özel, s.8; Kartal, Kat Karşılığı, s.26; Nomer ve Engin, s.28; Eren, Borçlar Genel, s. 208; Eren, İsimsiz Sözleşmeler, s.92; Oktay, İsimsiz Sözleşme, s.274.

⁵⁷ Atamulu, s. 33; Ayan, s. 40; Coşkun, s. 26; Zevkliler ve Gökyayla, s. 470; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 65.

⁵⁸ Atamulu, s. 33; Uygur, Arsa Payı, s.31; Yavuz, s. 129, 593; Aydoğdu ve Kahveci, s.32; Eren, Borçlar Özel, s.181, 604; Eren, İsimsiz Sözleşmeler, s.92-93; Erman, Arsa Payı, s.6; Kartal, Kat Karşılığı, s. 26; Zevkliler ve Gökyayla, s.18; Karataş, İnşaat, s. 41; Gümüş, Borçlar Özel, s.411; Nomer ve Engin, s.28; Enli, s.14; Coşkun, s.26; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.50; Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri**, III. Cilt, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1991, (Borçlar Özel), s.46; Turgut Öz, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 495-509, (Şekil Sorunları), s. 495; Helvacı, s. 290; Fikret Eren, **İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara, 1996, ss. 49-58, (İnşaat Sözleşmeleri), s. 57; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borçlar İlişkileri)**, Cilt I, 4. Bası, Fakülteler

Doktrinde, karma sözleşmelere hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı hususuna ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁵⁹. Doktrinde baskın olarak kabul edilen ve bizim de katıldığımız kıyas ve yaratma görüşü gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alan unsurlara ait eser ve taşınmaz satış/satış vaadi sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanması mümkün olmayıp bu hükümler sözleşmenin niteliği ve taraf iradeleri uygun olduğu ölçüde kıyasen uygulanabilir⁶⁰. Eğer ki bu hükümler sözleşmenin niteliğine ve taraf iradelerine uygun değilse TBK'nın genel hükümlerine göre uyuşmazlık çözülmeye çalışır. Bu şekilde de çözüme ulaşılamazsa TMK'nun m. 1 uyarınca örf adet kuralına göre, örf ve adet kuralı yoksa hakim kanun koyucu olsaydı nasıl bir hukuk kuralı koyacak ise o hukuk kuralını uygulamalıdır⁶¹.

Matbaası, İstanbul, 1980, s. 58, dn. 78; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, (Borçlar Özel), s. 53; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 70; Arat, Ayşe ve Mehmet Akçaal. "20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", **SÜHFD**, Cilt 26, Sayı 2, 2018, ss.367-396, s. 372.

Aksi görüşte: Sarı, kural olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çift tipli karma sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu sözleşmenin noterde düzenlenebileceğine ilişkin kanuni düzenlemenin bulunmaması ve tapu memurlarının tescil işlemi yapılmadığı sürece mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşme düzenlememesi nedenleriyle, uygulamada, bu sözleşmenin noterde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile bağlantılı olarak düzenlendiğini belirtmektedir. Yazar, böylelikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bileşik sözleşme niteliği kazandığını ileri sürmektedir. Bkz. Suat Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", **İÜHF**, Cilt 64, Sayı 2, 2006, ss. 273-299, s. 281-282.

23. HD. T. 04.03.2020, E. 2016/6059, K. 2020/1489: "...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.". Aynı yönde: 23. HD. T. 22.10.2019, E. 2016/8724, K. 2019/4385; 15. HD. T. 20.12.2018, E. 2018/2608, K. 2018/5171, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁵⁹ Doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Atamulu, s. 35; Tandoğan, Karma Sözleşmeler, s. 73-75; Gümüş, Borçlar Özel, s.12-13, Aral ve Ayrancı, 62-63; Oktay, İsimli Sözleşme, s.276-277; Eren, İsimli Sözleşmeler, s.96-98; Nomer ve Engin, s.29-30; Kuntalp, s. 121-126; Kartal, Kat Karşılığı, s.27-28; Erman, Arsa Payı, s.7, dn.16; Uygur, Borçlar Özel, s. 47; Feyzioğlu, s. 60-61; Aydoğdu ve Kahveci, s. 33.

⁶⁰ Ayan, s.6; Coşkun, s. 26-27; Enli, s. 14-15; Eren, İsimli Sözleşmeler, s.108-109; Gümüş, Borçlar Özel, s.415; Kartal, Kat Karşılığı, s.23; Kuntalp, s.142; Kurşat, s. 16; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971, s. 17; Oktay, İsimli Sözleşme, s.291-292; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 6; Yavuz, s. 601.

Aksi görüşte: Bazı yazarlar, karma sözleşmeye tarafların borçlandığı edimlere ait sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanacağını ancak sözleşme hükümleri arasında çatışma olması halinde hakkaniyete uygun şekilde tarafların iradelerine göre karar verilmesini gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Hasan Erman, Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesi, **İÜHF**, Cilt 50, Sayı 1-4, 1984, (Karar İncelemesi), s. 511; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 306. Ancak Erman, sonraki tarihli eserinde görüşünü değiştirerek karma sözleşmeye tarafların borçlandığı edimlerin sözleşme hükümlerinin ancak kıyas yoluyla uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bkz. Erman, Arsa Payı, s. 8.

⁶¹ Yavuz, s. 601; Kuntalp, s.142; Oktay, İsimli Sözleşme, s.291-292; Eren, İsimli Sözleşmeler, s.108-109; Gümüş, Borçlar Özel, s.415; Ayan, s.6; Kurşat, s. 16; Coşkun, s. 26-27; Necip Bilge,

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çift tipli karma bir sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmekte her edime, edimin ait olduğu sözleşmenin hükümlerinin doğrudan uygulanacağına karar vermektedir. Buna göre, yüklenicinin edimi için eser sözleşmesinin hükümleri uygulanacak, arsa sahibinin edimi için ise taşınmaz satış/satış vaadi hükümlerinin uygulanacaktır⁶².

C. Geçici-Sürekli Edim Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Olması

1. Genel Olarak

Doktrinde, eser sözleşmesinin ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli borç ilişkisi mi olduğu hususu tartışmalıdır⁶³. Sözleşmenin sürekli veya ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olması, borçlunun temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi iradesinin fesih mi yoksa dönme niteliğinde mi olduğunun tespit edilmesi için önemlidir⁶⁴. Sözleşme ani edimli borç ilişkisi niteliğinde ise borçlunun temerrüdü halinde alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirebilir. Eğer ki sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinde ise alacaklı fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebilir⁶⁵.

Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971, s. 17.

⁶² HGK. T. 09.06.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565: “Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. O halde, davalının yüklendiği yapı yapma edimi için BK.’nın 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. T. 09.06.1982, E. 1982/15-1613, K. 1982/565: “Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. O halde, davalının yüklendiği yapı yapma edimi için, BK. ’nın 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.” (Uygur, Borçlar Özel, s.73-75.). 15. HD. T. 14/04/1977 E. 1977/767, K. 1977/880: “Böyle olunca, arsa payı karşılığında kat yapımını, çift tipli bir karma sözleşme biçiminde nitelemek gerekir. İlk olarak, çift tipli, bu karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya uygulanması lazımdır.”(www.kazanci.com.tr).

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 42-45; Kurt, Temerrüt, s. 49-52; Öz, Dönme, s. 16-20.

⁶⁴ Atamulu, s. 143; Ayan, s. 41; Kurt, Temerrüt, s. 49; Öz, Dönme, s. 12-13

⁶⁵ Atamulu, s. 143; Bahadır Engin, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, **Fiscaoeconomia Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, 2019, (https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/633628), (21.12.2020), s. 182; Kurşat, s. 52; Kurt,

2. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

a) Ani Edimli Borç İlişkisi Olduğu Görüşü

Doktrinde kabul edilen bu görüşe göre, eser sözleşmeleri, ani edimli bir borç ilişkisidir⁶⁶. Doktrinde, sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu tespit edilirken borçlunun ifaya yönelik faaliyetlerinin mi yoksa alacaklının menfaatinin dikkate alınacağı tartışmalıdır⁶⁷. Bu görüşe göre, borçlunun ifaya yönelik faaliyetlerinin değil alacaklının ifa menfaatinin bir anda mı yoksa zamana yayılarak mı gerçekleştiğine bakılmalıdır⁶⁸. Aksi takdirde, ani edimli olduğu kabul edilen satış sözleşmesinde dahi satıcının ediminin ifasına yönelik faaliyetlerinin zamana yayıldığından bahisle sürekli edimli olduğu söylenebilir⁶⁹. Bu nedenle, alacaklının ifa menfaatinin dikkate alınması gerekir. Alacaklının ifa menfaati bir anda gerçekleşiyorsa ani edimli, zamana yayılmış şekilde gerçekleşiyorsa sürekli edimli borç ilişkisidir⁷⁰. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, alacaklının ifa menfaati, edim sonucu olan teslimin gerçekleşmesiyle sağlanır⁷¹.

Eserin meydana getirilmesi için gereken faaliyetlerinin belli bir zamanı gerektirmesi sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliği vermez⁷². Yüklenicinin,

Temerrüt, s. 49; Turgut Öz, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 13, Sayı 16, 1996, ss. 131-172, (Klasik Dönme), s. 131; Öz, Turgut. “Yargıtay’ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt 10, Sayı 100, 2018, ss. 21-39, (Yargıtay’ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi), s. 21; Arıkan, Üçüncü Kişiyi Devri, s. 147

⁶⁶ Ayan, s. 45, 47; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 510; Kurt, Temerrüt, s. 53; Öz, Dönme, s. 20; Öz, Yargıtay’ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 21; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 5; Selimoğlu, s. 29; Yavuz, s. 594; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 58; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 26.

⁶⁷ Ayan, s. 42.

⁶⁸ Ayan, s. 45; Kurt, Temerrüt, s. 46; Öz, Dönme, s. 14, 21; Selimoğlu, s. 29; Yavuz, s. 594; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 54; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7.

⁶⁹ Ayan, s. 45-46; Kurt, Temerrüt, s. 46; Öz, Dönme, s. 14; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7.

⁷⁰ Ayan, s. 45; Kurt, Temerrüt, s. 46,50; Öz, Dönme, s. 14; Selimoğlu, s. 29; Yavuz, s. 594; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 8.

⁷¹ Ayan, s. 24-25

⁷² Ayan, s. 25, 47; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 5; Yavuz, s. 594; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 461; Selimoğlu, s. 29; Öz, Dönme, s. 20.

teslimden önceki eseri meydana getirmek için yaptığı faaliyetler, edim sonucu olan teslimle yönelik hazırlık faaliyetleridir⁷³.

Bu görüşe göre, kanunun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri, ani edimli borç ilişkilerini göz önüne alınarak düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu, yüklenicinin masraf ve zaman gerektiren faaliyetlerini korumak için sürekli borç ilişkilerine özgü bazı özel düzenlemeler getirmiştir⁷⁴. Seliçi'ye göre, bu hükümlerin getirilmiş olmasının nedeni, taraflar arasındaki sıkı güven ilişkisinin bulunması ve alacaklının menfaatinin gerçekleşmesinin yüklenicinin hazırlık faaliyetlerinin bağlı olmasıdır⁷⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçici-sürekli karmaşığı niteliği bulunduğunu kabul eden yazarlar tarafından, arsa sahibinin arsa paylarını peyder pey yükleniciye devretmesi veya kendi lehine konulan ipoteğin kısım kısım kaldırılması nedeniyle sözleşmenin sürekli edimli borç niteliği taşıdığını ileri sürülmektedir⁷⁶. Ancak Ayan, arsa sahibinin inşaatın seviyesine göre arsa paylarını yükleniciye devretmesinin bu sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi haline getirmeyeceğini, yükleniciye devredilen bu arsa paylarının avans niteliğinde olduğunu belirtmektedir⁷⁷.

Eser sözleşmesinin kural olarak ani edimli borç ilişkisi olduğunu kabul eden yazarlardan bazıları, istisnai olarak bazı eser sözleşmelerinin sürekli edimli borç ilişkisi olarak kurulabileceğini belirtmektedir. Öz'e göre, ard arda eser teslimi sözleşmeleri ile eserin varlığının zaman içinde genişlediği sözleşmelerin(örneğin; yüklenicinin edimlerinin sonlanacağı noktanın belirlenmeden belli bir duvar örmesi ve yapıldığı kadarıyla bedele hak kazanacağının kararlaştırılması) sürekli edimli borç ilişkisi niteliği taşıdığını kabul etmektedir⁷⁸. Kurt da yüklenicinin toplam ediminin başlangıçta belirlenebilir olmadığı, yüklenicinin edimlerinin periyodik olarak ifa ettiği sözleşmenin sürekli edimli borç ilişkisi niteliği taşıdığını kabul etmektedir⁷⁹.

⁷³ Ayan, s. 46; Öz, Dönme, s. 20; Selimoğlu, s. 29. Acar, alacaklının menfaatinin, edim sonucu olan teslimle sağlandığını kabul etmekle birlikte yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun hazırlık faaliyeti olarak görülemeyeceği belirtmektedir. Bkz. Acar, s. 2; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26.

⁷⁴ Ayan, s. 48; Öz, Dönme, s. 21; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 58-59; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26.

⁷⁵ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26.

⁷⁶ Büyükkay, s. 46-47; Erman, Arsa Payı, s. 83, dn. 62

⁷⁷ Ayan, s. 47.

⁷⁸ Öz, Dönme, s. 21-23.

⁷⁹ Kurt, Temerrüt, s. 54.

b) Sürekli Edimli Borç İlişkisini Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sürekli edimli borç niteliğindedir. Bu sözleşmede, taraflar, bütünlük arzeden sonucun ortaya çıkmasından önce, edimlerini, belli bir zaman içinde ve kısım kısım ifa etmektedir. Taraflar arasındaki sözleşme gereğince, arsa sahibi, inşaat seviyesine göre arsa paylarını peyderpey yükleniciye devretmekte veya taşınmaz üzerine konulan ipotek kademeli olarak kaldırılmaktadır. Böylelikle, yüklenicinin teslimden önceki zaman içinde ve bölümler halinde ifa ettiği edimlere karşılık arsa sahibi de edimini ifa etmektedir. Bundan dolayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli borç ilişkisi niteliği taşıdığı ileri sürülmektedir⁸⁰.

c) Geçici-Sürekli Karmaşığı Borç İlişkisi Olduğu Görüşü

Doktrinde ileri sürülen karma görüşe göre⁸¹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçici-sürekli edimli borç niteliğindedir. Buna göre, bu sözleşmeyi salt ani edimli veya sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirmek mümkün olmayıp bu sözleşme hem ani edimli hem de sürekli borç ilişkilerine ilişkin özellikleri taşımaktadır⁸². Bu nedenle somut olayın tüm özelliklerini ve tarafların menfaat dengesi dikkate alınarak ani edimli veya sürekli edimli borç ilişkilerine ilişkin kurallar somut olaya uygulanmalıdır⁸³.

Serozan'a göre eser sözleşmesi, sürekli-geçici karmaşığı bir borç ilişkisidir⁸⁴. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin bedel alacağı, yalnızca eserin tesliminin karşılığı

⁸⁰ Kartal, Kat Karşılığı, s. 25.

⁸¹ Ayan ve Kurt, karma görüşün, inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin ortaya koymaktan çok yüklenicinin inşaatın büyük bölümünü tamamlaması ancak temerrüde düşmesi halinde, dönme hükümleri yerine fesih hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağının incelediğini belirtmektedir. Bkz. Ayan, s. 45; Kurt, Temerrüt, s. 53.

⁸² Arpacı, s. 124-126; Atamulu, s. 40; Yusuf Büyükkay, **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.s. 46; Erman, Arsa Payı, s. 9; Kurşat, s. 57-59; Uygur, Arsa Payı, s. 30; İsmet Sungurbey, "Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi", **Medenî Hukuk Sorunları**, Cilt 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.457-496, (Medeni Hukuk Sorunları), s. 469; Olgaç, s. 83; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 55; İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, (İnşaat Sözleşmeleri), s. 54.

⁸³ Büyükkay, s. 46-47; Kurşat, s. 57-59.

⁸⁴ Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, (Dönme), s. 175.

değil yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin faaliyetlerinin de karşılığıdır. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin bu faaliyetlerinin hazırlayıcı faaliyet olarak görülmesi mümkün değildir. Gerçekten de kanun koyucu da yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin faaliyetlerine önem vererek bazı maddelerde düzenlenmiştir. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesi için sürekli olarak yerine getirdiği faaliyetleri dikkate alındığında bu borç ilişkisinin sürekli edimli borç ilişkilerine özgü özellikler taşıdığı anlaşılabacaktır⁸⁵.

Erman'a göre, yüklenici, bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesinden önce edimlerini zaman içinde ve bölümler halinde ifa etmektedir⁸⁶. Arsa sahibi ise arsa paylarını peyder pey yükleniciye devretmekte veya kendi lehine konulan ipoteği kısım kısım kaldırmaktadır⁸⁷. Ayrıca kanunda, eser sözleşmesi hükümlerinin sürekli edimli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmelere özgü kurallara göre düzenlendiği belirtilmektedir⁸⁸. Tüm bu nedenlerle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinin de bulunduğu kabul edilmelidir⁸⁹.

Yüklenicinin asli edim borcunu teslim ile yerine getirmesi nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli borç ilişkisinin özelliklerini taşımaktadır⁹⁰. Ancak yüklenicinin inşaatı tamamlanmasına yönelik uzun süre ve masrafı gerektiren faaliyetlerinin hazırlık faaliyeti olarak görülmesi mümkün değildir⁹¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin eseri meydana getirme borcu yönünden sürekli edimli borç ilişkisi özelliklerini taşımaktadır⁹². Sözleşmenin salt ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunun kabulü halinde, yüklenicinin teslimden önceki masrafa ve emeğe dayanan faaliyetlerinin göz ardı edilerek dönme hükümlerinin uygulanması adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat

⁸⁵ Serozan, Dönme, s. 166.

⁸⁶ Erman, Arsa Payı, s. 83, dn. 62.

⁸⁷ Büyükkay, s. 46-47; Erman, Arsa Payı, s. 83, dn. 62; Olgaç, s. 84.

⁸⁸ Büyükkay, s. 46-47; Erman, Arsa Payı, s.9

⁸⁹ Büyükkay, s. 46-47; Erman, Arsa Payı, s.9.

⁹⁰ Arpacı, s. 124-126; Atamulu, s. 40; Kurşat, s. 57-59; Zevkliler ve Gökyayla, s. 479; Olgaç, s. 83; ; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 55; Kaplan, (İnşaat Sözleşmeleri), s. 46.

Aksi görüşte: Bu görüşü benimseyen Atamulu, arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu yönünden ani, yüklenicinin binayı inşa etme ve teslim borcu yönünden sürekli edimli borç ilişkisi doğurduğunu kabul etmektedir. Bkz. Atamulu, s. 173.

⁹¹ Büyükkay, s. 46-47; Erman, Arsa Payı, s. 83, dn. 62.

⁹² Zevkliler ve Gökyayla, s. 479; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 55; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 46.

sözleşmesinde, sürekli edimli borç ilişkisine özgü kuralların da göz önünde bulundurulması gerekir⁹³.

Eren, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kural olarak ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul etmekle birlikte, yüklenicinin eserin meydana getirmesi borcunun dikkate alınarak sürekli edimli borç ilişkisine özgü kurallarının da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir⁹⁴.

Kaplan'a göre, inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin teslim borcu yönünden ani, inşaatı meydana getirme borcu yönünden sürekli edimli borç niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, yüklenicinin teslim borcu yönünden ortaya çıkan uyuşmazlıkları ani edimli sözleşmelerin tabi olduğu kuralların, inşaatı meydana getirme borcu yönünden ortaya çıkan uyuşmazlıklara ise sürekli edimli sözleşmelerin tabi olduğu kuralların uygulanması gerektiği görüşündedir⁹⁵.

Atamulu'ya göre, TBK'nun m. 480/2 hükmünün gerekçesinden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçici-sürekli edimli borç ilişkisi taşıdığı açıkça anlaşılmaktadır⁹⁶. TBK m. 480/2'e göre, götürü bedelli eser sözleşmelerinde, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumların ortaya çıkması ve götürü bedelle eserin yapılmasının mümkün olmaması veya son derece güçleşmesi durumunda, iş sahibine, belirli şartların bulunması kaydıyla dönme hakkı tanınmıştır. Ancak dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda ise yüklenicinin dönme hakkını değil fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir. Anılı hükmün gerekçesine göre, TBK m. 480/2 fıkrasına eklenen ikinci cümleyle, eser sözleşmesinin her zaman ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır. 25/01/1984 tarihli 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı göz önünde bulundurularak iş

⁹³ Atamulu, s. 40; Uygur, Arsa Payı, s. 30; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, s. 466; Uygur, Arsa Payı, s. 30.

⁹⁴ Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52.

⁹⁵ Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 46.

⁹⁶ Ancak yazar, TBK m. 480/2 hükmü ile hükmün gerekçesinin bağdaşmadığını belirtmektedir. TBK m. 480/2 hükmünde, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumların götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olması veya son derece güçleştirmesi durumunda iş sahibine tanınan haklar düzenlenmiştir. Ancak maddenin gerekçesi ve gerekçede belirtin YİBBGK kararı yüklenicinin temerrüdü ilişkindir. Bkz. Atamulu, s. 180-181.

sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmesi durumunda fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir⁹⁷.

YİBBGK 25.01.1984 tarihli 3/1 sayılı kararıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçici-sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğu kabul edilerek bu görüş benimsenmiştir⁹⁸.

3. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 Tarihli 3/1 Sayılı Kararı

YİBBGK 25.1.1984 tarihli, 3/1 sayılı kararıyla, eser sözleşmesinin kural olarak ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğu kabul edilmekle birlikte eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde geçici-sürekli karmaşığı bir özellik taşıdığı kabul edilmiştir⁹⁹. Karara göre, yüklenicinin emeğe ve masrafa dayalı edimini ifa edebilmesi için uzun bir zamana ihtiyacı bulunması nedeniyle sürekli borç ilişkilerine ilişkin kuralların da gözetilmesi gerekir. Kaldı ki kanunda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin sürekli edimli borç ilişkilerine özgü kurallar dikkate alınmıştır. İşbu kararda şu ifadelere rastlanılmaktadır:

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 süresi içinde yapılmış 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.

⁹⁷ TBK'nın m. 480/2 hükmünün gerekçesi: "Bilindiği gibi, 25/01/1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, eser sözleşmesinin yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin işsahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106 ilâ 108 inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunu'muzun 2 nci maddesi hükmünün gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Kanun'un 480 inci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümleyle, yüklenicinin aynı maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda da, menfaatler dengesinin gözetilmesi bakımından, öğretide savunulan ve Yüksek Mahkememizin de kabul ettiği görüşe uygun bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür. Böylece, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, sadece ileriye etkili sonuçlar doğuran fesih hakkını kullanabilecektir."

⁹⁸ Ayan, s. 45; Öz, Dönme, s. 19, dn. 83.

⁹⁹ YİBBGK T. 25.1.1984, E. 1984/3, K. 1984/1 sayılı kararı, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

D. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Bir Sözleşme Olması

Kural olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar ve borçlar yalnızca taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur, yüklenici alacak hakkını yalnızca arsa sahibine karşı ileri sürebilir¹⁰⁰. Arsa sahibinin, sözleşmesinin kurulmasından sonra, taşınmazı üçüncü şahsa devretmesi halinde, yüklenici, taşınmazı devralan şahsa karşı, alacak hakkını ileri süremez¹⁰¹. Taşınmazı devralan şahsın sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürmesi halinde, yüklenici, TBK m. 112(BK m. 96) gereğince zararlarının tazminini arsa sahibinden talep edebilir¹⁰².

Ancak kanun koyucu, bazı kişisel hakların tapu siciline şerhini mümkün kılarak kişisel hakkın etkisinin güçlendirilmesini sağlamıştır. Tapu siciline şerh edilebilecek kişisel haklarda sınırlı sayı ilkesi geçerli olup yalnızca kanunda belirtilen kişisel haklar şerh edilebilir¹⁰³. TMK 1009/1'e göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakların şerh edilebileceği kabul edilmiştir. Bu hükmün lafzından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi kişisel hakkın tapu siciline şerh edilebileceği anlaşılamamaktadır. Ancak anılı hükümde sayılan diğer kişisel hakların taşınmazda aynı hak değişikliğine ilişkin olması nedeniyle yüklenicinin arsa paylarının mülkiyetini talep etme kişisel hakkının şerh edilebileceği sonucu çıkarılabilir¹⁰⁴.

Kural olarak kişisel hakların tapu siciline şerh edilebilmesi için kanuni bir düzenlenmenin bulunması, şerh anlaşmasının bulunması ve taşınmaz üzerinde

¹⁰⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s.15; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976., s.31; Ayan, s. 299

¹⁰¹ Ayan, s. 299; Coşkun, s. 39.

¹⁰² Yılmaz Gönen, **İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006, s. 208. Ancak TBK m. 49/2 hükmü gereğince, üçüncü şahsın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden haberdar olması ve sırf yükleniciyi zarar verme kastıyla taşınmazı devralması halinde, üçüncü şahsın bu fiilinin ahlaka aykırı fiil olarak nitelendirilmesi halinde, yüklenici üçüncü şahıstan zararlarını talep edebilir. Bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.38; Eren, Borçlar Genel, s. 55.

¹⁰³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, (Satış Vaadi), s. 183; İsmet Sungurbey, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1963, s.4; S. Sarı, s.273; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.50; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üni. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984. s. 273; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 121.

¹⁰⁴ Sarı, s.277; Sungurbey, Şerh, s.41-42; Derya G. Bütün Yılmaz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt 38, 2019, s. 118; Gümüş, Borçlar Özel, s. 411; S. Sarı, s.278, Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 111.

tasarruf yetkisine sahip olan kişinin şerh talebinde bulunması şartlarının mevcut olması gerekir¹⁰⁵. Ancak Tapu Kanunu m. 26/8'e göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, şerh anlaşması bulunmasına gerek olmaksızın taraflardan birinin istemi üzerine şerh edilebilecektir¹⁰⁶.

TMK m. 1009/2'e göre *"Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir."* Böylelikle, şerhten sonra taşınmazın devredilmesi, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesi, kişisel hakka kavuşmayı engel olabilecek herhangi bir hak veya haciz şerhinin tesisi halinde üçüncü kişilere karşı kişisel hak ileri sürülebilir¹⁰⁷. Böylelikle, edimini yerine getiren yüklenici, TMK m. 1009/2 hükmüne dayanarak sözleşme gereğince kendisine devredilecek arsa paylarının devredilmesini taşınmazı devralandan talep edebilir¹⁰⁸. Taşınmazı devralanın devre yanaşmaması halinde, yüklenici, TMK m. 716 uyarınca açacağı tescile zorlama davasıyla arsa paylarının kendi adına tescilini talep edebilir¹⁰⁹. Ancak şerhten önce taşınmazın devredilmesi halinde, yüklenici kişisel hakkını üçüncü şahsa ileri süremez.

Tapu Kanunu m. 26/9'a göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesinden itibaren 5 yıl içinde arsa payları yükleniciye devredilmezse şerh resen terkin edilecektir¹¹⁰.

¹⁰⁵ Sungurbey, Şerh, s. 46-78; S. Sarı, s. 288; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, (Eşya Hukuku), s.121; Güler Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 16, Sayı 2, 2017, s.778; Koyusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 190; Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 316-317; Sirmen, s. 209; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 276-277; Nomer ve Ergüne, s. 122.

¹⁰⁶ Gümüş, Borçlar Özel, s. 411; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, Eşya Hukuku, s. 121; Gümüşsoy Karakurt, s.779; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.71; Bütün Yılmaz, s. 122. Aksi Görüşte: Arsa sahibi ile yüklenici arasında şerh anlaşmasını bulunması gerekir. Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 110; Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 210; Nomer ve Ergüne, s. 122.

¹⁰⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 199; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 129; Mustafa Çenberci, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 36; Akıntürk, s. 317; Sirmen, s. 212.

¹⁰⁸ Kurşat, s. 8; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 111; Erman, Arsa Payı, s.10;

¹⁰⁹ Etem Saba Özmen ve Gülşah Sinem Aydın, "Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 88, Sayı: 6, 2014, , ss. 179-215, (Tapu İptal), s. 198.

¹¹⁰ Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.71-73.

Aksi görüşte: Bu hükmün, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi için getirildiği, bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 112.

E. Götürü Bedelli Bir Sözleşme Olması

İş sahibinin bedel ödeme borcunun önceden kesin ve sabit şekilde kararlaştırıldığı sözleşme götürü bedelli bir sözleşmedir¹¹¹. Doktrinde ve Yargıtay'ın kararları gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin bedel borcunun götürü bedel niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹¹². Böylelikle, yüklenici, TBK'nın m. 480/1 uyarınca, sözleşmede belirlenen bedelle inşaatı tamamlamak ve teslim etmekle yükümlüdür. Sonradan ortaya çıkan nedenlerle, inşaat öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa dahi yüklenici daha fazla arsa payının devredilmesini talep edemez veya sonradan ortaya çıkan nedenlerle, inşaatın tamamlanması öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmesi halinde, arsa sahibi, TBK'nın m. 480/3 uyarınca bedelin indirilmesini talep edemez¹¹³.

IV. ŞEKLİ

A. Resmi Geçerlilik Şartına Tabi Olması

TMK. m. 706/1 hükmü gereğince *“Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.”* Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin belirli arsa paylarını yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesi nedeniyle taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bu sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi zorunludur¹¹⁴.

¹¹¹ Eren, Borçlar Özel, s. 666; Zevkliler ve Gökyayla, s. 536; Kartal, Kat Karşılığı, s. 105; Kurşat, s. 95; Acar, s. 8; Aral ve Ayrancı, s. 415; Aydoğdu ve Kahveci, s. 671.

¹¹² Atamulu, s. 120; Erman, Arsa Payı, s. 214; Yavuz, s. 602; Kartal, Kat Karşılığı, s. 132; Ayan, s. 31, dn. 50; Enli, s. 6; Durak, s.241.

YHGK. T. 27.05.2015, E. 2014/23/718, K. 2015/1433: *“Diğer taraftan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin götürü bedelli sözleşme olduğu tartışmasız bulunduğuna göre yükleniciye ait bir edimin, sözleşme ile dahi olsa arsa maliklerine devrine de yasal olarak bulunmamaktadır.”* YHGK. T. 5.3.2003, E.2003/15-125, K. 2003/141: *“Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflara isabet edecek bağımsız bölümler, başka bir anlatımla, taraflara isabet edecek arsa payları belli olduğu için, bu tür sözleşmelerde işin bedeli götürüdür.”* (www.kazanci.com.tr).

¹¹³ Eren, Borçlar Özel, s. 667; Yavuz, s. 602; Kurşat, s. 94.

Ancak TBK'nın 480/2 hükmünde, bazı koşulların mevcut olması halinde, yükleniciye, sözleşmenin uyarlanması talep etme veya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.

¹¹⁴ Arpacı, s. 47; Atamulu, s. 42; Ayan, s.33; Dayınlarlı, s. 23; Enli, s. 9; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; Eren, Borçlar Özel, s.183; Eren, İsimli Sözleşmeler, s.93; Erman, Arsa Payı, s.17; Kartal, Kat

Doktrinde, bazı yazarlar tarafından, arsa sahibinin arsa paylarının mülkiyetinin devri borcunu içeren kısmının resmi şekilde düzenlenmesi gerekir ancak eser sözleşmeleri herhangi bir şekle tabi olmadığından yüklenicinin edimine ilişkin düzenlemelerin herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın düzenlenebileceği ileri sürülmektedir¹¹⁵. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma sözleşme olduğu göz önüne alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir bütün olarak resmi şekilde düzenlenmesi gerekir¹¹⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin ön sözleşmenin de TBK'nın m. 29/II gereğince resmi şekilde düzenlenmesi zorunludur¹¹⁷.

Tapu Kanunu m. 26/1'e göre, mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmelerin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmesi zorunludur. Noterlik Kanunu m. 60/3'göre ise taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterler tarafından da düzenlenebileceği kabul edilmiştir. Doktrindeki hakim görüş ve Yargıtay tarafından, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisi bulunan noterlerin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin unsurunu barındıran arsa payı karşılığı

Karşılığı, s. 54; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 511; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.53; Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 106; Şeref Ertaş, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan**, İzmir, 2001, ss. 79-92, (Hak ve Borçların Devri) s. 80; Uygur, Arsa Payı, s. 32; Yavuz, s. 129, 598; Zevkliler ve Gökyayla, s. 472; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 148.

¹¹⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 6; Öz, Şekil Sorunları, s. 499-500; Öz, Dönme, s. 2, dn. 5; Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 226; Gönen, s. 32; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2012, (Eşya Hukuku), s. 268.

¹¹⁶ Ali Avcı, Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil Ve Bağlanan Sonuçlar, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı 21, 2015, s.304; Arpacı, s. 47; Atamulu, s. 42; Ayan, s.33; Durak, s.216; Engin, s. 192; Eren, Borçlar Özel, s.183; Eren, İsimli Sözleşmeler, s.93; Erman, Arsa Payı, s.17; Mehmet Deniz Yener, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, **İÜHFİM**, Cilt LXV, Sayı 2, 2007, ss. 371-382, (Üçüncü Şahıslara Devri), s. 372; Karataş, İnşaat, s. 49; Kurşat, s. 21; Kurt, Temerrüt, s. 43, dn. 80; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.53; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 14; Serozan, Borçlar Özel, s. 66; Uygur, Arsa Payı, s. 32; Yavuz, s. 129, 598; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 148.

HGK. T. 16.01.2013, E. 2012/13-592, K. 2013/65: “Eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ise, özelliği olan bir “karma sözleşme” tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan “inşaat sözleşmesi”; diğeri ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 634, 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 213, Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60.maddeleri uyarınca, resmi biçimde yapılması gereken “mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşme”dir. Bu nedenle, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri”nin noterde ‘düzenleme’ biçiminde yapılması gerekmektedir. Burada şekil geçerlik şartıdır. Emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir. (www.kazanci.com.tr).

¹¹⁷ Gümüş, Borçlar Özel, s.414.

inşaat sözleşmesini düzenleyebilecekleri kabul edilmektedir¹¹⁸. Böylelikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapu memurları veya noterler tarafından düzenlenebilir¹¹⁹.

Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi gereğince; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterler tarafından resen düzenlenmesi zorunlu olup tarafların dışarıda düzenlediği noterlerin onayladıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersizdir¹²⁰.

Uygulamada, tapu memurlarının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini düzenlenmesine neredeyse hiç rastlanılmamaktadır¹²¹. Tapu Kanunu m. 26/1 ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 21'e göre tapu memurları tarafından düzenlenecek sözleşmeler için resmî senet düzenlenir. Tapu Kanunu m. 26/4 uyarınca çıkarılan 27402 sayılı Yönetmeliğin m. 7/1,i hükmüyle, tarafların tescil taleplerinin resmi senette yer alabileceği kabul edilmiştir. Tapu memurları bu hükme dayanarak tarafların tescil talebini içeren irade beyanları bulunmadığı takdirde resmi senet düzenlememektedir. Böylelikle, hukuken hiçbir engel bulunmadığı halde mevcut uygulama nedeniyle

¹¹⁸ Atamulu, s. 45; Avcı, s.304; Dayınlarlı, s. 23; Durak, s. 216; Erman, Arsa Payı, s.19; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı**, 2017, s. 390-391; Kartal, Kat Karşılığı, s. 42; Kartal, Arsa Payı III, s. 552; Kurt, Temerrüt, s. 44; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul, 2012, s. 10; Feyzioğlu, s. 59, dn. 78; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 15; Serozan, Borçlar Özel, s. 159; Uygur, Arsa Payı, s. 29; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 148.

Aksi görüşte: Sarı, Noterlik Kanunu'nun m. 60/3 hükmünün yalnızca taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine ilişkin düzenlendiğini, bu yetkinin genişletilerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Sarı, s. 282.

¹¹⁹ 15. H.D. T. 17.12.2019, E.2019/2141, K.2019/5224: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin niteliği itibarıyla tapu devri taahhüdü içermeleri nedeniyle 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 213 (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 237), Türk Medeni Kanunu'nun 706, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. madde hükümleri gereğince bizzat tapu memuru huzurunda veya noter aracılığı ile düzenleme şeklinde yapılmaları geçerlilik koşuludur.”, (www.kazanci.com.tr).

¹²⁰ Atamulu, s. 45, dn. 91; Eren, Borçlar Özel, s. 605; Erman, Arsa Payı, s.19; Uygur, Arsa Payı, s. 32; Avcı, s. 305; Karataş, İnşaat, s. 50; Kemal Kanber, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ver Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**, Sayı 7, 1996, ss. 14-17, s. 15.

Aksi görüşte: Erman, tarafların kendi aralarında düzenledikleri sözleşmenin sayfalarının noter tarafından damgalanması, sözleşmenin noter huzurunda taraflarca okunduğu ve taraf iradelerine uygun olduğunun şerhinin bulunması, tarafların ve tanıkların imzalarının noter huzurda alınması halinde sözleşmenin geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Erman, Arsa Payı, s. 19.

HGK. T. 09.06.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565: “Temyize konu bu olayda, taraflar arasında kurulan 18.5.1973 günlü ve 6248 sayılı sözleşme noterlikçe resen düzenlenmemiş; taraflarca dışarıda yazılıp imzaları Hatay 1. Noterliğince onanmıştır. O halde, az yukarıda yapılan açıklamalara göre, anılan sözleşme hukuken geçerli değildir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

¹²¹ Sarı, s. 279-281; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.54-56, Ozanoğlu, s. 392; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 8; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 148.

tapuda şarta veya vadeye bağlı sözleşmelerin yapılması mümkün değildir¹²². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, genellikle, arsa sahibi arsa paylarını başlangıçta yükleniciye devretmek istememektedir. Bundan dolayı, inşaat seviyesi ilerledikçe kademeli olarak veya inşaat tamamlanıp teslim edildikten sonra sırasında arsa paylarının devredileceğini kararlaştırılmaktadır. Bundan dolayı, mevcut uygulama nedeniyle, bu tip arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tapuda düzenlenememektedir¹²³.

Uygulamada, noterde, “*gayrimenkul satış vaadi şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” adı altında sözleşmeler düzenlenmektedir. Bu sözleşmelerde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satış vaadi sözleşmesine formuna sokulmaktadır. Sözleşmede, yüklenici ile arsa sahibi arasında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi varmış gibi arsa paylarının satışı vaad edilmekte satış bedelinin nakden değil arsa sahibinin taşınmazı üzerinde bina inşa etme şeklinde kararlaştırıldığı belirtilmektedir¹²⁴. Sarı’ya göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenebileceğine dair kanunda açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle taraflar bu yola başvurmaktadır¹²⁵. Özmen ve Akçura Karaman ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin mümkün olmadığı dönemde tarafların bu sözleşmeyi şerh edebilmek için bu yola başvurduğunu belirtmektedir. Yazarlar, TMK m. 1009 hükmünde yapılan değişikliklerle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin mümkün olmasına rağmen halen noterde “*gayrimenkul satış vaadi şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” adı altında sözleşmelerin düzenlenmesini eleştirmektedir¹²⁶.

¹²² Bu nedenle, taraflar, vadeye veya koşula bağlı taşınmaz satış sözleşmesi yapmak istemeleri halinde mevcut uygulama nedeniyle noterde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaktadırlar. Doktrinde tapu memurlarının mevcut uygulaması haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. S. Sarı, s. 279-281; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.54-56; Ozanoğlu, s. 392.

Doktrinde, taşınmazlara ilişkin mülkiyetin devrini amaçlayan tüm sözleşmelerin düzenlenmesinde yalnızca noterlerin yetkili kılınmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ozanoğlu, 394-398; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 57; Özmen ve Aydın, Tapu İptal, s. 188.

¹²³ Sarı, s. 279-281; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s.54-56, Ozanoğlu, s. 392.

¹²⁴ Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 49, Sarı. s. 281-282; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 6-7.

¹²⁵ Sarı, s. 281-282.

¹²⁶ Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 49.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmaz üzerinde, elbirliğiyle mülkiyet bulunması halinde, TMK m. 702/2 hükmü gereğince¹²⁷, sözleşmenin tüm arsa malikleri tarafından imzalanması gerekir¹²⁸. Paylı mülkiyet bulunması halinde ise, TMK m. 692/1 hükmü gereğince¹²⁹, aksi kararlaştırılmamışsa, olağanüstü yönetim işi niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüm arsa sahipleri tarafından imzalanmalıdır¹³⁰.

Doktrinde, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyet bulunmasına rağmen arsa sahiplerinden birinin, kendi ad ve hesabına sözleşmeyi imzalaması halinde¹³¹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Ancak sözleşmeyi imzalayan arsa sahibinin elbirliği veya paylı mülkiyetin bulunması nedeniyle edimini ifa etmesinin imkansız olması halinde, yüklenici, TBK'nın 112 hükmü gereğince zararlarını sözleşmeyi imzalayan arsa sahibinden talep edebilir¹³². Yargıtay ise arsa sahiplerinden birisinin sözleşmeyi imzalaması halinde sözleşmenin askıda geçersiz olduğunu, arsa sahiplerinin sonradan sözleşmeye icazet vermesi veya ek sözleşmelerle asıl sözleşmeye katılması halinde sözleşmenin geçerli hale geleceğini, bu nedenle makul bir sürenin beklenilmesi gerektiğine karar vermektedir¹³³.

¹²⁷ TMK m. 702/2 “Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça gerek yönetim gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir.”

¹²⁸ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 508.

¹²⁹ TMK m. 692: “Paylı malın özgülendiği 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.”

¹³⁰ Atamulu, s. 30, dn. 32; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 508; Mehmet Akçaal, “Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 2, 2019, s. 216; Özmen, Etem Saba ve Gülşah Sinem Aydın, Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun’a Dayalı Uygulama, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1, 2015, ss. 13-38, (Paylı Mülkiyet), s. 19-20.

¹³¹ Arsa sahiplerinden birisinin temsil yetkisi bulunmamasına rağmen tüm arsa sahipleri adına sözleşmeyi imzalaması ve diğer arsa sahiplerinin sözleşmeye icazet vermemesi halinde sözleşme geçersizdir. Bu durumda, yüklenici, yetkisiz temsil hükümlerine dayanarak sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararlarını sözleşmeyi imzalayan arsa sahibinden talep edebilir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, Eşya Hukuku, s. 199; Akçaal, s.216; Özmen ve Aydın, Paylı Mülkiyet, s. 23; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 64.

¹³² Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, Eşya Hukuku, s. 199; Akçaal, s.216; Özmen ve Aydın, Paylı Mülkiyet, s. 23; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 64.

¹³³ 23. HD. T. 5.12.2018, E. 2016/8225, K. 2018/5679: “Kural bu olmakla birlikte, bazı ortak ya da müşterek paydaşlar tarafından yapılan sözleşmelere, diğer ortak ya da paydaşların onay vermeleri durumunda da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli ve bağlayıcı olur.”; 15. HD. T. 25/06/2020, E. 2020/1438, K. 2020/1852: “Davaya konu olayda, hisseli olup TMK'nın 692. maddesi gereğince hissedarın yalnız başına arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapması mümkün

TBK m. 13/1 gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin değiştirilmesinde de resmi şekle uyulması zorunludur¹³⁴. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler resmi şekle tabi değildir¹³⁵.

B. Sözleşmenin Şekle Aykırı Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları

Doktrinde, şekle aykırı düzenlenen sözleşmenin yaptırımı hususu tartışmalıdır¹³⁶. Baskın olarak kabul edilen kesin hükümsüzlük görüşüne göre şekle aykırı düzenlenen sözleşme kesin hükümsüzdür¹³⁷. TBK m. 12/2'e göre "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*" İşbu kanun hükmünden kanun koyucu tarafından kesin hükümsüzlük görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır¹³⁸.

Şekle aykırı düzenlenen sözleşme kesin hükümsüz olup şekle aykırılık, taraflar veya ilgili üçüncü kişiler tarafından her zaman ileri sürülebilir. Hakim yargılamanın her aşamasında şekle aykırılığı resen göz önünde bulundurmak zorundadır¹³⁹. Taraflardan biri, sözleşmeye dayanarak edimin ifasını talep

olmayan bir sözleşme yapılmış, yukarıda belirtildiği gibi sözleşmenin geçersiz olarak askıda bulunma durumu söz konusudur... Askıda geçersizliğin geçerli hale gelebilmesi için Dairemizin kararlarında da makul bir sürenin beklenilmesi aranmakta ise de, davaya konu olayda makul süreyi aşan bir süre beklenilmiştir... Makul bekleme süresi aşıldığından ve sözleşme geçerli hale gelmediğinden..."; 23. HD T. 27.6.2016, E. 2015/343, K. 2016/3919 : "Tüm paydaşların aynı anda sözleşmeye imza koymaları zorunlu değilse de makul süre içinde paydaşlardan bir veya birkaçı ile yapılan sözleşmeye icazet vermeleri yahut ek sözleşmelerle asıl sözleşmeye katılmaları zorunludur. Tüm paydaşların katılmadığı veya icazet vermediği sözleşme geçersizdir."; (www.kazanci.com.tr).

¹³⁴ 14. HD. T. 28.05.2018, E. 2017/5966, K. 2018/4144: "*Her ne kadar mahkemece kat karşılığı inşaat sözleşmesinde değişiklik öngören adi yazılı sözleşme geçerli kabul edilerek 2. ... kat 2. nolu bağımsız bölümün 1/2 hissesinin davacı adına kayıt ve tesciline karar verilmiş ise de; resmi şekil ile yapılan sözleşmelerin tadil edilmesi yine resmi şekilde mümkün olacağından arsa sahibi ve yüklenici arasında ikinci kez akdedilen 2009 yılına ait adi yazılı sözleşme geçerli değildir.*", (www.kazanci.com.tr).

¹³⁵ Büyükay, s. 61.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, s.93- 142; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 309-310; Eren, Borçlar Genel, s. 290- 295; Kartal, Kat Karşılığı, s. 56-60; Kanber, s. 15-16; Ayşe Havutçu, "Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili", DEÜHFD, Cilt 3, Sayı 1-4, 1987, (Tahvil), s. 646-647, Sirmen, s. 321.

¹³⁷ Atamulu, s. 46; Serozan, Borçlar Özel, s. 160; Reisoğlu, s. 146; Erman, Arsa Payı, s. 22; Erman, Karar İncelemesi, s. 514, dn. 13, Kartal, Kat Karşılığı, s. 57; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 149. Yargıtay, kesin hükümsüzlük görüşünü benimsemektedir. Bkz. Yargıtay İBK. T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2, (www.kazanci.com.tr).

¹³⁸ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 208; Sirmen, s. 322.

¹³⁹ Atamulu, s. 50; Yavuz, s. 601; Reisoğlu, s. 146; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 310; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 200; Uygur, Arsa Payı, s. 38; İlknur Uluğ ve Nihat Taşdelen, "30.09.1988 Tarihli ve E. 1987 K. 1988/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının

edemeyeceği gibi alacağın ifa edilmemesi için öngörülen cezai şart alacağını da talep edemez¹⁴⁰. Ayrıca sözleşmeye ilişkin olarak yapılan alacağı teminat altına alan kefalet, rehin gibi teminatlar da geçersizdir¹⁴¹. Şekle aykırı sözleşmeye rağmen tarafların edimlerini ifa etmesi halinde, taraflar edimlerini sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası ile iadesini talep edebilir¹⁴².

C. Şekle Aykırılık Nedeniyle Sözleşmenin Geçersizliğinin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması

TMK'nun m. 2 hükmü gereğince, her hak gibi şekle aykırılığı ileri sürme hakkının da dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir. Aksi takdirde sözleşmenin geçersizliği iddiasının dinlenmeyeceği böylelikle sözleşmenin geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmektedir¹⁴³. Hakkın

İncelenmesi", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 7, 2003, ss. 143-150, s. 146; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 102.

¹⁴⁰ Atamulu, s. 50; Yavuz, s. 601; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 310; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 200; Uygur, Arsa Payı,, s. 38.

¹⁴¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, **AÜHFD**, Cilt 38, Sayı 1, Ankara, 1981, ss. 209-222, (Şekil), s. 212.

¹⁴² Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 201; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 102; Reisoğlu, s. 146; Havutçu, Tahvil, s. 647-648.

HGK. T. 17.6.2020, E. 2017/13-592, K. 2020/430: "Geçersiz sözleşmenin varlığı hâlinde kural olarak taraflar sözleşmenin ifasını ya da ifa karşılığını isteyemezler ise de sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde aldıklarını iade ile yükümlüdürler.", (www.kazanci.com.tr). 23. HD. T. 12.04.2017, E. 2015/9019, K. 2017/1113: "Geçersiz sözleşmeye göre taraflar yaptıkları işleri karşı tarafın yararına olmak kaydıyla sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilirler. Yüklenici de arsa sahiplerinin yararına olduğunu iddia ettiği işlemler için masrafla talep etmektedir. Bu durumda mahkemece yüklenici tarafından yapılan işin davalılar yararına olup olmadığı hususu belediyeden ayrıntılı bir şekilde sorulup bu hususta uzman bir bilirkişi heyeti oluşturularak yapılan işin arsa sahipleri lehine olduğu kanaatine varılması halinde bu konuda yapılması gereken masrafların belirlenip yapılan masrafla karşılaştırılarak hüküm altına alınması, yapılan işin arsa sahipleri yararına olmadığı kanaatine varılırsa davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmadan yazılı gerekçeyle red kararı verilmesi doğru görülmemiştir.", (Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 36). 15. HD. T. 07/12/2011, E. 2010/6374, K. 2011/7212: "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.", (www.kazanci.com.tr).

¹⁴³ Atamulu, s. 49; Yavuz, s. 601; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 213; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 81.

kötüye kullanılması yasağının emredici bir kural olması nedeniyle, hakim, hakkın kötüye kullanıp kullanılmadığını resen araştırmak zorundadır¹⁴⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hem yüklenicinin hem de arsa sahibinin sözleşmeden doğan edimlerini tamamen yerine getirmesinden sonra taraflardan birinin şekle aykırılığı ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırıdır¹⁴⁵.

Yargıtay, yüklenicinin inşaatı tamamen veya reddolunmayacak oranda yerine getirmesinden sonra arsa sahibinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek arsa paylarının devrinden kaçınmasını hakkın kötüye kullanılması saymaktadır¹⁴⁶. Yargıtay, bir kararında¹⁴⁷, inşaatın %93'ünün tamamlanmasından sonra, bir diğer kararında¹⁴⁸ inşaatın %80-90'ının tamamlanmasından sonra şekle aykırılığı ileri süremeyeceğine karar vermiştir. Doktrinde, Yargıtay'ın birlikte ifa uygulaması gereğince, üçüncü kişinin bağımsız bölümün devrini talep edebilmesi için aranan

¹⁴⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 212; Altaş, s. 158; Talih Uyar, "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK.2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK.2/II)", **Seyfullah Edis'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 439-465 s.442.

¹⁴⁵ Atamulu, s. 50; Öz, Şekil Sorunları, s. 505; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 15; Yavuz, s. 599; Eren, Borçlar Özel, s. 605; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 58; Kartal, Kat Karşılığı, s. 57; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 106; Kartal, Arsa Payı III, s. 566; Uyar, s. 443; Erman, Arsa Payı, s. 24; Kanber, s. 16; Akyol, s. 80-81; Altaş, s. 163; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 149
HGK. T. 23/10/1991, E. 1991/396, K. 1991/511: "*Olayda, davacı iş (arsa) sahibi tarafından tapuda davalı yüklenici şirkete devir ve kaydı yapıldığı gibi davalı yüklenici de 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...*", (Erman, Arsa Payı, s.24-25, dn. 17); 14. HD. T. 11.03.1986, E. 1986/5236, K. 1986/1643: "*Resmi biçimde düzenlenmiş olsa da, daire karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici edimini yerine getirmiş, buna karşılık arsa sahibi de yükleniciye kalan dairelerin paylarını ona intikal ettirmiş veya yüklenicinin yine resmi olmaya sözleşme ile sattığını bildirdiği kişilere arsa sahibi tapuda ferağ işlemini yapmış veyahutta arsa sahibi yükleniciye vekaletname vererek onun daireleri satmasına olanak sağlamış ise kendisi ile yüklenici arasındaki sözleşme geçerli sayılmış demektir.*" (Uygur, Arsa Payı, s. 64-65). Aynı yönde: YİBBK. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2, (www.kazanci.com.tr); 15. HD. T. 21.04.1978, 401/867, (Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 573)

¹⁴⁶ HGK. T. 26/02/2016, E. 2014/56, K. 2016/18: "*Şekil zorunluluğunun birinci istisnası; "sözleşme adi yazılı şekilde olsa bile, yüklenici edimini (bina meydana getirme borcunu) tamamen veya reddolunmayacak oranda yerine getirmişse, arsa sahibi artık bu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez" kuralıdır.*"; 23. HD. T. 15/12/2014, E. 2014/5397 K. 2014/8134: "*...eserin büyük ölçüde tamamlanmış ve iş sahibi tarafından kabule icbar edilebilecek düzeye getirilmiş olması halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayıldığı...*". Aynı yönde: HGK. T. 30.4.1997, E. 1997/15-146, K. 1997/372K (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde: YGK. T. 21/03/2012, E. 2012/13-164, K. 2012/219; HGK. T. 16/01/2013, E. 2012/13-592, K. 2013/65, 15. HD. T. 20/06/2005, E. 2004/5863, K. 2005/3576, (www.kazanci.com.tr).

¹⁴⁷ Yargıtay 15. HD. T. 16.03.1992, 4892/1299, (Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 68, dn. 263).

¹⁴⁸ Yargıtay 15. HD. T. 06.04.1995, E. 1994/5402, K. 1995/2075, (Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 68, dn. 263).

tamamlanma oranı olan %90-95 oranının burada da uygulanabileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁹.

Ayrıca arsa sahibinin arsa paylarını yükleniciye devretmesi veya yükleniciye satış yetkisi içerir vekaletname vermesi ve yüklenicinin vekaletnameyle bağımsız bölümü devretmesi hallerinde yüklenicinin şekle aykırılığı ileri sürerek inşaatı tamamlanmaktan kaçınması hakkın kötüye kullanılmasıdır¹⁵⁰.

Taraflardan birinin, sözleşme kurulduktan sonraki davranışları ile sözleşmeden doğan edimlerini yerine getireceğine ilişkin karşı tarafta güven oluşturarak karşı tarafın edimini ifa etmesini sağladıktan sonra, önceki davranışıyla hiç bağdaşmayacak şekilde şekle aykırılığı ileri sürmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz¹⁵¹.

Taraflardan birinin, kasten veya karşı tarafı yanıltarak sözleşmenin şekle aykırı düzenlenmesine neden olduktan sonra kendi yararı için şekle aykırılığı ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı kabul edilmektedir¹⁵².

¹⁴⁹ Karataş, İnşaat, s. 57.

¹⁵⁰ Yavuz, s. 600; Uygur, Arsa Payı, s. 39; Kartal, Kat Karşılığı, s. 65; Karataş, İnşaat, s. 57; Altaş, s. 227.

15. HD. T. 25/06/2020, E. 2020/1438, K. 2020/1852: “Ancak, tapu devrinin yapılması halinde, yeknesaklık kazanan Yargıtay içtihatları karşısında artık bu geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanması olarak değerlendirildiğinden, sözleşmenin geçerli olduğunun kabulü gerekecektir.”; HGK. T. 16.01.2013, E. 2012/13-592, K. 2013/65: “...taşınmaz tapuda yükleniciye devredilerek gerçekleşmişse, başlangıçta geçersiz olan sözleşmenin geçerli hale gelmesidir.”, (www.kazanci.com.tr). 14. HD. T. 28.01.1986, E. 1986/3901, K. 1986/492: “Arsa maliki ile kat karşılığı inşaatı yükümlenen arasındaki sözleşme haricen yapılmış olduğundan geçersiz ise de, arsa malikleri, yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından satışı yapılan alıcılara intikalini sağlamak için yükleniciye vekaletname vermekle ve vekilleri de gerekli işlemi yerine getirmekle sözü edilen sözleşmeyi geçerli kılmışlardır.”, (Yasa Dergisi, 1987/11, s. 1613’ten aktaran Erman, Arsa Payı, s. 29, dn. 23). Aynı yönde bkz. 15. HD. T. 02.07.1991, E. 1991/768, K. 3431, (Uygur, Arsa Payı, s. 65-66).

¹⁵¹ Yavuz, s. 599; Kılıçoğlu, Şekil, s. 218-219, Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 320; Erman, Arsa Payı, s.29; Kartal, Kat Karşılığı, s. 65.

14. HD. T. 05/04/1990, 1990/4035E., 1990/1602K.: “Her ne kadar sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin ferağı öngörülmüş olduğu halde sözleşme adiyen düzenlenmiş ise de; davalı bu sözleşmenin tarafı olarak ifa olunacağı hususunda ve işin tamamlanmasına bu sözleşmenin tarafı olarak ifa olunacağı hususunda ve işin tamamlanmasına kadar karşı tarafa tam bir güven vermiş ve davacı da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş olduğuna göre, bu aşamada artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağından yasanın koruması altında değildir.” (Erman, Arsa Payı, s. 29, dn. 24.). Aynı yönde: HGK. T. 06.06.1979, E. 1978/4-190, K. 1978/799, (Kılıçoğlu, Şekil, s. 218-219). 13. HD. T. 05/04/1990, E. 1991/7217, K. 1991/1091, (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 320).

¹⁵² Kılıçoğlu, Şekil, s.220; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 107-108; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s.323; Uyar, s. 443; Kartal, Kat Karşılığı, s. 58; Altaş, s. 230; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 312; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 149.

14. HD. T. 22/11/2005, E. 2005/9863, K. 2005/10236: “Şekil noksanı nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmedeki edim ve karşı edimler fiilen ifa edilmemiş olsa dahi bir tarafın: a) Yasada öngörülen

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince sözleşmenin ayakta tutulmasının mümkün olmaması halinde tarafların gerçek iradelerinin araştırılarak geçersiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tahvil yoluyla eser sözleşmesi kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Yüklenicinin, genellikle, belirli bağımsız bölümlerin mülkiyetini kazanmak amacıyla değil bu bağımsız bölümleri satıp kazanç elde etmek amacıyla arsa sahibiyle sözleşme imzaladığını bundan dolayı arsa paylarının değerinin bedel olarak ödenmesi şeklindeki eser sözleşmesinin kabul edilmesinin yüklenicinin amacına uygun olacağını belirtmektedir¹⁵³.

V. UYGULAMADA SIKLIKLA DÜZENLENEN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

TBK m. 479/1'e göre, yüklenici inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmediği sürece arsa sahibinden arsa paylarının devredilmesini talep edemeyecektir. Ancak anılı kanun hükmünün emredici nitelikte olmaması nedeniyle, taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştırabilir¹⁵⁴. Uygulamada, tarafların, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin bedeli ifa etme borcunun farklı zamanlarda muaccel olacağına ilişkin düzenlemelere yer verdikleri görülmektedir¹⁵⁵. Böylelikle, uygulamada farklı tiplerde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ortaya çıkmaktadır.

şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olduğunun, b) Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ve sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekil eksikliğini 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, anlaşılması halinde şekil eksikliğini ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınması Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına ve bir hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edeceği...", (www.sinerjimevzuat.com.tr).

¹⁵³ Erman, Arsa Payı, s.20-21; Erman, Karar İncelemesi, s. 513-514; Esin Sarı, **Yüklenicinin Arsa Payının Mülkiyetini Üçüncü Kişilere Devretmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 12.

Aksi görüş: Engin'e göre, geçersiz bir sözleşmenin tahvil yoluyla ayakta tutulabilmesi için tarafların niyetlerinin eser sözleşmesi yönünde birleşmiş olmaları gerekir. Ancak çoğu zaman nakit parası olmadığı için belli miktar para ödeme borcu yerine arsa paylarının devri borcunu yüklenen arsa sahibinin arsa paylarının devri yerine arsa paylarının bedelinin ödenmesi yönünde iradesinin bulunmadığı için tahvilin uygulanamayacağını kabul etmektedir. Bkz. Engin, s. 193, 198.

¹⁵⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 512; Kuşat, s. 136-137, Olgaç, s. 88.

¹⁵⁵ Olgaç, s. 85.

Ancak bu sözleşmelerde, yalnızca arsa sahibinin bedel ifa borcunun zamanı farklı şekilde kararlaştırılmakta olup sözleşme niteliğinde herhangi bir değişiklik yoktur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz bir sözleşmesi olması nedeniyle, uygulamada yapılan tüm sözleşme türlerini incelemek mümkün değildir. Çalışmamızda, uygulamamızda sıklıkla yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri incelenecektir.

A. Arsa Sahibinin Başlangıçta Taşınmazın Tamamını Yükleniciye Devretmeyi Taahhüt Etmesi

Taraflar, genellikle, taşınmaz üzerinde henüz kat irtifakının kurulmadığı yani bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarının belli olmadığı durumlarda bu sözleşme tipine başvurmaktadır. Arsa sahibi, sahibi olduğu üzerinde yüklenicinin bina inşa edeceği taşınmazın tamamı, tapuda yükleniciye devretmektedir¹⁵⁶. Ayrıca taraflar, aralarında yapacakları sözleşmede, bağımsız bölümlerin paylaşımını, inşaaat başlama ve teslim zamanını, inşa edilecek bağımsız bölümlerin özelliklerini, cezai şart ve diğer koşulları kararlaştırmaktadır¹⁵⁷. Yüklenici, inşaatı tamamladıktan sonra, sözleşmede belirlenen paylaşım oranına göre arsa sahibine kalacak bağımsız bölümleri tapuda arsa sahibine devretmeyi borçlanmaktadır¹⁵⁸.

Arsa sahibi, haklarını güvence altına almak için inşaat seviyesi ilerledikçe ipotek kademeli olarak kaldırılmak üzere yükleniciye devredilen taşınmaz üzerine kendi lehine ipotek tesis ettirmektedir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Yavuz, s. 596; Durak, s.214; Gümüş, Borçlar Özel, s.412; Kartal, Kat Karşılığı, s.30; Kartal, Arsa Payı (I), s. 104; Karataş, İnşaat, s. 40.

¹⁵⁷ Erman, Arsa Payı, s. 11-12; Coşkun, s. 28.

¹⁵⁸ Ayan, s. 39, dn. 86; Karataş, İnşaat, s. 40.

¹⁵⁹ Ayan, s. 39, dn. 86; Yavuz, s. 596; Enli, s.8; Erman, Arsa Payı, s. 12; Kartal, Kat Karşılığı, s. 30; Arıkan, Üçüncü Kişiyeye Devri, s. 148; Kartal, Arsa Payı (I), s. 104; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 8.

14. HD. T. 14.11.2014, E. 2014/5440, K. 2014/12706: "01.06.1992 tarihli sözleşmenin 7. maddesi "ipotek" başlığını taşımakta olup aynen " 01.06.1992 tarihli sözleşmenin 7. maddesi "ipotek" başlığını taşımakta olup aynen "Arsa sahipleri müteahhitlere temiz ve ilişiksiz olarak sattıkları hisse üzerinde tapuda satış bedeli kadar birinci sıra ve birinci derecede inşaat teminat ipoteki tesis edilecektir. Bu ipotek kat irtifaki ile müteahhitlere ait dairelerin tümü üzerinde bulunacaktır." şartı yer almakta ve devamı da ise; ipoteki kaldırılması şartları yazılmıştır. "projeye göre inşaa edilecek binanın inşasına başlanıldığından 1 kat beton döküldüğünden % 20 'si üzerinden, ... son % 15'i ve tüm iskanlar alındıktan sonra da geri kalan ipotekler kaldırılacaktır." şartı yer almaktadır. Ayrıca, resmi akit tablosunda da aynen "...bağımsız bölümlerin inşaatlarının

Uygulamada, taşınmazın tamamı yükleniciye tapuda devredilirken mülkiyetin devrinin nedeni satış olarak gösterilmektedir. Tapuda her ne kadar satış olarak gösterilse de devrin asıl nedeni arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir¹⁶⁰. Bu nedenle, mülkiyetin devri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁶¹. Yargıtay da tapuda yapılan bu devrin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifasına yönelik olduğunu, devrin nedeninin tapuda satış olarak gösterilmesinin tek başına taraflar arasında taşınmaz satış sözleşmesi bulunduğunu ispatlamaya yeterli olmadığını, bu devrin satış amacıyla yapıldığını iddia eden tarafın bunu yazılı delille ispatlaması gerektiğine karar vermektedir¹⁶².

tamamlanıp kendilerine teslimatının teminatı olarak satmış oldukları işbu hisse üzerine 2.340.000.000 TL bedelle bila faiz üç yıl süre ile lehlerine inşaat teminat ipoteği tesis edilmiştir." açıklaması bulunmaktadır. Dava inşaat teminat ipoteğinin kaldırılması istemine dair olup, ipotek miktarı sözleşmedeki ve tapu kaydındaki miktar ile sınırlı olmayıp inşaatın tamamlanma oranına göre belirlenecektir. İpotek yüklenicinin edimlerinin yerine getirilmesi için verilmiş bir güvencedir. Yüklenici inşaatın tamamlanmasına yönelik kendisine düşen edimleri yerine getirmediği zaman gerek yüklenici ve gerekse yüklenicinin temlikine dayalı temlik alacaklısı ipoteğin kaldırılmasını talep edemez.", (www.kazanci.com.tr). Aynı yöne: 15. HD. T. 17/06/1996, E. 1996/2702, K. 1996/3402, (Erman, Arsa Payı, s.12, dn. 23).

¹⁶⁰ Yavuz, s. 596; Kartal, Kat Karşılığı, s. 30; Kartal, Arsa Payı (I), s. 105; Erman, Arsa Payı, s.13; Durak, s.214-215; Arat ve Akçaal, s. 374; Gönen, s. 198.

¹⁶¹ Yavuz, s. 596; Kartal, Kat Karşılığı, s. 30; Kartal, Arsa Payı (I), s. 105; Erman, Arsa Payı, s.13; Durak, s.214-215; Arat ve Akçaal, s. 374.

Aksi görüşte: Tapuda arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin tarafların gerçek iradelerini yansıtmaması nedeniyle muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu, tarafların gerçek iradelerini yansıtan ve tescilin asıl nedeni olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ise tapu memurları tarafından düzenlenmemesi nedeniyle geçersiz olduğu bu nedenle tapuda yapılan tescilin yolsuz olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Sarı, s. 283, dn. 30; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 8.

¹⁶² 5. HD. T. 09/02/1989, E. 1989/2425, K. 1989/3191: "Davalıya hissenin bu şekilde devredilmesi, işlemin satış olduğunu göstermez. Hayatın olağan akışı, sözleşme ile kararlaştırılan amaç, devirdeki gaye, açıkça tapudaki satışın sözleşmeyle arsa sahiplerine yüklenen pay devrinin geçirilmesini temine matuf bir tasarruftur. Bunun sözleşme gereği olmayıp, sözleşme dışı bir satış olduğunu iddia eden davalı yazılı bir belgeyle iddiasını ispat etmelidir. Tapuda işlemin satış olarak gösterilmesi, bu nedenle ve tek başına satış işlemini ispata yeterli değildir." (Erman, Arsa Payı, s.13, dn. 25.). 15. HD. T. 05.10.1989, E. 1989/4783, K. 1989/4038: "Davalıya ferağ edilen arsa payının, tapuda satış olarak gösterilmesi, alınması gereken ferağ harcının saptanması içindir. Nitekim harca esas tutulan satış bedelinin 15.000 TL gibi düşük gösterilmesi de bunu doğrulamaktadır. Esasen Türkiye genelinde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulanması açısından arsa payının tapu kütüğünde satışı bilinen bir olgudur.", (Uygur, Arsa Payı, s. 47). Aynı yönde: 15. HD. T. 18/06/1991, E. 1991/525, K. 1991/3280, (Kostakoğlu, s.185).

B. Arsa Sahibinin Başlangıçta Belirli Arsa Paylarını Yükleniciye Devretmeyi Taahhüt Etmesi

Bu sözleşme tipinde, arsa sahibi, üzerinde genellikle kat irtifakı kurulmuş olan taşınmazdan, yükleniciye kalacak bağımsız bölümlere tahsis edilecek arsa paylarını yükleniciye tapuda devretmeyi taahhüt etmektedir. Önceki sözleşme tipinden farklı olarak burada taşınmazın tamamı değil yalnızca belirli arsa payları arsa sahibine devredilmektedir. Ayrıca taraflar, inşaat başlama ve teslim zamanı, bağımsız bölümlerin paylaşımı, bağımsız bölümlerin özellikleri ve diğer sözleşme şartlarını kararlaştırmaktadır¹⁶³. Arsa sahibi, sözleşmeden doğan haklarını teminat altına almak için, arsa payları üzerine kendisi lehine teminat ipoteği koydurmaktadır¹⁶⁴.

Arsa sahibinin taşınmazın tamamının başlangıçta yükleniciye devrettiği sözleşme tipinde olduğu gibi bu sözleşme tipinde de arsa payları tapuda devredilirken devrin nedeni satış olarak gösterilmektedir. Ancak mülkiyetin devrinin asıl nedeni taşınmaz satış sözleşmesi değil arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olması nedeniyle mülkiyetin devri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁶⁵.

¹⁶³ Kartal, Kat Karşılığı, s. 29; Kartal, Arsa Payı (I), s. 104; Erman, Arsa Payı, s. 11-12; Coşkun, s. 28; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 307.

¹⁶⁴ Ayan, s. 40, dn. 86; Yavuz, s. 596; Kartal, Kat Karşılığı, s. 29-30; Kartal, Arsa Payı (I), s. 104; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 8 Helvacı, s. 291; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 307; Arat ve Akçaal, s. 374. 15. HD. T. 28.03.2019, E. 2018/5464, K. 2019/1422: “...28.12.2006 tarihli “Düzenleme şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” nin 7/A.3 maddesinde “arsa sahibi sözleşme tarihinden itibaren 3 gün içinde müteahhidin %66 oranında arsa tapusunu kat karşılığı sözleşmesi çerçevesi dalinde yapacağı inşaat karşılığı olarak müteahhide devredeceği arsa sahibi tarafından müteahhide devredilen %66 oranındaki arsa tapusu üzerine aynı anda arsa sahipleri tarafından birinci dereceden teminat ipoteği konacağı” kararlaştırılmış, aynı maddenin 7/3.1 ve 7/3.5 bentlerinde de ipoteğin çözüleceği aşamalar ve oranları gösterilmiştir. Sözleşmede yükleniciye devredilecek arsa paylarına arsa sahipleri lehine ipotek tesis edilip inşaatın aşamasına göre konulan ipoteklerin oransal olarak kaldırılacağı kararlaştırılmış olmakla birlikte 28.12.2006 tarihli sözleşmede belirtilen şekilde ipotek tesisi ve resmi senet düzenlenmemiştir.” (www.kazanci.com.tr).

¹⁶⁵ Yavuz, s. 596; Kartal, Kat Karşılığı, s. 30; Erman, Arsa Payı, s.13; Durak, s.214-215; Arat ve Akçaal, s. 374.

Aksi görüşte: Sarı, arsanın tamamının devredildiği sözleşme tipinde olduğu gibi tarafların gerçekte taşınmaz satış sözleşmesi yapma arzu ve amaçlarının bulunmaması sebebiyle şeklen yapılan satım sözleşmesinin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğu ileri sürmektedir Bkz. Sarı, s. 283, dn. 32.

15. HD. T. 25.2.2004, E. 2004/376, K. 2004/993: “Dairemiz’in yerleşen uygulamasına göre, (örneğin; Y.15.H.D. 18.6.1991 gün, 1999/1525 E. ve 1991/3280 K. sayılı ilamı) kat karşılığı inşaat sözleşmesinden sonra yükleniciye tapuda yapılan satış şeklindeki taşınmaz yahut pay temlikinin,

C. Arsa Sahibinin İnşaatteki Seviyeye Göre Arsa Paylarının Kademeli Olarak Yükleniciye Devretmeyi Taahhüt Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu tipinde, inşaat birimlere ayrılmakta, arsa sahibinin her birimin bitmesiyle birlikte bedelin o birime isabet eden arsa payını yükleniciye devredileceği kararlaştırılmaktadır¹⁶⁶. Yani, arsa sahibi, yükleniciye devredilecek arsa paylarını inşaat seviyesi ilerledikçe kademeli olarak devretmektedir¹⁶⁷.

Arsa sahibi, sözleşmede belirtilen inşaat seviyesine kadar inşaat tamamlanmadıkça o seviye oranına isabet eden arsa paylarını devretmekten kaçınabilir¹⁶⁸. Ancak yüklenicinin inşaatı belirli bir seviyeye getirmesine rağmen bu seviyeye isabet eden arsa payının devredilmemesi halinde, yüklenici, inşaatı durdurabilir, ödemezlik defini ileri sürerek arsa payları devredilmediği sürece sonraki aşamaya geçmeyeceğini bildirebilir¹⁶⁹. Ayrıca arsa sahibinin bu davranışından dolayı meydana gelen gecikmeden dolayı inşaat süresinin uzaması gerekir¹⁷⁰.

gerçekte satış olmayıp, sözleşme gereğince arsa sahibince yüklenilen pay devri ediminin ifası olarak kabulü gerekir.”, (www.kazanci.com.tr).

¹⁶⁶ Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, “Cins tashihihin yapılmasından ve kat irtifakının kurulmasından sonra mal sahibi, zemin hariç birinci kat tavan betonunun dökülmesiyle iki adet dairenin, çatı betonunun dökülmesiyle bir adet dairenin, duvarların örülmesi ve doğrama kasalarının takılmasıyla iki adet dairenin, iç ve dış kaba ve ince sıvalar ile kalorifer ve sıhhi tesisatın başlamasında mağazanın, doğramaların tamamen takılması, fayans ve döşemelerin tamamlanması ve sıhhi yüklenici tarafından istenildikçe satışın her kademesi için arsa sahibi, yükleniciye vekalet verecektir.” gibi benzer düzenlemelere yer verilmektedir. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

HGK T. 24.2.2016, E. 2014/23-724, K. 2016/168: “Bu edimi ya kararlaştırılan arsa paylarının devrinin inşaat bitirilince yükleniciye devredilmesi, ya da sözleşmede inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli tapu devri şeklinde yerine getirebilir. Bu ikinci halde yani kademeli tapu devrinde, yüklenici her aşamada devri kararlaştırılan tapuları arsa sahibinden istemeye hak kazanır.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

¹⁶⁷ Kartal, Kat Karşılığı, s. 29-30; Erman, Arsa Payı, s. 14; Enli, s.8.

¹⁶⁸ Kurşat, s. 163-164.

¹⁶⁹ Ayan, s. 119, dn. 113; Erman, Arsa Payı, s. 49; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 511; Kurşat, s. 164. Ancak yüklenicinin inşaatı durdurma hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanması gerekir. İş sahibinin devrini geciktirdiği edimin miktarının çok önemsiz olması nedeniyle inşaatı devam etmesi dürüstlük kuralları gereğince yükleniciden beklenebiliyorsa yüklenicinin inşaatı durdurması gerekir. Bkz. Ayan, s. 122.

¹⁷⁰ Ayan, s. 119; Kurşat, s. 164

D. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Yükleniciye Devretmeyi Vaat Etmesi

Uygulamada sıklıkla görülen bu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi, yüklenicinin inşaatı tamamlayıp kendisine kalacak bağımsız bölümleri teslim etmesinden sonra belirli arsa paylarını yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir¹⁷¹. TBK'nın m. 479/1 uyarınca, yüklenici, inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmediği sürece arsa paylarının kendisine devredilmesini talep edemeyecektir.



¹⁷¹ Gümüş, Borçlar Özel, s.412; Erman, Arsa Payı, s. 15; Karataş, İnşaat, s. 40.

İKİNCİ BÖLÜM
YÜKLENİCİ İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİ ARASINDA
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE KONU
BAĞIMSIZ BÖLÜME İLİŞKİN AKDEDİLEN SÖZLEŞME TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle, belirli arsa paylarının veya bağımsız bölümlerin mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep etmeye ilişkin alacak hakkı kazanır. Uygulamada, yüklenici, inşaat henüz tamamlanmadan, kendisine devri kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin üçüncü kişilerle sözleşme yapmaktadır. Uygulamada, yüklenici ile üçüncü kişi arasında düzenlenen bu sözleşmelere “temelden veya inşaattan satış” denilmektedir¹⁷².

Yüklenici ile arsa sahibi arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin türüne göre, yüklenici ile üçüncü kişi arasında düzenlenebilecek sözleşme türleri değişir. Başlangıçta taşınmazın tamamının veya belirli arsa paylarının yükleniciye devredilmesinin veya inşaat seviyesi ilerledikçe o inşaat seviyesine denk gelen arsa payının yükleniciye devredilmesinin kararlaştırılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaat henüz tamamlanmadan arsa payları yükleniciye devredilmektedir. İnşaat tamamlanmadan arsa paylarının mülkiyetine sahip olan yüklenici, üçüncü kişilerle, taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi yapabilir¹⁷³.

Arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaad ettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise inşaat tamamlandıktan sonra arsa paylarının yükleniciye devredilmesi kararlaştırılmaktadır. İnşaat tamamlanmadığı sürece arsa paylarının mülkiyetine sahip olmayan yüklenicinin, arsa paylarını, tapuda, üçüncü kişiye devretmesi mümkün değildir. Ancak yüklenici, üçüncü kişilerle taşınmaz satış vaadi

¹⁷² Erman, Arsa Payı, s. 175; Kurşat, s. 440.

Üçüncü kişi, inşaatı tamamlanmış hazır bir binadan bağımsız bölüm satın alınması halinde daha yüksek bedel ödeyecek olması nedeniyle; yüklenici ise inşaatı tamamlamak için gerekli finansmanı sağlaması nedeniyle bu yola sıklıkla başvurmaktadır. Bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 8, dn. 17; Arat ve Akçaal, s. 376.

¹⁷³ Ayan, s. 304-305; Coşkun, s. 37.

sözleşmesi yapabilir¹⁷⁴. Ayrıca yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa paylarının devrini talep etmeye ilişkin alacak hakkını, üçüncü kişiye, alacağın devri sözleşmesiyle devredebilir.

II. ARSA PAYLARININ YÜKLENİCİYE DEVREDİLMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞME TÜRLERİ

A. Taşınmaz Satış Sözleşmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa paylarının yükleniciye devredildiği durumlarda, arsa paylarının mülkiyetine sahip olan yüklenici, bağımsız bölüme özgülenen arsa payını üçüncü kişiye tapuda devredebilir. Yüklenici, bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payının mülkiyetini üçüncü şahsa devretmeyi, üçüncü kişi ise yükleniciye belirli bir miktar para ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu nedenle, taraflar arasında kurulan sözleşme taşınmaz satış sözleşmesidir¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Coşkun, s. 37.

¹⁷⁵ Ayan, s. 304; Coşkun, s. 38, Kezban Yılmaz, **Yüklenici İle Alıcı Arasında Yapılan Arsa Payının Devrine İlişkin Satım Sözleşmesi Şekli ve Hükümleri**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana, 2008, s. 81-82; Kurşat, s. 6; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2003, (Borçlar Genel), s. 1475; Engin, s. 14, dn. 31.

HGK. T. 14.05.2014, E. 2013/13-1756, K. 2014/643: “Davalı yüklenici inşaat şirketi anılan sözleşme gereği imal edeceği konutlardan birisini henüz tamamlanmadan davacıyla aralarında kararlaştırılan koşullarda davacıya satıp teslim etmeyi yüklenmiştir. Şu durumda davacıyla davalı inşaat şirketi arasındaki sözleşme hukuksal nitelikçe eser sözleşmesi değil, satım sözleşmesidir.”, (www.kazanci.com.tr).

Aksi görüşte: Yüklenicinin, arsa paylarını devretme borcu yanında bağımsız bölümün tamamlanması ve teslim borcunu da taahhüt etmesi nedeniyle, bu sözleşmenin eser ve taşınmaz satış sözleşmelerinden oluşan birleşik bir sözleşme olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 8, dn. 17; Erman, Arsa Payı, s. 176, dn. 1; Yavuz, s. 128.

1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Sözleşmesi

a. Tanımı

Taşınmaz satış sözleşmesi, satıcının, taşınmazın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretmeyi, bunun karşılığında alıcının bedel ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir¹⁷⁶.

Taşınmaz satış sözleşmesi, TBK m. 237-246 hükümleri arasında düzenlenmiş olup ayrıca TBK m. 246 uyarınca taşınır satış sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla taşınmaz satış sözleşmesine de uygulanmaktadır.

b. Unsurları

Taşınmaz satış sözleşmesinin unsurları, satış konusu taşınmaz, satış bedeli ve tarafların anlaşmasıdır. TMK m. 998/1, 704'e göre, taşınmaz satış sözleşmesinin konusu taşınmaz, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olabilir.

Taşınmaz satış sözleşmesinde, satış bedeli, belirli bir miktar paradır¹⁷⁷. Taraflar, satış bedelini, ülke parası, yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden kararlaştırabilirler¹⁷⁸. TBK m. 99/1'e göre¹⁷⁹, sözleşmede buna ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması halinde, satış bedelinin ülke parasıyla ödenmesi gerekir¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 177; Aral ve Ayrancı, s. 185-186; Yavuz, s. 123.

¹⁷⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 45; Eren, Borçlar Özel, s. 180; Yavuz, s. 29, Gümüş, Borçlar Özel, s. 23; Zevkliler ve Gökyayla, s. 36.

¹⁷⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 162; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 108; Yavuz, s. 29, Gümüş, Borçlar Özel, s. 23; Zevkliler ve Gökyayla, s. 40.

Ancak 12/08/2018 tarihli 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın 1. maddesiyle, "7/8/1989 tarihli ve 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın 4 üncü maddesine aşağıda bent eklenmiştir. "g) Türkiye'de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dahil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz."

¹⁷⁹ TBK m. 99: "Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir."

¹⁸⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 162; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 108; Yavuz, s. 29, Gümüş, Borçlar Özel, s. 23.

Taşınmaz satış sözleşmesinin kurulması için tarafların, sözleşmenin esaslı unsurları olan taşınmaz ve satış bedeli hususlarında anlaşması zorunludur¹⁸¹. TBK m. 2/1'e göre, tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmalarına rağmen tali noktalara değinmemeleri sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu halde, sözleşmenin tali noktalarına ilişkin uyuşmazlık çıkması halinde, hakim, TBK m. 2/2 uyarınca uyuşmazlığı işin özelliğine göre çözer.

c. Hukuki Niteliği

Taşınmaz satış sözleşmesi, mülkiyetin devrini amaçlayan borçlandırııcı bir işlem olması nedeniyle, sözleşmenin kurulmasıyla, satıcının taşınmazın zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu doğar. Taşınmazın mülkiyetinin alıcıya geçmesi için sözleşmenin kurulmasından sonra ayrıca tasarruf işlem niteliğindeki tescilin yapılması gerekir¹⁸².

TMK m. 1024/2'e göre¹⁸³, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında sebebe bağlılık ilkesi açıkça kabul edilmiştir. Buna göre, tasarruf işlem olan tescilin geçerli olması, taşınmaz satış sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmasına bağlıdır. Dolayısıyla taşınmaz satış sözleşmesi sebebe bağlı bir sözleşmedir¹⁸⁴.

Satıcının, taşınmazın zilyetliği ve mülkiyetin devri borcunu bir defada yerine getirerek borcundan kurtulması nedeniyle, taşınmaz satış sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisidir¹⁸⁵.

Taşınmaz satış sözleşmesinde, tarafların asli edim yükümlülükleri mübadele(synallagma) ilişkisi içerisinde. Satıcı, taşınmazın zilyetliği ve

¹⁸¹ Eren, Borçlar Özel, s. 38.

¹⁸² Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 35; Eren, Borçlar Özel, s. 28; Aral ve Ayrancı, s. 69; Yavuz, s. 27; Gümüş, Borçlar Özel, s. 15, Zevkliler ve Gökyayla, s. 30; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 209.

Uygulamada, tapu memurları, resmi senet olarak matbu belgeyi düzenledikten sonra, taşınmaz sahibinin tescil beyanını da alarak tescil işlemi gerçekleştirmektedir. Böylelikle, borçlandırııcı işlem ile tasarruf işlemi aynı anda gerçekleşmektedir. TBK m. 243/1'e göre, taşınmaz satış sözleşmelerinin koşula bağlı olarak düzenlenmesi mümkün iken mevcut uygulama nedeniyle tapuda koşula bağlı taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenememektedir. Bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 119.

¹⁸³ TMK m. 1024/2: "Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur."

¹⁸⁴ Aral ve Ayrancı, s. 72, Zevkliler ve Gökyayla, s.31.

¹⁸⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 44; Eren, Borçlar Özel, s. 29; Aral ve Ayrancı, s. 71, Zevkliler ve Gökyayla, s. 31.

mülkiyetinin devir borcu yönünden borçlu, satış bedelinin ödenmesi borcu yönünde alacaklı; alıcı, satış bedelinin ödenmesi borcu yönünden borçlu, taşınmazın zilyetliği ve mülkiyetin devrini talep etme borcu yönünden alacaklıdır. Bu nedenle, taşınmaz satış sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁸⁶.

d. Şekli

(1) Resmi Bir Şekle Tabi Olması

TBK m. 237/1 ve TMK m. 706/1 hükümleri gereğince, taşınmaz satış sözleşmelerinin geçerliliği, resmi şekilde düzenlenmesine bağlıdır¹⁸⁷. Tapu Kanunu m. 26/1'e göre, taşınmaz satış sözleşmelerini düzenlemeye tapu memurları yetkili kılınmıştır.

Tapuda resmi şekilde düzenlenecek taşınmaz satış sözleşmesinde, sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurlarının yer alması gerekmektedir¹⁸⁸. Taşınmaz satış sözleşmesinin objektif esaslı unsurları; taşınmaz, bedel, taşınmaz ile bedelin karşılıklı değiştirilmesi iradesidir¹⁸⁹. Sübjektif esaslı noktalar ise tarafların sözleşmenin esaslı noktalar haline getirdikleri sözleşmenin objektif yan noktalarıdır¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 36; Eren, Borçlar Özel, s. 29; Aral ve Ayrancı, s. 70; Yavuz, s. 27; Güntüş, Borçlar Özel, s. 15; Zevkliler ve Gökyayla, s. 30.

¹⁸⁷ Doktrinde, tapusuz taşınmazların hangi şekle bağlı olarak devredileceği tartışmalıdır. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 227-228; Aydoğdu ve Kahveci, s. 253-254.

¹⁸⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 182; Yavuz, s. 127; Aral ve Ayrancı, s. 187; Aydoğdu ve Kahveci, s. 254; Sirmen, s. 320; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 480; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, (Mülkiyet), s. 210.

Yavuz, yüklenicinin hem mülkiyetinin devrini hem de inşaat yapmayı taahhüt etmesi nedeniyle, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin birleşik sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Yüklenicinin tek bedel karşılığında, hem mülkiyetin devrini hem de inşaat yapmayı borçlanması durumunda, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin de resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. Ancak yüklenicinin inşaatı tamamlama borcu için satış bedelinden ayrı bir bedel ödenmesinin kararlaştırılması durumunda, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinin resmi şekilde düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Bkz. Yavuz, s. 128.

¹⁸⁹ Aydoğdu ve Kahveci, s. 254.

¹⁹⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 182. Aral ve Ayrancı, s. 188.

Doktrinde, sübjektif esaslı noktaların tamamının tapuda düzenlenecek sözleşmede yer almasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bkz. Aral ve Ayrancı, s. 188-189; Güntüş, Borçlar Özel, s. 119.

Uygulamada, daha düşük harç ve vergi ödemek için taşınmaz bedeli tapuda gerçekte kararlaştırılan bedelden düşük gösterilmektedir. Bu durumda, sözleşmede gösterilen bedelin tarafların gerçek iradelerini yansıtmaması nedeniyle, bedelde muvazaa söz konusudur. Doktrinde, bedelde muvazaa nedeniyle taşınmaz satış sözleşmesinin geçersiz olup olmayacağı tartışmalıdır¹⁹¹.

(2) Sözleşmenin Şekle Aykırı Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları

Taşınmaz satış sözleşmesinin şekle aykırı düzenlenmesi halinde, sözleşme, TBK m. 12/2 uyarınca kesin hükümsüzdür¹⁹². Şekle aykırılık, taraflar veya ilgili üçüncü kişiler tarafından her zaman ileri sürülebileceği gibi hakim yargılamanın her aşamasında resen dikkate almak zorundadır¹⁹³.

Taraflar, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye dayanarak edimlerinin ifa edilmesini talep edemez. Taraflardan birinin edimini ifa etmesi durumunda, yerine getirilen edimin iadesi talep edilebilir¹⁹⁴. Şekle aykırı sözleşmeye rağmen satış bedelini ödeyen alıcı, sebepsiz zenginleşme davasıyla ödemiş olduğu satış bedelinin iadesini talep edebilir¹⁹⁵. Sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olması halinde, sebebe bağlılık ilkesi gereğince, alıcı adına yapılan tescil yolsuz tescil hükmündedir. Bundan dolayı, mülkiyet alıcıya geçmez, satıcı mülkiyet hakkını kaybetmemiş olur. Satıcı, TMK m. 1025 uyarınca açacağı yolsuz tescilin

¹⁹¹ Doktrindeki bir görüşe göre, resmi senette gösterilen bedel tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından tapuda yapılan satış geçersizdir, gerçek bedelin resmi senette yer almaması nedeniyle gizli satış da geçersizdir. Bkz. Yavuz, s. 131; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 216; Sirmen, s. 327-328. Diğer görüşe göre, tarafların daha düşük harç ve vergi ödeyebilmek için bedeli düşük göstermesi sözleşmeyi geçersiz kılmaz, eksik ödenen vergi ve harçlar tamamlatılmalıdır. Bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s. 63; Aydoğdu ve Kahveci, s. 255. Yargıtay, resmi senette satış bedelinin düşük gösterilmesinin sözleşmeyi geçersiz kılmayacağını kabul etmektedir. Bkz. HGK. T. 29.02.2012, E. 2011/13-716, K. 2012/106: “Tarafların protokolde bedeli 250.000 TL, tapu satış senedinde ise 93.000 TL olarak göstermeleri bilindiği üzere az vergi ödemek amacıyla yapılan bir işlem olup taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmasına sebep olmayacaktır.”, (www.kazanci.com.tr).

¹⁹² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 210.

¹⁹³ HGK. T. 28.9.2011, E. 2011/13-528, K. 2011/571: “Burada kanunun öngördüğü şeklin bir geçerlilik (sıhhat) şartı olarak düzenlendiğini, buna uyulmadan yapılan sözleşmelere “geçersizlik” müeyyidesinin bağlandığını, bunun hukuki mahiyet olarak emredici nitelikte olduğunu, bu nedenle de “geçersizlik” müeyyidesine bağlanan şekil eksikliğinin hakim tarafından taraflar ileri sürmeseler dahi, yargılamanın her aşamasında resen göz önüne alınması gerektiğini belirtmekte yarar vardır.”, (www.kazanci.com.tr).

¹⁹⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 201; Eren, Borçlar Özel, s. 185.

¹⁹⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 121-123; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 206.

düzeltilmesi davasıyla taşınmazın kendi adına tescilini talep edebilir¹⁹⁶. Satıcının mülkiyet hakkına dayanarak açacağı bu dava, aynı nitelikli istihkak davası niteliğindedir¹⁹⁷. Ancak alıcının taşınmazı iyiniyetli üçüncü şahsa devretmesi halinde, üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunur¹⁹⁸.

Kural olarak, noterler tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi, şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir. Ancak şekle aykırı düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinin, taraf iradelerinin yorumu ve tahvil yoluyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesine çevrilmesi mümkündür¹⁹⁹.

(3) Şekle Aykırılık Nedeniyle Sözleşmenin Geçersizliğinin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması

(i) Genel Olarak

Kural olarak, taraflardan her biri, taşınmaz satış sözleşmesinin şekle aykırı düzenlendiğini her zaman ileri sürebilir. Ancak şekle aykırılığı ileri sürme hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanılması durumunda, şekle aykırılık iddiası dinlenmez ve sözleşme geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁰⁰.

Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüş ve Yargıtay’a göre, taraflardan her birinin, sözleşmeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek tamamen ifa etmesinden sonra şekle aykırılığın ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder²⁰¹. Taraflardan birinin, kendi yararı için veya yanıltıcı hareketleriyle

¹⁹⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 210; Sirmen, s. 324.

¹⁹⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 30; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 49.

¹⁹⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 210.

¹⁹⁹ Sirmen, s. 337; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 125; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 111; Aydoğdu ve Kahveci, s. 250; Reisoğlu, s. 147; Kartal, Kat Karşılığı, s. 32.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 224; Aral ve Ayrancı, s. 196; Eren, Borçlar Özel, s.179; Yavuz, s. 133; Zevkliler ve Gökyayla, s. 62; Akyol, s. 78; Feyzioğlu, s. 108; Serozan, Borçlar Özel, s. 161. HGK. T. 13.10.1976, E. 1975/13-108, K. 1976/2617: “Noterler önünde yapılan taşınmaz satımı sözleşmeleri noterlerin düzenlemeye yetkili olduğu taşınmaz satış vaadine çevrilerek (tahvil edilerek) geçerli tutulmak gerekir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). Aynı yönde kararlar için bkz. HGK. T. 13.10.1976, E. 1975/13-108, K. 1976/2617; 15. HD. T. 25.12.1975, E. 1975/4714, K. 1975/5159, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

²⁰⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 213.

²⁰¹ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 227; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 317; Eren, Borçlar Özel, s. 185; Yavuz, s. 132.

sözleşmenin şekle aykırı düzenlenmesine neden olduktan sonra, sözleşmeden kurtulmak için şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır²⁰². Ayrıca taraflardan birinin, sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışlarıyla sözleşmeden doğan edimlerini yerine getireceğine ilişkin karşı tarafta güven oluşturduktan sonra, önceki davranışlarıyla bağdaşmayacak şekilde şekle aykırılığı ileri sürmesi dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz²⁰³.

Yargıtay, arsa paylarının henüz yükleniciye devredilmediği sırada, yüklenici ile üçüncü kişi arasında bağımsız bölüme ilişkin şekle aykırı yapılan taşınmaz satış/satış vaadi sözleşmesini, alacağın devri olarak nitelendirerek geçerli kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu uygulamasına göre, üçüncü kişi, alacağın devri hükümleri gereğince, arsa sahibine başvurarak bağımsız bölümün tescilini talep edebilecektir²⁰⁴. Ancak arsa paylarının yükleniciye devredilmesinden sonra üçüncü kişi ile yüklenici arasında yapılan şekle aykırı taşınmaz satış/satış vaadi sözleşmesinin alacağın devri nitelendirilmesi mümkün değildir²⁰⁵. Bu durumda, üçüncü kişi, arsa sahibine başvuramayacağı gibi yükleniciye başvurduğunda ise şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliği savunmasıyla karşılaşacaktır. Doktrinde, bu adaletsiz sonucun giderilmesi için arsa paylarının yükleniciye devrinden sonra yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan şekle aykırı taşınmaz satış sözleşmesinin dürüstlük kuralları gereğince geçerli kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁰⁶.

²⁰² Kılıçoğlu, Şekil, s.220; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 220; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s.323; Eren, Borçlar Özel, s. 186; Yavuz, s. 132; Sirmen, s. 323.

²⁰³ Kılıçoğlu, Şekil, s. 218-219, Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 320.

²⁰⁴ HGK. T. 02.07.2003, E. 2003/14-452, K. 2003/456: "...geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye satılması, Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen alacağın temlik hükümlerine tabir bir işlemdir.", (Kostakoğlu, s. 1043-1044).

²⁰⁵ Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 150; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 106.

²⁰⁶ Ayan, s. 305, dn. 538; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 106.

(ii) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 30.09.1988 tarihli, 2/2 Sayılı Kararı

YİBBGK 30.09.1988 tarihli 2/2 sayılı kararıyla, kararda belirtilen koşulların bulunması halinde, şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralları gereğince dinlenmemesi, alıcının bağımsız bölümün kendi adına tescil edilmesi talebinin kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Karara konu somut olayda, yüklenici, Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başladığı taşınmazdan bir bağımsız bölümü, inşaatın yapımı sırasında, şekle aykırı sözleşmeyle alıcıya satmıştır. Alıcı sözleşmeden doğan tüm borçlarını yerine getirmiş, yüklenici inşaatı tamamlayıp bağımsız bölümü alıcıya teslim etmiştir. Hatta alıcı teslim edilen bağımsız bölümü malik gibi kullanmaya başlamıştır. Tüm bu hususlara rağmen satıcı sonradan sözleşmenin şekle aykırı düzenlendiğini ileri sürerek bağımsız bölümün mülkiyetini alıcıya devretmeye yanaşmamıştır. Bunun üzerine, alıcı satıcıya karşı dava açarak mahkemeden bağımsız bölümün kendi adına tesciline karar verilmesini talep etmiştir.

Anılı kararın uygulanabilmesi için somut olayda bazı şartların bulunması gerekir. Bu şartlar şunlardır: Yüklenicinin, Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere başlamış inşaatın bir bağımsız bölümü, inşaatın yapımı esnasında, alıcıya şekle aykırı taşınmaz satış sözleşmesiyle satması, alıcının sözleşmeden doğan tüm edimlerini yerine getirmesi, yüklenicinin inşaatı tamamlayarak bağımsız bölümü alıcıya teslim etmesi, alıcının teslim edilen bağımsız bölümü malik gibi kullanmasıdır²⁰⁷. Ayrıca Yargıtay, bir kararında, anılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın

²⁰⁷ HGK. T. 19.2.2019, E. 2017/14-2036, K. 2019/161: "30.09.1988 gün ve 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile buna istisna getirilmiştir ve harici satış sözleşmesinin alıcısı konumunda olan kişinin tescil isteminin kabul edilebilmesi için ; 1. Satışa konu taşınmazın Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olarak yapılması, 2. Alıcının edimlerini yerine getirmiş olması, 3. Satıcının bağımsız bölümü teslim etmiş olması, 4. Satıcının tescile yanaşmaması, Koşullarının var olması gerektiği kabul edilmiştir."; HGK. T. 19.2.2019, E. 2017/14-2036, K. 2019/161: "Somut olayda İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı şekilde 73 numaralı bağımsız bölümün davacıya teslimi ile onun malik sıfatıyla taşınmazı kullanması koşulu bir başka ifade ile anılan İçtihadı Birleştirme Kararında aranan şartların tamamı özellikle de taşınmazın alıcıya teslim şartı somut olayda gerçekleşmediğinden dava konusu taşınmazın davacı adına tesciline karar verilemeyeceği kabul edilmelidir.", (www.kazanci.com.tr). 14. HD. T. 07.07.1992, E. 1992/4629, K. 7140: "Ortada mevcut "Kat mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapılmasına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satışından söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle olaya 30.09.1988 gün ve 1987/2 esas, 1988/2 karar sayılı İçtihadı Birleştirme kararının da uygulama olanağı yoktur.", (Uygur, Arsa Payı, s. 55).

uygulanabilmesi için yüklenici tarafından inşa edilen binanın imar mevzuatına uygun olması gerektiğine karar vermiştir²⁰⁸. Bu şartların somut olayda bulunması halinde, hakim, TMK m. 2/2 gereğince alıcının açmış olduğu tescil davasını kabulüne karar vermelidir²⁰⁹. Belirtmek gerekir ki bu karara konu somut olayda, alıcıya adi yazılı sözleşmeyle satılan bağımsız bölümün tapuda yüklenici adına mı, yoksa arsa sahibi adına mı kayıtlı olduğu anlaşılamamaktadır²¹⁰.

Kararda da belirttiği üzere²¹¹, yüklenicinin, şekle aykırılığı ileri sürmesinin nedeni, yüklenicinin şekil kurallarının korumasından yoksun kalması değildir. Yüklenicinin şekle aykırılığı ileri sürmesinin asıl nedeni, enflasyonla birlikte bağımsız bölümün değerinin sonradan aşırı artması üzerine yüklenicinin bağımsız bölümü başka bir şahsa satarak daha fazla kar elde etme isteğidir. Böylelikle, yüklenici, inşaat aşamasında üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeden kurtulmak için şekil kurallarına başvurmaktadır. Yüklenicinin üçüncü kişide güven uyandırdıktan sonra

²⁰⁸ 14. HD. T. 08.06.2010, E. 2010/3897, K. 2010/6681: “Kaçak ve hakkında yıkım kararı olan bir yapıda anılan İhtihadi Birleştirme Kararının uygulanması yasaların yaptırımı bağladığı eylemin devamına neden olma sonucunu sağlayacağından kaçak binada bağımsız bölüm satışına konu satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil isteğinin reddi gerekir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

²⁰⁹ İBK. T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2: “Tapuda kayıtlı bur taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; 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 ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi.”, (www.kazanci.com.tr).

²¹⁰ Ayan, s.

²¹¹ İBK. T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2: “İşte bu şekilde 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; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zaman da fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkça, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yararı olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini gösterir.”, (www.kazanci.com.tr).

aşırı menfaat elde etmek amacıyla sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmıştır²¹².

2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Taşınmaz Satış Sözleşmesi

Yüklenici, ileride inşa edeceği binadan kendisine kalacak bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa paylarının mülkiyetini üçüncü kişiye devretmeyi, bunun karşılığında üçüncü kişi yükleniciye satış bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Taraflar arasındaki sözleşme taşınmaz satış sözleşmesi olup yüklenici, satıcı, üçüncü kişi ise alıcıdır²¹³.

TMK m. 998/1, 704'e göre, taşınmaz satış sözleşmesinin konusu taşınmaz, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olabilir. KMK m. 1'e göre, inşaatı tamamlanmış bir binanın bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti, inşaatı yapılmakta veya ileride yapılacak olan bir yapının bağımsız bölümleri üzerinde yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere kat irtifakı kurulabilir²¹⁴. Taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulurken her bir bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payları belirlenir²¹⁵. Kat irtifakının, kendisine bağlı arsa payıyla birlikte devredilmesi, rehnedilmesi veya satış vaadine konu olması mümkündür²¹⁶. Yüklenici ile üçüncü kişi arasında taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlendiği esnada, inşaat henüz tamamlanmadığından taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti değil kat irtifakı kurulmaktadır. Bu nedenle, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış sözleşmesinin konusu, bağımsız bölüme tahsis olunan kat irtifakına bağlı arsa payıdır.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış sözleşmesinde, üçüncü kişinin asli edim yükümlülüğü, bağımsız bölümün satış bedelini yükleniciye ödemektir. Alıcının, satış bedelini satıcıya ödememesi halinde, kural olarak,

²¹² Uluğ ve Taşdelen, s. 148.

²¹³ Ayan, s. 304; Coşkun, s. 38, Kurşat, s. 6; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1475; Engin, s. 14, dn. 31.

²¹⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 335, 342.

²¹⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay ve Özdemir, Eşya Hukuku, s. 343.

²¹⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay ve Özdemir, Eşya Hukuku, s. 344; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 117.

borçlunun temerrüdü genel hükümleri uygulanır²¹⁷. Ayrıca taşınır satış sözleşmesinde alıcının temerrüdüne ilişkin özel olarak düzenlenen TBK m. 235-236 hükümleri de taşınmaz satış sözleşmelerine kıyas yoluyla uygulanabilir²¹⁸.

Ayrıca alıcı, TBK m. 232 uyarınca, aksine yerel âdet veya anlaşma bulunmaması halinde, sözleşmede kararlaştırılmış niteliklere sahip taşınmazı hemen devralmakla yükümlüdür²¹⁹. Ancak satıcının, sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölüm dışında başka bir taşınmazı devretme önerisinde bulunması halinde (yanlış ifa veya aliud), alıcı, ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda, alıcı temerrüt hükümlerine başvuru olabilir²²⁰. Taşınmazın ayıplı olması halinde ise alıcının taşınmazı teslim almakla yükümlü olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır²²¹.

TBK m. 207/1 hükmü gereğince, satıcının asli edim yükümlülüğü, satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devredilmesidir. Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki satış sözleşmesinin konusu taşınmazdır. Taşınmazların zilyetliğin devri, taşınmazın fiili hakimiyetin kullanılmasına imkan veren araçların teslimiyle yapılır²²². Taşınmazların mülkiyetinin devredilmesi ise TMM m. 705/1 ve 1021 hükümleri gereğince, tescille gerçekleşir²²³. Taşınmazın mülkiyetinin alıcıya devri için satıcının TMK m. 1013/1 uyarınca tescil talebinde bulunması, talep üzerine tapu memurunun tescil işlemlerini gerçekleştirmesi gerekir²²⁴.

TBK m. 207/2'e göre, *"Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler."* TBK m. 234/1'e göre ise *"Aksine sözleşme yoksa, satılan alıcının zilyetliğine girince satış bedeli muaccel olur."* Doktrindeki bir görüşe göre, TBK m. 234/1 hükmüyle satıcıya önce ifa yükümlülüğü getirilmiştir²²⁵. Diğer görüşe göre ise, TBK m. 234/1

²¹⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 111; Eren, Borçlar Özel, s. 166; Aral ve Ayrancı, s. 169; Gümüş, Borçlar Özel, s. 113; Zevkliler ve Gökyayla, s. 153.

²¹⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 166.

²¹⁹ Doktrinde, alıcının satılanı devralmasının borç mu yoksa külfet mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Borçlar Özel, s. 111; Eren, Borçlar Özel, s. 172; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 106; Aral ve Ayrancı, s. 181; Yavuz, s. 114; Zevkliler ve Gökyayla, s. 151.

²²⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 173; Zevkliler ve Gökyayla, s. 112.

²²¹ Doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Gümüş, Borçlar Özel, s. 61; Zevkliler ve Gökyayla, s. 112; Eren, Borçlar Özel, s. 173.

²²² Eren, Borçlar Özel, s. 62; Aydoğdu ve Kahveci, s. 283.

²²³ Eren, Borçlar Özel, s. 62

²²⁴ Yavuz, s. 135; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 209.

²²⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 1009.

hükmünün lafzına rağmen, satıcının önceden ifa yükümlülüğü bulunmamakta olup tarafların edimlerini aynı anda ifa etmesi gerekir²²⁶.

Kural olarak, satıcının, taşınmazın zilyetliği ve mülkiyetini devir borcunu zamanında yerine getirmemesi halinde, TBK m. 212/1 uyarınca borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır. Alıcı, TMK m. 716 uyarınca mahkemeye başvurarak bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilir²²⁷.

B. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, genellikle, taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması için gerekli şartların bulunmadığı durumlarda yapılır. Ancak taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması için gerekli şartların bulunmasına rağmen taraflar herhangi bir sebepten dolayı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapma yolunu tercih edebilir²²⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa paylarının yükleniciye devredilmesiyle, yüklenici, üçüncü kişiyle taşınmaz satış sözleşmesi yapma imkanına sahiptir. Ancak tarafların herhangi bir sebepten dolayı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmayı tercih etmeleri de mümkündür²²⁹.

1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

a. Tanımı

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taraflardan birine veya iki tarafa, bir taşınmaza ilişkin taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasını talep hakkı veren bir ön sözleşmedir²³⁰. Buna göre, taraflardan birinin, taşınmaz satış sözleşmesinin

²²⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 161; Aral ve Ayrancı, s. 70-71.

²²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 209.

²²⁸ Aral ve Ayrancı, s. 193; Serozan, Borçlar Özel, s. 163.

²²⁹ Ayan, s. 305; Erman, Arsa Payı, s. 170.

²³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 223; Sirmen, s. 337; Yavuz, s. 140; Aral ve Ayrancı, s. 193, Zevkliler ve Gökyayla, s.67; Aydoğdu ve Kahveci, s. 284; Kocayusufoğlu, Satış Vaadi, s. 138.

yapılmasını talep etme şeklindeki yenilik doğurucu hakkını kullanması halinde diğer taraf için taşınmaz satış sözleşmesi yapma borcu doğar²³¹.

b. Hukuki Niteliği

Doktrinde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin bir ön sözleşmedir²³². Gerçekten, TBK m. 29/1 hükmüyle, bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin olarak ön sözleşmenin yapılabileceği açıkça kabul edilmiştir²³³. Yargıtay da taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir ön sözleşme olduğunu kabul etmektedir²³⁴.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kurulması için, vaad borçlusunun sözleşme konusu taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmez²³⁵. Ancak vaad borçlusu, ifa anında taşınmazın mülkiyetine sahip olmaması nedeniyle borcunu yerine getiremezse TBK m. 112/1 uyarınca sorumlu olur²³⁶.

Aksi görüş: Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, sözleşmenin kurulmasıyla taraflardan birinin veya her iki tarafın karşılıklı olarak taşınmaz satış sözleşmesi yapma borcunun doğduğu bir sözleşmedir. Bkz. Gümüş, Borçlar Özel, s. 121; Eren, Borçlar Özel, s. 197.

²³¹ Yavuz, s. 141, Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 225.

²³² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s.223; Sirmen, s. 337; Reisoğlu, s. 98; Yavuz, s. 140; İzzet Karataş, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminin Kaynaklanan Davalar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 2; Eren, Borçlar Özel, s. 194; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 126; Yavuz, s. 140; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 145; Feyzioğlu, s. 104; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 138

Aksi görüş: Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir ön sözleşme değil bir taşınmaz satış sözleşmesi niteliğindedir. Bkz. İsmet Sungurbey, Şerh, s. 10-16, Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 967; Kartal, Kat Karşılığı, s. 33.

²³³ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 125-126.

²³⁴ 14. HD. T. 07.12.2011, E. 2011/13277, K. 2011/15055: “*Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri kaynağını B.K.nun 22 nci maddesinden alır. Anılan hükmün 1 inci fıkrasında "bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele mutemeber" denilmiş, dolayısıyla asıl akdi (taşınmaz satış aktini) ileride yapmak üzere ön sözleşme yapılmasına kanun olanak sağlamıştır.*”. Aynı yönde: 14. HD. T. 27.01.2009, E. 2008/13293, K. 2009/760, (www.kazanci.com.tr).

²³⁵ Aral ve Ayrancı, s. 195; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 145; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 113.

HGK T. 28.9.2011, E. 2011/13-528, K. 2011/571: “*Kişisel borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle satış vaadi sözleşmesinin geçerli olması için vaad borçlusunun satış vaaadinin yapıldığı tarihte tapuda kayıtlı taşınmazın maliki olması gerekmez.*”; 14. HD. T. 25.1.2012, E. 2011/15866, K. 2012/790: “*...sözleşme sırasında satış vaadi borçlusunun taşınmazın maliki olması gerekmez. Çünkü taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmakla vaat borçlusu ileride o taşınmaz malın mülkiyetini vaat alacaklısına geçirme taahhüdünde bulunur.*”, (www.kazanci.com.tr).

²³⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 199.

HGK., T. 28.9.2011, E. 2011/13-528, K. 2011/571: “*Çünkü, böyle bir sözleşme, "borç doğuran" bir sözleşme olarak geçerlidir ve sonuçta subjektif imkansızlık nedeniyle tasarrufi işlemin, yani*

Taraflar, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle, kişisel bir hak elde ederler ve bu kişisel haklarını yalnızca birbirlerine karşı ileri sürebilirler. Vaad borçlusunun, sözleşme konusu taşınmazı sonradan üçüncü bir şahsa devretmesi halinde, vaad alacaklısı, kural olarak kişisel hakkını üçüncü şahsa karşı ileri süremez²³⁷. Bu durumda, vaad borçlusu kusurlu davranışlarıyla edimin ifasının imkansız hale gelmesine neden olduğundan TBK m. 112 uyarınca sorumlu olur²³⁸. Ancak sırf vaad alacaklısını zarara uğratmak amacıyla sözleşmeye konu taşınmazın muvazaalı şekilde devredilmesi halinde, vaad alacaklısı, muvazaa iddiasını ispatlayarak bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilir²³⁹.

Ayrıca TMK m. 1009/1 gereğince, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan kişisel hakkın tapu siciline şerh edilebilme hakkı tanınmış olup taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi halinde, şerhten sonra taşınmazın devredilmesi durumunda, kişisel hak taşınmazı devralana karşı ileri sürülebilir²⁴⁰. Ancak şerhten önce taşınmazın tapuda devredilmesi halinde, taşınmazı devralana karşı, kişisel hak ileri süremez²⁴¹.

Tapu Kanunu m. 26/8'e göre, şerh anlaşmasının bulunmasına gerek olmaksızın taraflardan birinin istemi üzerine taşınmaz satış sözleşmesinin şerh edilebileceği kabul edilmektedir²⁴². Tapu Kanunu 26/9 hükmüne göre, şerhten

ifanın yerine getirilememesi sonunda meydana gelen zararın tazmini, BK.'nın 96. maddesi gereğince satıcıdan istenebileceği gibi, eğer bir ceza şartı kararlaştırılmış ise bunun da ödetilmesi yine BK.'nın 158. maddesi uyarınca alıcı tarafından istenebilir.", (www.kazanci.com.tr).

²³⁷ Sungurbey, Şerh, 1-3; Çenberci, s. 33; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 128-129; Çenberci, s. 33; Eren, Borçlar Özel, s. 196; Karataş, Satış Vaadi, s. 3; Kartal, Kat Karşılığı, s. 34; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 138; Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 981.

²³⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 199; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 128; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 227.

²³⁹ 14. HD. T. 15.05.2001, E. 2001/3041, K. 2001/3638: "Ancak, şerh edilmemiş dahi olsa satış vaadi sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra vaade konu taşınmazın sırf vaad alacaklısını zarara uğratmak amacıyla malikince danışıklı olarak bir başka kişiye tapudan temliki halinde, vaad alacaklısının muvazaa nedeniyle tapunun iptalini istemesi olanaklıdır." Aynı yönde: 14. HD., T. 15.9.2003, E. 2003/5034, K. 2003/5979, (www.kazanci.com.tr).

²⁴⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 199; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 129; Sungurbey, Şerh, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 204-205; Çenberci, s. 3; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 225; Yavuz, s. 141; Aral ve Ayrancı, s. 197.

²⁴¹ Çenberci, s. 40; Eren, Borçlar Özel, s. 199; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 129; Sungurbey, Şerh, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 204-205; Çenberci, s. 3; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 225; Yavuz, s. 141; Aral ve Ayrancı, s. 197.

²⁴² Ertaş, Eşya Hukuku, s. 167; Sirmen, s. 340; Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 121; Aydoğdu ve Kahveci, s. 285;f Aral ve Ayrancı, s. 197; Gümüş, Borçlar Özel, s. 121-122; Zevkililer ve Gökyayla, s.68; Yavuz, s. 141; Çenberci, s. 38; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 71; Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 972; Eren, Borçlar Özel, s. 199.

itibaren 5 yıl içinde satış yapılmaması halinde, şerh tapu sicil memurları tarafından resen terkin edilir. Doktrinde, beş yıllık sürenin dolması nedeniyle şerhin terkininden sonra tapu siciline tekrardan şerh edilebilmesi için tarafların arasında anlaşmanın bulunması gerektiği ileri sürülmektedir²⁴³.

c. Şekli

TBK m. 29/2'e göre "*Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.*" TMK m. 706/I ve TBK m. 237/2 hükümleri gereğince, taşınmaz satış sözleşmesinin geçerliliği resmi şekle tabi olduğundan ön sözleşme niteliğindeki taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin de TBK m. 29/2 uyarınca resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmi şekilde düzenleneceği TBK m. 237/2'de açıkça düzenlenmiştir²⁴⁴.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, adi yazılı şekil için öngörülen sözleşmede yalnızca borç altına girenlerin imzasının bulunmasının yeterli olduğuna ilişkin BK m. 13/1(TBK m. 12/1) hükmünün resmi şekilde uygulanmasının mümkün olmadığı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hem vaad borçlusu hem de vaad alacaklısı tarafından imzalanması gerektiği kabul edilmektedir²⁴⁵. TBK m. 12/1 hükmünün uygulanması gerektiğinin kabulü halinde dahi üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ivazlı olması nedeniyle her iki tarafın da sözleşmeyi imzalaması gerekmektedir.

14. HD. T. 25.05.2011, E. 2011/5174, K. 2011/6882: "*Gerek Medeni Kanununun düzenlenmesi gerekse anılan 26. madde uyarınca biçimine uygun düzenlenmiş satış vaadi sözleşmesinin varlığı yeterli olup sözleşmede sözleşmenin tapuya şerh edileceğine dair bir hükme yer verilmesi gerekmez. Tapu Sicil Müdürlüğüne ibrazı ve taraflardan birinin yazılı istemi yeterlidir.*", (www.kazanci.com.tr).

Aksi görüşte: Ancak bazı yazarlar, vaad alacaklısının şerh talebinde bulunabilmesi için taraflar arasında şerh anlaşmasının bulunması, vaad borçlusunun tasarruf yetkisine sahip olması ve vaad borçlusunun şerh isteminde bulunması için vaad alacaklısına temsil yetki vermesi şartlarının da bulunmasını aramaktadır. Bkz. Sungurbey, Şerh, s. 48; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s.192-193.

²⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 226.

²⁴⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 126; Yavuz, s. 140; Aral ve Ayrancı, s. 194; Zevkliler ve Gökyayla, s. 67.

²⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 128-129.

Tapu Kanunu m. 26/1'e göre, geçerliliği resmi şekil şartına bağlanan sözleşmeler, tapu memurları tarafından düzenlenir. Ancak Noterlik Kanunu m. 60/3'e göre, noterler taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini düzenlemeye yetkili kılınmıştır. Doktrinde, taşınmaz satış sözleşmesini düzenlemeye yetkili kılınan tapu memurlarının taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin düzenlemeye evleviyetle yetkili olduğu kabul edilmektedir²⁴⁶.

Noterlik Kanunu m. 89 gereğince, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterler tarafından düzenlenmesi zorunlu olup tarafların imzalarının onaylandığı taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri geçerli değildir²⁴⁷.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin şekle aykırı olarak düzenlenmesi halinde, TBK m. 12/2 uyarınca sözleşme, kesin hükümsüzdür. Taraflar veya ilgili üçüncü kişiler şekle aykırılığı her zaman ileri sürebilir ayrıca hakim şekle aykırılığı yargılamanın her aşamasında resen göz önünde bulundurmak zorundadır²⁴⁸. Taraflar, şekle aykırı sözleşmeye ilişkin edimlerin ifasını talep edemeyeceği gibi ifaya bağlı cezai şartı da talep edemez²⁴⁹. Vaad alacaklısı, şekle aykırılığa rağmen satış bedelini ödemesi halinde bedelin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince talep edebilir²⁵⁰. Ancak şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı hallerde şekle aykırılık iddiası

²⁴⁶ Sirmen, s. 337; Atamulu, s. 42, dn. 88; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 118; Feyzioğlu, s. 107; Gümüş, Borçlar Özel, s. 121; Aral ve Ayrancı, s. 196; Ozanoğlu, s. 390; Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 56; Kartal, Kat Karşılığı, s. 34; Kartal, Arsa Payı (I), s. 108; Kanber, s. 15. Aksi görüşte: Çenberci, Tapu Kanunu m. 26/8'de belirtilen "noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri" ifadesinden ve Noterlik Kanunu m. 89'da taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin bu kanunun hükümleri gereğince düzenleneceğine ilişkin hükmünden taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin yalnızca noterler tarafından düzenlenebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Çenberci, s.110.

²⁴⁷ Eren, Borçlar Özel, s.197; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 126; Çenberci, s.113; Aral ve Ayrancı, s. 196.

²⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 310; Kılıçoğlu, s. 200;

²⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Borçlar Genel, s. 310; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 137; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 200; Çenberci, s. 134.

13. HD. T. 18.11.2013, E. 2012/16327, K.: 2013/28297: "Gayrimenkul satış vaadi ise Noterlik Kanunu'nun 60/3'ncü ve 89'ncü maddelerine göre noterde düzenlenmesi gerekir. Şekle aykırılık geçerlilik şartına bağlandığından taşınmazların şekle aykırı olarak geçirimini öngören sözleşmelerin müeyyidesi kesin hükümsüzlüktür. Öte yandan sözleşmede düzenlenen cezai şart, ifanın zamanında ve yerinde yapılmasını sağlamak, edimi güçlendirmek amacıyla yapılır. Cezai şartın ifası ferî nitelikte bir borçtur. "Kural olarak" cezai şartın bağlandığı asıl borç geçersiz ise cezai şartta geçersiz olur.", (www.kazanci.com.tr).

²⁵⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 201; Çenberci, s. 131.

dinlenmez, sözleşme geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁵¹.

2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Arsa payları yükleniciye devredilmesine rağmen yüklenici arsa paylarını üçüncü kişiye devretmek yerine satışını vaad edebilir. Yüklenici, ileride inşa edeceği binadan bir bağımsız bölüme özgülenecek arsa paylarının satışını vaad etmekte üçüncü kişi ise satış bedelini yükleniciye ödemeyi taahhüt etmektedir. Taraflar arasında kurulan bu sözleşme taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olup yüklenici vaad alacaklısı, üçüncü kişi ise vaad borçlusudur²⁵².

Uygulamada, genellikle, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadığından inşaat projesi, ön proje veya taslak dikkate alınarak üçüncü kişiye vaad edilen bağımsız bölümün yalnızca numarası yazılmakta, bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı belirtilmemektedir²⁵³. YİBBGK 24.04.1978 tarihli, 1978/3E. ve 1978/4 sayılı kararıyla, kat mülkiyetinin henüz kurulmaması nedeniyle henüz ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmayan bağımsız bölüme ilişkin yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin geçerli olduğuna, vaad edilen bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payının belirtilmemesinin sözleşmeyi geçersiz kılmayacağına, bilirkişi vasıtasıyla bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payının belirlenmesinin mümkün olduğuna karar verilmiştir²⁵⁴.

²⁵¹ 13. HD. T. 18.11.2013, E. 2012/16327, K. 2013/28297: “Somut olayda taraflar arasında tanzim edilen davanın dayanağını teşkil eden adi yazılı şekilde düzenlenmiş cezai şartı birlikte içeren taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçersiz ise de taahhüt edilen yer dışında, yola cephesi olmayan başka bir parselin tapudan devri yapılmakla artık sözleşmenin bu kısmının geçersiz olduğunu söylemek düristlük kuralına aykırı düştüğü kabul edilmektedir.”, (www.kazanci.com.tr).

²⁵² Coşkun, s. 37.

²⁵³ Coşkun, s. 35.

²⁵⁴ Yargıtay İBK. T. 24.04.1978, E. 1978/3 K. 1978/4: “Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişi görüşünden yararlanmak yoluyla belirlenmesi her zaman mümkün bulunduğundan bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olması da sözleşmenin geçerliliğine engel değildir. Çünkü Kat Mülkiyeti Kanununun 3. maddesinin 2. bendi gereğince arsa payı kat mülkiyetine konu olan ana yapının değerinin bağımsız bölümün değerine olan oranıyla belli edilmek gerekir. O nedenle bağımsız

Vaad borçlusunun, taşınmaz satış sözleşmesi yapma borcunu yerine getirmemesi halinde, vaad alacaklısı, borçlunun temerrüdü genel hükümlerine başvurabilir²⁵⁵. Doktrinde, vaad alacaklısının temerrüt nedeniyle açacağı aynen ifa davasının hukuki niteliği tartışmalıdır²⁵⁶. Bir görüşe göre, vaad alacaklısının, açacağı aynen ifası neticesinde verilen mahkeme kararı, taşınmaz satış sözleşmesinin kurulması için gereken borçlunun beyanı yerine geçer. Buna göre, vaad alacaklısı, kesinleşen mahkeme kararını tapu memurlarına ibraz ederek taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesini talep edebilir. Ancak tescilin yapılması için vaad borçlusunun tescil talebinde bulunması gerekir. Vaad borçlusunun tescile yanaşmaması halinde ise vaad alacaklısı tekrardan dava açarak TMK m. 716/1 uyarınca taşınmazın mülkiyetinin kendi adına hükmen tescilini mahkemeden talep etmelidir²⁵⁷. Diğer görüşe göre ise, vaad alacaklısının iki ayrı dava açması usul ekonomisiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, vaad alacaklısı, MK m. 642/1(TMK m. 716/1) uyarınca, tescile zorlama davasıyla taşınmazın kendi adına tescilini talep edebilir²⁵⁸. Böylelikle, mahkemenin tescile zorlama davasının kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesiyle mülkiyet vaad alacaklısına geçer²⁵⁹. Yargıtay da vaad alacaklısının doğrudan TMK m. 716/1 uyarınca tescile zorlama davasını açabileceğini kabul etmektedir²⁶⁰.

bölüm satış vaadi sözleşmesi, başlangıçta arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak, eş deyişle arsa payı gösterilerek veya gösterilmeksizin de yapılabilir.”, (www.kazanci.com.tr).

²⁵⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 199, Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 977; Koyusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 165.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koyusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 152-163; Sirmen, s. 339-340.

²⁵⁷ Bu görüşte: Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 226; Gönen, s. 177.

Özmen ve Yüce, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini, taşınmaz satış sözleşmesi olarak kabul etmesi nedeniyle, borçlunun ifaya yanaşmaması halinde, alacaklının, doğrudan TMK m. 716/1 uyarınca tescile zorlama davası açabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 969-970.

²⁵⁸ Bu görüşte: Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 127; Serozan, Borçlar Özel, s. 162; Eren, Borçlar Özel, s. 200; Aydoğdu ve Kahveci, s. 253; Zevkliler ve Gökyayla, s.68.

²⁵⁹ Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 979; Koyusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 170-171.

²⁶⁰ 14. HD. T. 05.10.2020, E. 2016/17869, K. 2020/5818: “*Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu’nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.*” (www.sinerjimevzuat.com.tr). 14. HD. T. 10.04.2008, E. 2008/3747, K. 2008/4903: “*Vaat borçlusunun irade olarak temlike yanaşmaması halinde vaat alacaklısı Türk Medeni Kanunu’nun 716. maddesinden yararlanarak hükmen tescil talebinde bulunabilir.*”, Aynı yönde: HGK. T. 29.9.2010, E. 2010/14-386, K. 2010/427, (www.kazanci.com.tr).

b. Yüklenicinin Aynı Bağımsız Bölüme İlişkin Birden Fazla Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

(1) Genel Olarak

Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin, aynı bağımsız bölümü, birden fazla üçüncü kişiye satışını vaad etmesine sıklıkla rastlanılmaktadır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olması nedeniyle, aynı taşınmaza ilişkin birden fazla satış vaadi yapılması halinde geçerlilik şartlarını taşımak kaydıyla tüm satış vaadi sözleşmeleri geçerlidir. Çünkü borçlandırıcı işlem, borçlunun malvarlığının aktif kısmını etkilemeyip kişiyi borç altına sokan bir işlemdir. Bu nedenle, aynı taşınmaza ilişkin birden fazla sözleşmenin yapılması durumunda, kural olarak, borçlu dilediği sözleşme alacaklısına edimini ifa etmekte özgürdür. Buna karşılık, borcunu yerine getiremeyen alacaklıya karşı TBK m. 112 uyarınca sorumlu olur²⁶¹.

Ancak Yargıtay aynı taşınmaza ilişkin birden fazla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde, şahsi hakların yarışmasının söz konusu olduğunu, yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olana değer tanınması gerektiğine karar vermektedir. Buna göre, aynı taşınmaza ilişkin birden fazla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde, önceki tarihli sözleşmeye değer verilmeli, taşınmaz önceki tarihli sözleşmenin alacaklısı adına tescil edilmelidir²⁶². Doktrinde, Yargıtay'ın aynı taşınmaza ilişkin yapılan birden fazla taşınmaz satış vaadi

²⁶¹ Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 956.

²⁶² 14. HD. T. 13.10.1988, E. 1987/4244, K. 1988/6494: “Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesihi hale gelmedikçe ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermehan olunabilir. Olayda böyle bir durum bulunmamaktadır. Davacı Süleyman’a yapılan sözleşme tarihi 28.11.1978 olup asli müdahil ve davacı durumunda olan İbrahim’e yapılan satış ise bundan daha öncesine ait ve 6.3.1978 gününü taşımaktadır. Şu hali ile İbrahim’e yapılan satışa değer vermek gerekirken aksine görüş ve düşünce ile Süleyman’ın davasının kabulü isabetli görülmemiştir.”, (Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 985).

sözleşmelerinden önceki tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesine öncelik verilmesine ilişkin kararları haklı olarak eleştirilmektedir²⁶³.

(2) Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerh Edilmesi Halinde

Arsa payları yükleniciye devredildiği için yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerhi mümkündür²⁶⁴. TMK m. 1009/2 uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesinden sonra taşınmazın devredilmesi halinde, devralana karşı kişisel hak ileri sürülebilir²⁶⁵. Ancak şerhin munzam etkisinin şerhten sonra etkisini göstermesi nedeniyle, şerhten önce taşınmazın devredilmesi halinde, kişisel hak devralana karşı ileri sürülemez²⁶⁶. Yüklenicinin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinden sonra, aynı bağımsız bölümün bir başka kişiye devredilmesi durumunda, lehine şerh edilen kişi, şerh edilmiş kişisel hakkını devralana karşı dava açıp bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilir²⁶⁷.

Ancak Yargıtay, şerhin, şerh tarihinden önce kazanılmış kişisel haklara karşı bir etkisinin bulunmadığına, şerh tarihinden önce yapılan bu borçlandırıcı işleme yönelik taşınmazın şerh tarihinden sonra devredilmesi halinde şerhin ileri sürülemeyeceğine karar vermektedir²⁶⁸.

²⁶³ Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 991-993; Eren, Borçlar Genel, s. 54; Aral ve Ayrancı, s. 199; Özmen ve Akçura Karaman, s. 59;

²⁶⁴ Ayan, s. 305.

²⁶⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 199; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 129; Sungurbey, Şerh, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 204-205; Çenberci, s. 3; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 225; Yavuz, s. 141; Aral ve Ayrancı, s. 197.

²⁶⁶ Çenberci, s. 40.

²⁶⁷ Coşkun, s. 109; Kocayusufpaşaoğlu, s. 200-201; Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 85.

²⁶⁸ HGK T. 06.02.1991, E. 1990/632, K. 1991/41: “Davacının kendi sözleşmesinin tapuya şerh ettirmesi bundan sonra taşınmazı alacak olanları uyarmağa yöneliktir. Yoksa bu şerh daha önce şahsi hak elde eden davalıyı etkilemez. Davalının daha sonra kendi sözleşmesi doğrultusunda taşınmazı tapuda iktisap etmesi durumu değiştirmez.”, (Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 985-986). 14. HD. T. 21.05.1999, E. 1999/3266, K. 1999/3839, “Davacının kendi sözleşmesini tapuya şerh ettirmesi bundan sonra taşınmazı alacak alanları uyarmaya yöneliktir. Yoksa bu şerh daha önce şahsi hak elden eden davalıyı etkilemez.”, (Coşkun, s. 110); HGK. T. 07.02.1989, E. 1989/8129, K. 1989/1227: “...Nuri Boyacıoğlu’nun dayanağı olan 28.2.1986 günlü sözleşme, sonradan düzenlenen ve Ümit Kayhan’a ait bulunan 10.4.1986 günlü sözleşmeden önce düzenlenmesi nedeniyle tercihini gerekeceğine, 10.4.1986 gün ve 5040 yevden doğan kişisel hak hukuken güçlendirilmiş ise de, bu hukuken güçlendirilmiş hak kendisinden sonra doğacak haklara karşı etkinlik kazanacağına ve daha önce doğan haklara etkinliği bulunmadığına göre, Nuri Boyacıoğlu’nun davasının kabulü ile Ümit Kayhan’ın davasının reddi doğrudur....”; 14. HD. T.

Doktrinde, Yargıtay'ın şerhten önce kişisel hak kazanan kişiye karşı şerhin ileri sürülmesinin mümkün olmadığına ilişkin kararları haklı olarak eleştirilmektedir²⁶⁹. Yargıtay kararlarında belirtildiği şerhin şerhten önce kazanılan kişisel haklara bir etkisi yoktur. Ancak bu kişisel haklara dayanılarak şerhten sonra taşınmazın devredilmesi durumunda, taşınmazı devralan kişiye karşı kişisel hak ileri sürülebilir. Taşınmazın devrine konu kişisel hakkın şerhten önce kazanılmış olması sonucu değiştirmez²⁷⁰. Ancak şerhten önce taşınmazın tapuda devredilmesi halinde, taşınmazı devralana karşı, kişisel hak ileri süremez. Yargıtay, kişisel hakları da bu kurala dahil edip şerhten önce yapılan kişisel hak sahiplerine karşı şerhin etkisinin olmayacağına karar vermektedir. Özmen ve Yüce'nin haklı olarak belirttiği gibi Yargıtay'ın bu içtihatlarının kabulü halinde, bir kişinin sonradan hak kaybına uğramamak için kişisel hakkını şerhle güçlendirmesi yetmeyecek, Türkiye'de bulunan tüm noterleri gezerek şerh tarihinden önce satış vaadine konu taşınmaza ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapıp yapılmadığını araştırması gerekecektir²⁷¹.

II. ARSA PAYLARININ YÜKLENİCİYE DEVREDİLMEMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞME TÜRLERİ

A. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, genellikle, taşınmaz satış sözleşmesinin şartlarının bulunmadığı veya tarafların herhangi bir

24.03.1987, E. 1986/8832, K. 1987/2592, “Şerh tarihinden itibaren hukuken güçlendirilmiş bu hakkın herkese karşı ileri sürülmesi mümkündür. Ve bu hususun şerh tarihinden önce kazanılmış kişisel haklara etkinliği yoktur. Bu bakımdan davacı Turgut lehine olan satış vaadi sözleşmesinin 9.6.1983 günü tapuya şerh edilmiş olması ve sözü edilen sözleşmeden doğan kişisel hakkın hukuken güçlendirilmiş bulunması, davalı Ahmet'in dayanağını teşkil eden satış vaadi sözleşmesi ile daha önce doğmuş olan kişisel hakkının etkilenmesi mümkün değildir.”, (Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 983-984).

²⁶⁹ Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 381, dn. 28; Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 86-87.; Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 989, 990, 996.

²⁷⁰ Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 989, 990, 996.

²⁷¹ Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 991-992.

sebepten dolayı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapma yolunu tercih etmesi halinde düzenlenir²⁷².

Arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye devredilmediği durumlarda, yüklenicinin arsa payları üzerinde mülkiyet hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, yüklenici, arsa paylarını üçüncü kişiye tapuda devredememektedir. Ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılması için vaad edenin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmez²⁷³. Bu nedenle, yüklenici, ileride inşa edeceği binadan bir bağımsız bölümün satışını üçüncü kişiye vaad edebilir. Bu durumda, üçüncü kişi ile yüklenici arasında kurulan sözleşme, taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir.

1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi genel olarak yukarıda incelendiğinden dolayı tekrara düşmemek adına bu başlık altında incelenmeyecektir.

2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, yüklenici, ileride inşa edeceği binadan bir bağımsız bölüme özgülenecek arsa paylarının satışını vaad etmekte üçüncü kişi ise satış bedelini yükleniciye ödemeyi taahhüt etmektedir. Arsa payları yükleniciye devredilmediğinden dolayı üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerh edilmesi mümkün

²⁷² Aral ve Ayrancı, s. 193; Serozan, Borçlar Özel, s. 163.

²⁷³ Aral ve Ayrancı, s. 195; Kocayusufoğlu, Satış Vaadi, s. 113. Uygulamada, noterlerin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olduğunu unutarak vaad borçlusundan tapu kaydının talep ettiği görülmektedir. Buna ilişkin haklı eleştiri için bkz. Özmen ve Akçura Karaman, Uygulama Hataları, s. 58.

değildir²⁷⁴. Ancak taşınmaz sahibi olan arsa sahibinin onayının alınması halinde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh edilebilir²⁷⁵.

b. Yargıtay'ın Uygulaması

(1) Genel Olarak

TMK m. 706/1 ve TBK m. 237/2'e göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerli olması için noterde resmi şekilde düzenlenmesi gerekir²⁷⁶. Ancak uygulamada sıklıkla, yüklenici ile üçüncü kişi arasında, bağımsız bölüme ilişkin adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesi (harici satış) veya satış vaadi sözleşmesi yapıldığı görülmektedir. Kural olarak, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki şekle aykırı düzenlenen taşınmaz satış/satış vaadi sözleşmeleri geçersizdir.

Ancak Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasında şekle aykırı düzenlenen taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmelerini ayakta tutabilmek için örtülü olarak tahvil kurumuna başvurarak bu hukuki ilişkiyi alacağın devri sözleşmesi saymaktadır²⁷⁷. Aslında yüklenicinin adi yazılı taşınmaz satış/satış vaadi sözleşmesiyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümün tescilini talep etmeye ilişkin alacak hakkını, üçüncü şahsa devrettiği kabul edilmektedir. Böylelikle, alacağın devri hükümleri gereğince, üçüncü kişi, doğrudan arsa sahibine başvurabilmektedir²⁷⁸.

²⁷⁴ Kocayusufoğlu, Satış Vaadi, s. 185-186; Gönen, s. 178.

²⁷⁵ Ayan, s. 309, dn. 557.

14. HD. T. 25.05.2011, E. 2011/5174, K. 2011/6882: “Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhi için vaat borçlusunun kayıt maliki olması gerekir. Kayıt malikinin vaat borçlusu olmadığı durumlarda da ancak onun onayı ile sözleşme tapuya şerh edilebilir. Davacı, vaat borçlusundan kişisel hakkını temlik almıştır. Bu kişisel hakkın adına tescilini vaat borçlusunun kişisel hakkı kazandığı anda talep etme hakkına sahiptir. Ne var ki somut uyuşmazlıkta sözleşmenin vaat alacaklısı olan davacı ile kayıt maliki arasında akti ilişki yoktur.”

²⁷⁶ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 126; Yavuz, s. 140; Aral ve Ayrancı, s. 194; Zevkliler ve Gökyayla, s. 67.

²⁷⁷ Ayan, s. 312; Kurşat, s. 449; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 22, dn. 68.

²⁷⁸ HGK. T. 02.07.2003, E. 2003/14-452, K. 2003/456: “...geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye satılması, Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen alacağın temliki hükümlerine tabir bir işlemdir. Eş söyleyişle, böyle durumlarda, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine düşen bir bağımsız

Ancak Yargıtay'ın üçüncü kişileri şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik yaptırımından korumak için getirdiği bu uygulama nedeniyle, yüklenici ile şekle uygun taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişi, daha dezavantajlı duruma düşecektir. Çünkü yüklenici ile şekle uygun taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdeden üçüncü kişi, sözleşmeden doğan kişisel hakkını, yalnızca sözleşmenin tarafı olan yükleniciye karşı ileri sürebilecek, arsa sahibine başvuramayacaktır. Ancak şekle aykırı düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacağın devri olarak kabulü halinde, üçüncü kişi, arsa sahibine başvurabilecektir. Doktrinde, bu adaletsiz sonucun ortadan kaldırılması için yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki şekle uygun taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin de alacağın devri olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁷⁹. Yargıtay da ortaya çıkan bu adaletsiz sonuçları ortadan kaldırmak ve uygulamada birliği sağlamak için geçerli taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini de alacağın devri olarak kabul etmektedir²⁸⁰.

bölümü üçüncü kişiye satmış değil; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde o bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını, daha açık bir ifadeyle o sözleşmeden doğan kişisel hakkını (o bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkını) üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır.", (Kostakoğlu, s. 1043-1044).

²⁷⁹ Coşkun, s. 87; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 106; Erman, Arsa Payı, s. 189; Ayan, s.

Belirtmek gerekir ki; Öz, Yargıtay'ın alacağın devri görüşüne katılmamaktadır. Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 104.

²⁸⁰ 14. HD. T. 28.12.2007, 13221/16549: "*Davadaki istemin dayanağı biçimine uygun düzenlenen 05.06.1998 tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmeyle davalılardan yüklenici arsa sahipleri ile olan 13.09.1993 günlü arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince kendisine bırakılması kararlaştırılan 11 numaralı bağımsız bölümdeki şahsi hakkını davacıya temlik etmiştir.*", (Karataş, İnşaat, s. 321). 14. HD. T. 10.11.2008, 118/13252: "*Davacı 08.06.1994 tarihli Noter satış vaadi sözleşmesine dayanmıştır. Bu sözleşme aslında yüklenicinin yaptığı temlik işlemidir.*", (Karataş, İnşaat, s. 323). 14. HD. T. 05.07.1989, E. 1988/3918, K. 1989/6607: "*Şayet arsa sahibi olan davalı ile müteahhit arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dolayı müteahhid için doğmuş bir hak varsa müteahhidin yaptığı satış vaadi, alacağın temlikin sonuçlarını meydana getirir.*"; 23. HD. T. 19.9.2013, E. 2013/3152, K. 2013/5534: "*...bu bölüm her ne kadar 28.5.1999 tarihli "Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesi" ile birleştirilen davanın davacısı S. Türkoğlu'na yüklenici firma tarafından satışı vaad edilmiş ise de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği gereği bu bölümü yüklenicinin edimlerini yerine getirmesi halinde hak edebilmesi ve bundan sonra devredebilmesi mümkün bulunmaktadır. Ondan sonradır ki yüklenici avans niteliğinde önceden aldığı bağımsız bölümleri hak etmiş sayılabilir ve yaptığı temlikler geçerli kabul edilebilir.*", (www.sinerjimevzuat.com.tr). 13. HD. T. 11.3.2020, E. 2018/38, K. 2020/3199: "*Söz konusu taşınmaz, diğer davalı ve müteahhit olan ...'a kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile özgülünen daire olup, bunu diğer davalı ... ile satış vaadi sözleşmesi yapılmış, davacı bu daireyi diğer davalı ...'den alacağın temlik hükümlerine göre almış ve aralarındaki bu sözleşme geçerli olarak kurulmuştur.*", 14. HD. T. 05.03.2009, E. 2009/1786, K. 2009/2803: "*Bu sözleşmeyle diğer davalı yüklenici B.Ali'nin arsa sahibi ile olan 29.11.2002 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan çekişme konusu B bloktaki 25 numaralı bağımsız bölümü davacıya satış vaadinde bulunduğu görülmektedir. Yüklenicinin yaptığı bu işlem hukuken, alacağın temlik işleminden ibarettir.*", (Coşkun, s. 79-80). 14. HD. T. 17.10.2002, E. 2002/4563, K. 2002/6928: "*Tapu maliki davalı M. Cadon 26.1.1995 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile 30 parselde bulunan binada 64 numaralı daireyi A. Yücesan'a*

Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiyi alacağın devri olarak nitelendirmesini, çoğunlukla, YİBBGK 30.09.1988 tarihli, 2/2 sayılı kararına dayandırmaktadır²⁸¹. Bu karara göre, yüklenicinin inşaatın yapımı sırasında bir bağımsız bölümü şekle aykırı sözleşmeyle üçüncü şahsa satması durumunda, şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı ise üçüncü kişinin taşınmazın kendi adına tescil isteminin kabul edilmesi gerekir. Ancak kararın içeriğinden, arsa paylarının yüklenici adına mı yoksa arsa sahibi adına mı kayıtlı olduğu anlaşılamamaktadır. Arsa paylarının arsa sahibi adına kayıtlı olduğunun kabulü halinde, üçüncü kişinin arsa sahibine karşı açtığı tescil davasının kabulüne karar verilmiştir. Bundan dolayı, bu kararla, yüklenicinin kişisel hakkını üçüncü şahsa devrettiği, üçüncü kişinin bu kişisel hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebileceğine karar verildiği ileri sürülmektedir²⁸².

Yargıtay, yükleniciden alacağı devralan üçüncü kişinin, devraldığı bu alacak hakkını başka bir şahsa devretmesi halinde, son olarak alacağı devralan kişinin de alacağın devri hükümleri gereğince devralan konumuna girdiğini kabul etmektedir²⁸³.

satışını vaadetmiştir. A. Yücesan bu sözleşmeden doğan şahsi hakkını alacağın temlik hükümleri gereği yine satış vaadi sözleşmesi ile 19.1.2000 tarihinde davacı E. A. Doğan'a devretmiştir.", (www.kazanci.com.tr).

Aynı yönde benzer kararlar için bkz. 20. HD. T. 22.10.2018, E. 2018/5142, K. 2018/6675; 14. HD. T. 29.3.2018, E. 2017/5741, K. 2018/2434; 14. HD. T. 14.3.2018, E. 2015/15888, K. 2018/1953; HGK. T. 22.11.2017, E. 2017/14-2265, K. 2017/1435, (www.kazanci.com.tr).

²⁸¹ 14. HD. T. 01.04.2009, E. 2009/1031, K. 2009 /4125: "Diğer taraftan, tapuda arsa niteliğinde kayıtlı kat irtifakı kurulmamış taşınmazlardan kaynaklanan hakların alacağın temlik suretiyle üçüncü bir kişiye geçirilmesi de 24.04.1978 tarihli ve 3/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca mümkündür."; 14. HD. T. 15.10.2019, E. 2016/9129, K. 2019/6647: "Arsa maliki ile yüklenici arasında düzenlenen inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciden bağımsız bölüm temlik alınmasına dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescil davaları ile ilgili olarak kanunlarımızda bir düzenleme mevcut olmadığından bu konulardaki uyumsuzlukların çözümünde uygulanan 30.09.1988 tarihli ve 1987/2 1988/2 sayılı Yargıtay İBBGK Kararı ile...", (www.sinerjimevzuat.com.tr).

²⁸² Kartal, Kat Karşılığı, s. 64.

²⁸³ HGK. T. 02.07.2003, E. 2003/14-452, K. 2003/456, "Her ne kadar, davacı ile yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok ise de, yüklenicinin akidi durumundaki dava dışı V.S. dan harici sözleşmeyle dava konusu daireyi satın alan davacının, bu sözleşme nedeniyle, yukarıda açıklanan şekilde alacağın temlik hükümleri çerçevesinde temlik alan konumuna girdiği açıktır." (Kostakoğlu, s. 1043-1044).

(2) Yargıtay'ın Uygulamasının Değerlendirilmesi

Doktrinde, şekle aykırı düzenlenen kural olarak geçersiz olan sözleşmeyi ayakta tutabilmek amacıyla tahvil kurumuna başvurulmaktadır²⁸⁴. Tahvil, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmenin, benzer amaç ve sonuçlara yönelmiş başka bir sözleşmenin şartlarını sağlaması halinde, şekle aykırı sözleşmenin, şartlarını taşıdığı bu sözleşmeye çevrilerek geçerli sayılmasıdır²⁸⁵. Tahvil kurumuna, geçersiz bir sözleşmenin ayakta tutulması için son çare olarak başvurulması gerekir²⁸⁶. Örneğin, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmesi durumunda, tahvil kurumu yerine dürüstlük kurallarına başvurulmalıdır²⁸⁷.

Tahvil kurumunun uygulanabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Bunlardan birincisi, şekle aykırı düzenlenmesi nedeniyle kural olarak geçersiz bir sözleşmenin mevcut olması gerekir²⁸⁸. İkincisi, geçersiz sözleşmenin güttüğü benzer amaca yönelmiş ve benzer hukuki sonuçlar doğuran bir sözleşmenin bulunması gerekir²⁸⁹. Üçüncüsü, geçersiz olan sözleşme, benzer amaca yönelik ve benzer hukuki sonuçlar doğuran bu sözleşmenin şekil, ehliyet gibi geçerlilik şartlarını taşımalıdır. Örneğin, tahville dönüştürülecek sözleşme herhangi bir şekle bağlı ise bu şekil dönüştürülecek olan sözleşmede gerçekleşmiş olmalıdır²⁹⁰. Dördüncüsü ise taraflar şekle aykırı düzenlenen sözleşmenin geçersiz olduğunu bilselerdi, kendisine çevrilecek sözleşmeyi yapmak isteyeceklerinin yani kendisine

²⁸⁴ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 111; Serozan, Borçlar Özel, s. 161; Havutçu, Tahvil, s. 644. Doktrinde, tahvil yerine hukuki işlemlerin çevrilmesi, konversiyon, dönüşme, çevirme, terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. Havutçu, Tahvil, s. 652; Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmiş (Tahvili)**, Fakülteler Matbası, İstanbul, 1972, s. 1.

Doktrinde, şekle aykırılık dışında hukuka veya ahlaka aykırı, imkansız gibi kesin hükümsüzlük hallerinde de tahvil kurumuna başvurulabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Kaneti, s. 125-128.

²⁸⁵ Akyol, s. 78; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 110; Hatemi ve Gökyayla, s. 67; Havutçu, Tahvil, s. 651.

²⁸⁶ Kaneti, s. 120; Havutçu, Tahvil, s. 678.

²⁸⁷ Kaneti, s. 124; Havutçu, Tahvil, s. 661-662.

²⁸⁸ Havutçu, Tahvil, s. 661.

²⁸⁹ Geçersiz sözleşme ile kendisine dönüştürülecek sözleşmenin tıpatıp aynı değil ancak benzer sonuçları doğurması yeterlidir. Kaneti'ye göre: “Bir başka deyişle, hayat tecrübelerine ve makul insanların uyguladıkları ölçülere göre, çevrilen geçersiz işlemin güttüğü ameli sonuçla karşılanacak ihtiyaç, kendisine çevrilen işlemle, eksik ya da değişik biçimde de olsa, tatmin edilmiş sayılabiliyorsa, iki işlemin, çevirmeni uygulama açısından eşdeğer olduğu söylenebilir.”. Bkz. Kaneti, s. 147.

²⁹⁰ Havutçu, Tahvil, s. 662; Kaneti, s. 144-145.

çevrilecek sözleşmenin hukuki sonuçlarıyla yetineceklerinin anlaşılması gerekir²⁹¹. Aslında, taraflar, yalnızca geçersiz sözleşmeye ilişkin irade açıklamasında bulunmaktadır ancak tarafların bu sözleşmenin geçersiz olduğunu bilselerdi kendisine çevrilecek sözleşmeyi yapmak isteyeceklerinin anlaşılması durumunda tarafların kendisine çevrilen sözleşmeye yönelik varsayıli, yapma iradelerinin bulunduğu kabul edilmektedir²⁹². Tahvilin uygulanabilmesi için gerekli şartlarının mevcut olması halinde, şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan sözleşmenin yerini kendiliğinden kendisine çevrilen sözleşme alır. Böylelikle, başlangıçtan itibaren kendisine çevrilen sözleşmenin hüküm ve sonuçları uygulanır²⁹³.

Ancak yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki geçersiz taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmelerinin, tahvil yoluyla, alacağın devri sözleşmesine çevrilebilmesi için gereken koşullar bulunmamaktadır. Taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmeleri, taşınmaz mülkiyetinin devrinin borçlanıldığı borçlandırıci bir sözleşmedir. Alacağın devri ise sözleşmeyle alacak hakkının devreden malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçtiği bir tasarruf işlemidir. Doktrinde, tahvil yoluyla, bir borçlandırıci işlemin tasarruf işlemine çevrilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir²⁹⁴. Çünkü tasarruf işlemleri kişinin malvarlığının aktif kısmını doğrudan doğruya etkilemesi nedeniyle borçlandırıci işlemlere göre daha kapsamlı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle, borçlandırıci işlemin daha kapsamlı sonuçlar doğuran tasarruf işlemine çevrilmesi taraf iradelerine uymamaktadır²⁹⁵. Kaldı ki borçlandırıci işlem niteliğindeki taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile tasarruf işlem niteliğindeki alacağın devri benzer amaç ve sonuçları doğurmamaktadır²⁹⁶. Ayrıca üçüncü kişi ile yüklenicinin iradelerinden, tarafların şekle aykırı düzenlenen sözleşmenin geçersiz olduğunu bilselerdi alacağın devri sözleşmesi yapmak isteyecekleri anlayamamaktadır²⁹⁷.

Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçerli şekilde kurulsa dahi bu sözleşmeyi alacağın devri olarak kabul etmektedir.

²⁹¹ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 111; Eren, Borçlar Genel, s. 295; Reisoğlu, s. 147; . Havutçu, Tahvil, s. 663.

²⁹² Kaneti, s.153; Havutçu, Tahvil, s. 663.

²⁹³ Kaneti, s. 168, 173.

²⁹⁴ Havutçu, Tahvil, s. 661; Kaneti, s. 114.

²⁹⁵ Kaneti, s. 114.

²⁹⁶ Gümüş, Alacağın Temliki, s. 22, dn. 68; Kurşat, s. 455.

²⁹⁷ Kurşat, s. 455.

Tahvil, geçersiz sözleşmelerin ayakta tutulabilmesi için kabul edilmesi nedeniyle geçerli taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin tahvil yoluyla alacağın devri sözleşmesine dönüştürülmesi mümkün değildir²⁹⁸.

b. Yüklenicinin Aynı Bağımsız Bölüme İlişkin Birden Fazla Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Kural olarak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir borçlandırııcı işlem olması nedeniyle, aynı taşınmaza ilişkin birden fazla satış vaadi yapılması halinde geçerlilik şartlarını taşımak kaydıyla tüm satış vaadi sözleşmeleri geçerlidir. Bu nedenle, borçlu, kural olarak, dilerse önceki tarihli sözleşmenin alacaklısına dilerse sonraki tarihli sözleşmenin alacaklısına taşınmazı devredebilir²⁹⁹. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, Yargıtay, aynı taşınmaza ilişkin birden fazla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde, şahsi hakların yarışmasının söz konusu olduğunu, yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınması gerektiğine karar vermektedir³⁰⁰.

Ayrıca Yargıtay, arsa paylarının yükleniciye devredilmediği durumda, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki şekle aykırı taşınmaz satış/ satış vaadi sözleşmesi ve geçerli taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini alacağın devri olarak nitelendirmektedir³⁰¹. Böylelikle, yüklenicinin, aynı bağımsız bölüme ilişkin yaptığı geçerli taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, geçersiz taşınmaz satış vaadi sözleşmesi veya geçersiz taşınmaz satış sözleşmesinin her biri alacağın devri niteliğindedir. Yargıtay'ın uygulamasına göre, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki geçerli/geçersiz taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacağın devri olarak kabulü halinde, yüklenicinin ilk temlik işleminden sonra alacak hakkı malvarlığından çıkmaktadır.

²⁹⁸ Ayan, s. 312; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 22, dn. 68.

²⁹⁹ Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 956.

³⁰⁰ 14. HD. T. 19.03.2007, E. 2007/2208, K. 2007/2868: “Yüklenici A Blok 1. kat 6 numaralı bağımsız bölümü hem davacıya hem de müdahile sattığından ancak davacının satış senedini 17.04.1997 tarihini müdahilin dayandığı senet ise, 29.07.1997 tarihini taşıdıklarından şahsi hakların yarışması halinde önceki tarihli satış senedine değer tanınmalıdır.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁰¹ Erman Arsa Payı, s. 174; Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 8.

Bundan dolayı, yüklenicinin sonradan yapacağı alacağın temlik işlemleri geçersizdir³⁰².

Yargıtay’a göre, bağımsız bölüme ilişkin birden fazla alacağın devri yapılması durumunda şahsi hakların yarışması söz konusu olup şahsi haklardan önceki tarihli olana değer verilmelidir. Yüklenici ile üçüncü kişi arasında aynı bağımsız bölüme ilişkin yapılan taşınmaz satış/satış vaadi sözleşmelerinin şekle uygun düzenlenip düzenlenmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan husus, alacağın devri niteliğindeki bu sözleşmelerden hangisinin önce düzenlendiğidir³⁰³.

B. Alacağın Devri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye devri kararlaştırılan arsa paylarının henüz yükleniciye devredilmediği hallerde, yüklenicinin, arsa paylarının devrini talep etme şeklindeki alacak hakkını üçüncü kişiye alacağın devri sözleşmesiyle devredilebilir³⁰⁴. Arsa paylarının yükleniciye

³⁰² Ayan, s. 308.

³⁰³ 15. HD. T. 21.12.2020, E. 2020/1382, K. 2020/3287: “Uygulamada yüklenicinin aynı bağımsız bölümü değişik tarihlerde bir veya birden fazla üçüncü kişiye alacağın temlik yoluyla veya satış vaadi sözleşmesi yaparak temlik ettiği, temlik alan bir veya daha fazla kişinin aynı bağımsız bölüm üzerinde hak iddiasında bulunduğu sıkça görülen bir durumdur. Bunun gibi malikin, satış vaadi sözleşmesine konu yaptığı bir taşınmazı sonradan bir başka kişiye satış vaadinde bulunması da mümkündür. Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması prensibi söz konusu olur. Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Yukarıda vurgulandığı üzere, burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya birkaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir.”. Aynı yönde: 15.HD. T. 21.12.2020, E. 2020/1382, K. 2020/3287; 15. HD. T. 28.06.2021, E. 2020/2276, K. 2021/3024; 14. HD. T. 11.2.2008, E. 2007/15417, K. 2008/1415, (www.sinerjimevzuat.com.tr)

³⁰⁴ Büyükay, s. 59; Erman, Arsa Payı, s. 21; Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 82; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1475; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 373; Selimoğlu, s. 384; Engin, s. 14; Kartal, Kat Karşılığı, s. 54; Altaş, s. 233, dn. 340. 20; Karataş, İnşaat, s. 318; Gönen, s. 189; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 149.

Aksi görüşte: Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin işin mahiyeti gereği alacağın devri olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmenin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. İsmet Sungurbey, “Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Alacağın Temlik ve Hile Sorunları, Yasa Hukuk Dergisi, S: 7, 1981, s. 1017’den aktaran Büyükay, s. 59, dn. 103.

20. HD. T. 22.10.2018, E. 2018/5142, K. 2018/6675: “Şahsi hak kazanan yüklenici bu hakkını doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebileceği gibi arsa sahibinin rızası gerekmeksizin ve ancak yazılı olmak koşulu ile üçüncü bir kişiye de temlik edebilir. Alacağın temlik ve borcun nakli Borçlar Kanunu’nun 162 ilâ 181. maddelerinde düzenlenmiştir. Kural, borç ilişkisinin sonucu

devredilmesi durumunda, üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin alacağın devri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir³⁰⁵.

1. Genel Olarak Alacağın Devri

Alacağın devri, kanun hükmüne, mahkeme kararına veya sözleşmeye dayanabilir³⁰⁶. TBK 183-194 maddeleri arasında düzenlenen alacağın devri hükümleri, sözleşmeye dayanan alacağın devri esas alınarak düzenlenmiştir³⁰⁷. Konumuz olan üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki alacağın devri bir sözleşmeye dayanan bir alacağın devridir³⁰⁸. Bu nedenle, bu başlık altında yalnızca sözleşmeye dayanan alacağın devri incelenecektir.

a. Tanımı

TBK m. 183/1'e göre *"Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir."* Buna göre, alacağın devri, alacaklı ile devralan arasında kurulan alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağının borçlunun rızasına gerek olmadan devralana

olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temlik hayat şartlarının gerektirdiği ihtiyaçlardan ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen veya tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması olanağı bulunmaktadır." (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁰⁵ Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 150; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 106; Gönen, s. 286.

³⁰⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1225; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 265; Hatemi ve Gökyayla, s. 358; Reisoğlu, s. 464.

Aksi görüşte: Alacağın temlik teriminin aslında hukuki işlemle alacağın devredilmesi olduğundan alacağın mahkeme kararıyla veya kanun hükmüyle geçmesi hallerinde alacağın intikali teriminin kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Baki İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 11; Mustafa Arıkan, "Türk Özel Hukukunda Alacağın Temlik", **SÜHFD**, Cilt 13, Sayı 1, 2005, ss. 129-155, (Alacağın Temlik), s. 132.

³⁰⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1003; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Borçlar Genel), s. 530.

³⁰⁸ Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 149.

14. HD. T. 18.02.2008, 518-1796: "Yüklenicinin şahsi hakkını üçüncü kişiye temlik işlemi, akdi(rızai) temlik işlemidir. Çünkü burada, alacaklı (yüklenici) ile üçüncü kişi arasında serbest iradeleri ile yapılan temlik sözleşmesi vardır.", (Selimoğlu, s. 390).

devredilmesine ilişkin tasarruf işlemi niteliğindeki bir sözleşmedir³⁰⁹. Alacaklının, borç ilişkisinden doğan alacağını üçüncü kişiye devretmesi için borçlunun rızasına hatta borçlunun haberinin bulunmasına dahi gerek yoktur³¹⁰.

b. Hukuki Niteliği

Alacağın devri, devreden ile devralan arasında kurulan alacağın devrine ilişkin bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulması için devralanın açık veya örtülü şekilde alacağın devrini kabul etmesi gerekir³¹¹. Devralanın, alacağın devrine ilişkin öneriyi uygun bir süre boyunca reddetmemesi yani susması halinde, TBK m. 6 uyarınca sözleşme kurulmuş sayılır³¹².

Alacağın devriyle, herhangi borç doğmadığından alacağın devri borçlandırıcı bir sözleşme değildir³¹³. Alacağın devriyle, devre konu alacak, devreden malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçer. Bu nedenle, alacağın devri bir tasarruf işlemidir³¹⁴. Ancak TBK m. 184/2’de düzenlenen alacağın devri vaadi

³⁰⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1224; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 533; Tolunay Ozanemre Yayla, **Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliği)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.42; Engin, s. 10.
HGK. T. 22.11.2017, E. 2017/14-2265, K. 2017/1435; 20. HD. T. 22.10.2018, E. 2018/5142, K. 2018/6675, (www.kazanci.com.tr).

³¹⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1224; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1448; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 241; Reisoğlu, s. 465; Franko, s. 179; Ozanemre Yayla, s. 54-55; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 103; Engin, s. 20; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 133; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 152.

³¹¹ Kartal, Kat Karşılığı, s. 51; Ozanemre Yayla, s. 44; Tunçomağ, s. 1089; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1449; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 243; Reisoğlu, s.465; Franko, s. 182; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 539; Mustafa Alper Gümüş, “Alacağın Temliki Sözleşmesinin Şekli”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2, 2011, ss. 9-34, (Alacağın Temliki), s. 18.; Ozanemre Yayla, s. 55, 56; Engin, s. 20-21; Arıkan, Alacağın Temliki, s.135.
4. HD. T. 18/02/1965, 8716/862: “BK’nun 163. Maddesi temlikin geçerli olmasını, temlikin yazılı şekilde yapılması şartına bağlamıştır. Temlik eden kimsenin yazılı beyanı, temellük eden kimseye ulaşır ve temlik olunan kişi, bu irade açıklamasını açık ya da örtülü olarak kabul ederse, temlik sözleşmesi tamamlanır.”, (Karahasan, Borçlar Genel, s. 1449, dn. 11).

³¹² Gümüş, Alacağın Temliki, s. 19; ; Ozanemre Yayla, s. 228; Engin, s. 21.

³¹³ Eren, Borçlar Genel, s. 1228; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 12; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1447; Hatemi ve Gökyayla, s. 358; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 534; Nisim Franko, “Alacağın Temliki”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C: 49, Sayı: 1-2, Yıl:1994, ss. 177-197, s. 179; Mehmet Deniz Yener, “Alacağı Devreden Garanti Sorumluluğu Ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 5, 2011, (Garanti Sorumluluğu), s. 68.

³¹⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1228; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 12; Tunçomağ, s. 1090; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 533; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1004; Kartal, Kat Karşılığı, s. 50, 52; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 241; Hatemi ve Gökyayla, s. 359; Reisoğlu, s. 465; Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 958; Franko, s. 179; Yener, Garanti Sorumluluğu, s. 68; Turgut Uygur,

sözleşmesi, borçlandırıcı bir işlem olup bu sözleşmeyle vaad eden, ileride borç ilişkisinden doğan bir alacağın devralana devretmeyi taahhüt etmektedir. Bu nedenle, alacağın devri bir tasarruf işlemi, alacağın devri vaadi ise bir borçlandırıcı bir sözleşmedir³¹⁵.

Doktrinde, alacağın devri işleminin sebebe bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Baskın olarak kabul edilen görüşe göre, alacağın devri soyut bir işlem olup hukuki sebebin mevcut olmaması veya geçersiz olması alacağın devrini geçersiz hale getirmez³¹⁶. Yargıtay da alacağın devrinin sebepten soyut bir işlem olduğunu kabul etmektedir³¹⁷.

c. Koşulları

Alacağın devri sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için devri mümkün bir alacağın mevcut olması, devreden tasarruf yetkisine sahip olması, alacağın devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması şartlarının bulunması gerekir³¹⁸.

TBK m. 183/1 gereğince, kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça her alacak devredilebilir. Doktrinde, mevcut, çekişmeli, koşula bağlı, henüz muaccel olmamış veya ileride doğacak alacağın devrinin mümkün olduğu kabul

Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İkinci Cilt, Ankara, 1990, (Borçlar Genel), s. 810; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 134, dn. 14; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 153.

³¹⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1233; Tunçomağ, s. 1090; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1455; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 536; Reisoğlu, s. 98; Franko, s. 182; Kartal, Kat Karşılığı, s. 51; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 244; Hatemi ve Gökyayla, s. 54- 359; Uygur, Borçlar Genel, s. 828; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 12; Ozanemre Yayla, s. 69; Engin, s. 22, dn. 52.

³¹⁶ Bu durumda, hukuki sebep geçersiz olsa dahi alacağın devri geçerli olup alacak devreden malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçer. Ancak hukuki sebep geçersiz olduğundan alacağın iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edilebilir. Bkz. Franko, s. 179; Uygur, Borçlar Genel, s. 810; Tunçomağ, s. 1091; Ozanemre Yayla, s. 358-359. Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 534; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 17. Bazı yazarlar, alacağın devrinin sebepten soyut bir işlem olduğunu kabul etmekle birlikte devir sözleşmesinde devir nedeni açıkça belirtilmesi halinde temlikin sebebe bağlı olmadığı iddia edilemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 241-242; Uygur, Borçlar Genel, s. 811; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 536.

³¹⁷ 13. HD. T. 21.01.2019, E. 2016/13491, K. 2019/392: “Alacağın devri sözleşmesi (akdi temlik), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 183 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, alacaklının bir borç ilişkisinde borçlunun rızasına gerek duymaksızın, alacağını tasarrufi ve soyut bir işlemle üçüncü bir şahsa devretmesine imkân sağlayan yazılı şekle bağlı bir sözleşmedir.” 15. HD. T. 25.10.2013, E. 2012/7462, K. 2013/5790: “Alacağın devri sözleşmesi, soyut bir hukuksal işlem olup; bu nedenle ona temel olan hukuksal nedenden ayrı ve bağımsızdır. Devredilen alacak, bir mal varlığından başka bir mal varlığına geçer; ancak kendi varlığını da olduğu gibi korur.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³¹⁸ Ozanemre Yayla, s. 109-244.

edilmektedir³¹⁹. Ancak ileride doğacak bir alacağın devredilmesi için alacağın belirli veya belirlenebilir olması gerektiği belirtilmektedir³²⁰. Ancak TBK m. 183/1 uyarınca kanunda devredilemeyeceği açıkça düzenlenmiş olan alacaklar devredilemez³²¹. Kanunda devri yasaklanmamasına rağmen işin mahiyetinden dolayı bazı alacakların(örneğin nafaka alacağı) devri mümkün değildir³²². Ayrıca kanundan kaynaklanan veya işin mahiyeti gereği alacağın devredilmesine engel bir durum olmamasına rağmen alacaklı ve borçlu alacağın devredilmeyeceğini sözleşmede kararlaştırabilir.

Alacağın devriyle, devreden malvarlığında bulunan alacak hakkı devreden malvarlığına geçmekte ve böylelikle devreden malvarlığının pasifi azalırken devralanın malvarlığının aktifi artmaktadır. Bu nedenle, devreden, devre konu alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir³²³. Tasarruf yetkisine sahip olmayan bir kişinin yapmış olduğu alacağın devri geçersizdir³²⁴.

TBK m. 184/1'e göre, alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Burada belirtilen yazılı şekil adi yazılı şekil olup geçerlilik şartıdır³²⁵. TBK m. 15/1(BK m. 14/1) hükmünün kıyasen tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın devrine uygulanması halinde, alacağın devri sözleşmesini, borç altına giren devreden imzalaması yeterlidir³²⁶. Ancak doktrindeki bir görüşe göre, alacağın

³¹⁹ Ozanemre Yayla, s. 110,122,142; Eren, Borçlar Genel, s. 1234; Hatemi ve Gökyayla, s. 360; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1447; Tunçomağ, s. 1082; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1005; Engin, s. 24.

³²⁰ Reisoğlu, s. 463; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1447; Yener, Garanti Sorumluluğu, s. 68; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1006; Uygur, Borçlar Genel, s. 811; Ozanemre Yayla, s. 139.

³²¹ Örneğin, işçilerin ücretinin dörtten birinden fazlası (TBK m. 410/2), bakım alacaklısının alacak hakkı(TBK m. 619/1), manevi tazminat alacağı(TMK'nın m. 25/4) örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Ozanemre Yayla, s. 176-186; Engin, s. 26.

³²² Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 246; Eren, Borçlar Genel, s. 1237; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1011; Hatemi ve Gökyayla, s. 361; Reisoğlu, s. 467; Uygur, Borçlar Genel, s. 812; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1454.

³²³ Eren, Borçlar Genel, s. 1228; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 12; Tunçomağ, s. 1093; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1447; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1004; Kartal, Kat Karşılığı, s. 50, 52; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 241; Hatemi ve Gökyayla, s. 359; Reisoğlu, s. 466; Özmen ve Yüce, Tarih Önceliği, s. 960; Franko, s. 179; Engin, s. 19.

³²⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1228; Uygur, Borçlar Genel, s. 810;

³²⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1233; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1449; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1011; Hatemi ve Gökyayla, s. 359; Yener, Garanti Sorumluluğu, s. 69; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 539; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 20; Ozanemre Yayla, s. 225-226; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 139; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 152.

³²⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1233; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1449; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1012; Kartal, Kat Karşılığı, s. 51; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 243; Reisoğlu, s. 465; Franko, s. 181; Yener, Garanti Sorumluluğu, s. 69; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 53; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 18; ; Ozanemre Yayla, s. 228; Öz İnşaat Sözleşmesi, s. 103; Engin, s. 22.

devrinin ivazlı olması ve bu devir belgesinde ivazın belirtilmesi durumunda, alacağın devrinin geçerli olması için devralanın da imzalaması gerekir³²⁷. Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın temliki sözleşmesinin genellikle ivazlı olması nedeniyle sözleşmenin hem yüklenici hem de üçüncü kişi tarafından imzalanması gerekir³²⁸.

Alacağın devrinin geçerliliği yazılı şekle bağlı olmasına karşın alacağın devri vaaadinin geçerliliği TBK m. 184/2 uyarınca herhangi bir şekle tabi değildir. Alacağın devri vaaadinin bir ön sözleşme değil de asıl sözleşme olması nedeniyle, TBK m. 184/2(BK m. 163/2) hükmü, TBK m. 29/2(BK m. 22/2) hükmünün³²⁹ istisnası teşkil etmez³³⁰.

d. Hukuki Sonuçları

Alacağın devriyle, devreden malvarlığında bulunan alacak hakkı devreden malvarlığına geçer³³¹. Alacak hakkı, devralanın malvarlığına, alacağın devri sözleşmesinin yapılmasıyla geçer³³². Böylelikle, devreden, alacağın devrinden sonra, alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini yitirir³³³. Bu nedenle, devreden, alacağı devrettikten sonra, alacağı tahsil edemez, borçluyu ibra edemez veya alacağı başka bir şahsa devredemez³³⁴. Devreden, alacağı devrettikten sonra aynı alacağı başka bir şahsa devretmesi halinde, ikinci yapılan alacağın devri geçersizdir³³⁵.

³²⁷ Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 539; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 103; Engin, s. 22, dn. 55.

Aksi görüşte: Alacağın devrinin ivazlı olması halinde de alacağın devrinin geçerli olabilmesi için devralanın sözleşmeyi imzalamasına gerek yoktur. Bkz. Gümüş, Alacağın Temliki, s. 17,26; Ozanemre Yayla, s. 229.

³²⁸ Karataş, İnşaat, s. 319; Yılmaz, s. 79; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 152.

³²⁹ TBK'nın m. 29/2: "Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır"

³³⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1233; Engin, s. 22, dn. 52; Arıkan, Alacağın Temliki, s.139-140.

³³¹ Engin, s. 32; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 154.

³³² Engin, s. 32; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146. Ancak ileride doğacak alacakların devrinde, sözleşmenin yapıldığı anda henüz alacak hakkı doğmadığından, alacak hakkı doğduğu anda devreden malvarlığına geçer. Bkz. Engin, s. 33; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146.

³³³ Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 548; Engin, s. 19; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 154.

³³⁴ Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146.

³³⁵ Engin, s. 32; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 154.

Alacağın devri ile yalnızca alacak devredilir, sözleşmeden doğan tüm haklar, borçlar ve yetkiler yani borç ilişkisi devredilmez³³⁶. Bu nedenle, devreden, borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ile bağlı olmaya devam eder³³⁷.

TBK m. 189'a göre, alacakla birlikte devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları, bağlı haklar ve işlemiş faizler de devralana geçer. İİK m. 206 gereğince borçlunun iflası halinde bazı alacaklara tanınan ayrıcalık veya bir kişisel hakkın şerhi gibi öncelik hakları³³⁸, alacağa bağlı teminatlar(örneğin rehin, kefalet), alacağa bağlı yenilik doğuran haklar (örneğin seçimlik borçlarda alacaklının seçimlik hakkı) kendiliğinden, devralana geçer³³⁹. Ancak alacağın devriyle alacak hakkına değil de sözleşmeye taraf olmaya bağlı yenilik doğuran haklar (örneğin sözleşmeden dönme, fesih hakkı, irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkı) devralana geçmez³⁴⁰.

Kural olarak, borçlu, alacağı devralan şahsa karşı borcunu ifa ederse borcundan kurtulur. Borçlunun borcunu devralan yerine devredene ifa etmesi halinde, borçlu borcundan kurtulmuş sayılmaz; devralanın alacağın ifasını talep etmesi üzerine borçlu ikinci kez borcunu ifa etmek zorunda kalır³⁴¹. Alacağın devrinin geçerliliği için borçlunun rızasının gerekmemesi nedeniyle; çoğu zaman, alacağın devredildiğinden haberi olmayan borçlunun durumunun, alacağın devriyle daha kötü duruma düşmemesi gerekir. Bu nedenle, alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştırmaması ilkesi kabul edilmiştir³⁴². Bu ilke gereğince, TBK m. 186

³³⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1234; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Franko, s. 178; ; Uygur, Borçlar Genel, s. 811; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1446; Tunçomağ, s. 1075; Engin, s. 25.

³³⁷ Reisoğlu, s. 462; Uygur, Borçlar Genel, s. 811; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1446; Tunçomağ, s. 1075.

³³⁸ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 250-251; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 548-549; Tunçomağ, s. 1105; Engin, s. 35; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 148; Arıkan, Üçüncü Kişiyi Devri, s. 156.

³³⁹ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 252; Tunçomağ, s. 1104-1105; Eren, Borçlar Genel, s. 1239-1240; Hatemi ve Gökyayla, s. 362; Engin, s. 35; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 149-151; Arıkan, Üçüncü Kişiyi Devri, s. 156.

³⁴⁰ Hatemi ve Gökyayla, s. 362; Tunçomağ, s. 1075; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 251; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 550; Engin, s. 35; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 151; Arıkan, Üçüncü Kişiyi Devri, s. 156.

Ancak kusurlu imkansızlık veya kötü ifa hallerinde TBK m. 112 uyarınca tazminat talep etme, temerrüt nedeniyle aynen ifa ve gecikme tazminatı veya aynen ifadan vazgeçerek müspet tazminat talep etme, şartları taşıyorsa cezai şart talep etme, ayıp nedeniyle onarım, ayıpsız benzeriyle değiştirme ve tazminat talep etme haklarının devralana geçeceği kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 550; Arıkan, Üçüncü Kişiyi Devri, s. 156.

³⁴¹ Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 552; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 152.

³⁴² Engin, s. 36.

ve 188/1 hükümleri kabul edilerek borçlunun hukuki durumu korunmaya çalışılmıştır³⁴³.

TBK m. 186'ya göre, devreden veya devralanın alacağın devredildiğini borçluya bildirmemesi durumunda, borçlunun önceki alacaklıya veya alacak birkaç kez devredilmişse önceki devralana iyiniyetle ifa bulunması halinde borcundan kurtulur. Alacağın kime ait olduğunun çekişmeli olması durumunda ise; borçlu, TBK m. 187/1 uyarınca ifadan kaçınmalı ve alacağın konusunu hakimnin belirlediği yere tevdi etmelidir. Aksi takdirde, borcunu ifa ettiği kişinin gerçek alacaklı olmadığından anlaşılması halinde borcundan kurtulmuş olmayacak, ikinci kez ifa bulunmak zorunda kalacaktır³⁴⁴.

TBK m. 188/1'e göre, "*Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*" Buna göre, borçlu, alacağın dayanağı borç ilişkisinin geçersizliğini, geciktirici şartın henüz gerçekleşmemesi nedeniyle alacağın doğmadığını, ifa, ibra, yenileme, erteleme, kusursuz sonraki imkansızlık nedeniyle sona erdiğine ilişkin itirazları ileri sürebileceği gibi ödemezlik ve zamanaşımı defilerini de ileri sürebilir³⁴⁵.

2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Alacağın Devri

a. Genel Olarak

Kural olarak her türlü alacak hakkının devredilmesi mümkündür³⁴⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa paylarının henüz yükleniciye devredilmediği durumlarda, yüklenici arsa paylarının mülkiyetinin devredilmesini talep etme şeklindeki alacak hakkını, üçüncü şahsa devredebilir³⁴⁷. Yüklenicinin

³⁴³ Ozanemre Yayla, s. 354, dn. 297.

³⁴⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1015.

³⁴⁵ Eren Borçlar Genel, s. 1241-1242; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 559; Tunçomağ, s. 1113-1114; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 163.

³⁴⁶ Arıkan, Alacağın Temliki, s. 129; Engin, s. 24.

³⁴⁷ Yaşar, s. 301; Büyükay, s. 59; Erman, Arsa Payı s. 21; Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 82; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1475; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 373; Selimoğlu, s. 384; Kartal, Kat Karşılığı, s. 54; Altaş, s. 233, dn. 340. 20; Karataş, İnşaat, s. 318; Ayan, s. 311; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 131.

alacağını üçüncü şahsa devretmesi durumunda, arsa paylarının mülkiyetinin devredilmesini talep etme şeklindeki alacak hakkı yüklenicinin malvarlığından çıkar ve üçüncü kişinin malvarlığına geçer. Üçüncü kişi, yükleniciden devraldığı alacak hakkının yerine getirilmesini yani arsa paylarının kendi adına tescilini arsa sahibinden talep edebilir³⁴⁸.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın devrinde, sözleşmeye dayanan bir devir söz konusu olup yüklenici alacağı devreden, üçüncü kişi ise alacağı devralandır. Yüklenicinin, üçüncü şahsa devrettiği alacak hakkı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölüme özgülenen arsa payının devrini talep etme hakkıdır. Yüklenicinin bağımsız bölümün devrini talep etme alacağının inşaatı tamamlaması ve teslimiyle doğması nedeniyle inşaat aşamasında üçüncü şahsa devredilen alacağın ileride doğması muhtemel bir alacak niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir³⁴⁹. Ancak alacak hakkı borç ilişkisinin geçerli şekilde kurulduğu anda doğar ancak alacak hakkı muaccel olduğu anda talep edilebilir³⁵⁰. Bu nedenle, yüklenicinin devrettiği alacak hakkının, sözleşmenin kurulduğu anda doğması nedeniyle bu alacak ileride doğması muhtemel bir alacak değildir.

Aksi görüşte: Sungurbey, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin işin mahiyeti gereği alacağın devri olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek taraflar arasındaki sözleşmenin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olduğu kabul etmektedir. Bkz. İsmet Sungurbey, "Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Alacağın Temlik ve Hile Sorunları, Yasa Hukuk Dergisi, S: 7, 1981, s. 1017'den aktaran Büyükay, s. 59, dn. 103. Öz de yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkide, tarafların gerçek iradelerinin alacak hakkının devrinin yönünde değil taşınmazın satışının vaad edilmesinin yönünde birleştiğini kabul etmektedir. Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 104. 20. HD. T. 22.10.2018, E. 2018/5142, K. 2018/6675: "Şahsi hak kazanan yüklenici bu hakkını doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebileceği gibi arsa sahibinin rızası gerekmeksizin ve ancak yazılı olmak koşulu ile üçüncü bir kişiye de temlik edebilir.", (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁴⁸ Karataş, İnşaat, s. 320; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 376; Yaşar, s. 301.

14. HD. T. 02.02.19993, E. 1992/9790, K. 1993/819: "Üçüncü kişi, gerek akidi olan yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı temellük ettiği kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir. Üçüncü kişi kendisine satılan bağımsız bölüm veya bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir."; 14. HD. T. 29.4.2004, E. 2004/1401, K. 2004/3474: "Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir.". Aynı yönde: 14. HD. T. 18.2.2008, E. 2008/518, K. 2008/1796; 3. HD. E. 2014/22074, T. 12.2.2015, K. 2015/2183, (www.kazanci.com.tr).

³⁴⁹ Coşkun, s. 46. 14. HD. T. 27.5.2003, E. 2003/2384, K. 2003/4341: "Devredilen alacak, sözleşme anında mevcut olabileceği gibi ileride doğması muhtemel bir alacak ya da şarta bağlı bir alacak olabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde doğacak olan bir alacaktır ve temlik mümkündür."; 14.HD. T. 13.06.2002, E. 2002/ 1489, K. 2002 / 4634: "Devredilen alacak, sözleşme anında mevcut olabileceği gibi ileride doğması muhtemel bir alacak ya da şarta bağlı bir alacak olabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde doğacak olan bir alacaktır ve temlik mümkündür.". Aynı yönde benzer kararlar için bkz. 14. HD. T. 29.4.2003, E. 2003/2712, K. 2003/3413; HGK. T. 3.11.2004, E. 2004/14-551, K. 2004/571; 14. HD. T. 24.1.2002, E. 2002/9638, K. 2003/344, (www.kazanci.com.tr).

³⁵⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 41.

b. Üçüncü Kişinin Yükleniciden Devraldığı Bağımsız Bölümün Devredilmesini Talep Etme Şeklindeki Alacak Hakkını İleri Sürebilmesinin Şartları

(1) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Arsa Paylarının Devrini Talep Etme Şeklinde Geçerli Bir Alacak Hakkının Mevcut Olması Gerekir

TBK m. 183/1 uyarınca kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümün tescilini talep etmeye ilişkin alacak hakkının devrini yasaklayan kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yüklenicinin sözleşmeden doğan alacak hakkı, işin niteliği gereği devredilemeyecek bir alacak niteliği de taşımaz. Ancak yüklenici ile arsa sahibi, aralarında yapacakları anlaşmayla bu alacağın devrini yasaklayabilir³⁵¹.

Taraflar, alacağın hiç kimseye devredilmeyeceğini kararlaştırabilecekleri gibi yalnızca belirli kişilere veya belirli şartlara bağlı olarak veya belirli zamanda veyahut borçlunun muvafakatinin alınması şartıyla devredilebileceğini kararlaştırabilirler³⁵². Temlik yasağına ilişkin bu anlaşma, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir. Asıl sözleşme şekle tabi olsa dahi alacağın devrinin yasaklandığı sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir³⁵³.

³⁵¹ Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 81; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 154.

14. HD. T. 02.06.2011, E. 2011/3185, K. 2011/713: “*Davalılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 3. maddesinde ise aynen yüklenici firma kendine ait parselleri isterse kooperatif şeklinde, isterse yap-sat şeklinde yapmakta serbesttir. Temlik edemez veya sözleşmeyle doğan haklarını bir başkasına veya firmaya devredemez. hükmü bulunmaktadır. Görülüyor ki, sözleşmenin bu hükmüyle yükleniciye temlik yasağı getirilmiştir. Bundan dolayı da davacı üçüncü kişi, yüklenicinin yaptığı temlike dayanarak davalı arsa sahibinden mülkiyet nakli talebinde bulunamaz.*”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁵² Tunçomağ, s. 1084; Ozanemre Yayla, s. 194-195; Salih Şahiniz, “Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) Ve Yasakları”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 3-4, 2006, s. 495.

³⁵³ Ozanemre Yayla, s. 195; Şahiniz, s. 498-499.

Alacağın devrinin sözleşmeyle yasaklanmasına rağmen alacağın devredilmesi halinde kural olarak alacağın devri geçersiz olup alacak devralana geçmez³⁵⁴. Bu durumda, borçlu, devir yasağı savunmasında bulunarak ifadan kaçınabilir³⁵⁵. Bu durumda, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın devri, genellikle ivazlı olduğundan devredenin garanti sorumluluk hükümlerine başvurulabilir³⁵⁶.

Ancak TBK m. 183/2 gereğince, üçüncü kişinin devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralması durumunda, borçlu üçüncü kişiye karşı alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırıldığını ileri süremez. Buna göre, alacağın bir senede bağlanması, bu senette alacağın başkasına devredilmeyeceği hususunda bir kaydın bulunmaması ve devralanın bu senede güvenerek alacağı devralması şartlarının bulunması halinde, borçlu temlik yasağını ileri süremez³⁵⁷.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın devrinin geçerli olması için alacağın doğduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmuş olması gerekir. Alacağın dayanağı sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle alacağın devri de geçersizdir³⁵⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle aykırı düzenlenmesi halinde, sözleşme kesin hükümsüz olup taraflar, edimlerin ifasını talep edemez³⁵⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğundan devir anında alacak mevcut değildir. Arsa sahibi, sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek ifadan kaçınabilir³⁶⁰. Bu durumda, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın

³⁵⁴ Doktrinde, borçlunun, devir yasağını ileri sürmeyerek alacağın devrine onay vermesi halinde alacağın devrinin geçerli hale gelip gelmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre; alacağın devrinin yasaklanmasına ilişkin sözleşme, genellikle, borçlunun menfaatlerine dikkate alınarak yapıldığından borçlunun onay vermesi halinde alacağın devri geçerli hale gelir. Diğer görüşe göre; alacağın devredilmeyeceğinin kararlaştırılmasına rağmen alacağın devredilmesi halinde alacağın devri kesin hükümsüz olup borçlunun onay vermesiyle, geçersiz devir işleminin geçerli hale gelmesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanemre Yayla, s. 200-203, Şahiniz, s. 504-510.

³⁵⁵ Şahiniz, s. 502.

³⁵⁶ Engin, s. 109-111. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde düzenlenmesine bağlı olmasına rağmen alacak hakkının devredilmeyeceğine ilişkin sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Bkz. Arkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 154.

³⁵⁷ Şahiniz, s. 512.

³⁵⁸ Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 542.

³⁵⁹ Erman, Arsa Payı, s. 22; Erman, Karar İncelemesi, s. 514, dn. 13, Kartal, Kat Karşılığı, s. 57.

³⁶⁰ Erman, Arsa Payı, s. 21, 191; Coşkun, s. 192; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 374; Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 81.

devri, genellikle, ivazlı olduğundan, üçüncü kişi, devrenin garanti sorumluluğu hükümlerine başvurabilir³⁶¹.

Ancak arsa sahibinin şekle aykırılığı ileri sürmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olması halinde, arsa sahibinin geçersizlik iddiası dinlenmeyecek, sözleşme geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu durumda, arsa sahibi, sözleşmenin şekle aykırı düzenlendiğinden bahisle bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmekten kaçınmayacaktır³⁶².

(2) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Arsa Paylarının Devrini Talep Etmeye İlişkin Alacağın Muaccel Olması Gerekir

(i) Genel Olarak

Üçüncü kişi, yükleniciden devraldığı alacağı, alacağın muaccel olmasıyla arsa sahibine karşı ileri sürebilir³⁶³. TBK m. 479/1'e göre, aksi kararlaştırılmadıkça arsa sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Buna göre, yüklenici, sözleşme uyarınca borçlandığı tüm borçlarını yerine getirmesi, inşaatı sözleşmeye, fen ve sanat kurallarına uygun şekilde tamamlayıp arsa sahibine teslim etmesi halinde, arsa paylarının devrini talep edebilir³⁶⁴.

Yükleniciden alacak hakkını devralan üçüncü kişi de alacak hakkını yüklenicinin sözleşmeden doğan edimlerini tam olarak yerine getirdiği anda arsa

³⁶¹ Öz, Şekil Sorunları, s. 508; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 374; Erman, Arsa Payı, s. 21-22; Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 81; Coşkun, s. 50; Engin, s. 109.

Aksi görüşte: Erman, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki şekle aykırı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacağın devri olarak kabul etmediğinden, bu durumda, üçüncü kişinin, satış bedelinin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince talep edebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Erman, Arsa Payı, s. 21-22, 192, dn. 21.

³⁶² Erman, Arsa Payı, s. 191; Coşkun, s. 200.

³⁶³ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 105.

³⁶⁴ Kurşat, s. 136-137; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 375; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 105; Olgaç, s. 83.

HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43: “Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimler içerdiğinden, yüklenicinin peşinen kendisine devredilen tapuya hak kazanabilmesi için sözleşmede açık bir hüküm bulunmadıkça kendi edimini yüklediği özen borcu uyarınca kanuna, sözleşme hükümlerine fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa etmiş olması gerekmektedir.”, (www.kazanci.com.tr).

sahibine karşı ileri sürebilir³⁶⁵. Yüklenicinin sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmemesi durumunda, arsa sahibi, ödemezlik defini ileri sürerek ifadan kaçınabilir³⁶⁶.

Ancak TBK m. 479/1 hükmünün emredici nitelikte olmaması nedeniyle, taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştırabilir³⁶⁷. Sözleşmede, inşaat seviyesine göre arsa paylarının kademeli olarak devredileceğinin kararlaştırılması durumunda, alacağı devralan üçüncü kişi yüklenicinin tamamladığı inşaat seviyesi oranına isabet eden arsa payının kendine tescilini talep edebilir³⁶⁸.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin delil sözleşmesi niteliğinde olduğunu, yüklenicinin edimlerini yerine getirip getirmediğinin sözleşme dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁶⁹. Ayrıca yüklenici tarafından inşa edilen yapının imar mevzuatına uygun olması gerekir. Uygulamada, inşaat ruhsatı alınmaksızın veya ruhsat alınmakla birlikte ruhsata aykırı olarak yapılan inşaatlara, kaçak inşaat denilmektedir. İmar Kanunu m. 32/5'e göre, ruhsatın alınmaması veya ruhsata aykırılıkların giderilmemesi halinde, masrafı arsa sahibinden tahsil edilmek üzere belediye veya valilikçe bina yıktırılır. Bu nedenle, Yargıtay, ruhsatsız veya ruhsata aykırı binanın ekonomik değerinin bulunmadığını,

³⁶⁵ Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 375; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1009; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 105; Reisoğlu, s. 13; Durak, s. 213; Erman, Arsa Payı, s. 21; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 163. 14. HD. T. 20.11.2003, E. 2003/5341, K. 2003/8244: “Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yukarıda değinildiği üzere, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur.”; 13. HD. T. 12.2.2015, E. 2014/22074, K. 2015/2183: “...temlik alanın talepte bulunabilmesi için, öncelikle yüklenici tarafından kendisine temlik edilen hakkın arsa sahibi nezdinde gerçekleşmesi; başka bir ifadeyle, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi; inşaatı bitirmesi veya eksik kalan kısmın paraya dönüştürülerek tamamlanacak kadar cüzi bir boyutta olması gereklidir.”; HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43: “Yükleniciden pay satın alan üçüncü kişiler de yüklenicinin halefi olduklarından ancak, yüklenici edimi tam olarak yerine getirip tapuyu almaya hak kazandığı takdirde hak sahibi olacaklardır.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁶⁶ 23. HD. T. 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544: “Diğer taraftan yüklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi BK.m 81'den yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz.”, (www.kazanci.com.tr).

³⁶⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 512; Kurşat, s. 136-137.

³⁶⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 105; Olgaç, s. 86,88.

³⁶⁹ 14. HD. T. 8.4.2011, E. 2011/2850, K. 2011/4689: “Bu durumda mahkemece, tüm sözleşme içeriklerinin H.U.M.K.nun 287. maddesi gereğince delil sözleşmesi niteliğinde olduğu ve yüklenicinin halefi durumundaki davacıyı da bağlayacağı gözetilerek, yüklenici şirketin davalı arsa sahiplerine karşı edimlerini yerine getirip getirmediğinin keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak saptanması, uyuşmazlığın oluşacak sonuç dairesinde çözümlenmesi gerekir.”, (www.kazanci.com.tr).

yıkımı zorunlu olan binadaki bir bağımsız bölüme ilişkin yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye değer verilemeyeceğini karar vermektedir³⁷⁰. Yüklenicinin, inşa ettiği binanın imar mevzuatına aykırı inşa edilmesi yani kaçak yapı niteliğinde olması halinde, yüklenici sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirilmiş sayılamayacağından üçüncü kişinin talebinin reddedilmesi gerekmektedir.

Yargıtay'ın kararlarına göre; arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi hususunda taraflar arasında anlaşmanın sağlanamaması durumunda, arsa sahibinin bu hususa ilişkin dava açması gerekir³⁷¹. Mahkeme, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, fesih aksi takdirde dönme hükümlerini uygulayacaktır³⁷². Dönme hükümlerinin uygulanması halinde, taraflar yerine getirdikleri edimlerin iadesini talep edebilecek, yüklenici inşa ettiği inşaata ilişkin arsa payı değil imalat değerini isteyebilecektir³⁷³. Ancak fesih hükümlerinin uygulanması durumunda, yüklenici inşa ettiği inşaat seviyesine denk gelen bağımsız

³⁷⁰ 14. HD. T. 28.06.2021, E. 2019/105, K. 2021/4366: “İmar Kanununun 32. maddesi hükmüne göre ruhsat alınmış olmakla beraber inşaat, ruhsat ve eklerine aykırı yapılmışsa bu inşaat da “kaçak yapı” sayılır. Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak sürdürülen yapılara uygulanacak müeyyide İmar Kanununun 32/son maddesinde gösterilmiştir. Buna göre yapı, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını takiben yasal hale getirilmez veya yasal hale getirilmesi olanaksız ise masrafta sahibinden tahsil ederek yıkılmalıdır. Ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılan bina veya bağımsız bölümler yasaya uygun hale getirilmezse yıkılacağından, yıkılacak yerlerle ilgili olarak yaratılmış ekonomik değerlerin korunması söz konusu olmayacağından, bu tür yerlerin aynının paylaşılması, paylaşım sonucu da bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışı veya satış vaadi sözleşmesine konu yapılması yasalara uygun düşmez. İmar mevzuatına aykırı ve sonuçta yıkımı zorunlu bir bina meydana getirilmiş ve bu binadaki bir bağımsız bölümün satışı vaat edilmişse ruhsatsız veya ruhsata aykırı ve sonuçta yıkılması zorunlu bir yerde yaratılmış ekonomik değerler korunamayacağından yasa uyarınca bu satışa değer vermek olanaksızdır.”

Aynı yönde: 14. HD. T. 08.04.2021, E. 2018/1073, K. 2021/2642; 15. HD. T. 17.12.2003, E. 2003/2994, K. 2003/6062; HGK. T. 29.06.2005, E. 2005/ 14-386, K. 2005 / 419, a(www.kazanci.com.tr).

³⁷¹ 23. HD. T. 4.3.2020, E. 2016/6059, K. 2020/1489: “Dairemizin kararlılık gösteren içtihatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların fesih iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı “sözleşmenin feshi” davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir.”, (www.kazanci.com.tr).

³⁷² YİBK. T. 25.01.1984, E. 1984/3, K. 1984/1: Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) halı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. Maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir.”, (www.kazanci.com.tr).

³⁷³ 15. HD. T. 10.03.2003, 492/1152: “Feshin doğal sonucu olarak da tarafların malvarlıklarına karşılıklı giren değerler varsa, bunların sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir. Başka bir deyişle, yüklenici, artık sözleşmeye dayanarak yaptığı iş bedelinin arsa payı devri suretiyle ödenmesini değil, para olarak ödenmesini isteyebilir. Arsa sahipleri ise, gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse, sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak, bu tapuların iadesini talep edebilir.”, (Selimoğlu, s. 382).

bölmelere hak kazanacaktır³⁷⁴. Bu nedenle, arsa sahibinin açtığı dönme/fesih davasının sonucunda, yüklenicinin bağımsız bölüme hak kazanıp kazanamayacağı dolayısıyla üçüncü kişinin de bağımsız bölüme hak kazanıp kazanmayacağını belirlenecektir. Bundan dolayı, Yargıtay, üçüncü kişinin alacağın ifasına ilişkin açtığı davada, arsa sahibinin sözleşmeden dönmeye ilişkin açtığı davanın bekletici mesele yapılması gerektiğini belirtmektedir³⁷⁵.

(ii) Yargıtay'ın Birlikte İfa Uygulaması

Üçüncü kişi, alacak hakkını, yüklenicinin sözleşmeden doğan edimlerini tam olarak yerine getirmesi halinde arsa sahibine karşı ileri sürebilir³⁷⁶. Ancak Yargıtay, inşaattaki eksikliğin pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta olması, bu eksikliğin üçüncü kişi tarafından tamamlanması veya eksikliğin tamamlanması için gereken bedelin depo edilmesi halinde, üçüncü kişinin tescil talebinin kabul edilmesi gerektiğine karar vermektedir³⁷⁷. Buna göre, inşaattaki eksikliğin pek az ve arsa

³⁷⁴ 14. HD. T. 1.4.2009, E. 2009/1031, K. 2009/4125: “Somut olayda; sözleşmenin ileriye etkili biçimde feshine karar verildiği, feshin kesinleştiği tarihteki binanın getirildiği fiziki seviyenin %92 olduğu kesinleşen mahkeme kararı ile sabittir. Bunun anlamı, yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlerde yüklenicinin %92 oranında pay sahibi olduğudur. Kısaca, ileriye etkili feshedilen sözleşme sebebiyle yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlerin %92'si yükleniciye, işin getirilmiş olan seviyesine nazaran %8'i ise arsa sahibine aittir.”, (www.kazanci.com.tr).

³⁷⁵ 14. HD. T. 15.10.2019, E. 2016/8672, K. 2019/6625: “Davalı ilk yüklenici ... ile davacı arasında 04.07.2006 tarihinde düzenlenen harici satış sözleşmesi ile yapılan temlik işlemi gereğince davacının temlik aldığı şahsi hakkın konusunun, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye veya geriye etkili olarak feshi sonucunda yükleniciye bırakılıp bırakılmayacağı belirleneceğinden, satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağının bulunup bulunmadığı davalı arsa maliklerince açılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi davasının sonucu ile doğrudan ilgilidir. Bu durumda mahkemece, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin davanın “bekletici mesele” yapılarak sonuçlanmasının beklenmesi ve daha sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken...”, (www.kazanci.com.tr).

³⁷⁶ Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 375; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1009; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 105; Reisoğlu, s. 13; Durak, s. 213; Erman, Arsa Payı, s. 21.

14. HD. T. 20.11.2003, E. 2003/5341, K. 2003/8244: “Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yukarıda değinildiği üzere, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁷⁷ 14. HD. T. 03.07.2003, E. 2003/4696, K. 2003/5639: “Bütün bu araştırmalar sonunda, eserin (binanın) arsa sahibinin reddetmeyeceği bir seviyeye getirildiği, ne var ki yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmeden yer alan bazı hükümler sebebi ile sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere(birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülp istem

sahibi tarafından katlanılacak boyutta olması durumunda, arsa sahibinin, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder³⁷⁸.

Hatta Yargıtay bir kararında, üçüncü kişinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumlu olduğunu kabul etmiştir³⁷⁹.

Birlikte ifa adlı uygulamasının uygulanabilmesi için yalnızca üçüncü kişinin devraldığı bağımsız bölümdeki eksiklikler değil inşaatla bulunan tüm eksikliklerin tamamlanması veya eksikliğin tamamlanması için gereken bedelin depo edilmesi gerekir³⁸⁰. Doktrinde, üçüncü kişinin, kendi payına düşenden fazla olacak şekilde eksikliği gidermesi veya eksikliğin giderilmesi için gerekli bedeli depo etmesi

kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır.”, (Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 8, 2008, ss. 1989-1990'den aktaran Yaşar, s. 310); 14. HD. T. 26.10.2004, E. 2004/5268, K.2004/7383: “*Ancak, yüklenicinin açtığı tescil davalarında olduğu gibi halefi olan üçüncü kişilerin açacağı tescil davalarında da tescile hak kazanılabilmesi için, yapının arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirilmesi, ayıp ve eksikler varsa bunların yüklenicinin halefi olan üçüncü kişi tarafından giderilmesi veya karşılığının arsa sahibine ödenmek üzere depo ettirilmesi (birlikte ifa kuralı)gerekir.”*; 14. HD. T. 16.03.1999, E. 1999/88, K. 1999/2011: “*Yüklenicinin noksan bıraktığı edimlerin, tüm edimlerine olan oranı yüzde olarak belirlenerek noksan bırakılan edimlerin pek cüz’i boyutta kaldığının anlaşılması halinde, bu noksanlıkların tamamlanması veya tutarının mahkemece gösterilecek yere yatırılması hususunda davacıya BK. 81 uyarınca önel verilmesi, keza yüklenici tarafından yerine getirilmesi kabul edilmiş olan iskanla ilgili eksikliklerin da davacı tarafından karşılanması için uygun önel verilmesi, bu koşulların oluşumu halinde tescil isteğinin kabulü aksi takdirde reddi gerekirken...”*, (Erman, Arsa Payı, s. 194-195, dn. 23). Aynı yönde: 14. HD. T. 26.04.2004, 2004/1697, 2004/3368; 14. HD. T. 20.11.2003, E. 2003/5341, K. 2003/8244; 14. HD. T. 12.04.2002, E. 2002/2090, K. 2002/2803; HGK. T. 16.6.2010, E. 2010/14-290, K. 2010/328; 14. HD. T. 5.11.2019, E. 2019/1730, K. 2019/7306, (www.kazanci.com.tr).

³⁷⁸ 14. HD. T. 13.06.2002, E. 2002/1489, K. 2002/4634: “*Ancak; eksik bırakılan iş var ise, bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta olduğu takdirde, yüklenicinin edim borcunu tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak aksi düşünce iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından, bu eksikliğin yüklenici ya da halefi olan davacı tarafından tamamlanması olanağı tanınmalıdır.”* Aynı yönde: 14. HD. T. 31.01.2002, E. 2002/276, K. 2002/549 (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁷⁹ 14. HD. T. 20.04.2007, E. 2007/427, K. 2007/4637: “*Şayet, temlik edilen alacağın dayanağı olan davalılar arasındaki borç ilişkisi (arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi) yüklenici bakımından bütünüyle ifa edilmemişse, üçüncü kişi yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur...yüklenicinin borcu kapsamında kalan eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşullar yerinde ise arsa sahibinin isteyebileceği cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklardan ve ayrıca kanundan kaynaklanan arsa sahibinin diğer alacaklarından da ondan temellük edi-len kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişi de sorumludur.”* (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁸⁰ 14. HD. T. 29.11.2007, E. 2007/13130, K. 2007/15128: “*25.02.2005 günlü bilirkişi raporunda; yapıdaki eksik ve ayıplı işlemlerin parasal karşılığı 11.140.49.-YTL saptanmış, mahkemece anılan rapor hükme esas tutulmuşsa da eksik ve ayıplı işlerin tüm bedelinden davacıların sorumlu tutulması yerine, arsa payları oranında sorumlu kılınarak 2.346.00.-YTL'nin tahsiline karar verilmesi doğru olmamıştır.”*; 14. HD. T. 30.03.2001, E. 2001/1350, K. 2001/2081: “*Ancak eksik bırakılan işin dava tarihindeki değeri hesaplattırılarak tamamının davacıya ödettirilmesi gerekirken arsa payı oranında eksik işlerden sorumlu olması alacağın temlik hükümleri ile bağdaşmaz.”*, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

halinde, yaptığı fazla ödemeyi, diğer üçüncü kişilerden talep edebileceği ileri sürülmektedir³⁸¹. Hatta Coşkun, üçüncü kişi dışında yükleniciden alacak devralan başka üçüncü kişilerin bulunması ve bu kişilerin varlığından haberdar olunması halinde, bu kişilere davanın ihbar edilmesi gerekir. Böylelikle, inşaattaki eksiklikler üçüncü kişiler arasında paylaştırılarak giderilebileceği ileri sürülmektedir³⁸².

Yargıtay’a göre, inşaat seviyesinin arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirilip getirilmediği bilirkişiler vasıtasıyla saptanmalıdır³⁸³. Yargıtay’ın son tarihli kararlarında, inşaat seviyesinin %95 ve üzeri olması halinde eksikliklerin tamamlanması veya eksikliklerin bedelinin depo edilmesi için süre verilmektedir³⁸⁴.

Ayrıca inşaat seviyesinin arsa sahibinin reddetmeyeceği bir seviye olmasına karşın, binada ayıpların bulunması durumunda, ayıpların giderilmesi veya giderilmesi için gereken bedelin depo edilmesi için üçüncü kişiye süre verilmelidir³⁸⁵. Yüklenicinin cezai şart, gecikme tazminatın veya sözleşme gereğince

³⁸¹ Yaşar, s. 302; Coşkun, s. 90.

³⁸² Coşkun, s. 89.

³⁸³ 14. HD. T. 26.10.2004, E. 2004/5268, K.2004/7383: “Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş, yerinde konusunda uzman bilirkişilerle yeniden keşif yapılarak inşaatın arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirilip getirilmediğini saptamak...”, (www.sinerji mevzuat.com.tr);

³⁸⁴ 14. HD. T. 14.03.2002, E. 2002/1376, K. 2002/1818: “...binaların tamamında yapılan işlerin tamamına oranı (yani fiziki gerçekleşme) % 95 ve sözleşmede arsa sahiplerine yapılması öngörülen işlerden, yapılanların yapılması gerekenlere oranı ise (yani yüklenicinin edimi) % 98 olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda tespit edilen eksik işlerin tamamlanması veya parasal değerinin hesaplattırılarak bu bedelin ödenmesi için davacıya mehil verilmesi gerekir.”; (www.sinerjimevzuat.com.tr). “15. HD., T. 22.6.2005, E. 2004/6534, K. 2005/3755: “...binanın tamamlanma oranının %96, yapılmayan işlerin %4 olduğu belirtilmiştir. Şu halde yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiğinden söz edilemez. Ne var ki, yüklenicinin bıraktığı %4 oranındaki noksanlığın paraya dönüştürülerek tamamlanmasının da arsa sahibi açısından tahammül edilebilir boyutta olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, üçüncü kişi olan davacı adına tescilin, yüklenicinin arsa sahibine karşı bu eksiklikten kaynaklanan borcunun davacı tarafından arsa sahibine ödenmek üzere depo edilmesi suretiyle yapılması mümkündür.”; 14. HD. T. 21.12.1998, 8913/9909: “Bununla birlikte, yüklenicinin noksan bıraktığı işler arsa sahibi tarafından tahammülü mümkün ölçüde ise ve bu eksikliğin davacı tarafından karşılanması yahut bedelinin ödenmesi şartıyla yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişilerin arsa sahibinden tescil isteme hakkı doğar. İşin %70’inin yapılmış olması halinde, eksikliğin cüz’i mahiyette olduğunun kabulü mümkün değildir.”, (Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 88-89).

³⁸⁵ 14. HD. T. 11.01.2005, E. 2004/7796, K. 2005/77: “Bütün bu araştırmalar sonunda eserin (binanın) arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirildiği, ne var ki, yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmede yer alan bazı hükümler sebebiyle sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır.”; 14. HD. T. 20.04.2007, E. 2007/427, K. 2007/4637: “...yüklenicinin borcu kapsamında kalan eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşullar yerinde ise arsa sahibinin isteyebileceği cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklardan ve ayrıca

ödemesi gereken SGK primlerini ödenmemesi halinde, üçüncü kişinin tescil talebinin ancak bunların ödenmesi halinde kabul edileceğine karar verilmektedir³⁸⁶. Hatta yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle arsa sahibinin zarara uğraması halinde, yine yüklenicinin bu zararlarının üçüncü kişi tarafından tazmin edilmediği sürece bağımsız bölümün tesciline karar verilemeyeceği belirtilmektedir³⁸⁷.

Yargıtay, imara aykırı yapının imara uygun hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiğini, mümkün olması halinde üçüncü kişiye yapıyı yasal hale getirmesi için yetki ve süre verilmesi gerektiğine karar vermektedir³⁸⁸.

kanundan kaynaklanan arsa sahibinin diğer alacaklarından da ondan temellük edilen kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişi de sorumludur.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). 14. HD. T. 20.3.2014, E. 2014/3179, K. 2014/3719: “Çekişme konusu bağımsız bölümün bulunduğu taşınmazda yapılan keşif sonucu bilirkişi kurulu tarafından hazırlanan 09.05.2011 günlü raporda, ortak alanlardaki eksik ve ayıplı işlerin bedeli toplamı 49.800 TL olarak saptanmıştır...Dolayısıyla, eksik ve ayıplı iş bedeli olan 49.800 TL'nin tamamının depo edilmesi için davacıya süre verilmeli...”, (www.kazanci.com.tr).

³⁸⁶ 14. HD. T. 20.04.2007, E. 2007/427, K. 2007/4637: “Diğer taraftan gerek mahkemelerce hükme bağlanan gerekse sulh yoluyla davalı arsa sahibine ödenmesi kararlaştırılan gecikme nedeniyle kira alacağı toplamı ve yüklenicinin 24.03.1997 günlü sözleşmenin 56. maddesi gereğince ödemesi gereken SSK prim borçları sorulup saptanarak, bunların tutarı da arsa sahibine ödenmek üzere depo ettirilmeden davanın yazılı olduğu şekilde kabulü de doğru değildir.”; 14. HD. T. 29.05.2007, E. 2007/2499, K. 2007/6455: “Diğer taraftan, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 10. maddesinde inşaatın geç tesliminden dolayı günlük 350 USD gecikme tazminatı ödeneceği kararlaştırıldığı halde, davalı arsa sahibine ödenmesi kararlaştırılan gecikme nedeniyle kira alacağı toplamının belirlenmemesi, bunların tutarı da arsa sahibine ödenmek üzere depo ettirilmeden davanın yazılı olduğu şekilde kabulü de doğru değildir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). 14. HD. T. 04.04.2008, E. 2008/2174, K. 2008/4625: “Fakat, davalı arsa maliki, davalı yükleniciye karşı Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/353 esasında kayıtlı arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart, değer ve kira kaybı istemlerini içerir alacak davası açmıştır. Anılan bu dava sonucu beklenerek yüklenicinin edimlerini arsa malikine karşı tam olarak yerine getirdiği belirlendikten sonra davanın kabulüne karar vermek gerekir.”, (Coşkun, s. 74).

³⁸⁷ 14. HD. T. 31.03.1998, E. 1998/1391, K. 1998/2554: “Ne var ki arsa sahibi ile yüklenici arasında, inşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılmamasından ve ayrıca sözleşmeye aykırı hareketten dolayı zarara uğrayan arsa sahibinin talebi üzerine; Mahkemelerce, 1993/753 Esas sayılı dosyada toplam 39.284.700 TL.sı ve yine 1991/775 Esas sayılı dosyada 23.079.998 TL.sı ve yine 1993/126 Esas sayılı dosyada 9.831.916 TL. sının yükleniciden faizi ile tahsiline dair kesinleşen kararlar verildiği görülmüştür. Eğer yüklenici bu taşınmazı kimseye satmasa idi veya satış vaadinde bulunmasa idi ve kendi üzerine tescil istese idi davalı arsa sahibi tarafından savunulan ve ibraz edilen Mahkeme kararları sonunda verilen bedelleri ödedikten sonra kendi adına tescile, müstehak olacaktı. O halde yükleniciden daire satın alan kişilerde yüklenicinin halefi olarak bu yükümlülükleri ödemek suretiyle ancak satın aldıkları dairenin Borçlar Kanunun 162. maddesi gereğince adına tescilini talep edebilirler.”, (www.kazanci.com.tr).

³⁸⁸ 15. HD. T. 11.06.2020, E. 2020/719, K. 2020/1477: “...bilirkişi raporlarına göre proje ve ruhsata aykırı olduğu anlaşıldığından, mahkemece anılan bilirkişi raporları ve ilgili belediyenin daha önceki yazı cevapları eklenerek tadilat ruhsatı ve projesi yaptırılmak suretiyle, 11 numaralı bağımsız bölüm üzerinde bulunan ve davacının satın aldığı çekme katın ifraz edilerek yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı hususu ilgili belediyeden sorulup net ve açık bir şekilde cevabı alındıktan sonra, yasal hale getirilmesi mümkünse davacıya tadilat projesi yaptırmak ve bunu yetkili belediyeden tasdik ettirerek yapıyı yasal hale getirmek üzere yetki ve mehil verilmesi...”, (www.kazanci.com.tr).

Sözleşmede, teslimin, iskan ruhsatı alınması koşuluna bağlanmasına rağmen iskan ruhsatının yüklenici tarafından alınmaması halinde, üçüncü kişiye, iskan ruhsatının alınması için uygun süre verilmesi gerekir³⁸⁹.

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince edimlerini yerine getirmemesi, birlikte ifa kuralı gereğince üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi halinde, üçüncü kişinin, yapmış olduğu masrafları alacağın temlik sözleşmesi gereğince yükleniciden talep edebileceği kabul edilmektedir³⁹⁰.

Doktrinde, Yargıtay'ın birlikte ifa uygulaması bazı yazarlar tarafından, eleştirilmektedir. Bu yazarlara göre, yüklenicinin borçlarından üçüncü kişinin sorumlu olabilmesi için BK'nın m. 174(TBK'nın m. 196) uyarınca yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslimi borçlarının dış naklinin gerçekleşmesi gerekir³⁹¹. Borcun dış naklinin gerçekleşebilmesi için alacaklının borcun naklini açık veya örtülü irade beyanıyla kabul etmesi gerekir³⁹². Bundan dolayı, inşaatta pek az veya katlanılabilecek boyuttaki eksikliklerin üçüncü kişiler tarafından tamamlanabilmesi için arsa sahibinin açık veya örtülü muvafakatinin bulunması zorunludur. TBK m. 196/2'ye göre, *“Alacaklı, çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul eder veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır.”* Buna göre, arsa sahiplerinin, üçüncü kişilerin tamamladığı veya tamamlattığı inşaata ses çıkarmamaları hatta üçüncü kişilerle iş birliğinde içinde olmaları halinde borcun dış nakline örtülü olarak muvafakat verdiğinin sayılması gerektiğini belirtilmektedir³⁹³.

Ayan ise üçüncü kişinin, ayıp ve eksiklikleri gidermek için gereken masrafları, gecikme tazminatı veya cezai şartı ödemeye ilişkin teklifinin arsa

³⁸⁹ 14. HD. T. 26.10.2004, E. 2004/5268, K.2004/7383: *“...tüm bunlardan sonra arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşmede teslim iskan alınması koşuluna bağlandığından, iskan ruhsatı alım işlerini sağlamak üzere davacıya işin mahiyetine uygun bir mehil vermek, bütün bu sayılanların sonucuna uygun bir hüküm kurmaktan ibarettir.”*, (www.sinerjimevzuat.com.tr). Aynı yönde: 14. HD. T. 25.03.2008, E. 2008/2451, K. 2008/3912, (Coşkun, s. 73).

³⁹⁰ 14. HD. T. 29.05.2007, 2499/6455: *“Kuşkusuz, temlik yoluyla ifayı talep eden üçüncü kişi, temlik sözleşmesinin dışında arsa sahibine bazı ödemeler yapmak zorunda kalmışsa, yükleniciye var olan temlik sözleşmesine dayanarak, bunların istirdadını ancak yükleniciden isteyebilir.”*, (Selimoğlu, s. 388).

³⁹¹ Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 83; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 378.

³⁹² Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 83.

³⁹³ Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 83; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 378.

sahibince reddedilmesi dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacağı için Yargıtay'ın birlikte ifaya ilişkin kararlarına katılmaktadır³⁹⁴.

(3) Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasında Geçerli Bir Alacağın Devri Bulunmalıdır

Üçüncü kişinin, devraldığı bağımsız bölümün devredilmesini talep etme şeklindeki alacak hakkını ileri sürebilmesi için alacağın devrinin geçerli şekilde kurulmuş olması gerekir³⁹⁵. Alacağın devrinin şekle uygun olarak düzenlenmemesi, taraflardan birinin fiil ehliyetinin bulunmaması, devreden tasarruf yetkisine sahip olmaması, alacağın devredilemeyecek bir alacak olması hallerinde alacağın devri geçersizdir³⁹⁶.

TBK m. 184/1'e göre, alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Alacağın devri sözleşmesinin TBK m. 184 uyarınca adi yazılı şekilde düzenlenmemesi durumunda sözleşme kesin hükümsüzdür³⁹⁷. Yargıtay ve doktrindeki hakim görüş gereğince, yüklenicinin, arsa paylarının mülkiyetinin devredilmesini talep etme şeklindeki alacak hakkının adi yazılı sözleşmeyle devredebileceği kabul edilmektedir³⁹⁸. Doktrindeki diğer görüşe göre, yüklenici ile

³⁹⁴ Ayan, s. 88, dn. 315.

³⁹⁵ 23. HD. T. 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544: “Arsa sahibi ile arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunan yükleniciden sözleşmesinde ona bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü temlik alan üçüncü kişinin, arsa sahibini (borçluyu) ifaya zorlayabilmesi için öncelikle temlik işlemini ve işlemin sıhhatini kanıtlaması gerekir.”; 14. HD. T. 3.12.2019, E. 2019/2768, K. 2019/8165: “Bunun için de davaya konu temlik işleminin geçerli olup olmadığı, arsa maliki ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenicinin borçlarının neler olduğunun sözleşme hükümleri çerçevesinde incelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.”, (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde: 14. HD. T. 5.11.2019, E. 2019/1730, K. 2019/7306; 14. HD. T. 25.9.2019, E. 2018/5776, K. 2019/5806, (www.kazanci.com.tr).

³⁹⁶ Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 558; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1461; Arıkan, Alacağın temliki, s. 153.

³⁹⁷ Gümüş, Alacağın Temliki, s. 20; Ozanemre Yayla, s. 241.

³⁹⁸ Yaşar, s. 301; Durak, s. 213; Büyükay, s. 59; Erman, Arsa Payı s. 21; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1475; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 373; Selimoğlu, s. 384; Kartal, Kat Karşılığı, s. 54; Altaş, s. 233, dn. 340; Karataş, İnşaat, s. 318; Engin, s. 14; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 514; Kartal, Arsa Payı III, s. 559; Gümüş, Alacağın Temliki, s. 14; Coşkun, s. 48; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 149.

3. HD. T. 12.02.2015, E. 2014/22074, K. 2015/2183: “Dolayısıyla, yazılı şekilde düzenlenmiş olması şartıyla, yüklenici, arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devredebilir...”; 20. HD. T. 22.10.2018, E. 2018/5142, K. 2018/6675: “Borçlar Kanunu’nun 163. maddesi hükmüne göre temlik sözleşmesi temlik edenle temlik alan arasında yazılı olarak yapılabilir. Ne var ki, alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel değildir.

üçüncü kişi arasındaki alacağın devir işlemi mülkiyetin devrini amaçlaması nedeniyle TMK m. 706/1 gereğince resmi şekilde düzenlenmesi gerekir³⁹⁹. Alacağın devri sözleşmesinin geçersiz olması halinde, devralan, BK m. 169 (TBK m. 191)'da düzenlenen devredenin garanti sorumluluğuna başvuramaz⁴⁰⁰.

(4) Alacağın Devrinin İvazlı Olması Halinde Üçüncü Kişinin Edimini İfa Etmesi Gerekir

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın devri sözleşmesinde, üçüncü kişi, genellikle, belli bir miktar bedel ödemeyi taahhüt etmektedir. Üçüncü kişinin, bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilmesi için alacağın devri sözleşmesinde belirtilen bedelin yükleniciye ödemesi gerekmektedir. Yargıtay, üçüncü kişinin bağımsız bölümün bedelini ödememesi halinde üçüncü kişinin bağımsız bölümün kendi adına tescil talebinin kabul edilmeyeceğine, satış bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi için süre verilmesi gerektiğine karar vermektedir⁴⁰¹.

Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir.”; 14. HD. T. 26.03.2007, E. 2007/2042, K. 2007/3159: “Somut olayda, davacının dayandığı 1.11.1994 günlü adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterde resmi biçimde yapılması şartı aranmaz.”. Aynı yönde: 14. HD. T. 27.11.2019, E. 2019/1822, K. 2019/7923, 14. HD. T. 5.11.2019, E. 2018/5363, K. 2019/7276, 14. HD. T. 16.10.2019, E. 2019/4; 14. HD. T. 3.12.2019, E. 2019/2768, K. 2019/8165; 14. HD. T. 24.02.2021, E. 2017/3938, K. 2021/1279, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁹⁹ Ayan, s. 311; Ejder Yılmaz, Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkını Üçüncü Kişiye Devretmesinde Uygulanması Gereken Şekil, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Sayı: 88, 1995, s. 8'den aktaran Büyükay, s. 59, dn. 103; Gönen, s. 190; Ertaş, Eşya Hukuku, s. 267.

⁴⁰⁰ Engin, s. 112.

⁴⁰¹ 14. HD. T. 25.9.2019, E. 2018/5776, K. 2019/5806: “davacılar yükleniciden dava konusu 7 numaralı bağımsız bölümü satın aldıklarını ve bedelini ödediklerini iddia etmiş olup uyumsuzluk, alacağın temlik hükümlerine göre çözüleceğinden 26.04.2009 tarihli adi yazılı sözleşme geçerli olup davacının bedelin tamamını ödediğini ispatlaması gerekir.”; 14. HD. T. 2.3.2020, E. 2019/1767, K. 2020/2489: “Diğer taraftan; kural olarak kendi edimini yerine getirmeyen taraf, karşı tarafın borcunu yerine getirmesini isteyemeyeceğinden, temlik alan davacının bağımsız bölüm bedelini yükleniciye ödemiş olması, yüklenicinin de arsa sahibine karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmiş olması gerekir.”. Aynı yönde: 14. HD. T. 5.11.2019, E. 2019/1730, K. 2019/7306, (www.kazanci.com.tr).

(5) Arsa Sahibinin İyiniyetle İfa ile Borcundan Kurtulmamış Olması Gerekir

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın devrinin geçerli olması için arsa sahibinin onayına gerek yoktur. Hatta yüklenici, arsa sahibinin haberi dahi olmadan, kendisine devri kararlaştırılan bağımsız bölümün tescilini isteme hakkını üçüncü kişiye devredebilir. Bu durumda, alacağın devrinden haberdar olmayan arsa sahibinin bağımsız bölümü yükleniciye devretmesi halinde borcundan kurtulup kurtulmayacağının incelenmesi gerekir.

Kural olarak, borçlu, alacağı devralan şahsa karşı borcunu ifa ederse borcundan kurtulur. Borçlunun, borcunu, devralan yerine devredene ifa etmesi halinde, borcundan kurtulmuş sayılmaz; devralanın alacağın ifasını talep etmesi üzerine borçlu ikinci kez borcunu ifa etmek zorunda kalır⁴⁰².

Ancak TBK m. 186 uyarınca, alacağın devredildiği devreden veya devralan tarafından borçluya bildirilmemişse, borçlunun önceki alacaklıya, alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunması halinde borcundan kurtulur. Bu durumda, devralan, borcun ifasını borçludan talep edemeyecek ancak devredene başvurarak TBK m. 112(BK m. 96) uyarınca uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir⁴⁰³.

Buna göre, yüklenicinin kişisel hakkını üçüncü kişiye devredildiği, yüklenici veya üçüncü kişi tarafından, arsa sahibine bildirilmemiş ise; arsa sahibi, iyiniyetle bağımsız bölümü yükleniciye devretmesiyle arsa sahibi borcundan kurtulmuş olur. Bu durumda, üçüncü kişi, bağımsız bölümün tescilini arsa sahibinden talep edemez. Ancak yükleniciye başvurarak TBK'nın m. 112 uyarınca zararlarının tazminini talep edebilir.

Alacağın devredildiğinin borçluya bildirilmesi, borçlunun iyiniyetini ortadan kaldırmaktadır⁴⁰⁴. Ancak alacağın devredildiği borçluya bildirilmese dahi borçlu alacağın devredildiğini başka şekilde öğrenmişse borçlunun iyiniyetli olduğundan bahsedilemez. Bu durumda, devri öğrenen borçlunun, devredene ifada bulunması

⁴⁰² Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 552; Arkan, Alacağın Temliki, s. 152; Arkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 159.

⁴⁰³ Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 553; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 104; Engin, s. 91.

⁴⁰⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1014; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 554.

halinde borcundan kurtulmuş sayılmaz, alacağı devralana karşı ifa ile yükümlü olur⁴⁰⁵.

Yukarıda belirtilen koşulların mevcut olması halinde, üçüncü kişi, arsa sahibine karşı alacak hakkını ileri sürerek bağımsız bölümün kendisine devredilmesini talep edebilir. Arsa sahibinin devre yanaşmaması halinde, üçüncü kişi, tapu iptali ve tescili davası⁴⁰⁶ açarak bağımsız bölümün kendi adına tesciline karar verilmesini talep edebilir. Yargıtay, üçüncü kişinin, bu davayı hem yükleniciye hem de arsa sahibine karşı açması gerektiğine karar vermektedir⁴⁰⁷. Üçüncü kişi, bu davada, yükleniciye karşı kişisel hakkını devraldığını, arsa sahibine karşı ise yüklenicinin edimini yerine getirdiğini ispatlamalıdır⁴⁰⁸.

c. Hukuki Sonuçları

Alacağın devriyle, devreden malvarlığında bulunan alacak hakkı devreden malvarlığına geçer⁴⁰⁹. Böylelikle, devreden, alacağın devrinden sonra, alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini yitirir⁴¹⁰. Bu nedenle, devreden, alacağı

⁴⁰⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 1014; Eren Borçlar Genel, s. 1241; Reisoğlu, s. 468

⁴⁰⁶ Aslında üçüncü kişinin, arsa sahibine karşı açacağı bağımsız bölümün kendi adına tescili talepli bu dava, tescile zorlama davasıdır. Bkz. Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 81.

Uygulamada, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ve tescile zorlama davaları için tapu iptali ve tescili davası terimini kullanmaktadır. Yolsuz tescilin düzeltilmesi ve tescile zorlama davalarının dayandıkları hukuki sebeplerin tamamen farklı olmasına rağmen iki dava türü için tapu iptali ve tescili davası teriminin kullanılması haklı olarak eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen ve Aydın, Tapu İptal, s. 185-213; Saba Özmen, “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne Ve Özellikle Yargıtay 15. HD. nin Yerleşik Kararlarındaki “Avans Tapu” Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 135, 2018, ss. 491-516, (Anayasa Mahkemesi), s. 510, dn. 23.

⁴⁰⁷ 14. HD. T. 12.04.2004, E. 2004/1174, K. 2004/2985: “*Tapu iptali ve tescil davaları tapu sicilinde malik olarak yazılan kişiye karşı açılır. Ancak temlikte bulunan yüklenici kayden malik bulunmasa dahi kendisinden daire satın alan kişiye karşı tapu verilmesinden, kayıt maliki arsa sahibi ile birlikte sorumlu olduğundan husumetin malik ile birlikte yükleniciye de yöneltilmesi gerekir.*”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁴⁰⁸ 14. HD., T. 19.4.2005, E. 2005/341, K. 2005/3563: “*Şayet bu talep üçüncü kişi tarafından ileri sürülmüşse, üçüncü kişi hakkı devir aldığı akidi olan yükleniciye, tescil istemeye hak kazandığı iddiasını arsa sahibine karşı kanıtlaması gerekir. Üçüncü kişinin, yükleniciden şahsi hakkını devir aldığı iddiası ile açtığı davada yüklenicinin taraf olması zorunludur.*”; 14. HD. T. 13.3.2012, E. 2011/14475, K. 2012/3684: “*Diğer taraftan bu gibi davalarda, davacının temlik işleminin varlığını kanıtlama yükü yükleniciye karşı olacağından, yüklenicinin davada taraf durumu alması zorunludur.*”, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁰⁹ Engin, s. 32; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146.

⁴¹⁰ Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 548; Engin, s. 19; Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146.

devrettikten sonra, alacağı tahsil edemez, borçluyu ibra edemez veya alacağı başka bir şahsa devredemez⁴¹¹.

Alacağın devri ile yalnızca alacak devredilir, sözleşmeden doğan tüm haklar, borçlar ve yetkiler yani borç ilişkisi devredilmez⁴¹². Bu nedenle, devreden, borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ile bağlı olmaya devam eder⁴¹³. Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçlarıyla arsa sahibine karşı sorumludur⁴¹⁴.

(1) Üçüncü Kişinin Yükleniciye Karşı Hukuki Durumu

TBK m. 191 uyarınca, alacağın bir ivaz karşılığında devredilmesi halinde, devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş sayılır⁴¹⁵. Yüklenici, genellikle, belirli bir bedelin ödenmesi karşılığında, bağımsız bölümün tescilini talep etmeye ilişkin alacağını üçüncü kişiye devretmesi nedeniyle, üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki alacağın devri ivazlıdır⁴¹⁶. Bu nedenle, yüklenici, TBK m. 191 gereğince, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu üçüncü kişiye garanti etmiş sayılır.

Doktrindeki bir görüşe göre, devredenin garanti sorumluluğu hükümleri ile borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerin yarışma halinde olduğu kabul edilmektedir⁴¹⁷. Buna göre, üçüncü kişi, şartların bulunması kaydıyla dilerse garanti sorumluluk hükümlerine dilerse borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere başvurabilir. Ancak devredenin garanti sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hali

⁴¹¹ Arıkan, Alacağın Temliki, s. 146.

⁴¹² Eren, Borçlar Genel, s. 1234; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Franko, s. 178; ; Uygur, Borçlar Genel, s. 811; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1446; Tunçomağ, s. 1075; Engin, s. 25.

⁴¹³ Reisoğlu, s. 462; Uygur, Borçlar Genel, s. 811; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1446; Tunçomağ, s. 1075.

⁴¹⁴ Coşkun, s. 45; Karataş, İnşaat, s. 325; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.105

⁴¹⁵ Ancak alacak bir ivaz karşılığı olmaksızın devredilmiş veya kanuni temlik söz konusu ise TBK'nın m. 191/2 uyarınca devreden veya alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.

⁴¹⁶ Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 156.

14. HD. T. 18.02.2008, 518-1796: “Genellikle de bu tür temlik sözleşmeleriyle yüklenici şahsi bir kısmını, örneğin bir veya birkaç bağımsız bölümü mülkiyetinin naklini taahhüt eder. Açılanan özelliği itibarıyla da, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik işlemi, genelde ivazlıdır.” (Selimoğlu, s. 390).

⁴¹⁷ Engin, s. 92.

olması nedeniyle devralanın garanti sorumluluk hükümlerine başvurması lehine olur⁴¹⁸.

TBK m. 191 uyarınca, devreden, devir sırasında alacağın varlığını garanti etmiş sayılır⁴¹⁹. Buna göre, alacak hakkının hiç veya devreden malvarlığında mevcut olmaması halinde devreden garanti sorumluluk hükümlerine başvurulabilir⁴²⁰. Örneğin, şekle aykırılık, ehliyet vb. nedenlerle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olması halinde alacak hakkı mevcut olmadığından yüklenicinin garanti sorumluluğu doğar⁴²¹.

Yüklenicinin üçüncü kişiye devrettiği alacak hakkının konusu, kendisine kalacak bağımsız bölüm değil de arsa sahibine kalacak bağımsız bölüm ise yüklenicinin malvarlığında buna ilişkin bir alacak hakkı mevcut değildir. Bu durumda, üçüncü kişi, devreden garanti sorumluluk hükümlerine başvurulabilir⁴²².

Devreden, alacağın devrinden önce, aynı alacağı başka bir kişiye devretmesi durumunda, alacak ilk devir işlemiyle devreden malvarlığından çıkar, ikinci devir sırasında alacak devreden malvarlığında bulunmadığından devreden garanti sorumluluğu doğar⁴²³.

Borçlunun herhangi bir defî hakkını(ödemezlik, zamanaşımı defî vb.) ileri sürerek alacağı ifa etmek etmekten kaçınması, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede alacağın devri yasaklanması hallerinde devreden garanti sorumluluk hükümlerine başvurulabileceği kabul edilmektedir⁴²⁴.

Ayrıca alacak hakkının, ifa, ibra, takas ve dönme nedeniyle sona ermesi durumunda da yüklenicinin garanti sorumluluğu söz konusu olur⁴²⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temerrüt nedeniyle ileriye etkili sona ermesi halinde, yüklenicinin üçüncü kişiye devredileceği kararlaştırılan bağımsız bölüme hak kazanamaması halinde de garanti hükümlerine başvurulabilir⁴²⁶.

⁴¹⁸ Yener, Garanti Sorumluluğu, s.72; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 565; Engin, s. 69.

⁴¹⁹ İleride doğacak alacakların devrinde, devreden alacağın varlığından sorumluluğunun, alacağın ileride doğduğu ana ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Yener, Garanti Sorumluluğu, s. 72

⁴²⁰ Engin, s. 109.

⁴²¹ Coşkun, s. 50; Engin, s. 109.

⁴²² Coşkun, s. 52.

⁴²³ Coşkun, s. 50-53; Engin, s. 109-111.

⁴²⁴ Engin, s. 109-111.

⁴²⁵ Coşkun, s. 50; Engin, s. 109-111.

⁴²⁶ Coşkun, s. 51.

Devredenin garanti sorumluluğunun kapsamının düzenlendiği TBK m. 193/4'e göre, devralan, devredene ifa ettiği karşı edimin faizi ile geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri, borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri ve devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını devredenden talep edebilir.

Alacağın devri sözleşmesinin, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması, konusunun imkânsız olması veya devir engelinin bulunması hallerinde, garanti sorumluluk hükümlerine başvurulması mümkün değildir⁴²⁷.

Ayrıca TBK m. 191 uyarınca, devreden, borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş sayılır. Buna göre, devir sırasında veya alacak devirden sonra muaccel olacaksa muacceliyet tarihinde borçlunun edimi yerine getirebilme gücüne sahip olup olmadığından sorumludur⁴²⁸.

(2) Üçüncü Kişinin Arsa Sahibine Karşı Hukuki Durumu

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında alacağın devri sözleşmesinin yapılmasıyla, bağımsız bölümün devrini talep edilmesine ilişkin alacak hakkı yüklenicinin malvarlığından çıkar üçüncü kişinin malvarlığına geçer. Böylelikle, üçüncü kişi, bağımsız bölümün kendi adına tescilini arsa sahibinden talep edebilir⁴²⁹.

Kural olarak, alacağın devriyle, yalnızca alacak ve alacağı bağlı haklar üçüncü kişiye geçer, devredenın sözleşmeden doğan borçları devralana geçmez. Buna göre, yüklenicinin kişisel hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde, yüklenicinin sözleşmeden doğan inşaatı tamamlama ve teslimi borçları üçüncü kişiye geçmez, yüklenici bu borçlarından sorumlu olmaya devam eder⁴³⁰. Ancak Yargıtay, yüklenicinin kişisel hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde, üçüncü kişinin ifa

⁴²⁷ Yener, Garanti Sorumluluğu, s. 71; Arıkan, Üçüncü Kişiyeye Devri, s. 158.

⁴²⁸ Yener, Garanti Sorumluluğu, s. 73

⁴²⁹ Karataş, İnşaat, s. 320; Yener, Üçüncü Şahıslara Devri, s. 376.

⁴³⁰ Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 82; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 103; Reisoğlu, s. 462; Eren, Borçlar Genel, s. 1234; Hatemi ve Gökyayla, s. 357.

etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumlu olduğunu kabul etmektedir⁴³¹.

d. Yüklenicinin Aynı Bağımsız Bölüme İlişkin Birden Fazla Alacağın Devri Sözleşmesi Yapması Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Alacağın devriyle, devre konu alacak, devreden malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçeceğinden dolayı devreden, devre konu alacak üzerinde tasarruf yetkisi son bulur. Bundan dolayı, alacağı devreden alacaklı, aynı alacağı ikinci kez devredemez⁴³². Hangi alacağın temlik işleminin önce yapıldığından anlaşılamaması hallerinde, temlik işlemlerinin hepsi geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁴³³. Tasarruf işlemleri için kabul edilen aynı konuya ilişkin birden fazla tasarruf işlemi yapılması halinde önceki tarihli tasarruf işlemi geçerli olacağı kuralı alacağın devri için de geçerlidir⁴³⁴.

Yüklenicinin, aynı bağımsız bölüme ilişkin alacak hakkını birden fazla kişiye devretmesi halinde, sonraki tarihli alacağın devirleri geçersizdir. Çünkü yüklenici alacak hakkını devrettikten sonra alacak yüklenicinin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçer. Yüklenicinin alacak üzerinde tasarruf yetkisi son bulur⁴³⁵. Önceki tarihli devir sözleşmesinin devralanı arsa sahibine başvurarak

⁴³¹ 14. HD. T. 29.05.2007, E. 2007/2499, K. 2007/6455: “Şayet, temlik edilen alacağın dayanağı olan davalılar arasındaki borç ilişkisi (arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi) yüklenici bakımından bütünüyle ifa edilmemişse, üçüncü kişi yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur.”, (Karataş, İnşaat, s. 328). 15. HD. T. 12.04.2007, 484/2400: “Davalı üçüncü kişiler, yükleniciden bağımsız bölüm satın almaları nedeniyle kural olarak, yüklenicinin temerrüdünden sorumlu tutulamaz iseler de; somut olayda, davalılar yarım kalan inşaatın tamamlanmasını yüklenici namına üstlendikleri ve karşı davalarında yükleniciye ait olup arsa sahibi tarafından satıldığı iddia olunan 5 nolu bağımsız bölümün bedelini tazminat olarak istediklerinden, sözleşmeyi devraldıklarının ve yüklenicinin edimini üstlendiklerinin kabulü zorunludur. Bu halde davalılar, sözleşme konusu işle ilgili yüklenicinin halefi durumuna geldiklerinden, arsa sahiplerinin gecikmeden doğan zararlarını tazmin etmeleri gerekir.”, (Selimoğlu, s. 384).

⁴³² Eren, Borçlar Genel, s. 1228; Hatemi ve Gökyayla, s. 361; Reisoğlu, s. 466; Oğuzman ve Öz, Borçlar Genel, s. 544; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1449; Ozanemre Yayla, s. 220; Engin, s. 19; Arıkan, Üçüncü Kişiye Devri, s. 166.

⁴³³ Reisoğlu, s. 466; Karahasan, Borçlar Genel, s. 1449

⁴³⁴ Ozanemre Yayla, s. 224.

⁴³⁵ Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 85; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 106.

HGK. T. 22.11.2017, E. 2017/14-2265, K. 2017/1435: “Yüklenicinin kişisel hakkını devretmesinin en önemli sonucu devredilen arsa payı alacağının yüklenicinin mal varlığından çıkıp, devralan üçüncü kişinin mal varlığına geçmesidir. Bu devir anlaşması ile yüklenici arsa payı alacağı

bağımsız bölümün tescilini talep edebilir⁴³⁶. Ancak sonraki tarihli devir sözleşmesinin devralanı ise bağımsız bölüme hak kazanamaz ancak devir anında alacak mevcut olmadığından yüklenicinin garanti sorumluluğuna gidebilir⁴³⁷.

Yargıtay kararlarına göre, aynı bağımsız bölüme ilişkin birden fazla temlik sözleşmesinin yapılması halinde önemli olan husus temlik tarihidir. Önceki tarihli temlik sözleşmesinin yani adi yazılı veya noterde taşınmaz satış vaadi şeklinde düzenlenmesinin bir önemi yoktur. Çünkü Yargıtay gerek adi yazılı satış gerek noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmelerini alacağın temlikli sözleşmesi olarak kabul etmektedir⁴³⁸. Doktrinde, Yargıtay'ın önceki tarihli devrin geçerli olduğuna ilişkin kararlarının kötüye kullanılarak yüklenicilerin sonradan eski tarihli adi yazılı alacağın devri düzenleyerek başka bir şahsın bağımsız bölüme hak kazanmasına

üzerindeki tasarruf yetkisini kaybeder. Dolayısıyla yüklenicinin bu alacak üzerinde artık herhangi bir şekilde tasarruf etmesi mümkün değildir.”; (www.kazanci.com.tr).

⁴³⁶ 14. HD. T. 31.3.2015, E. 2014/17357, K. 2015/3524: “Uygulamada yüklenicinin aynı bağımsız bölümü değişik tarihlerde bir veya birden fazla üçüncü kişiye alacağın temlik yoluyla veya satış vaadi sözleşmesi yaparak temlik ettiği, temlik alan bir veya daha fazla kişinin aynı bağımsız bölüm üzerinde hak iddiasında bulunduğu sıkça görülmekte olup, böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olmaktadır. Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır.”; 14. HD. T. 23.9.2014, E. 2014/4280, K. 2014/10295: “Görüldüğü üzere davalı yüklenici inşaat sözleşmesi uyarınca kazandığı hakkını birden fazla kişiye temlik etmiştir. Kural olarak şahsi hakların yarışması durumunda geçerliliğini yitirmediği veya sözleşmeden dönülmediği sürece önceki tarihi taşıyan sözleşmeye değer verilir.”; 14. HD. T. 8.4.2008, E. 2008/3661, K. 2008/4795: “...satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya birkaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile),diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir.”. Aynı yönde: 14. HD. T. 27.10.2004, E. 2004/5252, K. 7424, (Kostakoğlu, s. 1057).

⁴³⁷ Ertaş, Hak ve Borçların Devri, s. 85; Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 379.

⁴³⁸ 14. HD. T. 18.3.2014, E. 2013/16460, K. 2014/3665: “Uygulamada yüklenicinin aynı bağımsız bölümü değişik tarihlerde bir veya birden fazla üçüncü kişiye alacağın temlik yoluyla veya satış vaadi sözleşmesi yaparak temlik ettiği, temlik alan bir veya daha fazla kişinin aynı bağımsız bölüm üzerinde hak iddiasında bulunduğu sıkça görülen bir durumdur. Bunun gibi malikin, satış vaadi sözleşmesine konu yaptığı bir taşınmazı sonradan bir başka kişiye satış vaa dinde bulunması da mümkündür. Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olur. Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Yukarıda vurgulandığı üzere, burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya birkaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir.”; 14. HD. T. 20.11.2003, E. 2003/5341, K. 2003/8244: “Davaya konu olayda, 30.9.1988 tarihli, 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklanan koşullar davalı (karşı davacı) Necati lehine gerçekleştiğinden, mukaddemlik ilkesi gereğince Necati ile yüklenici arasında düzenlenen ilk satış sözleşmesine değer verilmesi gerekirken mahkemece, "noterde yapılmayan gayrimenkul satış sözleşmesinin geçerli olmadığı, davacı Cumali 'ye yapılan satış vaa dinin geçerli olduğu" gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”, (www.kazanci.com.tr).

sebebiyet verdiklerini böylelikle adalete aykırı sonuçların meydana geldiği belirtilmektedir⁴³⁹.

Yüklenici, alacak hakkını üçüncü şahsa devrettikten sonra bağımsız bölümü başka bir şahsa tapuda devredebilir. Bu durumda, kişisel hak ile aynı hakkın yarışması söz konusu olup aynı hakka üstünlük tanınır. Bağımsız bölümün devri, alacağın devrinden sonra gerçekleşse dahi devralanın kazanımı korunur. Taşınmazın bir başka şahsa tapuda devredilmesi halinde, üçüncü şahıs, kişisel hakkını, bağımsız bölümü devralana ileri süremez. Ancak bağımsız bölümün muvazaalı olarak devredilmesi halinde, üçüncü kişi muvazaa iddiasını ispatlayarak hukuki nedenin muvazaa nedeniyle geçersiz olması nedeniyle tescilin yolsuz tescil hükmünde olduğunu ileri sürerek bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilir⁴⁴⁰.

Üçüncü kişi, yüklenici ile taşınmazı devralan arasındaki taşınmaz satış sözleşmesinin tarafı olmadığından muvazaa iddiasını her türlü delille ispatlayabilir⁴⁴¹. Taşınmazı tapuda devralan kişinin, devraldığı bağımsız bölümün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerden biri olduğu hatta yüklenicinin bu bağımsız bölüme ilişkin kişisel hakkını üçüncü kişiye devrettiği bilmesi, tek başına, muvazaa iddiasının ispatlanması için yeterli değildir⁴⁴².

⁴³⁹ Aydoğdu ve Kahveci, s. 265.

⁴⁴⁰ Erman, Arsa Payı, s. 197.

14. HD. T. 31.3.2015, E. 2014/17357, K. 2015/3524: “Dosya kapsamına, toplanan delillere göre, davaya konu taşınmazın öncelikle davacıya satılarak teslim edildiği, davacının eksiklikleri tamamlayarak taşınmazı kullanmakta olduğu, davalı ...'nin taşınmazı doğrudan 13.03.2007 tarihinde tapudan devir almasına ve 2007 tarihinden itibaren davacı taşınmazda ikamet etmesine rağmen 2010 yılına kadar uyumsuzluk çıkarmadığı, bu dava açıldıktan sonra men'i müdahale ve ecrimisil davası açtığı anlaşılmaktadır. Davalı ...'nin davaya konu bağımsız bölümü 13.03.2007 tarihinde kayden satın almış olmasına rağmen 2010 yılına kadar ilgilenmemesi ve taşınmazda üçüncü kişinin oturmasına itiraz etmemesi hayatın olağan akışına uygun düşmez. Bu durumda davalının iyiniyet savunması yerinde olmadığı gibi kendisine yapılan satışın muvazaalı olduğu anlaşılmakla mahkemece davanın kabulü gerekirken...” (www.kazanci.com.tr).

⁴⁴¹ Eren, Borçlar Genel, s. 363.

⁴⁴² HGK. T. 19.04.2000, E. 2000/1-735, K. 2000/789: “Öte yandan davalı ve karşı davacı Yaşar Yüksekdağ'ın tapuda çekişmeli bağımsız bölümü devralırken salt davacı ve karşı davalının harici satıştan kaynaklanan kişisel hakkının varlığını bilmesi onu kötü niyetli kılmaz. Zira tapuda resmi sözleşme yapılırken davalı ve karşı davacı, bayinin malik olduğunu gösteren, gerçeğe uygun bir tapu kaydına güvenerek iktisapta bulunmuştur. Ayrıca davalı ve karşı davacı, taşınmazın bedelini ödemek ve şekle uygun geçerli bir sözleşme yapmak suretiyle mülkiyet hakkını devralmıştır. Medeni Kanunun 931 maddesinin “tapu sicilindeki kayda hüsnüniyetle istinat ederek mülkiyet veya diğer bir aynı hakkı iktisap eden kimsenin bu iktisabı muteber olur.” Hükmü karşısında davalı ve karşı davacının iyi niyetli olup olmadığını tapu sicilindeki kayıtlarla sınırlı olmak üzere değerlendirilmesinde zorunluluk vardır. Gerek Medeni Kanunun değinilen maddesi gerekse bu maddeyi tamamlayan 932 ve 933 maddelerinin açık hükümlerine göre aynı hak edinirken tapu

Üçüncü kişinin, yüklenicinin aynı bağımsız bölümü başka bir şahsa devretmesi nedeniyle bağımsız bölüme kavuşamaması durumunda, alacağın devri hükümleri gereğince devredenin garanti sorumluluğu hükümlerine başvurulabilir⁴⁴³.

III. YÜKLENİCİNİN ARSA SAHİBİNİN KENDİSİNE VERDİĞİ TEMSİL YETKİSİ/VEKALETNAMEYLE BAĞIMSIZ BÖLÜMÜ ÜÇÜNCÜ KİŞİYE TAPUDA DEVRETMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

Uygulamada, yüklenicinin, tapu harç ve masraflarından kurtulmak amacıyla, kendisine kalacak bağımsız bölümü tapuda kendi üzerine alıp daha sonra üçüncü kişiye tapuda devretmek yerine arsa sahibinden satış yetkisi içerir temsil yetkisi/vekaletname almaktadır. Aksi takdirde, yüklenici, bağımsız bölümü tapuda arsa sahibinden devralıp akabinde üçüncü kişiye tapuda devredecek, böylelikle iki kez tapu harcı ödeyecektir. Bunun yerine, arsa sahibinden taşınmaz satış ve tescil yetkisi içeren temsil yetkisi/vekaletname almakta bu temsil yetkisi/vekaletnameyle bağımsız bölümü tapuda doğrudan üçüncü kişiye devretmektedir⁴⁴⁴.

Arsa sahibi, her bir bağımsız bölümün satışı yetkisine ilişkin peyder pey temsil yetkisi/vekaletname verebileceği gibi yükleniciye devredilecek bağımsız bölümlerin tamamının satışına ilişkin temsil yetkisi/vekaletname verebilir⁴⁴⁵.

Doktrinde, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenmesine ilişkin verilecek temsil yetkisi/vekaletnamenin resmi geçerlilik şekline tabi olup olmadığı hususu tartışmalı olup⁴⁴⁶ baskın görüşe göre, temsil yetkisi/vekalet sözleşmesinin geçerliliğinin şekle tabi olduğunu düzenleyen kanuni bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, herhangi bir şekle tabi değildir⁴⁴⁷.

kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığını bilmesi aynı hak sahibini kötü niyetli kılmaz.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁴⁴³ Coşkun, s. 50-53; Engin, s. 109-111.

⁴⁴⁴ Ayan, s. 301, dn. 536.

⁴⁴⁵ Erman, Arsa Payı, s. 182.

⁴⁴⁶ Veysel Başpınar, “Taşınmaz Satımında Vekalet”, *AÜHFD*, Cilt: 45, Sayı: 1, 1996, ss. 483-504; Feyzioğlu, s. 97-101.

⁴⁴⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 189; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 121; Yavuz, s. 130; Gümüş, Borçlar Özel, s. 120; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 213; Başpınar, s. 49-497; Feyzioğlu, s. 101; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 131,132.

Tapu Sicil Tüzüğü’nün m. 18/4 hükmünde, istem vekâleten yapılmışsa, vekilden Noterlik Kanunu’na göre düzenlenmiş vekaletnamenin talep edileceği düzenlenmiştir. Noterlik

Tapuda yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde, arsa sahibi satıcı, üçüncü kişi alıcı, yüklenici ise satıcı olan arsa sahibinin temsilcisi olarak görünmektedir. Halbuki üçüncü kişiyle sözleşme görüşmelerini yapan, satış bedelini üçüncü kişiden tahsil eden arsa sahibi değil yüklenicidir. Aslında arsa sahibi, bağımsız bölümün satış yetkisini içerir vekaletname vererek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmektedir⁴⁴⁸. Tüm bu nedenlerle, tapuda gerçekleşen taşınmaz satış sözleşmesinde gerçek satıcı arsa sahibi değil yüklenicidir⁴⁴⁹. Yargıtay da tapuda yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde görünürde satıcı olarak arsa sahibi görünse de gerçekte satıcının yüklenici olduğunu kabul etmektedir⁴⁵⁰.

IV. ARSA SAHİBİNİN YÜKLENİCİNİN TALİMATIYLA BAĞIMSIZ BÖLÜMÜ ÜÇÜNCÜ ŞAHSA TAPUDA DEVRETMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin, tapu harç ve masraflarından kurtulmak amacıyla, kendisi bırakılan bağımsız bölümleri devralmadan doğrudan üçüncü şahıslara devretmesine ilişkin arsa sahibine talimat vermesine sıklıkla rastlanılmaktadır. Böylelikle, arsa sahibi, yüklenicinin talimatı

Kanunu'nun m. 89'da da tapuda işlem yapılmasını gerektiren vekaletnamelerin noterde düzenleme şeklinde düzenleneceği kabul edilmiştir. Ancak Noterlik Kanunu'nun şekle ve usule ilişkin olması nedeniyle bu kanunla maddi hukuka ilişkin bir kural koyulamayacağı, anılı hükümlerde belirtilen şeklin geçerlilik şekli değil ispat şekli olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Eren, Borçlar Özel, s. 189; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 121, Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 213; Feyzioğlu, s. 102; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 479; Eren, Mülkiyet, s. 210.

Aksi görüşte: Taşınmaz satışı sözleşmesinin resmi şekilde düzenlemesi zorunlu olduğundan bunun yapılmasına ilişkin verilecek temsil yetkisi/vekaletnamenin de resmi şekilde düzenlenmesi zorunlu olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Aral ve Ayrancı, s. 187.

⁴⁴⁸ Erman, Arsa Payı, s. 181.

⁴⁴⁹ Ayan, s. 31, dn. 45; Arat ve Akçaal, s. 374-375.

Aksi görüşte: Sarı, arsa sahibinin yükleniciye temsil yetkisi vermesiyle, yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir vekalet sözleşmesinin kurulduğunu, yüklenicinin vekalet sözleşmesinden doğan taşınmaz bedelini arsa sahibine verme borcunun bulunduğu, yüklenicinin bu borcu ile arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa paylarını devri borcunun tarafların anlaşması neticesinde ifa yerine edim olarak son bulduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Sarı, s. 284, dn. 34.

⁴⁵⁰ HGK. T. 30.03.1979, E. 842, K. 359: “Her ne kadar satış sözleşmesi müteahhitle davacı arasında arsa sahibine vekaleten gerçekleşmiş ise de arsa karşılığı daire yapımına ilişkin sözleşmelerde genellikle arsa sahibi haklarını güvence altına almak amacıyla müteahhit adına tapuda devir işlemi yaptırmamakta, ancak müteahhide kalan dairelerin tapuda üçüncü kişilere intikalini sağlamak için müteahhide vekalet vermektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak görülmekte ise de müteahhide kalan daireler açısından gerçekte satıcı müteahhittir.”, (Yargıtay Kararları Dergisi, 1980, s. 843, aktaran Erman, Arsa Payı s. 181, dn. 8).

doğrultusunda, yükleniciye kalacak bağımsız bölümü, üçüncü şahsa tapuda devretmektedir. Üçüncü kişi de bunun karşılığında, bağımsız bölümün satış bedelini yükleniciye ödemektedir. Böylelikle yüklenici, arsa paylarını arsa sahibinden devralırken ödenmesi gereken tapu harç ve masraflarını ödemekten kurtulmaktadır.

Arsa sahibinin, arsa paylarını tapuda üçüncü şahsa devrederken düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinde her ne kadar satıcı olarak arsa sahibi, alıcı olarak ise üçüncü kişi olarak görünmekte ise gerçekte satıcı yüklenicidir. Çünkü üçüncü kişi ile sözleşme görüşmelerini yapan ve satış bedelini tahsil eden yüklenicidir. Arsa sahibi, yalnızca, yüklenicinin talimatıyla, bağımsız bölümü yüklenicinin akdettiği sözleşmenin tarafı olan üçüncü şahsa tapuda devretmektedir. Böylelikle, arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeden gereğince borçlandığı edimi yerine getirilmiş sayılır⁴⁵¹.

Arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklendiği edimin ifası amacıyla yüklenicinin talimatıyla bağımsız bölümü üçüncü kişiye mi devrettiği yoksa arsa sahibinin kendi iradesiyle sözleşme ilişkisi kurduğu üçüncü kişiye mi devrettiği önem taşımaktadır. Arsa sahibinin, yüklenicinin talimatıyla devrettiğinin kabulü halinde, arsa sahibinin temerrüt nedeniyle dönme hakkını kullanması durumunda bağımsız bölümü iadesini üçüncü kişiden talep edebilecektir. Ancak üçüncü kişinin, yüklenicinin talimatı olmaksızın arsa sahibinin devretmesi halinde arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullansa dahi bağımsız bölümün iade söz konusu olmayacaktır⁴⁵².

Arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye kalacak bağımsız bölümü yüklenicinin talimatıyla üçüncü şahsa devrettiğini iddia

⁴⁵¹ 15. HD. T. 15/12/1997, E. 1997/4379, K. 1997/5378: “Ancak, somut olayda davacı arsa sahipleri, üzerinde inşaat yapılması kararlaştırılan taşınmazda kat irtifakının kurulduğunu, 10 bağımsız bölümün adlarına 18 bağımsız bölümün ise sözleşmenin 3. maddesinde düzenlenen hüküm uyarınca ve yüklenicinin talimatı ile onun öngördüğü ... Konut Yapı Kooperatif adına tescil edildiğini ileri sürmüştür. Mahkemece, bu iddia üzerinde durularak, parsellere ait işlem dosyaları tapudan getirtilip, gerçekten 18 bağımsız bölümün kat irtifakının davalı yüklenicinin isteği ile dava dışı ... Yapı Kooperatifine üzerine tescil edilip edilmediği araştırılarak, bu iddia doğru ise, arsa sahipleri sözleşmeden doğan edimlerini tapu devrini sağlayıp yerine getirmiş olmakla...”, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁵² 1.HD. T. 31.03.2004, E. 2004/3324, K. 2004/3631: “Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

etmesi halinde bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür⁴⁵³. Arsa sahibinin yüklenicinin talimatıyla bağımsız bölümü üçüncü şahsa devrettiğini ispatlaması halinde, arsa sahibinin o bağımsız bölüme ilişkin edimini yerine getirmiş sayılır ve yüklenici borcun ifa edilmediğini ileri süremez⁴⁵⁴.

Arsa sahibinin yüklenicinin talimatıyla veya talimatı olmaksızın bağımsız bölümün devretmesine ilişkin uyuşmazlıkların değerinin miktarı, genellikle, HMK m. 200/1’de belirtilen miktarı geçeceğinden bu iddianın kural olarak senetle ispatlanması gerekir. Ancak HMK m. 200/2 uyarınca, karşı tarafın açık muvafakatinin bulunması halinde, tanık anlatımlarıyla da ispatlanabilir. Yargıtay, dava değerinin miktarı nedeniyle tanık anlatımlarıyla bu iddiasını ispatlanabilmesinin mümkün olmadığına, tapuda yapılan devrin yüklenicinin talimatı ile yapıldığını aynı derecede delille ispat edilmesine zorunlu olduğuna karar vermektedir⁴⁵⁵. Yüklenici ile bağımsız bölümü devralan üçüncü kişi arasında yapılan alacağın devri sözleşmesi, yüklenicinin adi yazılı bir talimatı, üçüncü kişi tarafından satış bedelinin yükleniciye ödendiğine dair banka kaydı, havale ya da ödeme kaydıyla ispatlanabilir⁴⁵⁶. Bağımsız

⁴⁵³ 15 HD. T. 5.11.2020, E. 2020/2006, K. 2020/292: “Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye düşen dairelerin arsa sahibi tarafından satılması ve arsa sahibinin söz konusu taşınmazları yüklenicinin talimatı ile sattığını iddia etmesi halinde ispat külfeti arsa sahibine düşmektedir.”; 23. HD. T. 20.11.2017, E. 2016/4133, K. 2017/3304: “...kural olarak tapudan 3. şahsa pay devreden arsa sahibinin bu devrin yüklenicinin talimatıyla yapıldığını ispat etmesi gerekmekte olup davalı arsa sahiplerinin savunmaları...”; 15. HD. T. 09.07.2007, E. 2007/3258, K. 2007/4639: “Bu nedenle, tapuda yapılan satış işleminin aksini, kural olarak davalının İspat etmesi gereklidir. Tatbikatta bu şekilde yani satışların doğrudan arsa sahibi tarafından yapıldığına sıkça rastlanılmaktadır. Yanlar arasındaki sözleşmenin 3. maddesinde de bağımsız bölümlerin tapularının yüklenici tarafından gösterilecek şahıslara arsa sahibi tarafından devredileceği kararlaştırılmıştır. Bu durumda davalı arsa sahibinin devir için talimat verildiğini ispatlaması gerektiğinden...”, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁵⁴ Erman, Arsa Payı, s. 54.

⁴⁵⁵ 15. HD. T. 09.07.2007, E. 2007/3258, K. 2007/4639: “Bu durumda davalı arsa sahibinin devir için talimat verildiğini ispatlaması gerektiğinden, mahkemece dava değerinin miktarı itibariyle davada şahit dinlenilmesi mümkün değildir.”, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁵⁶ 15. HD. T. 10.02.2020, E. 2019/2084, K. 2020/357: “Yazılı belge niteliğinde olan resmi senedin aksinin kanıtlanabilmesi için davacı arsa sahiplerinin bu savunmasını davalı yüklenici ile bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişi arasında yapılan alacağın temlik niteliğindeki belge, üçüncü kişi tarafından satış bedelinin yükleniciye ödendiğine dair banka kaydı, havale ya da resmi belge sunulması gerekir.”; 15 HD. T. 5.11.2020, E. 2020/2006, K. 2020/292: “Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye düşen dairelerin arsa sahibi tarafından satılması ve arsa sahibinin söz konusu taşınmazları yüklenicinin talimatı ile sattığını iddia etmesi halinde ispat külfeti arsa sahibine düşmektedir. Arsa sahibinin, bu iddiasını ispat etmesi hususunda Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre, adi de olsa yüklenicinin yazılı bir talimatı veya yüklenici ile alıcılar arasında yapılmış yazılı bir sözleşmenin varlığı aranmaktadır.”; 15. HD. T. 3.12.2018, E. 2018/2201, K. 2018/4791: “...arsa sahibinin resmi akit tablosunun aksini ispat külfeti kolaylaştırılarak yüklenici ile üçüncü kişi arasında bağımsız bölümün temlikine ilişkin adi yazılı sözleşmenin ya da yüklenicinin arsa sahibine yaptığı yazılı talimatı bulunup bunların yüklenici tarafından isticvap edilerek ya da belge tanıklarınca doğrulanması ile kanıtlanabileceği kabul edilmektedir.”; 15. HD.

bölümü satın alan üçüncü kişide anılı nitelikte belgelerin bulunması ihtimaline karşılık, mahkeme tarafından üçüncü kişi dinlenmeli, HUMK m. 334(HMK m. 221) uyarınca üçüncü kişide varsa yükleniciden bağımsız bölümü satın aldıklarına dair ödeme belgeleri ibraz ettirilmelidir⁴⁵⁷. Ayrıca arsa sahibine yemin teklifinin bulunduğu hatırlatılmalıdır⁴⁵⁸.

T. 14.5.2018, E. 2018/687, K. 2018/1911: “Bu halde arsa sahiplerinin de üçüncü kişilere yapılan devrin yüklenicinin izin, muvafakat ve talimatı ile yüklenici adına devredildiğini yasal delillerle kanıtlamaları halinde sorumluluktan kurtulması mümkündür. Dairemiz uygulamalarında arsa sahiplerinin yüklenici imzasını taşıyan muvafakatname, izin yazısı ya da üçüncü kişi ile yüklenici arasında yapılan ve geçerli olarak kurulan şahsi hakkın temlikine ilişkin adi yazılı temlik belgesi ile de kanıtlanabileceği kabul edilmektedir.”; 15. HD. T. 05.05.2004, E. 2003/5484, K. 2004/2520: “Yüklenici, (7) numaralı bağımsız bölümü 2.12.1997 tarihinde satış vaadi ile dava dışı V. G.'e temlik etmiş, 7 numaralı bağımsız bölümün tapusu da yüklenicinin temlikine dayanılarak doğrudan davalı arsa sahibince V. G.'e verilmiştir. Bu olguyu tanık olarak dinlenen V. G. de doğruladığından, davacı ile dava dışı V. G. arasındaki 2.12.1997 tarihli satış vaadi sözleşmesinin başka türlü izahı düşünülemez. Kaldı ki, davacı 29.4.1998 tarihli ihtarında sözleşme uyarınca ödenmesi gereken miktar bakımından dava dışı V. G.'i temerrüde düşürerek de temlik işleminin kendisi tarafından yapıldığını teyit etmiştir. Bütün bu nedenler dikkate alındığında davalı arsa sahibinin tapudaki satış işlemini davacının şahsi hakkını temlik ettiği kişiye onun talimatıyla yaptığını gösterir.”, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁵⁷ 23. HD. T. 10.11.2015, E. 2014/5409, K. 2015/7178: “Hukuk Dairesi'nin ve Dairemizin yerleşik uygulamalarında kural olarak tapudan 3. şahsa pay devreden arsa sahibine bu devrin yüklenicinin talimatı ile yapıldığını aynı derecede delille ispat etmesi zorunludur. Bu sebeple arsa sahibinden bu konudaki delilleri istenip satışla ilgili üçüncü kişiler elinde delilleri varsa üçüncü kişinin mahkemece HUMK'nın 333 vd. maddeleri uyarınca isticvabı ile varsa bu kişinin elinde bulunan satışa dair belgelerin celbedilip incelenmesi...”; 15. HD. T. 27.06.2012, E. 2012/514, K. 2012/4870: “Yükleniciye ait bağımsız bölümün tapuda onun talimatıyla arsa sahibince 3. kişiye devredilmediğinin ileri sürüldüğü hallerde dairemizin yerleşik uygulamalarında dava dışı 3. kişinin mahkemece isticvabı ile varsa bu kişinin elinde bulunan satışa ilişkin belgelerin celb edilip incelenmesi...”; 15. HD. T. 08.12.2011, E. 2010/4203, K. 2011/7292: “Bu durumda mahkemece öncelikle 9 numaralı bağımsız bölümü devralan dava dışı A.'in isticvap edilerek daireyi kimden aldığı ve bedelini kime nasıl ödediğinin sorulup, açıklattırılması, varsa yükleniciyle aralarında yapılmış devir sözleşmesi ya da 9 numaralı dairenin kendisine tapuda devrine dair arsa sahibine verdiği muvafakatnamenin ibraz ettirilmesi...”, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁵⁸ 15. HD. T. 09.07.2007, E. 2007/3258, K. 2007/4639: “...satışların davacının talimatı ile yapıldığının ispatı açısından davalının davacıya yemin teklif hakkının bulunduğu hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmelidir.”; 15. HD. T. 27.06.2012, E. 2012/514, K. 2012/4870: “...bu inceleme sonucunda davalı savunmasının kanıtlanamaması halinde davalı arsa sahibinin satışının davacının talimatıyla yapıldığı hususunda davacıya yemin teklif hakkının hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.”; 23. HD. T. 10.11.2015, E. 2014/5409, K. 2015/7178: “...bu inceleme sonucunda arsa sahibinin savunmasının kanıtlanamaması halinde arsa sahibinin yaptığı satışın yüklenicinin talimatıyla yapıp yapılmadığı hususunda yükleniciye yemin teklif hakkının arsa sahibine hatırlatılarak, bu hak kullanıldığında, yüklenicinin yemini eda etmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE
ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMEŞİ HALİNDE
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

I. GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

A. Genel Olarak Yüklenicinin Temerrüdü Kavramı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin ediminin ifası mümkün olmasına rağmen süresinde inşaatı tamamlamaması veya inşaatı tamamlamakla birlikte zamanında teslim etmemesi durumunda yüklenicinin temerrüdü gerçekleşir⁴⁵⁹.

Yüklenicinin temerrüdüne ilişkin kanunda özel bir düzenleme bulunmamakta olup yüklenicinin temerrüdü halinde kanunun genel hükümlerinde düzenlenen borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır⁴⁶⁰. Ancak belirtmek gerekir ki bu hükümler emredici nitelikte olmayıp taraflar aksini sözleşmede kararlaştırabilirler⁴⁶¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü konusunun geniş kapsamlı olması nedeniyle çalışmamızda bu konunun ayrıntılı olarak ele alınması mümkün değildir. Çalışmamızın bu bölümünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde yüklenici ile sözleşme akdeden üçüncü kişinin hukuki durumu incelenmeye çalışılacaktır.

⁴⁵⁹ Atamulu, s. 95; Ayan, s. 92; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 123.

⁴⁶⁰ Aral ve Ayrancı, s. 395; Atamulu, s. 96; Ayan, s. 93; Büyükay, s. 79; Eren, Borçlar Genel, s. 1098; Kurşat, s. 370; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 142; Öz, Dönme, s. 153; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 22; Zevkliler ve Gökyayla, s. 492; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 123; Aydın, s. 428.

⁴⁶¹ Ayan, s. 171; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995, (Temerrüt), s. 36.

B. Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları

Yüklenicinin temerrüdü için bazı koşulların bulunması gerekir. Bu koşullar: borcun ifası mümkün olmalı, borç muaccel olmalı, borç ifa edilmemiş olmalı, alacaklı ihtarda bulunmalı ve borcun yerine getirilmemesi hukuka aykırı olmalıdır⁴⁶². Yüklenicinin temerrüde düşmesi için yüklenicinin kusurunun bulunması gerekmez⁴⁶³. Ancak yüklenicinin kusurlu olması, yüklenicinin temerrüdünün bazı sonuçları (gecikme tazminatı, müspet tazminat vb.) bakımından önem arz eder⁴⁶⁴.

1. Yüklenicinin Borcunun İfası Mümkün Olmalı

Borçlunun temerrüdü, borcun ifasının mümkün olmasına rağmen yüklenicinin edimini zamanında yerine getirmemesidir. Bu nedenle, yüklenicinin temerrüdünden bahsedebilmek için borcun ifasının mümkün olması gerekir⁴⁶⁵. Yüklenicinin borcunun ifasının imkansız olması halinde, borçlunun temerrüdünden bahsedilemez⁴⁶⁶.

⁴⁶² Havutçu, Temerrüt, s. 24-31; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, (Dönme), s. 101-103; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 124-125.

⁴⁶³ Halil Akkanat, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, ss. 1-49, s. 44; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 919; Atamulu, s. 128; Ayan, s. 168; Büyükcay, s. 203; Dayınlarlı, s. 73; Enli, s. 97-98; Havutçu, Temerrüt, s. 23; İbrahim Kaplan, “İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar”, **Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1999, ss. 377-393, (Süre Uzatımı), s. 381; Karataş, İnşaat, s. 153; Kurşat, s. 147; Önen, s. 37; Reisoğlu, s. 370; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 130; Zevkliler ve Gökyayla, s. 491; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 80.

Aksi görüşte: Serozan, Dönme, s. 239.

⁴⁶⁴ Akkanat, s. 45; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 919; Aral ve Ayrancı, s. 395; Eren, Borçlar Genel, s. 1098; Reisoğlu, s. 370; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 70.

HGK. T. 28.09.2021, E. 2017/2615, K. 2021/1102: “Genel olarak borçlu temerrüdünde aranan ilk şart “edimin ifa olanağı bulunması” dır. Şayet edimin ifası objektif olarak imkânsızsa borçlu temerrüdünden söz edilemez.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁴⁶⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın yeniden yapılmasının mümkün olması hallerinde imkansızlıktan söz edilemez. Bkz. Atamulu, s. 116; Kurşat, s. 371; Öz, Dönme, s. 161; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 44, 47.

⁴⁶⁶ Akkanat, s. 1; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 912; Atamulu, s. 114; Buz, Dönme, s. 101; Dayınlarlı, s. 62; Eren, Borçlar Genel, s. 1090; Kurşat, s. 372; Önen, s. 36; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 144; Öz, Dönme, s. 155-156; Reisoğlu, s. 370.

HGK T. 24.2.2016, E. 2014/23-724, K. 2016/168: “Genel olarak borçlu temerrüdünde aranan ilk şart edimin ifa olanağı bulunmasıdır. Şayet edimin ifası objektif olarak imkânsızsa borçlu temerrüdünden söz edilemez.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

Başlangıçtaki objektif imkansızlığın düzenlendiği TBK m. 27/1'e göre, sözleşmenin kurulma anında, borçlunun ediminin ifasının objektif olarak imkansız olması halinde sözleşme kesin hükümsüzdür⁴⁶⁷. Bu nedenle, başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüz bir sözleşmede yüklenicinin temerrüdü söz konusu olamaz⁴⁶⁸. Sözleşmenin başlangıcında sübjektif imkansızlığın bulunması halinde ise sözleşme geçerli şekilde kurulur⁴⁶⁹ ancak sübjektif imkansızlık nedeniyle borçlu edimini yerine getiremeyeceğinden borçlu borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olur⁴⁷⁰. Bu nedenle başlangıçtaki sübjektif imkansızlığın bulunması halinde, yüklenicinin temerrüdü hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir⁴⁷¹.

Borçlunun temerrüdünden önce, borcun yerine getirilmesinin sonradan ortaya çıkan bir nedenden dolayı sürekli ve objektif olarak imkansız hale gelmesi halinde, temerrüt hükümleri değil imkansızlık hükümleri uygulanır⁴⁷². TBK m. 136'a göre, borçlunun ediminin, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle sonradan imkansızlaşması halinde, sözleşme sona erer⁴⁷³.

Ayrıca eser sözleşmesinde, sonraki imkansızlığa ilişkin olarak özel hükümler kabul edilmiştir⁴⁷⁴. TBK'nın m. 485/1'e göre, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay nedeniyle eserin tamamlanması imkânsızlaşırsa⁴⁷⁵ yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. Bu hükme göre, işsahibi ile ilgili

⁴⁶⁷ Atamulu, s. 114-115; Büyükay, s. 67; Hatemi ve Gökyayla, s. 247; Karataş, İnşaat, s. 169; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 144, 844; Reisoğlu, s. 346.

⁴⁶⁸ Öz, Dönme, s. 157.

⁴⁶⁹ Reisoğlu, s. 347; Vedat Buz, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994, (İmkansızlık), s. 24.

⁴⁷⁰ Reisoğlu, s. 347.

⁴⁷¹ Ayan, s. 155.

⁴⁷² Akkanat, s. 16; Ayan, s. 156; Erman, Arsa Payı, s. 66.

Yüklenicinin üzerinde inşaat yapacağı taşınmazın kamulaştırılması, inşaatın yapılmasına sonradan izin verilmemesi, deprem veya toprak kayması nedeniyle inşaatın yapılmamasının mümkün olmaması sonraki objektif imkansızlık hallerine örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 327; Aral ve Ayrancı, s. 430-431; Arpacı, s. 198; Fikret Eren, "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 18 – 29 Mart 1996, **BATİDER Yayını**, Ankara, 1996, ss. 89-103, (İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi), s. 99.

⁴⁷³ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 848; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 26, 182.

⁴⁷⁴ Buz, İmkansızlık, s. 25; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 184;

⁴⁷⁵ Yüklenicinin üzerinde inşaat yapacağı taşınmazın kamulaştırılması, deprem veya toprak kayması nedeniyle inşaatın yapılamaması iş sahibi ile ilgili durumlardan kaynaklanan ifanın imkansızlaştığı hallere örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Buz, İmkansızlık, s. 28.

beklenmedik olay nedeniyle borcun imkânsızlaşması durumunda sözleşme sona erer⁴⁷⁶.

TBK m. 486/1 gereğince, yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılan eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi hallerinde sözleşme sona erer. Yüklenici tarafından tamamlanan inşaatın arsa sahibi tarafından yararlanabilecek nitelikte olması halinde, arsa sahibi, eseri kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür⁴⁷⁷. Doktrinde, bir eser sözleşmesinde, yüklenicinin kişisel özelliğinin önemli olup olmadığına ilişkin genel bir değerlendirme yapılamayacağı, somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁷⁸.

TBK m. 483/1 uyarınca, eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa arsa sahibi, inşaatı eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin bedelini talep edemez. Buna göre, eserin beklenmedik olay sonucu yok olmasına rağmen edimin yerine getirilmesi mümkün olduğu sürece imkansızlık söz konusu olmaz, yüklenicinin edim yükümlülüğü devam eder⁴⁷⁹. Ancak eserin beklenmedik olay sonucu yok olması nedeniyle yüklenicinin ediminin ifasının kusursuz imkansızlaşması halinde sözleşme sona erer⁴⁸⁰.

Doktrinde, yüklenicinin, inşaatı tamamlamayıp teslim etmeyeceğini açıkça ortaya koyması durumunda⁴⁸¹, hangi hükümlerinin uygulanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre; yüklenicinin borcunu ifa etmeyeceğini açıkça ortaya koyması durumunda, yüklenicinin yapma borcunun ifasının cebri icra yoluyla sağlanamayacağından dolayı borç imkansızlaşır. Bu durumda, alacaklı, vadeyi beklemek zorunda kalmaksızın kusurlu imkansızlık hükümlerine başvurabilir⁴⁸². Diğer görüşe göre; yüklenicinin şahsı dikkate alınarak yapılmış bir inşaat sözleşmesi

⁴⁷⁶ Doktrinde, sözleşmenin kendiliğinden mi yoksa arsa sahibinin sözleşmeyi feshiyle mi sona ereceği tartışmalıdır. Bkz. Aral ve Ayrancı, s. 431; Eren, Borçlar Özel, s. 708; Karataş, İnşaat, s. 462; Öz, Dönme, s. 163; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 239; Öz, İmkansızlık, s. 29, dn. 40.

⁴⁷⁷ Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 243.

⁴⁷⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 48; Ayan, s. 158.

⁴⁷⁹ Atamulu, s. 120; Enli, s. 73, Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 187-188; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 229.

⁴⁸⁰ Aral ve Ayrancı, s. 428; Enli, s. 75; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 317; Zevkliler ve Gökyayla, s. 570 Ayan, s. 159; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 187-188.

⁴⁸¹ Yüklenicinin açıkça inşaatı devam etmeyeceğini beyan etmesi, sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmesi, irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi iptal ettiğini, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi, ekonomik durumunun bozulması nedeniyle inşaatı devam edemeyeceğinin bildirmesi veya inşaatı yarım bırakarak terk etmesi hallerinde yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağına ilişkin iradesini ortaya koyduğu kabul edilmektedir. Bkz. Ayan, s. 159.

⁴⁸² Büyükkay, s. 204; Öz, Dönme, s. 159.

söz konusu ise imkansızlık hükümleri, yüklenicinin şahsının dikkate alınmadığı bir inşaat sözleşmesi söz konusu ise borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerekir⁴⁸³. Borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilmek için borcun muaccel olması beklenmelidir⁴⁸⁴. Ancak borçlunun borcunu yerine getirmeyeceğinin bildirmesi nedeniyle, alacaklının, ihtar ve ek süre vermesine gerek yoktur⁴⁸⁵. Diğer bir görüşe göre ise; yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağını açıkça ortaya koyması borca aykırılık teşkil eder, bu durumda iş sahibi genel borca aykırılık hükümlerine başvurabilir⁴⁸⁶.

Yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra yüklenicinin ediminin ifasının imkansızlaşması halinde; yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihten borcun imkansızlaştığı tarihe kadar temerrüt hükümleri, imkansızlaştığı tarihten sonraki sürece ilişkin imkansızlık hükümleri uygulanır⁴⁸⁷.

2. Yüklenicinin Borcu Muaccel Olmalı

Yüklenicinin temerrüdünün diğer bir şartı, yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etme borcunun muaccel olması yani arsa sahibinin edimin ifasını borçludan talep edebiliyor olmasıdır⁴⁸⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin niteliği gereği, taraflar, genellikle, teslim zamanını sözleşmede kararlaştırırlar⁴⁸⁹. Taraflar, teslim zamanını, belirli bir

⁴⁸³ Ayan, s. 160.

⁴⁸⁴ Ayan, s. 160; Önen, s. 40.

⁴⁸⁵ Ayan, s. 160.

⁴⁸⁶ Kurşat, s. 369.

⁴⁸⁷ Akkanat, s. 16; Atamulu, s. 116; Ayan, s. 189; Büyükay, s. 206; Kurşat, s. 374; Öz, Dönme, s. 160.

⁴⁸⁸ Akkanat, s. 8; Atamulu, s. 96; Ayan, s. 94; Buz, Dönme, s. 101; Eren, Borçlar Genel, s. 1092; Havutçu, Temerrüt, s. 24; Önen, s. 37-38; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 142; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 123.

HGK. T. 28.09.2021, E. 2017/2615, K. 2021/1102: “*Borçlu temerrüdünde aranan diğer bir şart da “borcun muaccel olması”dır. Borç istenebilir hâle gelmeden temerrütten bahsedilemez. Zira muacceliyet alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisini ifade eder.*”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). Aynı yönde: HGK T. 24.2.2016, E. 2014/23-724, K. 2016/168, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁴⁸⁹ Sözleşmede, teslim zamanı belirtilmeksizin inşaatın tamamlanma zamanının kararlaştırılması da mümkündür. Bu durumda, BK m. 74(TBK m. 90) gereğince, inşaatın tamamlanmasıyla birlikte, teslim borcu derhal muaccel hale gelir. Bkz. Ayan, s. 96-97.

tarih veya bir inşaat süresi olarak kararlaştırmaktadır⁴⁹⁰. Sözleşmede kararlaştırılan belirli teslim tarihinin gelmesiyle veya inşaat süresinin dolmasıyla teslim borcu muaccel hale gelir⁴⁹¹.

Sözleşmede inşaat süresinin kararlaştırıldığı durumlarda, bu sürenin başlangıcı, genellikle, belirli bir olayın(inşaat ruhsatının alınması gibi) gerçekleşmesine bağlanmaktadır⁴⁹². Bu durumda, belirlenen olayın gerçekleşmesiyle birlikte inşaat süresi işlemeye başlayacaktır⁴⁹³. Bu olayın gerçekleşmesinin yüklenicinin bir fiili gerektirmesi durumunda, yüklenicinin, dürüstlük kurallarına aykırı olarak bu fiili yerine getirmeyi geciktirmesi söz konusu olabilir. Örneğin, inşaat süresinin inşaat ruhsatının yüklenici tarafından alınmasından itibaren 36 ay olarak belirlendiği bir sözleşmede, yüklenici, dürüstlük kuralına aykırı olarak inşaat ruhsatının alınması için gerekli başvuruları yapmayı geciktirebilir. Böyle bir durumda, dürüstlük kuralları gereğince, somut olaydaki inşaata ilişkin inşaat ruhsatının alması için gereken makul süre tespit edilmeli, makul sürenin dolmasıyla inşaat süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir⁴⁹⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslim tarihi kararlaştırılmamış olabilir. TBK m. 90'a göre, ifa zamanının taraflarca kararlaştırılmadığı durumlarda, hukuki ilişkinin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel hale gelir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etme borcunun niteliği gereği, bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etmesi için işin niteliği gereği makul bir süreye ihtiyacı vardır. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ifa

⁴⁹⁰ Ayan, s. 97; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 122-123; Aral ve Ayrancı, s. 394; Büyükay, s. 78; Kartal, Kat Karşılığı, s. 75; Kurşat, s. 131; Karataş, İnşaat, s. 164; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 128; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 78.

⁴⁹¹ Ayan, s. 95; Kurt, Süre Uzatımı, s. 158; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.66; Atamulu, s. 97.

⁴⁹² Ayan, s. 97. Sözleşmede inşaat süresinin başlangıcının kararlaştırılmaması durumunda, inşaat süresi, sözleşmenin yapılmasıyla başlar. Bkz. Ayan, s. 164.

⁴⁹³ Ayan, s. 98; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 142.

⁴⁹⁴ Atamulu, s. 98; Ayan, s. 99, 111; Büyükay, s. 300

23. HD. T. 10.07.2012, E. 2012/2688, K. 2012/4766: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın ruhsat tarihinden itibaren iki yıl içinde tamamlanacağı belirtildiğinden yüklenici inşaat ruhsatını almak için makul sürede merciine başvurmalıdır. Somut olayda olduğu gibi sözleşme tarihinden yaklaşık 35 ay sonra yapılan başvurunun makul sürede yapıldığını kabul etmek olanaklı değildir...O halde, mahkemece İmar Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, yüklenicinin yapı ruhsatını alabileceği makul süre belirlenerek, belirlenen bu süreye ilave iki katın yapımı için gereken sürenin de eklenmesi suretiyle yüklenicinin teslimde temerrüde düştüğü tarih belirlenerek, bu tarihten teslim tarihine kadar arsa maliki davacının istemi göz önüne alınarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

zamanının kararlaştırılmadığı hallerde, yüklenicinin borcu, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir sürenin dolmasıyla muaccel olur⁴⁹⁵. Makul süre, somut olayın tüm özellikleri, işin niteliği dikkate alınarak deneyimli ve uzman bir yüklenicinin işi mutad araç, gereç ve iş gücünü kullanarak normal çalışma temposuyla binayı inşa etmek için ihtiyaç duyduğu süre göz önünde bulundurularak tespit edilir⁴⁹⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin zamanında inşaatı tamamlamasına engel olabilecek gecikmeler yaşanabilir. Taraflar, genellikle, gecikmeye neden olacak olayları belirterek bu olayların meydana gelmesi durumunda inşaat süresinin uzayacağını kararlaştırmaktadır⁴⁹⁷.

Doktrinde, sözleşmede, buna ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması durumunda dahi gecikmeye neden olan bazı olayların meydana gelmesi durumunda inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmektedir⁴⁹⁸. Arsa sahibi veya arsa sahibinin davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin gecikmeye neden olan olaya sebebiyet vermesi veya bu olayın arsa sahibinin hakimiyet alanından kaynaklanması durumunda inşaat süresi uzar⁴⁹⁹. Örneğin; yüklenicinin ödemezlik def'i hakkını ileri sürmesi⁵⁰⁰, arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi⁵⁰¹, idarenin yüklenicinin

⁴⁹⁵ Akkanat, s. 15; Atamulu, s. 104-105; Ayan, s. 100; Büyükay, s. 202; Erman, Arsa Payı, s. 62; Öz, Dönme, s. 155; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 143; Ayan, s. 102-103; Kurşat, s. 134.

Aksi görüş: Yüklenicinin borcunun muaccel olması için makul sürenin geçmesi yeterli olmayıp arsa sahibinin muacceliyet bildiriminde bulunması gerekir. Bkz. Atamulu, s. 105; Erman, Arsa Payı, s. 62; Öz, Dönme, s. 155; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 143.

⁴⁹⁶ Aral ve Ayrancı, s. 394-395; Aydoğdu ve Kahveci, s. 666; Büyükay, s. 202; Karataş, İnşaat, s. 164; Kurşat, s. 133; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 129; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 66; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 123.

⁴⁹⁷ Kurt, Süre Uzatımı, s. 162-163. Sözleşmede, gecikmeye neden olan olayın inşaat süresini ne kadar uzatacağının kararlaştırılması durumunda, sözleşmede belirtilen süre kadar inşaat süresi uzar. Ancak sözleşmede buna ilişkin bir hükmün bulunmaması ve tarafların bu hususta anlaşamaması durumunda uyuşmazlık hakim tarafından çözülür. Bkz. Kurt, Süre Uzatımı, s. 165-166.

⁴⁹⁸ Aral ve Ayrancı, s. 395; Ayan, s. 104-105; Kurt, Temerrüt, s. 166; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 69; Zevkliler ve Gökyayla, s. 491-492.

⁴⁹⁹ Aral ve Ayrancı, s. 395; Ayan, s. 109, 112, 116; Enli, s. 56; Kaplan, Süre Uzatımı, s. 385; Kurt, Temerrüt, s. 167; Zevkliler ve Gökyayla, s. 491-492.

⁵⁰⁰ Aral ve Ayrancı, s. 395; Ayan, s. 119; Büyükay, s. 220; Enli, s. 63; Kaplan, Süre Uzatımı, s. 382; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 511; Kurşat, s. 164; Kurt, Temerrüt, s. 168; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 149; Zevkliler ve Gökyayla, s. 491-492; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 80.

15. HD. T. 28.12.2005, E. 2005/6399, K. 2005/7137: "...ayrıca arsa sahibinin sözleşmenin 12. Maddesindeki ferağ yükümlülüğünü zamanında yerine getirmeyerek işin süresinin uzamasına neden olduğu ve bu nedenle verilmesi gereken ilave süreyi bilirkişi marifetiyle belirleyip teslim tarihine ilave etmemiş olması da bozmayı gerektirmiştir.", (Enli, s. 63, dn. 189).

⁵⁰¹ Arpacı, s. 271-272, Ayan, s. 114-115; Büyükay, s. 222; Enli, s. 56-59; Kaplan, Süre Uzatımı, s. 383; Kurt, Temerrüt, s. 169; Zevkliler ve Gökyayla, s. 492; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 80-81.

kusuru olmayan nedenlerle inşaatı geçici olarak durdurması⁵⁰², yüklenicinin zamanında başvurmasına rağmen idareden alınması gereken izinlerin alınmasında gecikilmesi⁵⁰³ durumlarında inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmektedir. Tarafların anlaşması veya arsa sahibinden kaynaklanan zorunlu nedenlerle iş değişikliği veya ek iş yapılması nedeniyle teslimde gecikilmesi durumunda, inşaat süresi uzar⁵⁰⁴. Tarafların hakimiyet alanı dışında meydana gelen mücbir sebep (savaş, olağanüstü hal, sıkıyönetim, sokağa çıkma yasağı, deprem, heyelan, vb.) nedeniyle yaşanan gecikme halinde⁵⁰⁵ inşaat süresinin uzayıp uzamayacağı doktrinde tartışmalıdır⁵⁰⁶. Yargıtay, tarafların hakimiyet alanı dışında meydana gelen mücbir sebeplerin gecikmeye neden olması durumunda, inşaat süresine ek sürenin eklenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁵⁰⁷.

⁵⁰² Ayan, s. 117-118; Kurt, Süre Uzatımı, s. 179.

⁵⁰³ Atamulu, s. 107; Ayan, s. 118. 15. HD. T. 17.05.2005, E. 2005/2830, K. 3054: “Ruhsat alımı için yüklenici tarafından zamanında müracaat edilmesine rağmen idari mercilerden kaynaklanan sebeplerle ruhsat alımı gecikmiş ise bu takdirde yüklenicinin gecikmeden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

Aksi görüşte: Kurt, idareden alınması gereken izinleri alma yükümlülüğünün yükleniciye yüklenmesi durumunda, idareden kaynaklı gecikmeler sebebiyle inşaat süresinin uzamayacağını kabul etmektedir. Bkz. Kurt, Süre Uzatımı, s. 180.

⁵⁰⁴ Arpacı, s. 272-273; Ayan, s. 123-125; Kurt, Süre Uzatımı, s. 175-176.

15. HD. T. 22/11/2007, E. 2007/239, K. 2007/7413: “...keza 14.12.1998 tarihli ek sözleşmede bir kısım imalat değişikliklerine yer verildiğinden değişikliklerin etkisi varsa bu iş için gerekli sürenin teslim süresine eklenmesi gerekir.”, (Atamulu, s. 108, dn. 114).

Yargıtay, bir kararında, yüklenicinin ek iş yapmasına iş sahibinin karşı çıkmaması durumunda inşaat süresine ek sürenin eklenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. 15. HD. T. 11.02.1994, E. 1993/2335, K. 1994/724: “Bu durumda işin zamanında teslim edilmemesinde inşaatın düşünüldüğünden büyük yapılmasının etken olduğu açıktır. Esasen bu fazlalığa davacı da ses çıkartmamış ve kabul etmiştir. Öyle olunca mahkemece bilirkişiden ek rapor alınarak fazla yapılan işin, teslim süresini ne kadar etkileyeceğinin belirlenmesi ve bu ek sürenin teslim zamanına eklenerek...”, (Ayan, s. 124, dn. 135).

⁵⁰⁵ Mücbir sebep yüklenicinin edimini imkansızlaştırmamakta yalnızca edimin ifa edilmesine bir süre engel olmaktadır. Mücbir sebep nedeniyle, yüklenicinin ediminin ifasının imkansızlaşması halinde, sonraki kusursuz imkansızlık hükümleri gereğince sözleşme sona erer. Bkz. Büyükey, s. 210.

⁵⁰⁶ Doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Ayan, s. 127-128; Arpacı, s.277; Enli, s. 65-66; Kaplan, Süre Uzatımı, s. 392; Kurt, Süre Uzatımı, s. 184-188.

⁵⁰⁷ 15. HD. T. 11.12.2007, E. 2006/7442, K. 2007/7996: “Ancak davalı, Devrek’te yaşanan sel felaketi ile deprem nedeniyle projenin değişmesinin görüldüğünü, bu hususların inşaatın yapımını geciktirdiğini savunduğuna göre davalı savunması üzerinde durulmalı, belediyesinden sorulmalı, deprem ve selin inşaat süresine etkisi araştırılarak mücbir sebep var ise bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle ilave süre hesaplatılmalı...”, (Büyükey, s. 215, dn. 533). 15. HD. T. 14.11.2002, 2729/5155: “Ancak, yörede, 17.08.1999 tarihinde deprem meydana geldiği ve bunun mevcut inşaatları etkilediği bilinen bir vakıadır. O bakımdan mahkemece ilgili İmar Müdürlüğünden 17.08.1999 tarihli depremden ötürü inşaat ne gibi işlem uygulandığı, inşaatın durdurulup durdurulmadığı ve bunun süresinin ne olduğu sorulmalı, bu süre işin teslim tarihine eklenerek teslim süresi saptanıp varsa davacı alacağı buna göre hesaplanmalıdır.”, (Karataş, İnşaat, s. 166).

3. Yüklenici Edimini Yerine Getirmemiş Olmalı

Yüklenicinin temerrüdünün gerçekleşebilmesi için inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi mümkün ve muaccel olmasına rağmen yüklenicinin inşaatı tamamlamaması veya tamamlamakla birlikte teslim etmemesi gerekir⁵⁰⁸.

4. Arsa Sahibi Yükleniciye İhtarda Bulunmalı veya TBK m. 117/2 Gereğince İhtara Gerek Olmayan Bir Hal Somut Olayda Bulunmalı

TBK m. 117/1'e göre, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının borçluya ihtarda bulunması gerekir. Buna göre, kural olarak, arsa sahibinin, yükleniciyi edimin ifasına davet eden bir irade açıklamasında bulunması gerekir⁵⁰⁹. Bu irade açıklamasının herhangi bir şekilde yapılmasına gerek yoktur⁵¹⁰.

Ancak TBK m. 117/2 hükmünde belirtilen bir durumun bulunması durumunda borçlunun temerrüdü için alacaklının ihtarda bulunmasına gerek yoktur⁵¹¹. Bu hükme göre, *“Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bugünün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur.”*

TBK m. 117/2'e göre, sözleşmede belirli vadenin kararlaştırılması halinde, alacaklının ihtarına gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşer. Belirli vade, borçlunun ifa edeceği tarihin belirli veya belirlenebilir olmasıdır⁵¹². Sözleşmede, teslim

⁵⁰⁸ Ayan, s. 92; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 124.

⁵⁰⁹ Atamulu, s. 112; Buz, s. 101-102; Dayınlarlı, s. 63; Eren, Borçlar Genel, s. 1093; Önen, s. 41. Alacaklının, borçlu aleyhine ifa dava açması veya borçluya ödeme emri göndermesinin ihtar koşulunu sağladığı kabul edilmektedir. Bkz. Akkanat, s. 28; Dayınlarlı, s. 69; Havutçu, Temerrüt, s. 26; Öz, Dönme, s. 173.

⁵¹⁰ Dayınlarlı, s. 67-68; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 125.

Ancak TTK m. 18/3'e göre tacirler arasındaki sözleşmede borçluyu temerrüde düşürmeye yönelik yapılacak ihtarın noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekir. Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 150; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 125.

⁵¹¹ Doktrinde bazı yazarlar tarafından, ek süre verilmesine gerek olmayan durumların kıyasen ihtara gerek olmayan durumlar için uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Atamulu, s. 113; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 132.

⁵¹² Ayan, s. 163; Havutçu, Temerrüt, s. 28-29.

tarihinin, belirli bir tarih şeklinde kararlaştırması halinde belirli vade söz konusudur. Sözleşmede, sürenin başlangıcının belirli bir olayın(inşaat iznini alınmasından itibaren 12 ay) gerçekleşmesine bağlandığı durumlarda, belirli vadenin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır⁵¹³.

Ayrıca yüklenicinin, borcunu yerine getirmeyeceğinin ciddi ve kesin şekilde ortaya koyması durumunda, arsa sahibinin ihtarda bulunmasına gerek olmaksızın yüklenici temerrüde düşer⁵¹⁴. Borçlunun, alacaklının kendisine ihtarda bulunmasını engelleyici davranışlarda bulunması durumunda da alacaklının ihtarda bulunmasına gerek yoktur⁵¹⁵.

5. Yüklenicinin Borcunu Yerine Getirmemesi Hukuka Aykırı Olmalı

Doktrinde, borçlunun temerrüde düşmesi için borçlunun borcunu ifa etmemesinin borcu aykırı bir davranış teşkil etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵¹⁶. Yüklenicinin sahip olduğu bir defa hakkına dayanarak ifaden kaçınması veya alacaklının temerrüdü nedeniyle borcunu ifa edememesi borca aykırı bir davranış teşkil etmez⁵¹⁷. Bu nedenle, arsa sahibinin, hazırlık faaliyetlerini yerine getirmemesi veya haklı bir nedene olmaksızın teslimden kaçınması yani alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda, yüklenicinin temerrüde düşmez⁵¹⁸. Yine yüklenicinin

⁵¹³ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşmenin başlangıcı olayın ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığından borcun ifa edileceği anın belirlenebilir olmaması nedeniyle belirli vadenin söz konusu değildir. Bkz. Akkanat, s. 33; Kartal, Kat Karşılığı, s. 107-108; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 151. Diğer görüşe göre ise; sürenin başlangıcının belirli bir olayın gerçekleşmesine bağlandığı vadenin belirli vade olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Ayan, s. 164-165.

⁵¹⁴ Atamulu, s. 113; Ayan, s. 167; Erman, Arsa Payı, s. 76. Bazı yazarlar ise, borçlunun borcunu yerine getirmeyeceğinin açık ve kesin şekilde ortaya koymasının yeterli olmadığını, borçlunun bu davranışından ihtarın yarar sağlamayacağını anlaşılmaması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. Akkanat, s. 39; Önen, s. 46.

⁵¹⁵ Akkanat, s. 37, 40; Atamulu, s. 113; Dayınlı, s. 72; Önen, s. 45.

⁵¹⁶ Buz, s. 103; Eren, Borçlar Genel, s. 1098; Havutçu, Temerrüt, s. 31; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 125.

⁵¹⁷ Ayan, s. 168; Buz, s. 103; Havutçu, Temerrüt, s. 32; Öz, Dönme, s. 171-172; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 149; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 125.

⁵¹⁸ Atamulu, s. 126; Ayan, s. 168; Buz, s. 103; Havutçu, Temerrüt, s. 32; Öz, Dönme, s. 171-172; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 149; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, s. 461.7

ödemezlik veya zamanaşımı defini ileri sürerek ifadan kaçınması halleri hukuka uygun olup yüklenici temerrüde düştüğünden bahsedilmez⁵¹⁹.

C. Yüklenicinin Temerrüdünün Hukuki Sonuçları

1. Arsa Sahibinin Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Etmesi

Arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesine rağmen borcun aynen ifa edilmesini talep edebilir. Çünkü yüklenicinin temerrüde düşmesi, yüklenicinin ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁵²⁰. Buna göre, yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibi aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir. Alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilmesi için borçluya ek süre vermesine gerek yoktur⁵²¹.

Arsa sahibi, edimin aynen ifası için yükleniciye karşı ifa davası açabilir. Veya TBK m. 113/1 uyarınca⁵²² masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisinin veya başkasının edimi ifa etmesi için mahkemeden izin verilmesini talep edebilir⁵²³. Doktrinde, arsa sahibinin, inşaatın tamamlanması gereken masrafların yükleniciden peşin olarak alınmasının da talep edilebileceği ileri sürülmektedir⁵²⁴. Hatta Yargıtay,

⁵¹⁹ Atamulu, s. 126; Ayan, s. 168; Buz, s. 103; Havutçu, Temerrüt, s. 32; Öz, Dönme, s. 171-172; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 149.

⁵²⁰ Ayan, s. 172; Havutçu, Temerrüt, s. 37; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 126; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 72.

⁵²¹ Atamulu, s. 128; Dayınlarlı, s. 84-85; Erman, Arsa Payı, s. 86; Önen, s. 68; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 133; Kurşat, s. 396; Hatemi ve Gökyayla, s. 259; Büyükay, s. 229; Reisoglu, s. 381; Akman, Burcuoglu ve Altop, s. 946; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 259.

Aksi görüşte: karşılıklı borç yükleyen sözleşmede, alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilmesi için ek süre vermesi gerekir. Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1115; Karataş, İnşaat, s. 157.

⁵²² TBK m. 113/1: “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.”

⁵²³ Büyükay, s. 229; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 514; Kurşat, s. 392; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 152-153. 23. HD. T. 10.10.2018, E. 2015/8897, K. 2018/4622: “Nama ifa, TBK’nın 125/.... Fıkrası kapsamında aynen ifa kapsamında değerlendirilir. Bir başka ifade ile nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu nedenle arsa sahibi nama ifa talep ettiğinde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). 15. HD. T. 24.05.2007, E. 2006/590, K. 2007/3512: “Yüklenicinin edimini yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi halinde, masrafi yükleniciye ait olmak üzere bu eksikliklerin giderilmesi arsa sahiplerince BK’nın 97. Maddesi uyarınca mahkemeden talep edilebilir.”, (Karataş, İnşaat, s. 559).

⁵²⁴ Ayan, s. 179-180; Erman, Arsa Payı, s. 90.

arsa sahibinin, masrafları karşılayacak oranda yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin satışı için izin ve yetki talep edilebileceğini kabul etmektedir⁵²⁵.

Arsa sahibinin aynen ifa talebi üzerine yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etmesi veya arsa sahibinin mahkemeden aldığı izinle inşaatı tamamlaması veya tamamlattırılması hallerinde, arsa sahibinin, yükleniciye devredilmesi kararlaştırılan arsa paylarını devretmesi gerekir⁵²⁶.

TBK m. 118'e göre, "*Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*" Alacaklının, aynen ifa talep edebilmesi için borçlunun kusurlu olmasına gerek olmamasına karşın gecikme tazminatının talep edebilmesi için kusurlu olması gerekir⁵²⁷. Gecikme tazminatı müspet zarar niteliğinde olup edim zamanında ifa edilseydi alacaklının malvarlığının bulunacağı durum ile mevcut durumu arasındaki farkın giderilmesi gerekir⁵²⁸.

Arsa sahibinin talep edebileceği gecikme tazminatı, fiili zararlar veya yoksun kaldığı kara ilişkin olabilir⁵²⁹. Arsa sahibinin uğramış olduğu fiili zararlar, arsa sahibinin bağımsız bölümlere kavuşamaması nedeniyle ödemek zorunda kaldığı kira bedeli, üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı gecikme tazminatı veya cezai şart, temerrüt nedeniyle yaptırdığı tespit, ihtar masrafları olabilir. Yoksun kalınan kar ise

⁵²⁵ 15. HD. T. 18.06.2020, E. 2020/729, K. 2020/1668: "*Yargıtay uygulamalarında, 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 değerle yükleniciye kalan bağımsız bölümün satışına izin ve yetki verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.*"; 15. HD. T. 08.06.2020, E. 2019/2614, K. 2020/1373: "*Nama ifaya izin ve giderim bedellerini karşılamak için satışa izin ve yetki verilmesi davalarında, nama ifa giderlerini karşılamak üzere satışına izin verilecek bağımsız bölüm, bölümler, parsel ya da arsa payının aleyhine nama ifa talep edilen yüklenici adına kayıtlı ya da kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince yükleniciye devredileceği kararlaştırılan ve hakettiği bağımsız bölüm-bölümler, parsel ya da arsa payı olmalıdır.*", (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁵²⁶ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 961; Erman, Arsa Payı, s. 97, 99; Kurşat, s. 395; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 154.

15. HD. 06.04.1989, E. 1989/2909, K. 1989/1783: "*Arsa sahipleri açtıkları ... dava ile seçimlik haklarını akdin ifası doğrultusunda kullanmış olduklarından ... artık bununla bağlı sayımları gerekir. 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.*", (Erman, Arsa Payı, s. 99).

⁵²⁷ Ayan, s. 184; Buz, s. 105; Büyükay, s. 229; Kartal, Kat Karşılığı, s. 100; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 133; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 72;

⁵²⁸ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 925; Ayan, s. 184; Eren, Borçlar Genel, s. 1103; Havutçu, Temerrüt, s. 37; Kartal, Kat Karşılığı, s. 101; Karataş, İnşaat, s. 153.

⁵²⁹ Önen, s. 73; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 126.

bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle uğradığı kira geliri kaybı oluşturabilir⁵³⁰.

Taraflar, genellikle, inşaatın zamanında tamamlanıp teslim edilmemesi halinde, TBK m. 179/2⁵³¹ uyarınca ifaya eklenen cezai şartın ödeneceğini kararlaştırmaktadır⁵³². Bu durumda, arsa sahibi, uğramış olduğu zararı ispat etmek zorunda olmaksızın ifaya eklenen cezai şartı talep edebilir⁵³³. Arsa sahibi, cezai şart miktarından fazla zarara uğraması halinde, cezai şart alacağını aşan zararını da TBK m. 180/2 uyarınca talep edebilir⁵³⁴. Cezai şartın talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olmasının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır⁵³⁵. Arsa sahibinin, cezai

⁵³⁰ Ayan, s. 187; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 126.

⁵³¹ TBK'nın m. 179/2: "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."

⁵³² Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 156.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin zamanında inşaatı tamamlayıp teslim etmemesi halinde, gecikilen her ay için belirli bir meblağ paranın arsa sahibine ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılan bu kayıtların ifaya ekli cezai şart mı yoksa götürü tazminat niteliği mi taşıdığı tartışmalıdır. Bkz. Köksal Kocaağa, "İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 20, Sayı:74, ss. 149-157, (Götürü Tazminat), s.150; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 135-136; Ayan, s. 207.

Götürü tazminat, sözleşmede, tarafların tazmin edilecek zarar miktarını götürü şekilde önceden belirlediği tazminat türüdür. Böylelikle, alacaklı, uğramış olduğu zararın varlığı ve miktarını ispat etmek zorunda kalmaksızın götürü tazminatın ödemesini talep edebilecektir. Bkz. Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 150; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 133.

Yargıtay bazı kararlarında, sözleşmedeki bu kaydın ifaya ekli cezai şart; bazı kararlarında ise götürü tazminat niteliğinde olduğuna karar vermektedir. Bkz. 15. HD, T. 8.7.2004, E. 2003/6165, K. 2004/3813: "Sözleşmenin 9. maddesine göre daireler süresinde teslim edilmezse geçen her ay için daire başına 3.000.000.- TL tazminat ödenecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı daire başı 6.000.000.- TL olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan bu bedel ifaya ekli ceza-i şart niteliğindedir."; (Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 155). 15. HD, T. 11.07.2012, E. 2011/4050, K. 2012/5309: "Taraflar arasında düzenlendiği ihtilaflı olan 21.06.2001 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatın süresinde teslim edilmemesi halinde Çankaya Bölgesindeki rayiç kira bedellerinin müteahhit tarafından ödenmesi kabul edilmiştir. Mahkemece, kararlaştırılan bu hükmün BK'nın 158. madde kapsamında ifaya ekli ceza olduğu teslim anında itirazi kayıt konulmadığından istenemeyeceği gerekçesi ile dava reddedilmiş ise de sözleşmedeki bu hüküm BK'nın 106/II. maddesinde tanımlanan gecikme tazminatı niteliğinde olup teslimde itirazi kayıt gerek olmaksızın talebi mümkündür.", (www.sinerjimevzuat.com.tr). 15. HD, T. 4.10.1988, 88/3118: "Sözleşmenin 2. maddesinde, inşaatın 30 aylık süre içinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktû kira tazminatı (götürü tazminat) niteliğindedir.", (Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 155).

⁵³³ Ayan, s. 199; Enli, s. 78; Erman, Arsa Payı, s. 87; Büyükkay, s. 230; Kartal, Kat Karşılığı, s. 102; Karataş, İnşaat, s. 182; Kurşat, s. 426; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 157.

⁵³⁴ Büyükkay, s. 230; Kurşat, s. 409.

⁵³⁵ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, cezai şartın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması şarttır. Bkz. Ayan, s. 199; Dayınlarlı, s. 134; Enli, s. 78; Erman, Arsa Payı, s. 89; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 156; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 130. Diğer görüşe göre ise cezai şartın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu bulunmasına gerek yoktur. Bkz. Büyükkay, s. 230.

şart alacağından açıkça feragat etmesi veya ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin gecikmiş ifayı kabul etmesi durumunda, TBK m. 179/2 uyarınca cezai şartın ödenmesini talep edemez.

Alacaklının, uzun süre bekledikten sonra gecikme tazminatı veya cezai şartı talep etmesi durumunda gecikme tazminatı veya cezai şart miktarında indirim yapılması gerekip gerekmediği tartışmalıdır⁵³⁶.

2. Arsa Sahibinin Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sahip Olduğu Seçimlik Haklar

a. Genel Olarak

TBK m. 125'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde, alacaklı, aynen ifa ve gecikme nedeniyle uğradığı zararların giderilmesini talep etme, aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan

⁵³⁶ Doktrinde, bu hususa ilişkin ileri sürülen görüşler için bkz. Kartal, Kat Karşılığı, s. 88-89; Dayınlarlı, s.131; Durak, s. 230-231; Ayan, s. 192-193; Kurşat, s. 409; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 134; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 158; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 129.

Yargıtay, önceki tarihli kararlarında, seçimlik haklarını uzun süre kullanmayan arsa sahibinin gecikme tazminatı veya cezai şart miktarında indirim yapılması gerektiğine ilişkin kararlar vermiş ise de son tarihli kararlarında, arsa sahibinin zamanaşımı süresi içinde seçimlik haklarını kullanabileceğine karar vermektedir. Bkz. 15. HD. T. 12.11.1974, 1766/1641: “Mahkemenin kabulüne göre, davacının 10 ay gibi çok uzun bir süre beklemesi, BK. md. 98 ile yapılan yollamadan ötürü BK. md. 44 uyarınca, davacının zararın çoğalmasında birlikte kusurunun oluşturduğu, bu nedenle bir indirim yapılması gerektiği de göz önünde tutulmamıştır.”, (Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 65). 15. HD. T. 13.11.1974, 1750/1714: “Gerçekten eseri tamamlamayacağı anlaşılan davalının davranışı göz önünde tutularak davacı tarafından teslim günü 9.12.1970'ten başlayarak normal bir süre bekleyip ondan sonra sözleşmeden dönme (fesih) yerine 98 gün gibi uzun bir süre geçirilip 12.5.1970 gününde eserin tamamlanmasının başkasına verilmesi ceza koşulu tutarının çoğalmasına neden olan birlikte kusur oluşturur ki, 93 gün karşılığı 4650 liranın ödetilmesine karar vermek B.K. md. 4 ile bağdaştırılamaz.”, (Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 692). HGK. T. 09.10.1991, E. 15-340/467: “Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde ... BK. 106/II'deki hakkını her zaman kullanabilir, ancak kullanmak zorunda değildir. Bu nedenle, alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifasını) ve gecikme tazminatını zamanaşımı içinde isteyebilir...İş sahibinin 10/II. Maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez...Bu nedenle (alacaklının) ... Yasaya uygun davranışı tazminattan indirim nedeni olarak kabul edilemez.”; HGK T. 21.10.2015, E. 2013/2396, K. 2015/2331: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.10.1991 tarih, 1991/15-340 E, 1991/467 K içtihadında belirtildiği ve bu tarihten sonra Yargıtay'ca da istikrarlı şekilde uygulandığı üzere arsa sahibi, sözleşmeye göre kararlaştırılan teslim tarihinden sonra makul sürede BK'nun 106/2. (TBK 125/1) seçimlik haklarını kullanmaya zorlanamaz.”, (Kurşat, s. 409, dn. 1156).

zararın giderilmesini talep etme veya sözleşmeden dönme ve sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararları talep etme haklarına sahiptir.

Ancak TBK m. 126 hükmünde, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme veya sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir⁵³⁷. Buna göre, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde, alacaklının sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır. Doktrinde, ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü durumunda ise ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi alacaklının sözleşmeden dönme ve menfi tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir⁵³⁸.

TBK m. 126 hükmü, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen yeni bir maddedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m. 106-108 hükümleri, ani edimli borç niteliğindeki sözleşmeler dikkate alınarak düzenlenmişti⁵³⁹. Bu nedenle, sürekli edimli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmelere, BK m. 106-108 hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmekteydi⁵⁴⁰. Gerçekten TBK m. 126'nın gerekçesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m. 106-108 maddelerinde yalnızca ani edimli borç niteliğindeki sözleşmelerin göz önünde tutulduğu, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler için de bu konuda ayrı bir düzenleme yapılmasının zorunluluk olduğu belirtilmiştir⁵⁴¹.

⁵³⁷ Buz'a göre, TBK m. 126 hükmüyle, borçlunun temerrüdü halinde, alacaklının sahip olduğu seçimlik hakların sayısı ikiye indirilmiş olup alacaklının menfi zararlarını talep etme hakkı ortadan kaldırılmıştır. Bkz. Vedat Buz, "Borçlar İfası ve İfa Edilmemesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, ss.91-111, (İfa), s. 108.

⁵³⁸ Cem Baygın, "Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri-Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 3-4, 2010, ss. 119-144, s. 136; Buz, İfa, s. 108-109; Onur Altınkan, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde 3.Kişinin Hukuki Durumu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015, s. 179.

⁵³⁹ Atamulu, s. 173; Havutçu, Temerrüt, s. 43; Öz, Dönme, s. 13, 28-29.

⁵⁴⁰ Havutçu, Temerrüt, s. 43; Öz, Dönme, s. 27-28.

⁵⁴¹ Türk Borçlar Kanunu'nun Tasarısının 125. maddesinde bu husus şekilde belirtilmektedir: "818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, "d. Sürekli edimli sözleşmelerde" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 125 inci maddesinde, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklının seçimlik hakları düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106 ilâ 108 inci maddeleri ile Tasarının 124 üncü maddesinde, ani edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün hukukî sonuçlarının düzenlendiği göz önünde tutularak, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler için de bu konuda ayrı bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür."

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, doktrinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani mi yoksa sürekli edimli borç ilişkisi niteliğine mi sahip olduğu hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Eğer ki sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğuna kanaat getirilirse arsa sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek müspet tazminat veya sözleşmeden dönme ve menfi tazminat talep etme haklarına sahip olacaktır. Ancak sözleşmenin sürekli edimli sözleşme olarak kabul edilmesi, yüklenicinin ifaya başlamasına rağmen temerrüde düşmesi durumunda ise arsa sahibi fesih ve sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararını talep etme hakkına sahiptir.

Doktrinde, sözleşmenin sürekli veya ani edimli sözleşme olup olmasına ilişkin tartışmaya bağlı olarak yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin fesih mi yoksa dönme hakkına mı sahip olduğu hususu tartışmalıdır. Çalışmamızda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi nedeniyle, yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme, aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep etme veya sözleşmeden dönme ve menfi tazminat talep etme seçimlik haklara sahip olduğu görüşündeyiz⁵⁴². Ancak belirtmek gerekir ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklara ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut ise bu sözleşme hükmü uygulanır⁵⁴³.

Yüklenicinin, zamanında inşaatı tamamlamaması veya inşaatı tamamlamasına rağmen zamanında teslim etmemesi hallerinde yüklenici temerrüdü söz konusu olur. Yüklenicinin zamanında inşaatı tamamlamaması durumunda, arsa sahibi, aynen ifa

⁵⁴² Aral ve Ayrancı, s. 396. Ayan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ani edimli borç ilişkisi olarak kabul ettiğinden dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun tasarısının yasalaşması halinde dahi arsa sahibinin dönme hakkına sahip olduğu, sürekli borç ilişkilerinde alacaklıya fesih hakkı tanıyan Tasarının 125. Maddesinin ani edimli inşaat sözleşmelerine uygulanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir. Bkz. Ayan, s. 49.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 125. Maddesi TBK'nın 126. Maddesini karşılamaktadır.

⁵⁴³ Erman, Arsa Payı, s. 108; Kurşat, s. 379; Karataş, İnşaat, s. 485.

15. HD. T. 03.12.1986, E. 1986/894, K. 1986/4099: “Sözleşmenin feshine karar verirken yine tarafların bu konudaki sözleşmeye yansıyan iradeleri de gözetilmek gerekir. Anılan sözleşmenin 8. Maddesinde yüklenicinin inşaatı yaptıktan vazgeçmesi veya yarım bırakması halinde kendisine terk edilecek hissenin mal sahiplerine geri verileceği ve sözleşmenin 2. Maddesine göre peşinen aldığı 50.000 lirayı da tamamen iade edeceği kaydedilmiş olmakla feshin geriye yönelik sonuç doğurmasının taraflarca kabul edildiğini göstermektedir. Tarafların bu gerçek iradeleri doğrultusunda temerrüde düşen davalı hakkında davanın aynen kabulüne karar verilmesi gerektiği halde...”, (Erman, Arsa Payı, s. 108, dn. 105).

ve gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçerek müspet tazminat veya sözleşmeden dönme ve menfi tazminat talep edebilir. Yüklenicinin inşaatı tamamlaması ancak zamanında teslim etmemesi halinde ise yalnızca aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir⁵⁴⁴. Yapı kullanma izninin alınmasında gecikme yaşanması durumunda da aynı hususun geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁵.

Arsa sahibine tanınan seçimlik haklarının hukuki sonuçlarının birbirinden tamamen farklı olması nedeniyle, arsa sahibinin hangi seçimlik hakkını kullandığının tespiti önemlidir. Bu tespit yapılırken arsa sahibinin kullandığı terimlerden çok gerçek iradesi dikkate alınmalıdır⁵⁴⁶. Arsa sahibinin sözleşmeyi feshederek (yani sözleşmeden dönerek) müspet tazminat talep etmesi durumunda, edimlerin iadesini talep etmediği dikkate alınarak sözleşmeden dönme hakkını değil de aynen ifadan vazgeçerek müspet tazminat talep etme hakkını kullandığı kabul edilmelidir⁵⁴⁷. Ancak arsa sahibinin devrettiği arsa paylarının iadesini talep etmesi durumunda sözleşmeden dönme hakkını kullandığı kabul edilmelidir⁵⁴⁸. Yargıtay'ın bir kararına göre, arsa sahibinin hem fesih hem de ifaya izin ve müspet tazminat talep etmesi durumunda, arsa sahibinin aslında sözleşmenin feshini (sözleşmeden dönmeyi) değil aynen ifa talebini kullanmak istediği anlaşılmalıdır⁵⁴⁹.

b. Arsa Sahibinin Seçimlik Haklarını Kullanabilmesinin Şartları

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının, aynen ifadan vazgeçip müspet tazminat veya sözleşmeden dönme ve menfi tazminat talep etme şeklindeki seçimlik haklarını kullanabilmesi için TBK m. 123 uyarınca, borçluya ek süre vermesi veya uygun bir süre verilmesini hâkimden talep etmesi gerekir. Ek süre,

⁵⁴⁴ Acar, s. 16; Ayan, s. 92; Zevkliler ve Gökyayla, s. 491.

⁵⁴⁵ Ayan, s. 155.

⁵⁴⁶ Ayan, s. 213; Önen, s. 56; Öz, Dönme, s. 31, dn. 42; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 163.

⁵⁴⁷ Ayan, s. 212-213; Öz, Dönme, s. 181-182. Ancak Öz, arsa sahibinin kendi edimi olan arsa paylarını yükleniciye devretmek istemediği veya yükleniciye devrettiği arsa paylarının geri almayı istediğinin anlaşılması halinde arsa sahibinin çelişkili veya belirsiz beyanlarının sözleşmeden dönme şeklinde yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Öz, Dönme, s. 181-183.

⁵⁴⁸ Ayan, s. 213, dn. 180.

⁵⁴⁹ 15. HD. T. 19.6.1996, E. 1996/3158, K. 1996/3503: “Davacı arsa sahibinin, davada hem fesih, hem de ifaya izin (BK. m. 97/I) ve müspet zarar kalemlerini istemesi bir çelişki gibi görünüyorsa da, ileriye etkili fesih ve ifaya izin sözcüklerinin birlikte kullanılmasıyla, asıl kasdedilenin sözleşmenin feshi değil, inşaatın tamamlanması olduğu ve davanın bu şekilde yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır.”, (www.kazanci.com.tr).

alacaklının verdiği süreye kadar borcun yerine getirilmesini davet eden bir irade beyanıdır⁵⁵⁰. Ek sürenin verilmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁵⁵¹. Ancak ek sürenin, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre olması gerekir⁵⁵².

TBK m. 124'te sayılan hallerin bulunması durumunda, alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için ek süre vermesine gerek yoktur. Bu hükme göre, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşılması, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifasının alacaklı için yararsız kalması veya borcun ifasının, belirli bir zamanda gerçekleşmemesi üzerine ifanın artık kabul edilmeyeceğinin sözleşmeden anlaşılması hallerinde, ek süre verilmesine gerek yoktur. Ayrıca yükleniciye verilecek ek sürenin dürüstlük kuralı gereğince arsa sahibinden beklenemeyecek derece uzun olması halinde ek sürenin verilmesine gerek yoktur⁵⁵³.

TBK m. 124 gereğince, sözleşmede kesin vadenin kararlaştırılması halinde, alacaklı, ek süre vermeksizin seçimlik haklarını kullanabilir. Sözleşmede, vadenin kesin ve şüpheye yer bırakılmayacak şekilde belirlenmesi ve bu vadenin dolmasından sonra ifanın kabul edilmeyeceği anlaşılması halinde kesin vade söz konusudur⁵⁵⁴. Belirli vade söz konusu ise borçlunun temerrüde düşmesi için ihtara gerek yoktur ancak alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için ek süre vermesi gerekir. Kesin vade söz konusu ise, alacaklının borçlunun temerrüde düşmesi için

⁵⁵⁰ Atamulu, s. 133; Ayan, s. 216; Buz, s. 107; Dayınlarlı, s. 86-87; Havutçu, Temerrüt, s. 47. Ek süre, ihtarla birlikte verilebileceği gibi ihtardan sonra da verilebilir. Bkz. Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 958; Ayan, s. 216, dn. 197; Buz, s. 107; Eren, Borçlar Genel, s. 1111; Havutçu, Temerrüt, s. 48; Karataş, İnşaat, s. 178; Önen, s. 50; Reisoğlu, s. 381; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 132; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 251.

⁵⁵¹ Atamulu, s. 133; Ayan, s. 215, dn. 195; Dayınlarlı, s. 89; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 159; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 252.

⁵⁵² Atamulu, s. 133; Dayınlarlı, s. 86; Ayan, s. 217; Buz, s. 107.

Ek süre, inşaatın teslim tarihindeki durumu göz önünde bulundurularak uzman ve tecrübeli bir yüklenicinin yeterli işgücü ve araç gereçleri kullanarak inşaatı tamamlayabilmesi için gerekli olan süre kadar uzunlukta olmalıdır. Bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 71.

Doktrinde, ek sürenin, uygun olmamasının doğuracağı hukuki sonuçlar tartışmalıdır. İleri sürülen görüşler için bkz. Ayan, s. 218, dn. 206; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 160.

⁵⁵³ Ayan, s. 223-224; Öz, Dönme, s. 175

⁵⁵⁴ Özer Seliçi, "Kesin Vadeli İşlemler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 2, Sayı 3, ss. 92-107, 1968, (Kesin Vade), s. 95-97; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 254.

Sözleşmede, ifa zamanının "en çok", "mutlaka", "en geç" vb. ibareleri ile belirtilmesi durumunda, kesin vadenin bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1114; Kartal, Kat Karşılığı, s. 95; Reisoğlu, s. 383; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 255.

ihbar çekmesine gerek olmadığı gibi seçimlik haklarını kullanabilmesi için ek süre vermesine de gerek yoktur⁵⁵⁵.

Yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağını arsa sahibine açıkça bildirmesi⁵⁵⁶, süre uzatımı talebinde bulunması⁵⁵⁷, inşaatı yarım bırakarak terk etmesi⁵⁵⁸, yüklenicinin irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi⁵⁵⁹, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmesi⁵⁶⁰ durumlarında, yüklenicinin içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan ek süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşılmaktadır.

TBK m. 125/2 gereğince, ek sürenin dolmasına rağmen yüklenicinin edimini yerine getirmemesi durumunda, arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçtiğini gecikmeksizin bildirerek seçimlik haklarını kullanabilir⁵⁶¹. Ek süre verilmesine gerek olmayan hallerde, arsa sahibinin aynen ifa talebinden vazgeçtiğini bildirmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır⁵⁶².

Arsa sahibinin, aynen ifa talebinden vazgeçtiğini bildirmemesi halinde, aynen ifa ve gecikme tazminatını talep ettiği varsayılır⁵⁶³. Arsa sahibinin aynen ifa talebinden vazgeçtiğini bildirmemesi durumunda arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için yükleniciye tekrardan ek süre vermesi ve ek sürenin sonunda aynen ifa talebinden vazgeçtiğini bildirmesi gerekir⁵⁶⁴.

⁵⁵⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1114; Kartal, Kat Karşılığı, s. 95; Hatemi ve Gökyayla, s. 260; Eren, Borçlar Özel, s. 72; Erman, Arsa Payı, s. 75-76, dn. 35; Havutçu, Temerrüt, s. 56; Öz, Dönme, s. 177.

⁵⁵⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1113. Aksi görüşte: Öz, yüklenicinin işe devam etmeyeceğinin açıkça ortaya koyması durumunda, yüklenicinin ediminin imkansızlaştığı bu nedenle arsa sahibinin temerrüt hükümlerine başvurmasına gerek olmaksızın TBK m. 112 uyarınca zararlarını talep edebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 161.

⁵⁵⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1113.

⁵⁵⁸ Ayan, s. 220; Dayınlarlı, s. 90; Öz, Dönme, s. 176; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 253.

⁵⁵⁹ Ayan, s. 220.

⁵⁶⁰ Ayan, s. 220.

⁵⁶¹ Ayan, s. 224; Eren, Borçlar Genel, s. 1115; Havutçu, Temerrüt, s. 60; Öz, Dönme, s. 178

⁵⁶² Doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1117; Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 960; Erman, Arsa Payı, s. 101; Ayan, s. 226-227; Dayınlarlı, s. 140; Tandoğan, Borçlar Özel, s.140; Kartal, Kat Karşılığı, s. 91.

⁵⁶³ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 955; Atamulu, s. 128-129; Ayan, s. 225; Büyükay, s. 229; Dayınlarlı, s. 97; Eren, Borçlar Genel, s. 1116; Erman, Arsa Payı, s. 86; Havutçu, Temerrüt, s. 60; Karataş, İnşaat, s. 160; Kurşat, s. 409; Önen, s.57; Öz, Dönme, s. 178; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 133-134; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 257.

⁵⁶⁴ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 956; Öz, Dönme, s. 178; Reisoğlu, s. 386; Selimoğlu, s. 331; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 257.

c. Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Tazminat Talep Etmesi

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet tazminatın talep etmesi halinde, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini ortadan kalkmaz⁵⁶⁵. Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet tazminat talep etmesi halinde, yüklenicinin, inşaatı tamamlama ve teslimi borcu sona erer, bu borcun yerini arsa sahibinin uğramış olduğu müspet zararları tazmin borcu alır⁵⁶⁶. Buna göre, yüklenici, aynen ifadan vazgeçme anına kadar inşaat başlamış ise inşaatı devam ettirmeyecek, inşaatı hiç başlamamışsa da işe başlamayacaktır⁵⁶⁷.

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet tazminat talep hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Bu nedenle yüklenici, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispatlarsa arsa sahibinin müspet zararlarını tazmin etme borcundan kurtulur⁵⁶⁸.

Müspet zarar, borcun zamanında ifa edilmemesinden dolayı alacaklının uğramış olduğu zararların giderilmesidir. Borç zamanında yerine getirilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile alacaklının malvarlığının mevcut durumu arasındaki fark müspet zararı oluşturur⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 962; Atamulu, s. 135; Ayan, s. 229; Buz, s. 108-109; Dayınlarlı, s. 98; Eren, Borçlar Genel, s. 1117; Erman, Arsa Payı, s. 101; Havutçu, Temerrüt, s. 35; Önen, s. 80; Öz, Dönme, s. 183-184, dn. 138. Reisoğlu, s. 385; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 127. HGK. T. 28.09.2021, E. 2017/2615, K. 2021/1102: “Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi hâlinde söz konusu olur. Bu durumda sözleşme ortadan kalkmamakta, yalnızca alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı almaktadır.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁵⁶⁶ Atamulu, s. 135-136; Ayan, s. 229; Buz, s. 109; Kurşat, s. 411; Önen, s. 80; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 164; Selimoğlu, s. 325; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 127. 13. HD. T. 16.02.2012, E2011/19136, K. 2012/3090: “Derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyebilir veya ifadan vazgeçip akdi fesheder ve menfi zararını isteyebilir. Müspet zarar, gecikmiş ifanın reddi halinde talep edilebilen bir zarardır. Burada taraflar arasındaki sözleşme ayakta ve geçerlidir. Alacaklı sözleşmeden dönmemiştir. Bunun sonucu olarak taraflar edimlerini yerine getirecektir ancak borçlunun ifaya ilişkin ediminin yerini, alacaklı lehine müspet zararın tazmini almaktadır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı edilmemelidir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁵⁶⁷ Ayan, s. 229; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 127

⁵⁶⁸ Ayan, s. 252; Önen, s. 86-87; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 164; Reisoğlu, s. 385.

⁵⁶⁹ Atamulu, s. 136; Buz, s. 109; Eren, Borçlar Genel, s. 1117; Hatemi ve Gökyayla, s. 262; Kurşat, s. 411; Selimoğlu, s. 325; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 127.

HGK. T. 28.09.2021, E. 2017/2615, K. 2021/1102: “Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müspet zarardır.”; 13. HD. T. 16.02.2012, E2011/19136, K. 2012/3090: “Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden

Doktrinde, alacaklının aynen ifadan vazgeçip müspet zararlarını tazminini talep etmesi durumunda, alacaklının sözleşme gereğince edimini aynen ifa etmekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır⁵⁷⁰. Mübadele teorisine göre, alacaklının müspet zararlarını tazminini talep etmesi durumunda, alacaklı sözleşme gereğince borçlandığı edimi aynen yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁷¹. Buna göre, arsa sahibi, sözleşme gereğince yükleniciye devredilmesi gereken tüm arsa paylarını yükleniciye devredecektir⁵⁷². Bu teorinin uygulanması durumunda, yüklenici inşaaata hiç başlamamış olsa dahi sözleşme gereğince kendisine devredilmesi gereken tüm arsa paylarına kavuşacaktır⁵⁷³.

Fark teorisine göre ise alacaklı sözleşme gereğince yüklendiği edimi aynen ifa etmek zorunda değildir, bunun yerine uğramış olduğu müspet zararların toplamından ile kendi ediminin değeri ile arasındaki farkı borçludan talep edecektir⁵⁷⁴. Bu teorinin uygulanması durumunda, arsa sahibi, sözleşme gereğince yükleniciye devredilmesi gereken arsa paylarını yükleniciye devretmek zorunda kalmayacaktır. Ancak çoğu zaman yükleniciye devredilecek arsa payının değeri, arsa sahibinin uğramış olduğu müspet tazminattan fazla olması nedeniyle arsa sahibinin aradaki farkı talep etmesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, yükleniciye devredilecek arsa paylarının müspet tazminat tutarı kadar indirim yapılması söz konusu olur⁵⁷⁵. Ancak istisnai olarak, arsa sahibinin uğramış olduğu müspet zararların yükleniciye devri gereken arsa paylarının değerinden fazla olması durumunda; yüklenici arsa paylarının devrini talep edemeyecek, müspet tazminat miktarı ile arsa paylarının değeri arasındaki farkı arsa sahibine ödeyecektir⁵⁷⁶.

doğan zarardır.”,(www.sinerjimevzuat.com.tr). 15. HD. T. 21.11.2007, E. 2007/4646, K. 2007/7359: “Müspet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde tanımlanabilir. Binaların bitirilmiş olması halinde getirilmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa nedeniyle ifaya bağlı ceza(BK.m.158/II), seçimlik ceza (BK.m.158/I), eksik işler bedeli, kar kaybı müspet zarar kapsamındaki alacak kalemlerindendir.”, (Karataş, İnşaat, s.523-524).

⁵⁷⁰ Buz, s. 109; Eren, Borçlar Genel, s. 1117; Hatemi ve Gökyayla, s. 262; Kurşat, s. 411; Selimoğlu, s. 325.

⁵⁷¹ Bu görüşte: Karataş, İnşaat, s. 160; Öz, Dönme, s. 183-184, dn. 138; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 166.

⁵⁷² Atamulu, s. 136, dn. 50; Ayan, s. 286; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 167.

⁵⁷³ Ayan, s. 286; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 167.

⁵⁷⁴ Bu görüşte: Atamulu, s. 136, dn. 50; Eren, Borçlar Genel, s. 1118; Erman, Arsa Payı, s. 101. Bu görüş hakkında bkz. Ayan, s. 231; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 168.

⁵⁷⁵ Bu görüş hakkında bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 168.

⁵⁷⁶ Ayan, s. 251.

Alacaklının, mübadele veya fark teorilerinden birinin seçme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁷⁷.

d. Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçerek Sözleşmeden Dönmesi ve Menfi Tazminat Talep Etmesi

Doktrinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu hususunun tartışmalı olmasına bağlı olarak yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmenin sona erdirmeye beyanında bulunması halinde dönmenin mi yoksa feshin mi sonuçlarının uygulanacağı tartışmalıdır⁵⁷⁸. Çalışmamızda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu kabul edildiğinden yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını bulunduğu kabul edilmektedir.

Kural olarak, sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğurucu bir hak olup bu yenilik doğurucu hak tek taraflı irade beyanıyla kullanılır⁵⁷⁹. Böylelikle, karşı tarafın muvafakati aranmaksızın karşı tarafa varmasıyla hukuki sonuçlar doğurur⁵⁸⁰. Dönme hakkının kullanılması hiçbir şekle tabi değildir⁵⁸¹.

Ancak Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin mülkiyetin devri amaçlaması ve resmi şekilde düzenlenmesi nedeniyle, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını tek taraflı irade beyanıyla kullanması mümkün değildir⁵⁸². Tarafların sözleşmeden dönme hususunda

⁵⁷⁷ Erman, Arsa Payı, s. 103.

Aksi görüşte: Altınkan, s. 233.

⁵⁷⁸ Bu tartışma aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁵⁷⁹ Ayan, s. 214, 252; Buz, Dönme, s. 65; Dayınlarlı, s. 105; Eren, Borçlar Genel, s. 1115; Öz, Dönme, s. 31; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 55-56; Serozan, Dönme, s. 58.

⁵⁸⁰ Ayan, s. 252; Buz, Dönme, s. 73; Öz, Dönme, s. 31.

⁵⁸¹ Dayınlarlı, s. 103; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 22; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 263.

⁵⁸² 15. HD. T. 13.11.2019, E. 2019/1278, K. 2019/4567: "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri tapuda pay devrini de içerdiğinden tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün olmayıp tarafların fesih konusunda iradelerinin birleşmesi ya da fesih-dönmenin mahkeme kararı ile yapılmış olması gerekir."; 23. HD. T. 16.9.2014, E. 2014/5348, K. 2014/5674: "Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, TMK'nın 706, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 213, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve

anlaşmaları veya anlaşma sağlanamıyorsa arsa sahibinin dava açması gerekir⁵⁸³. Mahkeme, arsa sahibinin açacağı davada dönme veya feshin koşullarının oluşup oluşmadığı inceleyecek, fesih/dönme koşullarının oluştuğuna kanaat getirirse mahkemenin yenilik doğuran kararıyla sözleşme sona erecektir⁵⁸⁴. Böylelikle, dönmenin hukuki sonuç doğurması için tarafların anlaşması veya mahkeme kararının bulunması gerekmektedir⁵⁸⁵. Doktrinde, yenilik doğuran hakların tek taraflı irade beyanıyla kullanılabilen haklar olması, karşı tarafın muvafakatine gerek olmaması nedeniyle Yargıtay'ın buna ilişkin kararları haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁸⁶.

TBK m. 125/3'e göre, *"Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."* Buna göre, sözleşmeden dönme hakkını kullanan arsa sahibi, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı

karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir." Aynı yönde: 15. HD. T. 13.11.2019, E. 2019/1278, K. 2019/4567, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁵⁸³ 15. HD. T. 30/05/2008, E. 2008/752, K. 2008/3518: *"Somut olayda sözleşmeden neden göstererek dönmek isteyen yüklenicinin mahkeme kararına ihtiyacı vardır. Zira arsa sahipleri dönme iradesine karşı çıkmışlardır. Bu durumda yüklenicinin feshe ilişkin tek taraflı irade beyanı sonuç doğurmaz."*, (Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 23). 23. HD. T. 24.04.2017, E. 2015/4667, K. 2017/1202: *"Davalı arsa sahiplerinin 02.11.2009 tarihli sözleşmenin feshine dair irade beyanları davacı tarafça işbu davanın açıldığı 11.08.2011 tarihi itibarıyla sözleşmenin feshi hususunda taraf iradelerinin birleştiğinden sözleşmenin bu tarih itibarıyla geriye etkili olarak feshinin kabul edildiği..."*, (Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 35); 23. HD. T. 4.3.2020, E. 2016/6059, K. 2020/1489: *"Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir."*; Aynı yönde: 15. HD. T. 13.11.2019, E. 2019/1278, K. 2019/4567; 15. HD. T. 06.07.2020 E. 2019/3262, K. 2020/2059; 15. HD. T. 08/09/2020 E. 2020/1709, K. 2020/2345, (www.kazanci.com.tr).

⁵⁸⁴ Erman, Arsa Payı, s. 103-104; Kurşat, s. 377.

23. HD. T. 4.3.2020, E. 2016/6059, K. 2020/1489: *"Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar."* Aynı yönde benzer kararlar için bkz. 15. HD. T. 13.11.2019, E. 2019/1278, K. 2019/4567; 15. HD. T. 06.07.2020 E. 2019/3262, K. 2020/2059; 15. HD. T. 08/09/2020 E. 2020/1709, K. 2020/2345, (www.kazanci.com.tr).

⁵⁸⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmaz üzerinde elbirliği veya paylı mülkiyetin bulunması hallerinde, arsa sahipleri arasında HMK m. 59 gereğince mecburi dava arkadaşlığı bulunmakta olup yükleniciye karşı açılacak davanın tüm arsa sahipleri tarafından açılması gerekir. Bkz. Suat Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *İÜHFM*, Cilt 64, Sayı 2, 2006, s. 5.

23. H.D. T. 8.10.2019, E.2016/5132, K. 2019/4096: *"Öte yandan, tüm arsa maliklerince imzalanan ve bu şekilde geçerlilik kazanan böyle bir sözleşmenin feshi ya da iptali davası "olağanüstü tasarruf" niteliğinde olduğundan, TMK'nun 692. maddesi uyarınca, sözleşmenin tarafı olan tüm arsa sahiplerinin bu davada taraf olması zorunludur."*, (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde: 15. HD. T. 15.04.2008, E. 2007/3130, K. 2008/2495; 15. H.D. T. 10.4.2019, E. 2018/4867, K. 2019/1651, (www.kazanci.com.tr).

⁵⁸⁶ Atamulu, s. 138; Ayan, s. 253; Engin, s. 182; Kurşat, s. 378; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 24-2.

zararları talep edebilir. Cezai şartın alacağa bağlı bir hak olması ve dönme ile sözleşmenin ortadan kalkması nedenleriyle, dönme halinde cezai şart talep edemez⁵⁸⁷. Alacaklının, sözleşmeden dönmesi için borçlunun kusurlu olmasına gerek olmamasına rağmen menfi tazminat talep edebilmesi için borçlunun kusurlu olması şarttır⁵⁸⁸.

Sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklı, borçludan, sözleşmeyi yapmasaydı uğramayacağı zararları yani menfi zararları talep edebilir⁵⁸⁹. Menfi zarar, alacaklının mevcut malvarlığı durumu ile sözleşme yapılmasaydı içinde malvarlığının içinde bulunacağı durumu ile arasındaki farktır⁵⁹⁰.

Menfi zarar, fiili zarar ve yoksun kaldığı kardan oluşur. Sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin ifa edileceği inancıyla yapılan masraflar, alacaklının üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmenin edimini yerine getirememesi nedeniyle üçüncü kişiye ödediği tazminat veya cezai şart arsa sahibinin fiili zararını oluşturur⁵⁹¹. Yine ihtar, ek süre, dava açma masrafları, vekalet ücreti, yerine getirilmiş edimlerin iadesi

⁵⁸⁷ Ayan, s. 193; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 156.

15. HD. T. 04.03.1981, E. 1981/414, K. 1981/447: “Borçlar Kanunun 158/2 maddesi uyarınca temerrüde düşen borçludan hem ifa ve hem de cezai şart istenmektedir ki, burada ifaya eklenen cezai şarttan söz edilir. Eğer, davacı, ifa istemeyip de sözleşmeden dönerse kararlaştırılan gecikme cezasının ödetilmesi, artık söz konusu olamaz.”, (Enli, s. 90, dn. 282).

⁵⁸⁸ Ayan, s. 252,278; Buz, Dönme, s. 110-111; Dayınlarlı, s. 107; Eren, Borçlar Genel, s. 1123, 1126, Karataş, İnşaat, s. 525, 531; Öz, Dönme, s. 34; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 171; Reisoğlu, s. 389. Aksi görüşte: Serozan, Dönme, s. 239.

⁵⁸⁹ Atamulu, s. 139; Dayınlarlı, s. 147; Eren, Borçlar Genel, s. 1124; Önen, s. 95; Öz, Dönme, s. 285; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 176; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 265; Buz, Dönme, s. 240.

HGK. T. 28.09.2021, E. 2017/2615, K. 2021/1102: “Menfi zarar ise; uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir deyişle, sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Tandoğan, s. 427). “ Aynı yönde: HGK, T. 29.9.2010, E. 2010/14-386, K. 2010/427, (www.kazanci.com.tr).

Aksi görüşte: Bazı yazarlar, sözleşmeden dönme halinde müspet zararın talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Serozan, Dönme, s. 246.

⁵⁹⁰ Ayan, s. 278; Buz, Dönme, s. 240-241; Eren, Borçlar Genel, s. 1124; Karataş, İnşaat, s. 162

⁵⁹¹ Ayan, s. 279; Buz, Dönme, s. 243-245; Eren, Borçlar Genel, s. 1125; Önen, s. 95-96; Öz, Dönme, s. 287; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 177.

HGK. T. 17.01.1990, E. 1989/13-392, K. 1990/1: “Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir (Tandoğan, age., sb: 427-428): a- Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar. posta giderleri noter ücreti gibi, b- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edimin 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, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi, d- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar, e- Dava masrafları...”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). Aynı yönde: 15. HD. T. 02.05.2011, E. 2010/ 2716, K. 2011/2614, (Atamulu, s. 139-140, dn. 64).

için yapılan harcamalar da fiili zarar kapsamındadır⁵⁹². Yoksun kalınan kar ise, alacaklının, borçluyla yaptığı sözleşme nedeniyle üçüncü kişilerle sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması nedeniyle uğradığı zarardır⁵⁹³.

3. ARSA SAHİBİNİN YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu hususunun tartışmalı olmasına bağlı olarak yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye beyanının dönme mi yoksa fesih niteliği mi taşıdığı tartışmalıdır.

Dönme ve fesih doğurdukları hukuki sonuçlar bakımından birbirinden tamamen farklı kavramlar olmasına rağmen bu terimler doktrinde ve Yargıtay kararlarında halen birbiri yerine kullanılmaktadır⁵⁹⁴. Özellikle, dönme yerine sözleşmenin geriye etkili feshi, fesih yerine sözleşmenin ileriye etkili feshi kavramlarına yer verildiği sıklıkla görülmektedir⁵⁹⁵.

⁵⁹² Buz, Dönme, s. 243-245; Eren, Borçlar Genel, s. 1125; Önen, s. 95-96.

⁵⁹³ Atamulu, s. 139; Ayan, s. 279; Buz, Dönme, s. 243-245; Dayınlarlı, s. 147; Eren, Borçlar Genel, s. 1125; Önen, s. 95-96; Öz, Dönme, s. 287.

15. HD. T. 11.07.2008, E. 2008/3503, K. 2008/4729: “Menfi(olumsuz) zarar..Feshedilen sözleşmeye göre edimin yerine getirileceği düşüncesiyle daha elverişli koşullarla sözleşme yapma imkanından yoksun kalındığı için -kaçırılmış fırsat nedeniyle- doğan zararlardan ibarettir.”, (Karataş, İnşaat, s. 560). 15. HD. T. 07.02.1992, 3250/494: “Bir örnekle açıklamak gerekirse; iş sahibi yükleniciye işi 2 milyon liraya yaptırmak için anlaştığında o tarihte başka bir yüklenicinin 3 milyonluk teklifini reddetmiş, bu defa sözleşmenin feshiyle aynı işi yeni fiyatlarla 5 milyon liraya yaptırmak zorunda kalmış ise burada iş sahibi 3 milyon liralık teklifi reddettiği için kaçırılan bu fırsattan doğan menfi zarar (5-3) 2 milyon liradır.”, (Karataş, İnşaat, s. 563). 15. HD. T. 08.11.2002, E. 2000/2826, K. 2000/4884: “Menfi zarar ise, somut olayda, kaçırılan fırsattan ibarettir. Yani, davacı iş sahibi, davalı ile sözleşme yapmamış olsaydı, o tarih itibarıyla davalının teklifine en yakın teklifte bulunmuş başka yüklenici varsa, o yüklenicinin teklif ettiği fiyat ile (o tarihte başka fiyat teklif eden yüklenici yok ise anılan tarih itibarıyla o işin raîç bedeli ile) davacı iş sahibinin sözleşmenin feshini müteakip makul süre içerisinde kalan eksik işler için başka yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark menfi zarardır.”, (Karataş, İnşaat, s. 573).

Ayrıca arsa sahibinin, yükleniciyle yaptığı sözleşme nedeniyle, kendi mesleki faaliyetlerini ihmal etmesinden dolayı uğramış olduğu gelir azalmasını da menfi zarar kapsamında talep edebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Öz, Dönme, s. 290; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 178..

⁵⁹⁴ Buz, Dönme, s. 80; Öz, Dönme, s. 24-25.

HGK. T. 28.09.2021, E. 2017/2615, K. 2021/1102: “Uygulamada her iki hâle de sözleşmenin feshi denilmekle birlikte doktrinde dönme ve fesih farklı anlamlarda kullanılıp değerlendirilmektedir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁵⁹⁵ Karataş, İnşaat, s. 481. 23. HD. T. 3.7.2018, E. 2015/9708, K. 2018/3902: “Eser sözleşmeleri - kural olarak- ani edimli oldukları için fesih, geriye etkili sonuç doğurur. Geriye etkili feshe, sözleşmeden “dönme” denir.”, (www.kazanci.com.tr).

Dönme, ani edimli borç ilişkisini geçmişe etkili olarak sona erdiren yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönme ile sözleşmenin kurulmasından önceki hukuki durumun sağlanması amaçlanır⁵⁹⁶. Dönme halinde, henüz yerine getirilmemiş edim yükümlülükleri son bulur, dönmeden önce yerine getirilmiş edimlerin ise iadesi gerekir⁵⁹⁷. Buna göre, yüklenici, dönme anına kadar inşa ettiği kısma ilişkin olarak inşa edilen kısmın değerinin iadesini talep edebilir⁵⁹⁸. Yüklenici, inşa ettiği inşaatın objektif değerinin iadesini para olarak talep edebilir⁵⁹⁹. Sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklı, menfi zararlarını talep edebilir⁶⁰⁰. Sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla asıl borca bağlı feri borç niteliğindeki cezai şart da asıl borçla birlikte son bulacağından cezai şart talep edilemez⁶⁰¹.

Fesih ise sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğuran bir haktır. Fesih anına kadar sözleşme geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur, fesihten önce yerine getirilen edimler geçerliliğini korur⁶⁰². Buna göre, yüklenici, inşa ettiği kısma ilişkin olarak, sözleşmede kararlaştırılan bedelin bu kısım ile orantılı arsa payını talep edebilir⁶⁰³. Fesihle, tarafların henüz yerine getirmediği edim yükümlülükleri son bulur⁶⁰⁴. Buna göre yüklenici inşaatın tamamlanmayan kısmını tamamlama ve teslim, arsa sahibi ise inşaatın tamamlanmayan kısmına karşılık arsa payını yükleniciye devretme borcundan

⁵⁹⁶ Ayan, s. 254; Öz, Dönme, s. 225; Buz, Dönme, s. 78; Dayınlarlı, s. 142

⁵⁹⁷ Ayan, s. 253; Buz, s. 117; Buz, Dönme, s. 78, 82, 152; Dayınlarlı, s. 104, dn. 165; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 463; Öz, Dönme, s. 26-27, 33; Selimoğlu, s. 31-32; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 170-171; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 264; Serozan, Dönme, s. 502.

⁵⁹⁸ Ayan, s. 258;

⁵⁹⁹ Ayan, s. 274. Ayan, bazı durumlarda, inşaatın objektif değerinin iadesinin para yerine arsa payı olarak yapılmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Örneğin, inşaatın büyük çoğunluğunun tamamlanması durumunda yüklenicinin iade alacağının arsa payı olarak verilmesi gerekir. Bkz. Ayan, s. 274-277.

⁶⁰⁰ Atamulu, s. 139; Dayınlarlı, s. 147; Eren, Borçlar Genel, s. 1124; Önen, s. 95; Öz, Dönme, s. 285; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 176; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 265; Buz, Dönme, s. 240.

⁶⁰¹ Buz, Dönme, s. 160; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 130.

15. HD. T. 08.11.2002, E. 2000/2826, K. 2000/4884: “Cezai şart ile eksik işler bedeli, müspet zarar kapsamında olup, bu kalem alacakların istenebilmesi için sözleşmeden dönülmemiş olması gerekir. Oysa, davacı, 14.7.1997 tarihli ihtarnamesiyle sözleşmeden dönmüştür. Sözleşmeden dönen taraf ise ancak BK'nın 108/II. maddesinde öngörülen menfi zararını, başka bir anlatımla, cebinden çıkan paranın tahsilini isteyebilir.”, (Karataş, İnşaat, s. 573).

⁶⁰² Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 115, 119; Atamulu, s. 184; Haluk Tandoğan, “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler”, **BATİDER**, Cilt: 11, Sayı:1, 1981, ss. 1-49, (Orantılı Ücret), s. 6; Uygur, Arsa Payı, s. 30.

⁶⁰³ Atamulu, s. 184; Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 6; Uygur, Arsa Payı, s. 30.

Arsa sahibi, yüklenicinin yapılan kısmın karşılığından fazla tutarda arsa payını devretmiş ise fazla tutarda devredilen arsa paylarının iadesini talep edebilir. Bkz. Atamulu, s. 185.

⁶⁰⁴ Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 6; Uygur, Arsa Payı, s. 30; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 119.

kurtulur⁶⁰⁵. Fesih hakkının kullanılması halinde, alacaklı, müspet zararlarını talep edebilir⁶⁰⁶. Ayrıca sözleşmede cezai şart kararlaştırılmışsa fesih anına kadar ceza şart talep edilebilir⁶⁰⁷.

a. Doktrinde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirme İradesinin Hukuki Niteliğine İlişkin İleri Sürülen Görüşler

(1) Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sone Erdirme İradesinin Dönme Niteliği Taşıdığına İlişkin İleri Sürülen Görüş

Doktrinde ileri sürülen bu görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli borç niteliği olması nedeniyle, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi dönme niteliği taşır⁶⁰⁸. Buna göre, ani edimli borç niteliği dikkate alınarak düzenlenen TBK m. 125/3 gereğince, yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁶⁰⁹.

Bu görüşe göre, yüklenici, inşaatı tamamlamaya yönelik faaliyetlerde bulunmasıyla, asli edim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz. Yüklenicinin, asli edim yükümlülüğünü yerine getirmesi için inşaatı tamamlayıp teslim etmesi gerekir⁶¹⁰. İnşaatın tamamlanması için gereken faaliyetlerinin uzun sürmesi, sözleşmeyi sürekli borç ilişkisine dönüştürmez⁶¹¹. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi olup yüklenicinin temerrüdü halinde arsa

⁶⁰⁵ Atamulu, s. 184.

⁶⁰⁶ Öz, Dönme, s. 29.

Aksi görüşte: Buz, fesih hakkının kullanılmasına rağmen menfi zararın talep edilebileceği bazı durumların söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Buz, Dönme, s. 85.

⁶⁰⁷ Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 130.

⁶⁰⁸ Bu görüşte: Ayan, s. 48; Öz, Dönme, s. 144. Öz, kural olarak, eser sözleşmelerinin ani edimli olduğunu bu nedenle yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak yazara göre, bazı eser sözleşmelerinin (ard arda eser teslimi sözleşmeleri ile eserin varlığının zaman içinde genişlediği eser sözleşmeleri) sürekli edimli borç ilişkisi niteliği taşıdığını ileri sürmektedir. Bkz. Öz, Dönme, s. 21-23.

⁶⁰⁹ Atamulu, s. 144-153.

⁶¹⁰ Ayan, s. 24-25; Öz, Dönme, s. 20.

⁶¹¹ Ayan, s. 25, 47; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 5; Yavuz, s. 594; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 461; Selimoğlu, s. 29; Öz, Dönme, s. 20.

sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir⁶¹². Bu görüşe göre, BK m. 358/1(TBK m. 473/1) hükmü, yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda dönme hükümlerinin uygulanmasının hakkaniyete uygun olduğunu göstermektedir⁶¹³.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, fesih hükümlerinin uygulanmasıyla kusuruyla temerrüde düşen yükleniciye yaptığı işle orantılı arsa payının verilmesi hakkaniyete aykırılık teşkil eder⁶¹⁴. Kusuruyla temerrüde düşen yükleniciye inşaatı zamanında tamamlayıp teslim etmiş gibi kar payı verilmesiyle yüklenici adeta ödüllendirilmiş olacaktır. Bu durumu bilen yükleniciler, işin daha karlı kısmı olan başlangıç kısmını inşaat ettikten sonra işi yarıda bırakacaklardır. Ancak dönme hükümlerinin uygulanması durumunda, yüklenici, inşa ettiği kısımın yalnızca objektif değeri talep edebilecektir. Bu durumda, yüklenici arsa payına hak kazanmak için inşaatı tamamlayıp teslim etmek için daha çok çaba gösterecektir⁶¹⁵.

Fesih hükümlerinin uygulanması neticesinde kusuruyla temerrüde düşen yükleniciye yaptığı işle orantılı arsa payının verilmesi, BK m. 371/2(TBK'nın 486/2) hükmünü anlamsız kılar⁶¹⁶. Bu hükme göre, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda, yükleniciye, yaptığı işle orantılı bedel verilir. Kusuruyla temerrüde düşen yükleniciye yaptığı işle orantılı bedel verilmesi, kusuru olmaksızın inşaatı tamamlayamayan yüklenicinin orantılı bedele hak kazanacağına ilişkin kanun hükmünü anlamsız hale getirir⁶¹⁷.

Kaldı ki fesih hükümlerinin uygulanması halinde, yükleniciye yaptığı işle orantılı bütünlük taşıyan bağımsız bölüm verilmesi çoğu zaman güç olacağından aynı bağımsız bölüm üzerinde hem yüklenici hem de arsa sahibi söz sahibi olacaktır. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki güven ilişkisinin temerrüt nedeniyle tamamen zedelenmesi ve tarafların çoğu zaman davalık olması nedenleriyle, tarafların aynı bağımsız bölüm üzerinde mülkiyet haklarının bulunması sakıncalar doğuracaktır⁶¹⁸.

⁶¹² Atamulu, 145-146.

⁶¹³ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 149.

⁶¹⁴ Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 35.

⁶¹⁵ Atamulu, s. 175; Öz, Dönme, s. 218. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 150; Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 37.

⁶¹⁶ Atamulu, s. 174-175; Tandoğan Orantılı Ücret, s. 41.

⁶¹⁷ Atamulu, s. 174-175; Tandoğan Orantılı Ücret, s. 41.

⁶¹⁸ Atamulu, s. 177; Öz, Dönme, s. 217; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 152; Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 48.

Aksi görüşte: Yüklenici, genellikle, hak kazandığı bağımsız bölümü, üçüncü bir şahsa satma amacıyla olduğundan çoğu zaman yüklenicinin ve arsa sahibinin aynı bağımsız bölüm üzerinde paydaş olması söz konusu dahi olmayacaktır. Kaldı ki arsa sahibi, KMK m. 25'te belirtilen

Tandoğan, yüklenicinin yaptığı işle orantılı tek başına bağımsız bölüme hak kazandığının kabulü halinde dahi aralarındaki güven ilişkisinin zedelenen tarafların kat malikleri ilişkisi içerisinde olmalarının büyük sakıncalar doğuracağını ileri sürmektedir⁶¹⁹.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatın büyük bölümünü inşa etmesine rağmen temerrüde düşmesi durumunda, arsa sahibinin dönme beyanının fesih olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, dönme hükümlerinin uygulanması neticesinde inşaatın büyük bölümünü inşa eden ancak temerrüde düşen yükleniciye inşa ettiği inşaatla ilişkin objektif değerinin verilmesi hakkaniyete aykırılık teşkil eder⁶²⁰. Yüklenicinin büyük emekler harcıyıp masraflar yaparak inşaatın büyük bir bölümünü tamamlamasına rağmen inşaatın değerinin verilmesi yüklenicinin emeğini hiçe saymaktır⁶²¹.

Sungurbey, yüklenicinin temerrüde düşmüş olmakla birlikte inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmış olması durumunda, BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1,3) hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁶²². BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1,3) hükümlerine göre, iş sahibinin kabulden kaçınamayacağı ya da iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan inşaatın sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açması durumlarında iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını değil bedelde indirim ya da onarım hakkını kullanabilir. BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1,3) hükümlerinin kabul edilmesinin gerekçesi, inşaatın arsadan sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar verecek olmasıdır. Aynı gerekçe, yüklenicinin inşaatın büyük bir bölümünü tamamlaması ancak temerrüde düşmesi durumunda da geçerlidir. Bu nedenle, BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1,3) hükümlerinin kıyasen uygulanması

yaptırım hükümlerine de başvurma hakkına sahiptir. Bkz. İsmet Sungurbey, “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlamanın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlama Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106/180 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2’deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.11.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not”, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Cilt 7, Sayı 6, 1984, ss. 781-795, (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı), s. 795.

⁶¹⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 152.

⁶²⁰ Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, s. 469.

⁶²¹ Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, s. 469, 486

⁶²² Karahasan ise BK m. 360(TBK m. 475) hükmünün doğrudan uygulanması gerektiğini, bu nedenle dönme hakkının değil onarım ya da bedelde indirim haklarından birinin kullanılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 269.

gerektiği belirtilmektedir⁶²³. BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1,3) hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla dönme değil fesih hükümleri uygulanmalıdır⁶²⁴. Böylelikle, sözleşme ileriye etkili sona erecek, yükleniciye inşa ettiği inşaat oranında arsa payı verilecektir⁶²⁵.

Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre ise, inşaat seviyesi ne kadar ilerlemiş olursa olsun arsa sahibinin dönme beyanının fesih olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁶²⁶. İnşaatın ilerlemiş olması durumunda fesih hükümlerinin uygulanabileceğini kabul eden görüşün dayanağı BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1,3) hükümleridir. BK m. 360(TBK m. 475) hükmüyle ayıptan doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Borçlunun temerrüdü ise genel hükümlerde düzenlendiğinden kanun boşluğunun bulunmamakta olup BK m. 360(TBK m. 475) hükmünün temerrüt durumunda uygulanmasının mümkün değildir⁶²⁷. Kaldı ki BK m. 360/3(TBK m. 475/3) gereğince, eser işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup sökülüp kaldırılması fazla bir zarara doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme değil bedelde indirim veya onarım haklarını kullanabilir. Tandoğan'a göre anılı hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasının kabulü halinde dahi dönme yerine fesih hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucu çıkarılamaz⁶²⁸.

Öz'e göre, inşaat seviyesi ne kadar ilerlemiş olursa olsun arsa sahibi kural olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Ancak yazar, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibinin dönme beyanının fesih sayılabileceğini kabul etmektedir. Yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda, BK m. 371/2(TBK m. 486/2) hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

⁶²³ İsmet Sungurbey, "Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK. 360/II, III'ün Örnekseme Yoluyla Borçlu Direnmesine De Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar", **Yasa Hukuk Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, 1983, s. 13 – 33, (BK. 360/II,III), s. 21.

⁶²⁴ Sungurbey, BK. 360/II,III, s. 21-26.

⁶²⁵ Sungurbey, BK. 360/II,III, s. 32.

⁶²⁶ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 76 vd.; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 181; Öz, Dönme, s. 210-221;

⁶²⁷ Öz, Dönme, s. 212-213.

Aksi görüşte: Sungurbey, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan inşaatın sökülüp kaldırılmasının fazla bir zarara yol açmasının önlenmesi şeklindeki ortak gerekçeye rağmen yapının tamamlanmamış olduğundan bahisle BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1,3) hükümlerinin temerrüt halinde kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını iddia edilmesinin yersiz olduğu belirtilmektedir. On İki Levha Kanunu'nda kabul edilen dört ayaklı (quadrupus) yabani bir hayvan sahibinin bu hayvanın verdiği zararlardan sorumlu tutulmasına ilişkin hükmün, ayak sayısının eksik olduğundan bahisle örnekseme yoluyla iki ayaklı yabani bir hayvanın verdiği zarara uygulanamayacağının ileri sürmek kadar yersiz olduğunu belirtilmektedir. Bkz. Sungurbey, BK. 360/II,III, s. 22.

⁶²⁸ Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 39.

Bu hükme göre, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda yüklenici inşa ettiği kısım ile orantılı olarak bedel talep edebilir. Yüklenicinin kusuru olmaksızın temerrüde düşmesi durumunda, bu hükmün kıyasen uygulanması neticesinde, arsa sahibinin dönme beyanı fesih sayılabilir böylelikle yüklenici yaptığı kısım ile orantılı arsa payı talep edebilir⁶²⁹.

(2) Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sone Erdirme İradesinin Fesih Niteliği Taşıdığına İlişkin İleri Sürülen Görüş

Bu görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinde olması nedeniyle, yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibi, fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebilir⁶³⁰.

BK m. 360/3(TBK m. 475/3)'e göre, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan inşaatın sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara doğuracak olması halinde dönme hakkı kullanılamaz. Bu hükmün, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü haline kıyasen uygulanması halinde de arsa sahibinin dönme değil fesih hakkına sahip olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır⁶³¹.

Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin fesih niteliği taşıdığına kabulü halinde, sözleşme fesih anına kadar geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bundan dolayı, yüklenici, fesih anına kadar yerine getirdiği edimine karşılık orantılı arsa payına hak kazanır⁶³². Bu sayede, yükleniciden bağımsız bölüm hak kazanan üçüncü kişinin de kazanımı korunur⁶³³.

(3) Karma Görüş

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, salt ani edimli veya sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirmek

⁶²⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 181; Öz, Dönme, s. 210-221; Atamulu, Öz'ün getirdiği çözümün yerinde olduğunu belirtmekle birlikte fesih hükümlerinin uygulanabilmesi için yüklenici tarafından tamamlanan kısmın kullanılabilir nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Atamulu, s. 175.

⁶³⁰ Kartal, Kat Karşılığı, s. 25, 154.

⁶³¹ Kartal, Kat Karşılığı, s. 166.

⁶³² Uygur Arsa Payı, s. 30.

⁶³³ Kartal, Kat Karşılığı, s. 154.

mümkün değildir. Bu sözleşme hem ani edimli hem de sürekli borç ilişkilerine ilişkin özellikleri taşımaktadır⁶³⁴. Bu nedenle, somut olayın tüm özelliklerini ve tarafların menfaat dengesi dikkate alınarak ani edimli veya sürekli edimli borç ilişkilerine ilişkin kuralların somut olaya uygulanması gerekir⁶³⁵.

Eser sözleşmesinin sürekli-geçici karmaşığı borç ilişkisi niteliğinin bulunduğunu kabul eden Serozan'a göre, dönme hakkının kullanılıp kullanılamayacağı her somut olayın özelliklerine bakılarak tespit edilmelidir. Yüklenicinin eseri meydana getirmek için harcamış olduğu emeğin korunmaya değer bulunduğu durumlarda, fesih hükümleri uygulanmalıdır. Aksi takdirde, dönme hükümlerinin uygulanması neticesinde yüklenicinin yerine getirmiş olduğu edimin yalnızca değeri verilecek böylelikle emekçi olan yüklenicinin emeği hiçe sayılacaktır⁶³⁶. Ayrıca eserin meydana getirilmesi için gereken malzemelerin yüklenici tarafından karşılandığı hallerde, dönme hükümlerinin uygulanmaması gerekir⁶³⁷.

Erman, önceki tarihli bir eserinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin salt sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğu kabul etmiştir⁶³⁸. Ancak yazar sonradan görüşünü değiştirerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini geçici-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi olduğunu kabul etmiştir. Yazara göre, yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibinin kural olarak dönme hakkı bulunmakla birlikte sürekli edimli borç ilişkilerine özgü hükümlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir⁶³⁹.

Atamulu'ya göre, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi, kural olarak geçmişe etkili sonuç doğurur. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, fesih hükümleri uygulanabilir. Yargıtay

⁶³⁴ Arpacı, s. 124-126; Büyükay, s. 46; Erman, Arsa Payı, s. 9; Kurşat, s. 57-59; Uygur, Arsa Payı, s. 30; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, s. 469.

⁶³⁵ Büyükay, s. 46-47; Kurşat, s. 57-59; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, s. 471

⁶³⁶ Aksi görüşte: Genel esaslarıyla dönme görüşünü benimseyen Öz, yüklenicinin genellikle tacir olduğu gerçeği karşısında yüklenicilerin emekçi olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığını belirtmektedir. Bkz. Öz, Dönme, s. 192. Kaldı ki dönme hükümlerinin uygulanması durumunda, büyük sermaye sahibi yüklenicilerin emeğinin hiçe sayılmasının söz konusu değildir. Yüklenicinin inşa ettiği kısmın değerinin verilmesiyle yüklenicinin emeği karşılanmaktadır. Asıl, fesih hükümlerinin uygulanması halinde, genellikle orta gelirli ve hayatında ilk kez arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapan zayıf konumda olan arsa sahibinin menfaatleri zedelenecaktır. Bkz. Atamulu, s. 176; Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 40.

⁶³⁷ Serozan, Dönme, s. 175-177.

⁶³⁸ Erman, Karar İncelemesi, s. 516

⁶³⁹ Erman, Arsa Payı, s.8-9.

kararların aksine salt tamamlanma oranına bakılarak fesih hükümlerinin uygulanmasının tespit edilmesi mümkün değildir⁶⁴⁰. İnşaatın tamamlanma oranının yanında her somut olayın özellikleri ve yüklenicinin temerrüde düşmede kusurunun bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır⁶⁴¹. Yazara göre, bu hukuki sorunun çözülmesi için kanunda yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin dönme hakkını kullanması suretiyle sözleşmenin sona ermesi hali düzenlenmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani-sürekli edimli niteliği göz önünde bulundurularak TBK m. 480/2'deki hükme benzer “*Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda iş sahibi, ancak fesih hakkını kullanabilir.*” şeklinde bir hüküm eklenmelidir⁶⁴².

Büyükay, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin kural olarak fesih hakkına sahip olduğunu ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda dönme hakkını kullanabileceğini kabul etmektedir⁶⁴³.

Olgaç'a göre, inşaat seviyesine göre kademeli devrin kararlaştırıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin belirli seviyeye kadar inşa ettikten sonra temerrüde düşmesi durumunda fesih hükümleri uygulanmalıdır. Çünkü yüklenici sözleşmede belirtilen inşaat seviyesine getirerek o inşaat seviyesine isabet eden arsa payının mülkiyetine hak kazanmıştır⁶⁴⁴.

b. Yargıtay'ın Uygulaması

Yargıtay, 25.01.1984 tarihli ve 3/1 sayılı İBK verilmeden önce, yüklenicinin inşaatın büyük kısmının tamamlamasına rağmen temerrüde düşmesi halinde, BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1/3) hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğine karar vermektedir⁶⁴⁵. Yüklenicinin arsa sahibinin taşınmazı üzerinde inşa ettiği inşaatın

⁶⁴⁰ Örneğin, farklı parseller üzerinde binaların inşa edilmesinin kararlaştırıldığı sözleşmede, yüklenicinin arsa sahibinin kullanımına uygun binaların inşa etmesi durumunda, inşaatın seviyesi %90'a ulaşmasa bile feshe karar verilebilir. Bkz. Atamulu, s. 177-178.

⁶⁴¹ Yazara göre, kusuruyla temerrüde düşen yükleniciye yaptığı işle orantılı arsa payının verilmesi yükleniciyi adeta ödüllendireceğinden yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda dönme hükümleri uygulanmalıdır. Bkz. Atamulu, s. 174, dn. 167.

⁶⁴² Atamulu, s. 181.

⁶⁴³ Büyükay, s. 237.

⁶⁴⁴ Olgaç, s. 86.

⁶⁴⁵ 15. HD. T. 21.3.1978, E. 1978/275, K. 1978/586: “*Dava konusu olayda, davalı yüklenici davacıların arsasında apartmanı büyük ölçüde yapıp meydana çıkarmıştır. Bu apartmanın ortadan kaldırılmasının yüklenici için aşırı (önemli) zarar doğuracağı ise çok belirgindir.*”

sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar yol açacak olması nedeniyle, yüklenicinin, yaptığı kısımla orantılı arsa payı talep edebileceği kabul edilmekteydi⁶⁴⁶.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.1982 tarihli 1982/15-356E. ve 1982/817K. sayılı kararıyla, önceki içtihatlardan dönülmüş, borçlunun temerrüdünün BK m. 106-108(TBK m. 123-125) genel hükümlerinde düzenlenmesi nedeniyle BK m. 360(TBK m. 475) maddesinin kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir⁶⁴⁷. Anılı karara göre, eser sözleşmesi sürekli-geçici karmaşığı bir borç ilişkisi niteliğinde olup arsa sahibinin sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirebilmesi için borç ilişkisinin niteliğine ve somut olayın özelliğine bakılmalıdır. Buna göre, somut olay gerektirdiğinde ya da yüklenicinin korunmaya hiç layık olmadığı durumlarda dönme hükümleri uygulanabilir⁶⁴⁸.

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 (müteahhidin) borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda da iş sahibinin dönme hakkının BK. M. 360 çerçevesinde sınırlandırıldığını kabul etmek, haydi haydi (evleviyetle) gerekli olur.”, (Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, s. 475).

⁶⁴⁶ 15. HD. T. 24.1.1980, E. 1979/2453, K. 1980/111: “Şu halde inşaat davacı iş sahibinin arsası üzerinde yapılmıştır. Ve bilirkişi raporunda anlaşıldığında göre davacının sözleşmeyi feshettiği tarihte, yüklenici inşaatın bütün itibarıyla %75 ini ve davacıya kalan daireler yönünden %85 ini tamamlamıştır. Böyle bir durumda sözleşmenin, Borçlar Kanunun 106-108 maddeleri çerçevesinde geçmişi kapsar şekilde feshi yerine uyumsuzluğa, aynı yasanın 360 nci maddesinin 2 nci ve 3 üncü bendlerini kıyasen uygulamak ve noksan kalan iş değeri nispetinde eser karşılığı olan arsa payını indirmek hem yasal hem de daha hakkaniyetli olur.”, (Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 16-17. 15. HD. T. 08/04/1977, E. 1977/470, K. 837: “...davalının temerrüdü nedeniyle davacının sözleşmeyi fesihte haklı olup olmadığı Borçlar Yasasının 360. Maddesinin olaya uygulanması ile çözülmesi gerekir. Bunun için öncelikle davalının davacıya karşı yüklendiği edimi hangi oranda yerine getirmiş olduğu belirlenmelidir. Davalının yapmış olduğu bölümler davacının kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı değilse veya aykırılık kabulden çekinmeyi haklı kılacak derecede önemli olsa bile davacının arsası üzerinde yapılmış bir bina söz konusu olduğundan yapılmış inşaatın ref'i ve kal'i aşırı zarara neden olacaksa sözleşmenin feshi yerine, davacıya verilecek olan dairelerin karşılığını teşkil eden bedelin indirilmesi yasaya uygun olur. Ancak yapılan inşaatın türü, miktarı ve değeri itibarıyla kaldırılması davalıya aşırı zarar vermeyecekse sözleşmenin feshinin kabulü gerekir.”, Öz, Dönme, s. 200.

⁶⁴⁷ Bu kararın eleştirisi için bkz. Sungurbey, BK. 360/II,III, s.13-33.

⁶⁴⁸ HGK. T. 06.10.1982, E. 1982/15-356, K. 1982/817: “Oysa, BK. 360. Maddesinin olaya örnekseme(kıyas) yoluyla uygulanabilmesi için her şeyden önce o olayla ilgili yasal bir düzenlemenin mevcut olmaması gerekir. Borçlar Yasası, teslim zamanı gelmeden iş sahibinin erken fesh hakkının kapsam ve koşullarını düzenlemiş, fakat teslim borcunun belirlenen zamanda yerine getirilmemesi hali için özel bir hüküm öngörmemiş, çözümünü genel hükümlere bırakmıştır. Öyleyse, borçlu temerrüdünü düzenleyen 106. Madde kapsamı içinde olaya çözüm getirmek olanağı varken, örnekseme yoluna başvurmak düşünülemez. Koşulları doğmuşsa maddede düzenlenen 3 seçimlik haktan birinin kullanılmasına yasal bir engel yoktur. Sorun, Yasaya uygun bulunan fesh hakkını kapsam ve sonuçlarını belirlemekten ibarettir. İş sahibinin fesh (dönme) hakkını kullandığı durumlarda feshin geriye etkili olup olmadığını saptamak için ise borç ilişkisinin niteliğine ve somut olayın özelliğine bakmak gerekir. Eser sözleşmelerinde sürekli-geçici karmaşığı bir sözleşme ilişkisi niteliği (Seroza-age-184) bulunduğu kabul edildiğine göre

Hukuk Genel Kurulu'nun anılı kararı ile 15. Hukuk Dairesi'nin kararları arasında içtihat uyuşmazlığının ortaya çıkması üzerine, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli, 3/1 sayılı kararı verilmiştir.

(1) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli, 3/1 sayılı Kararı

25.01.1984 tarihli 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla, inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde BK m. 360(TBK m. 475) maddesinin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağı, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin geçmişe mi yoksa ileriye etkili sonuç doğuracağı hususları açıklığa kavuşturulmuştur.

Öncelikle, karara göre, eser sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olmasına karşın eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri, geçici-sürekli karmaşığı bir niteliğe sahiptir. Çünkü inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin emek ve masrafa dayanan edimi uzun bir zamana yayılmaktadır. Ayrıca kanunda eser sözleşmesi hükümleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara da yer verilmiştir. Tüm bu nedenlerle, inşaat sözleşmelerinde, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da göz önünde bulundurulması gerekir.

Yüklenicinin temerrüdünün hukuki sonuçları özel hükümlerde düzenlenmemiş ancak borçlunun temerrüdü genel hükümlerde düzenlenmiştir. Bu nedenle, yüklenicinin temerrüdüne ilişkin kanun boşluğu bulunmamakta olup yüklenicinin temerrüdü halinde BK m. 106-108(TBK m. 123-125) hükümleri uygulanır. Kaldı ki BK m. 360(TBK m. 475) hükmü yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkindir. Bu nedenle, yüklenicinin temerrüdü halinde, bu hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Buna göre, yüklenicinin kusuruyla

somut olay adalet gerektirdiğinde ya da yüklenicinin korunmaya hiç layık olmadığı durumlarda hakkaniyete ve eser sözleşmesinin kurallarına göre Nedensiz Zenginleşme Hukuku çerçevesinde bir çözümün uygun ve gerekli olduğu kabul edilmelidir.", (Haluk Tandoğan, "Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan ve Temerrüde Düşen Müteahhide Karşı Geriye Etkili Fesih Hakkının Kullanılabileceği Hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Yeni İçtihadı", **BATİDER**, Cilt 2, Sayı 1, 1981, ss. 109-117, (Geriye Etkili Fesih), s. 114-115.

temerrüde düşmesi durumunda kural olarak BK m. 106-108(TBK m. 123-125) hükümleri uygulanacaktır⁶⁴⁹.

Ancak inşaatın büyük kısmını tamamlayan fakat temerrüde düşen yükleniciye yerine getirdiği ediminin karşılığını BK m. 106-108(TBK m. 123-125) hükümleri uyarınca verilmesi adalete aykırı sonuçlar doğurur. Bu durumda, iş sahibi, normalde kavuşamayacağı bir imkana kavuşur, yüklenici ise sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Bu nedenle, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliğinin (uyuşmazlığa BK m.106-108 hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, MK m. 2 hükmü gözetilerek⁶⁵⁰ sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağının kabulü halinde; yüklenici, inşa ettiği inşaata ilişkin bedelini, arsa sahibi ise yüklenicinin kusuruna bağlı olarak uğramış olduğu tüm zararları talep edebilir⁶⁵¹. Ancak kararda, yüklenicinin yerine getirdiği

⁶⁴⁹ YİBK. T. 25.01.1984, E. 1984/3, K. 1984/1: “*Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106-108. maddeleridir.*”, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁵⁰ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe tarafından, özel hüküm niteliğindeki BK m. 360/2,3(TBK m. 475/1,3) hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması yerine genel hüküm olan MK m. 2 hükmünün uygulanması eleştirilmektedir. Bkz. Sungurbey, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, s. 782, 789; Kartal, Kat Karşılığı, s. 173-178. Öz ise, Yargıtay’ın bu uygulamasının dayanağının, TMK m. 2 hükmü değil edimine başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde arsa sahibinin fesih hakkının açıkça düzenlendiği TBK m. 126 hükmü olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 179.

⁶⁵¹ YİBBK T. 25.01.1984, E. 1984/3, K. 1984/1: “*Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki, böyle bir durumda müteahhidin bir kısmı ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal hallede sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir... İstisna 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 Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin 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...*”, (www.kazanci.com.tr).

edimin karşılığı olarak orantılı arsa payı mı verileceğine ilişkin bir karar verilmemiştir⁶⁵². Ancak Yargıtay'ın sonraki tarihli kararlarında, yüklenicinin, inşaatı getirdiği seviyeye orantılı arsa payı talep edebileceği kabul edilmektedir⁶⁵³.

Kararda, yüklenicinin yapının tamamladığı kısmının kapsamının gerektirdiği durumlarda sözleşmenin ileriye etkili sona erdirebileceği kabul edilmiştir. Ancak yüklenicinin hangi oranda inşaatı tamamlaması halinde fesih hükümlerinin uygulanacağına belirtilmemiştir⁶⁵⁴. Yargıtay, sonraki kararlarında, yüklenicinin elini işten çektiği tarihteki inşaatın fiziki durum dikkate alınarak yüklenici tarafından yapılan işlerin sözleşme uyarınca yapılması gereken tüm işlere olan oranının yani inşaat seviyesinin belirlenmesi gerektiğine karar verilmiştir⁶⁵⁵. İnşaat seviyesi tespit edilirken arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin değil işin tamamı üzerinden işin ne oranda tamamlandığının tespit edilmesi gerekir⁶⁵⁶.

⁶⁵² Atamulu, s. 18; Erman, Arsa Payı, s. 114; Öz, Dönme, s. 208; Tandoğan, Borçlar Özel s. 158. Tandoğan, yüklenicinin inşa ettiği kısmının mülkiyetinin arsa sahibine kalacağı, yüklenicinin inşa ettiği inşaatı karşılık arsa payı talep edemeyeceği, ediminin karşılığını nakdi olarak alabileceğini kabul etmektedir. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 159.

⁶⁵³ 15. HD. T. 8.7.2019, E. 2018/4947, K. 2019/3227: “Oysa ileriye etkili fesihte sonuç farklıdır. Burada arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararların ödenmesini de ister.”, 15. HD. T. 2.6.2011, E. 2011/192, K. 2011/3284: “Hemen belirtilmelidir ki, ileriye etkili fesihte müteahhit, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) müteahhitten isteyebilmektedir.”, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁵⁴ Atamulu, s. 168; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 158; Öz, Dönme, s. 220. Doktrinde, İçtihadı Birleştirme Kararında, yüklenicinin hangi oranda inşaatı tamamlaması halinde fesih hükümlerinin uygulanacağını belirtilmemesi eleştirilmiştir. Bkz. Öz, Dönme, s. 220; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 34.

⁶⁵⁵ 15. HD. T. 30.5.2008, E. 2008/362, K. 2008/3514: “Bunun için her şeyden önce, yüklenicinin işten el çektiği tarihte inşaatın fiziki durumunun tespitinde ve yapılan işin tüm işe oranının saptanmasında zorunluluk vardır. Böylece işin arz ettiği özellik, işin kapsamı ile birlikte değerlendirilerek feshin ileriye etkili mi, yoksa geriye etkili mi sonuçlar doğuracağı üzerinde durulması gerekir... Uygulamada bu belirleme genellikle inşaat puanlandırılarak yapılmaktadır (Örneğin, temel ... %7, doğrama ... %12, sıhhi tesisat ... %10 gibi) İnşaatın fiziki seviyesi belirlenirken yüklenici tarafından yapılan işlerin, sözleşme uyarınca inşaatı yapılması gereken tüm imalatlara olan oranının (yüklenicinin işten elini çektiği gündeki duruma göre fiziksel olarak işin kaçta kaçını yaptığının) belirlenmesi gerekir.”, 15. HD. T. 2.6.2011, E. 2011/192, K. 2011/3284: “...gerektiğinde mahallinde inceleme yaptırılarak, inşaat seviyesinin yüklenicinin el çektiği tarih itibarıyla (bağımsız bölüm satın alanların yaptığı imalât ayrık tutularak) kendi sözleşme ve teknik şartnamesine uygun gerçekleşen seviyesini hesaplatırmak, sözleşmenin ileriye veya geriye etkili feshini bunun sonucuna göre belirlemek...”, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁵⁶ 15. HD. T. 07.05.2001, E. 2001/548, K. 2001/2453: “...arsa sahiplerine verilecek dairelerin bulunduğu blokun tamamlanma seviyesi %95 olup bu oran tespit edilirken diğer bloktaki inşaatın seviyesi hiç nazara alınmamıştır...tamamlanma oranı işin tamamı üzerinden hesaplatılarak bu seviyeye göre...”; HGK T. 08.06.2021, E. 2017/866, K. 2021/724: “Alınan bilirkişi raporunda, davacı yüklenicilerin sözleşme gereği yapmaları gereken 20 adet villadan 18 adedini tamamladıkları, iki adet villanın ise henüz yapılmaya başlanmadığı belirtilmiştir. Sözleşmenin ileriye etkili feshi talebi hâlinde ise, yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından

Yargıtay'ın son tarihli kararlarına göre, inşaat seviyesinin %90 ve üzeri olması halinde sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına aksi takdirde geriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmelidir⁶⁵⁷. Ayrıca Yargıtay'ın bir kararında, inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması şartının yanında, eksik kalan işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmaması şartı da aranmıştır⁶⁵⁸.

yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Her ne kadar hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacı yükleniciler tarafından yapıldığı belirtilen villalar dikkate alınarak hak ettikleri arsa payı belirlenmiş ise de, alınan rapor hüküm kurmaya elverişli olmayıp, taraflar arasında imzalanan sözleşmede yer alan tüm hususlar dikkate alınarak, davacı yüklenicilerin gerçekleştirdiği işlerin fiziki oranı mahallinde keşif yapılarak konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla tespit edilmelidir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁶⁵⁷ HGK T. 08.06.2021, E. 2017/866, K. 2021/724: “Sözleşmenin ileriye etkili feshi talebi hâlinde ise, yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur.”; 15. HD. T. 18.04.2019, E. 2019/40, K. 2019/1897: “Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Gerek Dairemizin gerekse Hukuk Genel Kurulu'nun uygulamaları bu doğrultudadır.”; 15. HD. T. 8.7.2019, E. 2018/4947, K. 2019/3227: “...akdin ileriye etkili feshedilebilmesi için inşaat seviyesi %90 ve üzeri orana ulaşmış olmalıdır.”; 15. HD. T. 1.2.2006, E. 2005/6210, K. 2006/397: “Bu haliyle %74'ü ikmal olunan ve kolon ve kirişleri profesine göre küçük yapıldığı anlaşılan inşaat, 25.01.1984 gün ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın uygulanarak akdin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshine karar verilmesi, oluşturma ve dosya kapsamına uygun bulunmamıştır.”, 15. HD. T. 19.06.1996, E. 1996/3158, K. 1996/3503: “%70 oranı, 25.1.1984 gün 3-1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanmasına ve dolayısıyla, sözleşmenin ileriye etkili (ex nunc) feshine engeldir. Bu orana göre, ancak, geriye etkili (ex tunc) bir fesih söz konusu olabilir.”, Aynı yönde: 15. HD. T. 06.05.2020, E. 2019/2526, K. 2020/1064; 15. HD. T. 2.6.2011, E. 2011/192, K. 2011/3284 (www.sinerjimevzuat.com.tr).

Doktrinde, sözleşmenin geriye etkili mi yoksa ileriye etkili mi sona ereceğinin tespiti için her somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği, öncesinde belirlenen bir inşaat seviyesine göre karar verilmesinin doğru olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Coşkun, s. 121.

Yargıtay bir kararında, arsa sahibinin açtığı fesih davasında, geriye etkili fesih kararı verilmesi için gereken şartlar mevcut olmasına rağmen inşaatı çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında sözleşmenin ileriye etkili fesih şartları da araştırılması gerektiğine karar verilmiştir. Bkz. 15. HD. T. 09.02.2006, E. 2006/6533, K. 2006/618: “...yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümlerin tamamının ikmal edilmesine rağmen arsa sahibine bırakılacak kısımların %40 seviyesinde inşa olunup inşaatın terk edildiği anlaşılmaktadır...Bu nedenle mahkemenin akdin geriye etkili şekilde feshine karar vermesi kural olarak yerinde bulunmaktadır. Ne var ki yapılan inşaatı çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında akdin ileriye etkili fesih şartları da araştırılmalıdır. Ancak kaçak bir yapılaşmada projeye aykırı yerlerin yasal hale getirilmediği sürece bu yerler üzerinde bir hak sahibi olunamayacağı da ortadadır. Diğer yandan arsa sahibine ait bölümler tamamlanmadıkça da yine ileri etkili fesih şartlarının oluştuğu kabul edilmez. Dosya kapsamından davalılara mehil verilmesi halinde inşaatı yasal hale getirip getiremeyecekleri hususu da araştırılmamıştır. O halde mahkemece belediyeden inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının sorulması, yasal hale getirilebiliyor ise davacının 1.12.1999 tarihli dilekçesi de gözetilerek bilirkişilerden ek rapor alınarak yasallaştırılması için yapılması gereken işlemlerin açıklattırılması, davalılara uygun bir mehil ve yetki tanınması ve sonucuna göre ileri etkili feshin düşünülmesi gerekirken...”, (Erman, Arsa Payı, s. 179, dn. 5.).

⁶⁵⁸ 23. HD. T. 29.05.2014, E. 2014/432, K. 2014/157: “... inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadağının belirlenmesi halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli...”, (Kurşat, s. 385, dn. 1092). 23. HD. T. 11.06.2013, E. 2013/4203, K. 2013/3983: “...gerek Yargıtay 15. HD.nin ve Dairemiz'in gerekse Yargıtay H.G.K.'nin kararlarında inşaatın tamamlanma seviyesi %90 ve

Ancak sözleşmenin geriye etkili sona ermesini gerektirecek şartların bulunmasına rağmen arsa sahibinin sözleşmenin ileriye etkili sona ermesini talep etmesi halinde, arsa sahibinin talebine uygun şekilde sözleşmenin feshine karar verilmesi gerekir⁶⁵⁹.

(2) Yargıtay'ın Uygulamasına Göre Sözleşmenin Geriye Etkili Sona Ermesi(Dönme)

Yargıtay'ın uygulamasına göre, sözleşmenin geriye etkili sona ermesi halinde, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Dönme, taraflar arasında sözleşme hiç yapılmamış gibi hüküm ve sonuç doğurur. Bu nedenle tarafların yerine getirmedikleri yükümlülükleri son bulur, yerine getirdikleri edimlerin ise iade edilmesi gerekir⁶⁶⁰. Böylelikle, arsa sahibi arsa paylarını devretmiş ise arsa paylarının iadesini,

üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı...", (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁶⁵⁹ 15. HD. T. 7.4.2004, E. 2003/4795, K. 2004/1968: "Dava konusu olayda; inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kalmamaktadır. Dairemizin içtihatlarına göre ileriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılamayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne var ki davacı kendi istemiyle ileriye etkili feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir."; 23. HD. T. 20.3.2019, E. 2018/709, K. 2019/1101: "Davacılar, sözleşmenin ileriye etkili feshini istemiş olmalarına rağmen mahkemece söz konusu talep sonucu net olarak açıklattırılmadan talep sonucunu aşar şekilde sözleşmenin geriye etkili feshine karar verilmesi de isabetsiz olmuştur."; 15. HD. T. 8.7.2019, E. 2018/4947, K. 2019/3227: "...geriye etkili fesih talep edebilecek olan davacı arsa sahibinin kendi iradesiyle sözleşmenin ileriye etkili feshini talep ettiği durumlarda, imalatın gerçekleşme seviyesine bakılmaksızın akdin ileriye etkili feshine...", (www.kazanci.com.tr).

⁶⁶⁰ 15. HD. T. 15.6.2020, E. 2019/3463, K. 2020/1571: "Bu maddeye göre sözleşmeden dönme halinde taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Sözleşmenin fesih ya da dönme suretiyle sona ermesi halinde geriye etkili sonuç doğuracağı yani, sözleşme hiç yapılmamış gibi başa dönüleceğinden..."; 23. HD. T. 21.3.2019, E. 2016/4353, K. 2019/1170: "Geriye etkili feshin en önemli sonucu da tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına getirilmeleridir. Bunun anlamı tarafların hiç sözleşme yapılmamış gibi sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönmeleridir.", (www.kazanci.com.tr). 15. HD. T. 02.02.1976, 3961/376: "Sözleşmeden dönme halinde sözleşme ilişkisi sona erer. Yani adı geçen ilişki taraflar için artık hiçbir borç doğurmayacağı gibi önceden doğmuş borçlar da son bulurlar. Başka bir deyimle, sözleşmeden dönmeyen hükümleri bir borç ilişkisinin feshi ihbarı halindekinin aksine, önceye etkilidir. Borç ilişkisinin doğduğu ana kadar geriye uzanır ve bu yüzden taraflardan her biri vaad ettiği edimi ifadan kaçınma ve eğer daha önce ifada bulunmuşsa verdiği geri istemeğe hak kazanır ve böylece oluşta sözleşmenin yapılmasından önceki durumun tesisi gerekmektedir.", (Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 652). 15. HD. T. 27.10.1977, 1350/1987: "Bu gibi hallerde sözleşme sanki hiç yapılmamış sayılır, bütün borç münasebeti ortadan kalkar, sözleşmenin kurulmasından önceki durum aynen geri getirilir.", (Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 651-562).

yüklenici ise inşa ettiği inşaata ilişkin imalat değerini para ile talep edebilecektir⁶⁶¹. Ayrıca arsa sahibi, uğramış olduğu menfi zararları da yükleniciden talep edebilir⁶⁶². Dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından arsa sahibi cezai şart talep edemez⁶⁶³.

Yargıtay tarafından, tarafların yerine getirilmiş edimlerin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince talep edebileceği kabul edilmektedir⁶⁶⁴. Ancak Yargıtay, dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili sona ermesi nedeniyle hukuki sebepten yoksun kalan tescilin yolsuz hale geleceğini kabul etmektedir. Bu nedenle, arsa sahibi, yükleniciye devrettiği arsa paylarının iadesini aynı talepli tapu iptali ve tescili davasıyla⁶⁶⁵ talep edebilir⁶⁶⁶. Buna göre, herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi olmaksızın arsa paylarının iadesi her zaman talep edilebilir⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ 15. HD. T. 10.03.2003, 492/1152: “Başka bir deyişle, yüklenici, artık sözleşmeye dayanarak yaptığı iş bedelinin arsa payı devri suretiyle ödenmesini değil, para olarak ödenmesini isteyebilir. Arsa sahipleri ise, gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse, sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak, bu tapuların iadesini talep edebilir.” (Selimoğlu, s. 382).

⁶⁶² 15. HD. T. 09.05.2019, E. 2018/5158, K. 2019/2188: “...mahkeme tarafından sözleşmenin geriye etkili olarak feshine karar verildiğinden davacının menfi zarar kapsamında sözleşmeye konu arsanın fiilen sözleşmeden önceki haline dönüştürülmesini istemekte hukuken korunan menfaatleri söz konusudur.”; 15. HD. T. 19.06.1996, E. 1996/3158, K. 1996/3503: “Geriye etkili fesih (dönme) halinde ise davacı arsa sahibi, BK'nun 108. maddesi uyarınca menfi zararını (negative interesse) ve verdiği geri isteyebilir. İfaya izin ve müspet zarar (positive interesse) kapsamına giren kalemleri talep edemez.” (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁶⁶³ 15. HD. T. 04.03.1981, E. 1981/414, K. 1981/447: “Borçlar Kanunun 158/2 maddesi uyarınca temerrüde düşen borçludan hem ifa ve hem de cezai şart istenmektedir ki, burada ifaya eklenen cezai şarttan söz edilir. Eğer, davacı, ifa istemeyip de sözleşmeden dönerse kararlaştırılan gecikme cezasının ödenmesi, artık söz konusu olamaz.” (Enli, s. 90, dn. 282).

⁶⁶⁴ HGK. T. 28.09.2021, E. 2017/2615, K. 2021/1102: “Geriye etkili fesih hâlinde de sözleşmeden baştan itibaren dönüldüğünde taraflar verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre birbirlerinden talep edebilir...”; 15. HD. T. 10.03.2003, 492/1152: “Feshin doğal sonucu olarak da tarafların malvarlıklarına karşılıklı giren değerler varsa, bunların sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir.”; 15. HD. T. 15.6.2020, E. 2019/3463, K. 2020/1571: “...sözleşme hiç yapılmamış gibi başa dönüleceğinden, taraflar sözleşme ile üstlendikleri borçlarını ifa etme yükümlülüğünden kurtulacakları gibi, daha önce ifa ettikleri edimleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceklerdir.”; 23. HD. T. 22.10.2019, E. 2016/8724 K. 2019/4385: “Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farz edilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir. Örneğin, avans niteliğinde bir miktar arsa payı devredilmiş ise arsa payının adına tescili arsa sahibince; yasaya uygun bir kısım imalat gerçekleşmiş ise bunun bedeli de yüklenici tarafca istenebilir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr). Aynı yönde: 15. HD. T. 2.4.2019, E. 2018/3318, K. 2019/1504; 15. HD. T. 22.11.2018, E. 2018/1328, K. 2018/4631; 23. HD. T. 20.3.2019, E. 2018/709, K. 2019/1101, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁶⁵ Uygulamada, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ve tescile zorlama davaları için tapu iptali ve tescili davası terimi kullanılmaktadır. Doktrinde, hukuki sebepleri tamamen farklı olmasına rağmen iki dava türü için tapu iptali ve tescili davası teriminin kullanılması eleştirilmektedir. Bkz. Özmen ve Aydın, Tapu İptal, s. 185-213; Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 29-30.

Arsa sahibinin taşınmazı üzerine inşa edilen inşaatın sökülüp yükleniciye iadesi mümkün değildir. Bu nedenle, yüklenicinin, inşa ettiği inşaatın bedelini talep edebileceği kabul edilmektedir⁶⁶⁸. Ancak yüklenicinin inşaatın bedelini talep edebilmesi için inşaatın sözleşmeye, imara, uygun olarak inşa edilmiş olması, bu inşaatın arsa sahiplerinin işine yaraması, inşaatın ekonomik değeri arsa sahiplerinin mal varlıklarında artışa neden olması gerekir⁶⁶⁹.Yüklenicinin, talep edebileceği inşaat bedeli, mahkeme kararının kesinleştiği ya da tarafların dönme iradelerinin birleştiği tarihteki piyasa rayıçlarına göre hesaplanacaktır⁶⁷⁰.

(3) Yargıtay’ın Uygulamasına Göre Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi (Fesih)

25.01.1984 tarihli ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince, olayın niteliği ve özelliğinin gerektirdiği durumlarda, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin ileriye etkili sona erdirilmesine karar verilecektir. Sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi, aslında sözleşmenin feshi anlamına gelmektedir⁶⁷¹. Bu durumda,

⁶⁶⁶ 15. HD. T. 14.10.2019, E. 2019/643, K. 2019/3904: “...arsa sahibi bedel olarak verdiği tapu paylarını, tapu iptali ve tescili davası açmak suretiyle isteyebilecektir.”, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁶⁷ Özmen ve Aydın, Tapu İptal, s. 210.

⁶⁶⁸ 14. HD. T. 27.2.2019, E. 2016/7436, K. 2019/1809: “Eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa, sözleşme yokmuşçasına tasfiye edileceğinden yüklenici inşaatın yaptığı kısma orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre imal ettiği inşaat bedelini alır.”; 14. HD. T. 16.1.2012, E. 2011/15597, K. 2012/216: “Çünkü, eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa sözleşme yokmuşçasına tasfiye yapılacağından yüklenici inşaatın yaptığı kısma orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince imal ettiği inşaat bedelini alacak...” (www.kazanci.com.tr). 15. HD. T. 04.11.1999, 2965/3899: “Yüklenicinin sözleşme gereğince karşı tarafa verdiği ise fen ve teknik kurallar uygun olduğu, bu haliyle yararlanılması mümkün imalatın ibarettir. Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp yükleniciye iadesi düşünülemeyeceğine göre bunun bedelinin yükleniciye verilmesi gerekir.”, (Karataş, İnşaat, s. 506).

⁶⁶⁹ 15. HD. T. 14.9.2009, E. 2008/4482, K. 2009/4714: “Bu durumda davacı, davalının arsası üzerinde yaptığı imalatın bedelini, arsa sahibinin yararına ve yasal olması şartı ile talep edebilecektir.” (www.kazanci.com.tr). 15. HD. T. 30.04.2007, 1020/2825: “...geriye etkili fesih halinde imalat bedeline hak kazanabilmesi için yaptığı imalatın ekonomik değeri haiz olması yani sözleşme ve ekleri ile tasdikli projesine, imar mevzuatına uygun olması zorunludur.”, (Selimoğlu, s. 346).

⁶⁷⁰ 15. HD. T. 2.4.2019, E. 2018/3318, K. 2019/1504: “Bu halde yüklenici sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığına bakılmaksızın gerçekleştirdiği yasal imalâtların dönme iradelerinin birleştiği ya da dönmeye (fesh) ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihteki mahalli piyasa rayıçları ile bedelini arsa sahibinden isteyebilecektir.”. Aynı yönde: 15. HD. T. 22.11.2018, E. 2018/1328, K. 2018/4631, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁷¹ Ayan, s. 293; Erman, Arsa Payı, s. 98.

yüklenici, inşa ettiği inşaat seviyesi oranında arsa paylarının devredilmesini arsa sahibinden talep edebilir; arsa sahibi ise yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı müspet zararların tazminini yükleniciden talep edebilir⁶⁷².

Yüklenici, inşa ettiği inşaatın seviyesine göre bağımsız bölüme hak kazanır⁶⁷³. Yüklenicinin hak kazandığı bağımsız bölümün sayısının bulunabilmesi için öncelikle yüklenicinin inşa ettiği inşaatın seviyesi belirlenmelidir. Akabinde, yüklenici edimini zamanında ifa etseydi yükleniciye devredilecek bağımsız bölüm sayısı, inşaat seviyesine oranlanmalıdır. Böylelikle, yüklenici, işi eksik bıraktığı oran kadar bağımsız bölüme hak kazanamayacaktır⁶⁷⁴. Yargıtay, gerekçeli kararda,

HGK. T. 28.09.2021, E. 2017/2615, K. 2021/1102: “Sözleşmenin feshi sözleşme ilişkisinin ileriye etkili olarak son bulmasıdır.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁶⁷² HGK T. 08.06.2021, E. 2017/866, K. 2021/724: “İleriye etkili fesihte yüklenici, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine varsa, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) yükleniciden isteyebilmektedir.”, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁷³ 14. HD. T. 1.4.2009, E. 2009/1031, K. 2009/4125: “Somut olayda; sözleşmenin ileriye etkili biçimde feshine karar verildiği, feshin kesinleştiği tarihteki binanın getirildiği fiziki seviyenin %92 olduğu kesinleşen mahkeme kararı ile sabittir. Bunun anlamı, yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlerde yüklenicinin %92 oranında pay sahibi olduğudur.”; 15. HD. T. 18.04.2019, E. 2019/40, K. 2019/1897: “İleriye etkili fesihte müteahhit, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) müteahhitten isteyebilmektedir.”; 23. HD. T. 22.10.2019, E. 2016/8724 K. 2019/4385: “...feshin doğal sonucu olarak yapılacak tasfiye işleminde yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölüm tapusunun devrini isteyebilir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁶⁷⁴ 23. HD. T. 22.10.2019, E. 2016/8724 K. 2019/4385: “İnşaatın seviyesi (tamamlanma oranı) önce belirlenmeli, davalı yüklenicinin hak ettiği arsa payı ile arsa sahiplerine bağımsız bölüm ve bırakılacak pay oranı, inşaatın bitirilmiş olması durumunda yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölüm (ve arsa payı) oranına kıyas yolu uygulanmalı.”; 15. HD. T. 7.4.2004, E. 2003/4795, K. 2004/1968: “Dava konusu olayda kararlaştırılan bedel (arsa tapusu) ve buna tekabül edecek bağımsız bölümler olduğundan, yüklenici işi tamamen ifa etseydi alabileceği bağımsız bölüm (haliyle isabet eden tapu), işin yüklenici tarafından terkedildiği seviyesine oranlanarak bulunacak fiziki orana denk gelen bağımsız bölüm ve tapusudur. Yani işin eksik bırakıldığı oranda yüklenici tapu almaya hak kazanamayacaktır. Bir örnek verilmek gerekirse işi tamamlasaydı yüklenici on adet bölüm alacak ise ve yüklenici işi terk ettiğinde yaptığı işin tamamı tüm işin % 80'i ise bu halde ileriye etkili fesihte yüklenici 8 adet bölümün tapusuna hak kazanmış olacaktır.”; 15. HD. T. 30.5.2019, E. 2019/1166, K. 2019/2627: “...yüklenicinin kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi ile üstlendiği işlerin tamamına göre gerçekleştirdiği imalatın fiziki oranı tespit ve bu oranın sözleşmede kararlaştırılan paylaşım durumuna göre yükleniciye kalan arsa payı ya da bağımsız bölüm sayısına uygulanarak...”; 15. HD. T. 21.2.2019, E. 2018/1307, K. 2019/713: “Mahkemece yapılması gereken iş, sözleşme gereği davalı yüklenicinin yapımını üstlendiği inşaatın tamamı üzerinden gerçekleştirdiği imalatın işin tamamına göre fiziki oranı ile bu orana göre davalı yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılıp kendisine devredilmesi gereken arsa payı ya da bağımsız bölümlerden ne kadarına hak kazındığı...”, (www.kazanci.com.tr).

Ayan, Yargıtay’ın inşaatın çok ilerlemesi halinde sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi uygulamasının aslında aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın fark teorisine göre belirlenmesinden ibaret olduğunu ileri sürmektedir. Fark teorisine göre, inşaatın tamamlanma masrafları ile arsa sahibinin gecikme tazminatı toplamı yükleniciye devri kararlaştırılan bağımsız bölümlerin değerinden düşülerek yükleniciye devredilecek bağımsız bölüm sayısı belirlenir. Bkz. Ayan, s. 251, 293-294.

yüklenicinin, inşa ettiği inşaata karşılık hak kazandığı bağımsız bölümlerin numaralarının ve arsa paylarının tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerektiğine karar vermektedir⁶⁷⁵.

Sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi halinde, arsa sahibi, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi nedeniyle uğradığı müspet zararları ve sözleşmede kararlaştırılmışsa cezai şartı talep edebilir. Ancak eksik ve ayıplı işler düşüldükten sonra yüklenicinin inşa ettiği inşaatın fiziki oranın belirlenmesi ve bu orana göre yüklenicinin bağımsız bölüm hak kazanması nedeniyle, arsa sahibi, eksik ve ayıplı işlerin bedelini müspet zarar kapsamında talep edemez⁶⁷⁶.

Fesih hükümlerinin uygulanması halinde, yüklenici, inşa ettiği inşaata orantılı bağımsız bölüme hak kazanmaktadır. Böylelikle, yükleniciden bağımsız bölüm devralan üçüncü kişinin kazanımının korunması ihtimali mevcuttur. Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi veya alacağın devri sözleşmesinin konusu bağımsız bölüm tasfiye neticesinde yükleniciye devredilecek bağımsız bölümlerden birisi ise üçüncü kişi, bağımsız bölümün devredilmesini arsa sahibinden talep edebilir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ HGK T. 08.06.2021, E. 2017/866, K. 2021/724: “Yine ileriye etkili fesihte tasfiye sonucunun da kararda açık olarak gösterilmesi ve yeni uyumsuzluklara neden olunmadan taraflara aidiyeti gereken payların (bağımsız bölümlerin) HMK’nın 297 ve devamı maddeleri hükmünce infazda tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenmesi zorunludur.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). 14. HD. T. 08/03/2007, E. 2007/554, K. 2007/2272: “HUMK. 388 ve 389 maddesi gereğince hüküm infaz sırasında tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılır olmalıdır. Bu nedenle, dava konusu bağımsız bölümlerin numarası ve tekabül eden arsa payı oranları belirtilerek hüküm kurmak gerekir iken eksik karar verilmesi doğru görülmemiş ve davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir.”, (Coşkun, s. 162).

⁶⁷⁶ 15. HD. T. 20.02.2019, E. 2018/5526, K. 2019/704: “İleriye etkili fesih halinde müspet zarar kapsamında gecikme tazminatı, ifaya ekli ceza-i şart istenmesi mümkün ise de; tasfiyede yüklenici gerçekleştirdiği imalat oranına göre bağımsız bölüm veya arsa payı alacağı ve böylece arsa sahibinin eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeline yönelik talepleri yüklenicinin paylaşımına göre alacağı bağımsız bölüm ya da arsa payından indirim yapılarak karşılanmış olacağından istenemeyecektir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). 15. HD. T. 04.06.1998, 2081/2403: “Sözü edilen 3/1 sayılı Tevhidi İçtihat gereği akdin ileriye etkili feshi halinde yine sözleşmenin 14. Maddesinde öngörülen cezai şarta hükmedileceği, aksi takdirde yani feshe geriye etkili olarak karar verilmesi halinde ise cezai şart talebinin reddedilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır.”, (Karataş, İnşaat, s. 497). 15. HD. T. 6.2.2012, E. 2011/3440, K. 2012/631: “Ancak sözleşmenin feshi halinde olumlu zarar kapsamında yer alan eksik ve ayıplı işlerin giderilme bedeli ile yapı kullanma izin belgesinin alınması için gerekli masrafların inşaatın fiziki gerçekleşme oranında dikkate alınması gerektiğinden ayrıca sözleşmede de aksine hüküm bulunmadığı için talep edilebilmesi mümkün bulunmamaktadır.”, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁷⁷ Erman, Arsa Payı, s. 184; Arat ve Akçaal, s. 381.

Coşkun, arsa sahibinin açtığı fesih davasında sözleşmenin ileriye etkili sona ermesine karar verilmesi halinde, tasfiye neticesinde üçüncü kişinin bağımsız bölüme hak kazanamamasının önlenmesi için Yargıtay’ın birlikte ifa kuralına benzer şekilde üçüncü kişiye eksikliği tamamlaması veya eksikliğin tamamlanması için gereken bedeli depo etmesi için süre verilmesi

Yüklenicinin, alacağın devriyle, üçüncü kişiye devrettiği bağımsız bölüm, sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi halinde yüklenicinin hak kazandığı bağımsız bölümlerden biri olmaması halinde, üçüncü kişi, garanti sorumluluk hükümlerine başvurabilir⁶⁷⁸.

c. Dönmenin Hukuki Sonuçları

Dönme ile sözleşmenin kurulmasından önceki hukuki durumun yeniden sağlanması amaçlanmaktadır⁶⁷⁹. TBK m. 125/3'e göre, "*Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.*" Buna göre, sözleşmeden dönme halinde, tarafların henüz yerine getirilmedikleri edim yükümlülükleri son bulur, yerine getirdikleri edimlerin ise iade edilmesi gerekir⁶⁸⁰.

Ancak kanunda, dönme hakkının kullanılması halinde, sözleşmenin akıbetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Doktrinde, dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkıp kalkmayacağı tartışmalıdır⁶⁸¹.

gerektiğini ileri sürmektedir. Birlikte ifa uygulamasına göre, yükleniciden alacak hakkını devralan üçüncü kişinin bağımsız bölümün kendi adına tescili talepli açtığı davada, inşaattaki eksikliğin pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta olması halinde, eksikliğin tamamlanması veya eksikliğin tamamlanması için gereken bedelin depo edilmesi için üçüncü kişiye süre verilmekte sürenin sonunda üçüncü kişinin eksikliği tamamlaması veya bedeli depo etmesi halinde tescil davasının kabulüne karar verilmektedir. Yargıtay'ın kararları gereğince, inşaat seviyesinin %90 ve üzeri olması halinde sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilebilmektedir. Buna göre, fesih hükümlerinin uygulanması için aranan inşaat seviyesinin %90 ve üzeri olması koşulu ile birlikte ifa kuralı için aranan inşaattaki eksikliğin pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta olması şartı uyumludur. Arsa sahibinin açtığı fesih davalarında, eksikliğin tamamlanması veya eksikliğin tamamlanması için gereken bedelin depo edilmesi imkanının da üçüncü kişiye tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Coşkun, s. 167.

⁶⁷⁸ Coşkun, s. 51.

⁶⁷⁹ Ayan, s. 254; Öz, Dönme, s. 225; Buz, Dönme, s. 78; Dayınlarlı, s. 142.

⁶⁸⁰ Ayan, s. 253; Buz, s. 117; Buz, Dönme, s. 78, 82, 152; Dayınlarlı, s. 104, dn. 165; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 463; Öz, Dönme, s. 26-27, 33; Selimoğlu, s. 31-32; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 170-171; Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 264; Serozan, Dönme, s. 502.

⁶⁸¹ Doktrinde ileri sürülen görüşler ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, Dönme, s. 118-133; Öz, Dönme, s. 34-38; Serozan, Dönme, s. 59 vd.

(1) Dönmenin Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisine İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Klasik dönme görüşüne göre⁶⁸², dönmeyle birlikte, sözleşme kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından tarafların henüz yerine getirmedikleri edim yükümlülükleri sona erer, daha önce yerine getirdikleri edimler ise hukuki nedenden yoksun kalır. Bundan dolayı, taraflar, yerine getirdikleri edimlerin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince talep edebilir⁶⁸³. Ancak dönme yalnızca sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır, sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemleri geçerliliğini korur⁶⁸⁴. Tasarruf işlemi sebebe bağlı olsa dahi bunların iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince talep edilebilir⁶⁸⁵.

Kanuni borç ilişkisi görüşü, klasik dönme görüşünün ileri sürdüğü sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince kısa zamanaşımı sürelerinden kurtulmak için kabul edilmiştir⁶⁸⁶. Bu görüşe göre⁶⁸⁷, dönmeyle, sözleşme geçmişe etkili sona erer, taraflar arasında kanuni bir borç ilişkisi doğar. Bu kanuni borç ilişkisi gereğince, taraflar yerine getirdikleri edimlerin iadesini genel 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde talep edebilir⁶⁸⁸. Ancak tarafların iade taleplerinin kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenir⁶⁸⁹. Sözleşmeden dönmeden önce sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemleri geçerliliği üzerinde dönmenin bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, tasarruf işlemi sebebe bağlı olsa dahi devredilmiş hak kendiliğinden hak sahibine dönmez⁶⁹⁰.

Aynı etkili dönme görüşü de klasik dönme görüşü gibi dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmektedir. Buna göre, tarafların henüz

⁶⁸² Bu görüşte: Özmen ve Aydın, Tapu İptal, s. 191; Erman, Arsa Payı, s. 177; Önen, s. 97-100.

⁶⁸³ Bu görüş için bkz. Ayan, s. 266; Buz, s. 118-119; Dayınlarlı, s. 142; Öz, Dönme, s. 40; Öz, Klasik Dönme, s. 138-139; Serozan, Dönme, s. 59-60; Aydın, s. 429.

⁶⁸⁴ Öz, dönmeyle sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığının kabul edilmesinden sonra bu sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemlerinin geçerli sayılmasını eleştirmektedir. Bkz. Öz, Klasik Dönme, s.138-147.

⁶⁸⁵ Bu görüş hakkında bkz. Buz, s. 119; Aydın, s. 429.

⁶⁸⁶ Bu görüş hakkında bkz. Ayan, s. 267; Serozan, Dönme, s. 61-62.

⁶⁸⁷ Bu görüşte: Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 968; Aydın, s. 434; Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 501; Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 24.

⁶⁸⁸ Bu görüş hakkında bkz. Ayan, s. 267; Buz, s. 121; Öz, Dönme, s. 36; Serozan, Dönme, s. 566; Aydın, s. 430.

⁶⁸⁹ Bu görüş hakkında bkz. Ayan, s. 267; Buz, s. 121; Öz, Dönme, s. 36; Aydın, s. 430.

⁶⁹⁰ Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 501; Özmen ve Ürem, Avans Tapu s. 18.

yerine getirmedikleri edim yükümlülükleri son bulur, daha önce yerine getirdikleri edimlerin iadesini talep edebilirler. Ancak klasik dönme görüşünden farklı olarak, sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemlerinin de dönmeden etkileneceği kabul edilmektedir. Dönmeyle sözleşmenin ortadan kalkmasıyla sebebe bağlı tasarruf işlemleri de geçersiz hale gelir. Ancak tasarruf işlemleri sebepten soyut ise geçersiz hale gelmez, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince iadesi talep edilebilir⁶⁹¹. Buna göre, tescil TMK m. 1024/2 uyarınca sebebe bağlı olduğundan, mülkiyetin devrini amaçlayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi durumunda, yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelir⁶⁹². Böylelikle, arsa sahibi, taşınmazın mülkiyetini hiç kaybetmemiş olacağından herhangi bir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi olmayan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasıyla arsa paylarının iadesini her zaman talep edebilir⁶⁹³. Hatta arsa sahibi, yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi ve üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması durumunda, TMK m. 1024/1 uyarınca, arsa paylarının iadesini üçüncü kişiden talep edebilir⁶⁹⁴. Ancak yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişiler iyiniyetli ise üçüncü kişilerin kazanımları korunur⁶⁹⁵.

Yeni dönme görüşüne göre, dönmeyle birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz, sözleşme içerik değiştirerek tasfiye ilişkisine dönüşür⁶⁹⁶. Tarafların

⁶⁹¹ Bu görüşte: Ayan, 269-274; Buz, Dönme, s. 134-151; Öz, Dönme, s. 40; Öz, Klasik Dönme, s.138-147; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 172-173.

Bu görüş hakkında bkz. Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 18.

⁶⁹² Bu görüşte: Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173.

Bu görüş hakkında bkz. Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 18; Aydın, s. 430.

⁶⁹³ Bu görüşte: Ayan, s. 267; Buz, Dönme, s. 121, 140; Öz, Dönme, s. 40; Öz, Klasik Dönme, s.138-147; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27-28; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173.

Bu görüş hakkında bkz. Aydın, s. 430; Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 18.

⁶⁹⁴ Bu görüşte: Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173.

⁶⁹⁵ Bu görüşte: Atamulu, s. 189; Buz, Dönme, s. 121, 140; Öz, Dönme, s. 40; Öz, Klasik Dönme, s.138-147; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27-28; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173.

⁶⁹⁶ Bu görüşte: Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77; Hatemi ve Gökyayla, s. 262; Eren, Borçlar Genel, s. 1122; Serozan, Dönme, s. 74.

Aksi görüşte: Dönmeyle borç ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüştüğünün kabulü, alacaklının açık iradesine aykırıdır. Alacaklı, dönme hakkını kullanarak edimini yerine getirmeyen borçlu ile sözleşme ilişkisi içinde olmak istemediğini açıkça ifade etmektedir. Kaldı ki tarafların borç ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüştüğüne ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmadığı belirtilerek yeni dönme görüşü eleştirilmektedir. Bkz. Ayan, s. 270; Buz, s. 134; Aydın, s. 434.

Ayrıca kanunda sözleşmeden dönen alacaklının borçlunun temerrüde düşmekte kusurunun bulunmaması durumunda “sözleşmenin geçersiz kalması sebebiyle uğradığı zararı” talep edebileceğine ilişkin açık kanun hükmü karşısında sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüştüğünün kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtilmektedir. Bkz. Dayınlarlı, s. 104, dn. 165; Öz, Klasik Dönme, s. 163-172.

henüz yerine getirmedikleri edim yükümlülükleri, yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcuna dönüşmektedir⁶⁹⁷. Taraflar, yerine getirmiş oldukları edimleri, tasfiye ilişkisi gereğince iade eder. Bundan dolayı, tarafların yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesinin kapsamı ve zamanaşımı hususlarında sözleşmeden doğan borca ilişkin kurallar uygulanır. Tarafların sözleşmeden doğan iade talepleri genel 10 yıllık zamanaşımına tabidir⁶⁹⁸. Bu görüşe göre, dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmadığından sözleşmeye ilişkin yapılan tasarruf işlemleri geçerli bir hukuk sebebi dayanmaktadır. Dolayısıyla dönme tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemez⁶⁹⁹.

Yargıtay'ın kararlarına göre, dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer, sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumu sözleşme öncesine döner⁷⁰⁰. Yargıtay'a göre, dönme halinde sözleşmenin ortadan kalkmasıyla sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tescil işlemi hukuki sebepten yoksun hale gelir, tescil yolsuz tescil hükmündedir⁷⁰¹. Bu durumda, Yargıtay'ın aynı etkili dönme görüşünü benimsediği söylenebilir⁷⁰². Ancak Yargıtay, yükleniciden arsa paylarını devralan

⁶⁹⁷ Serozan, Dönme, s. 90.

⁶⁹⁸ Bu görüşte: Serozan, Dönme, s. 71.

Bu görüş hakkında bkz. Ayan, s. 267-269; Buz, Dönme, s. 123; Dayınlarlı, s. 142; Öz, Dönme, s. 37-38.

⁶⁹⁹ Bu görüşte: Serozan, Dönme, s. 92-93.

Bu görüş hakkında bkz. Atamulu, s. 186; Ayan, s. 267-269; Buz, Dönme, s. 123; Öz, Klasik Dönme, ss. 136-137; Aydın, s. 432.

⁷⁰⁰ 23. HD. T. 3.7.2018, E. 2015/9708, K. 2018/3902: “Dönme halinde, sözleşme, geçmişe etkili olarak son bulur. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığı andaki duruma dönlür.”; 14. HD. T. 31.1.2000, E. 1999/8933, K. 2000/368: “Ancak, sözleşmenin feshi ile birlikte borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, davacının temellük ettiği hak da hiç doğmamış sayılacaktır.”; 14. HD. T. 15.10.2019, E. 2016/8672, K. 2019/6625: “Eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa, sözleşme yokmuşçasına tasfiye edileceğinden yüklenici inşaatın yaptığı kısma orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre imal ettiği inşaat bedelini alır.”; 15. HD. T. 8.7.2019, E. 2018/4947, K. 2019/3227: “Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farz edilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir.”, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁰¹ HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43: “İnşaatın kısa sürede tamamlanması amacıyla inşaatın başında bu sözleşme uyarınca tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenici edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönüldüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir.”, (www.kazanci.com.tr). 23. HD. T. 01.10.2015, E. 2015/4794, K. 2015/6182: “Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmede arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar...Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer.”, (Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 29).

⁷⁰² Barış Özçelik, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönülmesi Halinde Yükleniciden Pay Edinen Üçüncü Kişi Kötüniyetli Sayılabilir Mi?**, http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/48674/Arsa_pay%0c4%b1_kar%0c5%9f%0c4

iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının korunup korunmayacağı hususunda, aynı etkili dönme görüşünü benimseyen yazarlardan ayrılmaktadır⁷⁰³. Çünkü Yargıtay’a göre, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının bulunması mümkün olmayıp üçüncü kişinin kazanımını korunamaz⁷⁰⁴.

(2) Dönme ile Tarafların Henüz İfa Etmedikleri Edim Yükümlülüklerinin Ortadan Kalkması

Dönmeyle birlikte, tarafların henüz yerine getirmedikleri edim yükümlülükleri sona erer⁷⁰⁵. Böylelikle, dönme halinde, arsa sahibi inşaatın tamamlanıp teslimini talep edemeyeceği gibi yüklenici de sözleşme gereğince kendisine devredilmesi gereken arsa paylarının devredilmesini talep edemez⁷⁰⁶.

(3) Dönme ile Tarafların İfa Ettikleri Edimlerin İadesi

Dönmenin diğer etkisi ise, tarafların yerine getirmiş olduğu edimlerin iade edilmesidir. Arsa sahibinin dönme tarihinden önce yükleniciye devrettiği arsa paylarının iade edilmesi gerekir. Yüklenici, dönme tarihinde, inşaatı kısmen tamamlamış ise yüklenicinin ifa ettiği edimin iade edilmesi gerekir⁷⁰⁷. Ancak arsa sahibinin iade borcunun doğabilmesi için yüklenicinin inşa ettiği kısmının arsa sahibinin işine yaraması gerekir. İnşa edilen kısmın imar mevzuatına aykırı olması ve

%b11%c4%b1%c4%9f%c4%b1_insaat_s%c3%b6zle%c5%9fmesinden_d%c3%b6n%c3%bclmesi_halinde_y%c3%bckleniciden_pay_edinen_%c3%bc%c3%a7%c3%bcnc%c3%bc_kisi_k%c3%b6t%c3%bcniyetli_sayilabilir_mi.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (2.12.2021), s. 1.

⁷⁰³ Aydın, s. 432; Arat ve Akçaal, s. 386.

⁷⁰⁴ HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43: “Bu durumda üçüncü kişiler için TMK’nın 1023. maddesi uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir. Bu sebeple TMK’nın 1023 hükmünün uygulanması için aranan iyiniyet şartı, üçüncü kişi açısından gerçekleşmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı ve 20.07.2017 tarihli kararında da bu durumda yükleniciden tapuda devir suretiyle pay alan üçüncü kişilerin mülkiyet haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.” (www.kazanci.com.tr).

⁷⁰⁵ Atamulu, s. 140; Ayan, s. 254; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 171.

⁷⁰⁶ Atamulu, s. 140.

⁷⁰⁷ Atamulu, s. 185.

bu aykırılığın giderilmesinin mümkün olmaması halinde, arsa sahibinin iade borcu doğmaz⁷⁰⁸.

Kural olarak, sözleşmeden dönme halinde, yerine getirilen edimlerin aynen iade edilmesi gerekir⁷⁰⁹. Ancak TMK m. 684 gereğince, yüklenici tarafından arsa sahibinin taşınmazı üzerinde inşa edilen inşaat bütünleyici parça niteliğinde⁷¹⁰ olduğundan kendiliğinden arsa sahibinin mülkiyetine geçer⁷¹¹. Ayrıca yüklenicinin inşa ettiği inşaatın, niteliği gereği, hasara uğratmaksızın sökülüp alınması mümkün olmayacağından dolayı aynen iade mümkün değildir. Bu durumda, inşa edilen kısmın değerinin para olarak ödenmesi gerekir⁷¹². Arsa sahibinin iade etmesi gereken inşaat değeri, dönme tarihindeki objektif değerine göre belirlenir⁷¹³. Yargıtay, dönme hususunda tarafların iradelerin birleştiği veya dönmeye ilişkin mahkeme kararının kesinleşme tarihindeki piyasa rayiç değerlerine göre belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷¹⁴.

⁷⁰⁸ Ayan, s. 259.

3. HD. T. 9.6.2016, E. 2015/19592, K. 2016/9259: “Davacı yüklenicinin yaptığı iş ve inşaat davalı arsa sahibinin mal varlığını artırdığı oranda imara projesi ve ruhsatına uygun yararlanılması olanaklı ve davalı arsa sahibinin mal varlığında artışa neden olan imalat bedeli varsa davalı arsa sahibinden sebepsiz zenginleşme kurallarına göre davacı yükleniciden geri isteyebileceğinin kabulü gerekir. Eş söyleyişle, davacı yüklenici ancak yasal olan, ekonomik değeri bulunan, imar durumuna ve onaylanmış projesine uygun yapılan imalat bedelini isteyebilir.”; 15. HD. T. 26.2.2019, E. 2019/58, K. 2019/810: “...ruhsatsız olan inşaata devam edip imara aykırı ve kaçak bina yaparak edimini sözleşme ile imara uygun olarak yerine getirmemiş olması sebebiyle bedel olarak kararlaştırılan arsa payına, yapı imara aykırı ve kaçak yapılmış olup ekonomik değeri haiz olmayacağından yapım bedeline de hak kazanmadığından...” (www.kazanci.com.tr).

⁷⁰⁹ Ayan, s. 257; Öz, Dönme, s. 249; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173.

⁷¹⁰ Öz, Yargıtay’ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 32.

⁷¹¹ Atamulu, s. 185; Ayan, s. 257; Öz, Dönme, s. 210; Öz, Yargıtay’ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 32.

⁷¹² Ayan, s. 258; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173.

15. HD. T. 10.10.2019, E. 2019/2727, K. 2019/3877: “Bu hükümler gereğince arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshi ya da dönme halinde kusura bakılmaksızın taraflar verdiklerini geri isteyebilecekleri ve kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenici arsa sahibinin arsası üzerine inşaat yapmış olup sökülüp götürülemeyeceğinden bedelini arsa sahibinden isteyebilecektir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁷¹³ Ayan, s. 259, dn. 366. Ayan, inşaatın objektif değerinin belirlenirken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin değerlerinin de dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. Ayan, s. 265. Öz ise, dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak kalktığından dolayı arsa sahibinin iade borcunun belirlenirken sözleşmede kararlaştırılan bedelin dikkate alınamayacağı belirtmektedir. Arsa sahibinin iade borcunun belirlenirken sebepsiz zenginleşme hükümlerinin özel hükmü olan haksız inşaat hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Öz, Dönme, s. 238; Öz, Yargıtay’ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27,38.

⁷¹⁴ 15. HD. T. 10.10.2019, E. 2019/2727, K. 2019/3877: “Kural bedelin fesih-dönmenin kesinleştiği tarihe göre belirlenmesi olup tarafların iradelerinin uyuşmaması halinde fesih kararının kesinleştiği tarihin esas alınması gerekir ise de, tarafların fesih-dönme konusunda iradelerinin birleştiği durumlarda mahkeme kararına ihtiyaç kalmayacağından iradelerin birleştiği tarihin

Arsa sahibi, dönme tarihine kadar arsa paylarını devretmiş ise bu arsa paylarının iadesini yükleniciden talep edebilir⁷¹⁵. Olgaç, sözleşmede arsa paylarının kademeli devrinin kararlaştırılması durumunda, yüklenicinin tamamladığı inşaat seviyesi oranına isabet eden arsa payının mülkiyetine hak kazandığını, bu nedenle dönmeyle yüklenicinin hak kazandığı inşaat seviyesine denk gelen arsa payının iadesini talep edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁷¹⁶.

Arsa sahibinin bu iade borcunun aynı nitelik mi yoksa kişisel nitelik mi taşıdığı, doktrinde dönmenin sözleşmenin geçerliliğine ilişkin ileri sürülen görüşlerden hangisinin kabul edildiğine bağlı olarak değişir⁷¹⁷. Klasik dönme görüşüne göre, dönmeyle sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalksa dahi sözleşmenin ifasına yönelik tasarruf işlemleri geçerliliğini korur⁷¹⁸. Sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemi sebebe bağlı olsa dahi bunların iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince kişisel bir taleple talep edilebilir⁷¹⁹. Bundan dolayı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifasına yönelik yapılan tescil, yapıldığı sırada geçerli bir hukuki sebebe dayandığından dönme ile yolsuz hale gelmez. Arsa sahibi, dönme ile hukuki sebep sonradan ortadan kalktığını ileri sürerek tescile zorlama davasıyla taşınmazın kendi adına tescilini yükleniciden talep edebilir⁷²⁰.

Aynı etkili dönme görüşüne göre⁷²¹, dönmeden yalnızca borçlandırıcı işlemler değil tasarruf işlemleri de etkilenir. Sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemleri, sebebe bağlı ise dönmeyle sözleşmenin ortadan kalkması neticesinde tasarruf işlemleri de geçersiz hale gelir. Tescil sebebe bağlı bir tasarruf işlemi olması nedeniyle, dönme ile tescil başlangıçtan itibaren yolsuz hale gelir. Bundan dolayı, arsa sahibi, arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkını hiç kaybetmemiş sayılacaktır. Arsa sahibi, herhangi bir zamanaşımına tabi olmayan istihkak talebine dayalı yolsuz

esas alınması gerekmektedir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). 23. HD. T. E. 2015/432, K. 2016/2124: “Yüklenici tarafından arsa sahibinin arsasına yapılan inşaatta kullanılan malzemelerin ve gerçekleştirilen imalatın fesih iradelerinin birleştiği ya da bu şekilde bir irade birleşmesi yoksa fesih hakkındaki mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibarıyla mahalli piyasa rayiçlerine göre bedelini isteyebilir.”, (Öz, Yargıtay’ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 37).

⁷¹⁵ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 78.

⁷¹⁶ Olgaç, s. 88-89.

⁷¹⁷ Ayan, s. 266.

⁷¹⁸ Bu görüşte: Özmen ve Aydın, Tapu İptal, s. 191; Erman, Arsa Payı, s. 177.

Bu görüş hakkında bkz. Buz, s. 119; Öz, Dönme, s. 35.

⁷¹⁹ Bu görüş hakkında bkz. Öz, Dönme, s. 35.

⁷²⁰ Bu görüşte: Özmen ve Aydın, Tapu İptal, s. 191.

⁷²¹ Bu görüşte: Atamulu, s. 187-188; Ayan, 269-274; Buz, Dönme, s. 134-151;

tescilin düzeltilmesi davasıyla, arsa paylarının kendi adına tescilini talep edebilir⁷²². Ancak dönme hakkının kullanılmasından önce taşınmazı tapuda devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde, tapu siciline güven ilkesi gereğince, üçüncü kişinin kazanımı korunur⁷²³.

Yeni dönme görüşünün kabul edilmesi durumunda, dönmeyle, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz, taraflar arasında tasfiye ilişkisi kurulur⁷²⁴. Sözleşme ortadan kalkmadığından sözleşmenin ifasına ilişkin yapılan tasarruf işlemleri de geçerliliğini korur⁷²⁵. Bundan dolayı, tarafların yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesinin kapsamı ve zamanaşımı hususlarında sözleşmeden doğan borca ilişkin kurallar uygulanır. Tarafların sözleşmeden doğan iade talepleri genel 10 yıllık zamanaşımına tabidir⁷²⁶.

d. Kısmi Dönme

Edimin bölünebilir nitelikte olması durumunda⁷²⁷, borçlunun, edimini kısmen ifa etmesi söz konusu olabilir⁷²⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin ifa menfaati inşaatın tamamlanıp teslim edilmesiyle karşılandığından, yüklenicinin edimi kural olarak bölünemez bir nitelik taşır⁷²⁹. Ancak bazı durumlarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin kısmi ifası mümkün olabilir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşa edilecek binanın kısım kısım teslim edileceğinin kararlaştırılması veya yüklenicinin arsa sahibinin taşınmazı üzerinden iki blok şeklinde iki binayı inşa etmeyi taahhüt etmesi gibi durumlarında, yüklenicinin edimini kısmen ifa etmesi söz konusu olabilir.

⁷²² Bu görüşte: Atamulu, s. 187-188; Ayan, s. 267; Buz, Dönme, s. 121, 140; Öz, Dönme, s. 241.

⁷²³ Bu görüşte: Ayan, s. 270; Buz, Dönme, s. 141.

⁷²⁴ Bu görüşte: Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77; Hatemi ve Gökyayla, s. 262; Eren, Borçlar Genel, s. 1122.

⁷²⁵ Bu görüş hakkında bkz. Ayan, s. 267-269; Buz, Dönme, s. 123.

⁷²⁶ Bu görüşte: Serozan, Dönme, s. 71.

Bu görüş hakkında bkz. Ayan, s. 267-269; Buz, Dönme, s. 123; Dayınlarlı, s. 142; Öz, Dönme, s. 37-38.

⁷²⁷ Edimin niteliğinde ve değerinde azalma meydana gelmeksizin parçalara ayrılması mümkün ise edim bölünebilir niteliktedir. Bkz. Ayan, s. 282.

⁷²⁸ Ayan, s. 282.

⁷²⁹ Ayan, s. 283; Öz, Dönme, s. 157.

Kural olarak, alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir⁷³⁰. Alacaklı, kısmi ifayı reddederek borçluyu borcun tamamı yönünden temerrüde düşürüp seçimlik haklarını kullanabilir⁷³¹. Ancak alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi, borçlunun edimin kalanı yönünden temerrüde düşmesi durumunda, alacaklı, temerrütten doğan seçimlik haklarını yalnızca ifa edilmeyen kısım için kullanabilir⁷³². Bu durumda, alacaklının dönme hakkını kullanması durumunda, kısmi dönmenin söz konusu olur⁷³³. Kısmi dönme halinde, dönme yalnızca ifa edilmeyen kısım için etkili olur, alacaklı, borçlunun kısmen yerine getirdiği edim oranında kendi edimini yerine getirmek zorundadır⁷³⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin kısmi ifasının mümkün olduğu istisnai hallerde; arsa sahibinin kısmi ifayı kabul etmesi ancak borçlunun edimin kalanı yönünden temerrüde düşmesi durumunda, arsa sahibi temerrütten doğan haklarını edimin ifa edilmeyen kısmına ilişkin kullanabilir⁷³⁵. Arsa sahibinin dönme hakkını kullanması halinde ise kısmi dönme söz konusu olur, yüklenicinin kısmen yerine getirdiği edim dönmeden etkilenmez. Bu nedenle, arsa sahibi, yüklenicinin inşa ettiği inşaat oranında arsa payını yükleniciye devretmek zorundadır⁷³⁶.

⁷³⁰ Akkanat, s. 4; Ayan, s. 281, Öz, Dönme, s. 42.

⁷³¹ Akkanat, s. 4; Ayan, s. 281.

⁷³² Akkanat, s. 4-5; Ayan, s. 282.

⁷³³ Ayan, s. 283; Öz, Dönme, s. 43.

⁷³⁴ Öz, Dönme, s. 43.

⁷³⁵ Ayan, s. 283-284.

⁷³⁶ Ayan, s. 287.

III. ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

A. Arsa Paylarının Üçüncü Kişiye Devredilmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

1. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler Gereğince Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, üçüncü kişinin kazanımının korunması gerekir⁷³⁷. Klasik dönme, kanuni borç ilişkisi ve yeni dönme görüşlerine göre, dönme, sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemez. Bu nedenle, arsa sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelmez. Bu nedenle, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur⁷³⁸. Arsa sahibi, kişisel nitelikteki arsa paylarının iade talebini, üçüncü kişiye değil sözleşmenin tarafı olan yükleniciye karşı ileri sürebilir⁷³⁹. Bu kişisel talep, klasik dönme ve kanuni borç ilişkisi görüşlerine göre, sebepsiz zenginleşme hükümlerine yeni dönme görüşüne göre sözleşmeden doğan borca ilişkin hükümlere dayanmaktadır⁷⁴⁰.

Aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi görüşünün kabul edilmesi halinde dahi iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı, tapu siciline güven ilkesi gereğince korunur⁷⁴¹. Bu görüşe göre, dönmeyle, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar, bu nedenle sözleşmenin ifasına yönelik yapılan sebebe bağlı tasarruf işlemleri de ise geçersiz hale gelir⁷⁴². Taşınmazların devrinde sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olması nedeniyle, dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından tescil

⁷³⁷ Kurşat, s. 441.

⁷³⁸ Aydın, s. 436; Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 502.

⁷³⁹ Serozan, Dönme, s. 568-569; Aydın, s. 435-436.

⁷⁴⁰ Coşkun, s. 130; Serozan, Dönme, s. 95.

⁷⁴¹ Erman, Arsa Payı s. 178; Kurşat, s. 442.

⁷⁴² Bu görüşte: Atamulu, s. 187-188; Ayan, s. 267; Buz, Dönme, s. 121, 140; Öz, Dönme, s. 40; Öz, Klasik Dönme, s.138-147; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27.

baştan itibaren yolsuz hale gelir⁷⁴³. Bu durumda, arsa sahibi, TMK m. 1025/1 gereğince, herhangi bir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi olmayan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasıyla, arsa paylarının iadesini yükleniciden talep edebilir. Kural olarak, aynı nitelikli bu talep, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilir⁷⁴⁴. Ancak üçüncü kişinin iyiniyetli olması durumunda, üçüncü kişinin kazanımı korunur⁷⁴⁵.

Aynı etkili dönme görüşü savunan yazarlara göre, dönmeden önce taşınmazı devralan üçüncü kişilerin, kural olarak, iyiniyetli olduğu kabul edilmelidir⁷⁴⁶. Üçüncü kişinin, yüklenicinin edimini yerine getirmesi karşılığında arsa paylarının yükleniciye devredildiğini bilmesinin iyiniyeti ortadan kaldırmaz⁷⁴⁷. Üçüncü kişinin, arsa sahibinin dönme hakkını kullanmasıyla yüklenicinin tasarruf yetkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkabileceğini öngörmesi beklenilemez. Ancak üçüncü kişinin, arsa sahibinin dönme hakkını kullandığını bilmesi⁷⁴⁸ ya da yakın zamanda kullanacağını öğrenmesine⁷⁴⁹ rağmen arsa paylarını devralması durumunda, kötüniyetli olduğu kabul edilmelidir.

TMK m. 1023 gereğince üçüncü kişinin kazanımının korunması nedeniyle, yüklenicinin arsa paylarının arsa sahibine iade edememesi halinde, yüklenicinin dönme tarihi itibarıyla arsa paylarının değerinin iade etmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁵⁰.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi halinde, üçüncü kişi iyiniyet iddiasının dinlenilmemesi gerektiği ancak sözleşme şerh edilmemiş ise üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının dinlenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷⁵¹.

⁷⁴³ Bu görüşte: Atamulu, s. 187-188; Ayan, s. 267; Buz, Dönme, s. 121, 140; Öz, Dönme, s. 40; Öz, Klasik Dönme, s.138-147; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27.

⁷⁴⁴ Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27.

⁷⁴⁵ Atamulu, s. 189; Ayan, s. 270, 273; Buz, Dönme, s. 141; Öz, Dönme, s. 260; Öz, Klasik Dönme, s. 150.

⁷⁴⁶ Ayan, s. 270, 273; Buz, Dönme, s. 141; Öz, Dönme, s. 260; Öz, Klasik Dönme, s. 150.

⁷⁴⁷ Erman, Arsa Payı s. 178; Kurşat, s. 442.

⁷⁴⁸ Ayan, s. 273; Buz, Dönme, s. 142; Öz, Dönme, s. 260; Erman, Arsa Payı s. 178; Kurşat, s. 442.

⁷⁴⁹ Ayan, s. 273; Öz, Dönme, s. 260; Öz, Klasik Dönme, s. 151; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173; Atamulu, s. 190; Buz, Dönme, s. 190

⁷⁵⁰ Ayan, s. 274; Erman, Arsa Payı, s. 182-183.

⁷⁵¹ Gümüşsoy Karakurt, s.773-776; Erman, Arsa Payı, s. 10-11.

Aksi görüşte: Diğer görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilmesinin, arsa sahibinin, üçüncü şahıslara karşı ileri sürebileceği hakka bir etkisi olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. S. Sarı, s.278; Bütün Yılmaz, s.119;

2. Yargıtay'ın Uygulaması

a) Genel Olarak

Uygulamada, arsa sahibi, kural olarak inşaat tamamlanıp teslim edildiği anda devredeceği arsa paylarını, inşaat henüz tamamlanmadan, yükleniciye devretmektedir. Yüklenici, arsa sahibinden devraldığı bu arsa paylarını, üçüncü kişiye devrederek inşaat için ihtiyaç duyduğu finansman ihtiyacını karşılamaktadır. Yargıtay'a göre, arsa sahibi, böylelikle yükleniciye adeta kredi kullandırmaktadır⁷⁵².

Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre, arsa sahibinin, inşaat tamamlanmadan yükleniciye devrettiği arsa payları avans niteliğindedir⁷⁵³. Bu nedenle, arsa paylarının yükleniciye devredilmesi gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz⁷⁵⁴. Yüklenici, kendisine devredilen arsa paylarının mülkiyetini

⁷⁵² 14. HD., T. 18.2.2008, E. 2008/518, K. 2008/1796: “Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması mümkündür. Aslında arsa sahibinin kural olarak Borçlar Kanunu'nun 364 uyarınca eserin tesliminde vermesi gereken arsa payını, inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi, yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlaması, arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırması demektir.”, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁵³ HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43: “İnşaatın tamamlanmasından önce müteahhide pay devri yapılması, inşaat yapımı sırasında müteahhide gerekli olan sermayenin sağlanarak işin bir an önce bitirilmesi amacını gütmektedir. Peşinen tapuda yapılan bu pay devri bir nevi avans niteliğindedir.”, (www.kazanci.com.tr). 23. HD. T. 12.09.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588: “Keza, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşme uyarınca başlangıçta devredilen arsa payları avans niteliğinde olup, yüklenici, gerçekte bunlara işi eksiksiz tamamlayıp, teslim ettiğinde hak kazanabilecektir.”; 23. HD. T. 23.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye yapılan tapu devri “avans” niteliğinde olup, yüklenici ediminin kural olarak tamamen ifası sonucu sözleşme konusu kendisine bırakılan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynı hak sahibi olabilir.”, (Aydın, s. 420, dn. 11). Aynı yönde: 15. HD. T. 09.06.2021, E. 2021/3256, K. 2021/2583; 14. HD. T. 17.04.2007, E. 2007/4362, K. 2007/4373, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁵⁴ 14. HD. T. 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824: “Emsal Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye kayden temlik olunan taşınmaz payları avans niteliğinde olup bu yolla oluşan tapu kayıtları gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr). 15. HD. T. 9.11.2020, E. 2020/1822, K. 2020/2934: “Dairemiz ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun istikrar kazanan karar ve uygulamalarında, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye, onun tarafından da üçüncü kişilere pay devri yapılmış olsa dahi bu devirlerin gerçek bir satış olmayıp avans niteliğinde olduğu...””, (www.kazanci.com.tr).

Gümüş, inşaat tamamlanıp arsa sahibine teslim edilene kadar askıda mülkiyetin söz konusu olduğunu, yüklenicinin, kendisine devredilen arsa payları üzerinde malik olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Gümüş, Borçlar Özel, s.418.

kazanmaz⁷⁵⁵. Yüklenici, edimini yerine getirdiği oranda kişisel hak elde eder, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ise kişisel hakkı, aynı hakka dönüşür⁷⁵⁶. Bu nedenle, yüklenicinin, devredilen arsa paylarının mülkiyetini kazanabilmesi için tüm edimlerini eksiksiz yerine getirmesi gerekir⁷⁵⁷.

Yargıtay’a göre, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü şahısların da arsa paylarının mülkiyetini kazanması için halef oldukları yüklenicinin edimlerini yerine getirmesi gerekir⁷⁵⁸. Aksi takdirde, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda, avans olarak devredilen arsa paylarının iadesi gerekir⁷⁵⁹. Dönmeyle, sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalktığından yüklenici veya üçüncü kişi adına yapılan tescil hukuki nedenden yoksun kalır, bu nedenle tescil baştan itibaren yolsuz tescil sayılır⁷⁶⁰. Tescilin baştan itibaren

⁷⁵⁵ 15. HD. T. 31.05.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203: “...yüklenici adına intikal ettirilen tapu kayıtlarının tecili yüklenici şirket lehine aynı hak sağlamayacağı...”, (Aydın, s. 421, dn. 13).

⁷⁵⁶ HGK T. 15.12.2020, E. 2017/1765, K. 2020/1033: “...inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen "avans" niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda "şahsi hak" elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür.”; 23. HD. T. 01.06.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640: “Arsa sahiplerinin yükleniciye kat karşılığı sözleşme gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklendiği edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar.”, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁵⁷ 15. HD. T. 07.03.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486: “Her ne kadar dava konusu parsel 06.07.1994 tarihinde davalı yüklenici şirket tarafından diğer davalı Himmet'e tapuda satılmışsa da, edimini yerine getirmeyen davalı yüklenici şirketin dava konusu taşınmazın mülkiyetini edinemediği...”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁷⁵⁸ 15. HD. T. 09.06.2021, E. 2021/3256, K. 2021/2583: “Yüklenicinin edimini (eseri meydana getirme ve teslim borcunu) sözleşme ve eklerine, tasdikli projesine, imara, fen ve tekniğine uygun, tam ve eksiksiz biçimde tamamlayıp arsa sahiplerine teslim etmesi halinde üçüncü kişilerin satın aldıkları arsa payı ve dairelerin tapu devirleri geçerlilik kazanacaktır.”; 15. HD. T. 25/10/2007 E. 2006/3246, K. 2007/6600: “Üçüncü kişilere satılan bu bağımsız bölümler üzerinde üçüncü kişilerin malik olabilmeleri; başka bir anlatımla hak sahibi olabilmeleri, halef oldukları yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlıdır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr). 15. HD. T. 24.06.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779: “Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar.”. Aynı yönde: 23. HD. T. 27.09.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; 23. HD. T. 31/3/2014, E. 2013/8737, K. 2014/2416 (www.sinerjimevzuat.com.tr)

⁷⁵⁹ 15. HD. T. 10.03.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152: “Somut olayda yükleniciden tapu devralan 3. kişilerin kaderi de arsa sahibi ve yüklenici arasındaki ilişkinin sonucuna bağlıdır. Daha açığını söylemek gerekirse, başlangıçta yükleniciye finans kolaylığı sağlanması için avans niteliğinde bir tapu devredilmiş ve bunu da yüklenici 3. kişilere devretmiş ise, arsa sahipleri yüklenicinin hak etmediği halde 3. kişilere verdiği bu tapularında iptal ve adına tescilini isteyebilir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁷⁶⁰ HGK T. 17.12.2008, E. 2008/748, K. 2008/750: “Bu durumda sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik

yolsuz hale gelmesi nedeniyle, arsa sahibi, arsa paylarının iadesini aynı nitelikli tapu iptali ve tescili davasıyla her zaman talep edilebilir⁷⁶¹.

Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin, TMK m. 1023 uyarınca iyiniyet iddiasında bulunması mümkün değildir⁷⁶². Buna göre, üçüncü kişi, yapımı henüz tamamlanmamış inşaatın bağımsız bölümü satın almıştır. Üçüncü kişinin, tapuda devraldığı taşınmazı görmemesi, böylelikle inşaatın henüz tamamlanmadığını bilmemesi mümkün değildir. Bu nedenle, üçüncü kişi, bu arsa paylarının yüklenicinin edimlerini yerine getirmesi karşılığında devredildiğini, yüklenicinin bu arsa payları üzerinde gerçek hak sahibi olmadığını, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde ise devredilen arsa paylarının iadesinin gerekeceğini bilen veya bilmesi gereken kişidir⁷⁶³. Üçüncü kişi, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle devredilen arsa paylarının iadesinin talep edilebileceği riskini göz almıştır⁷⁶⁴.

artık sebepsiz kalır. Diğer bir ifade ile tescil baştan itibaren yolsuz tescil sayılır.”; 23. HD. T. 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831: “Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer.”; 14. HD. T. 2.7.2020, E. 2019/2562, K. 2020/4300: “...pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer.”, (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde kararlar için bkz. HGK T. 17.12.2008, E. 2008/749, K. 2008/751, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁶¹ 15. HD. T. 01.03.2021, E. 2020/1271, K. 2021/555: “Mahkemece dahili davalı 3. kişiler yönünden iyi niyetli oldukları gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de taraflar arasındaki sözleşmenin dairemiz bozma ilamlarına uyularak geriye etkili feshedildiğinin anlaşılmasına göre tapu iptal ve tescil talebinin de kabulü gerekirken...”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁷⁶² 15. HD. T. 15.06.2017, E. 2017/449, K. 2017/2579: “Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye dönük olarak feshi halinde yükleniciden pay satın alan kişilerin Medeni Kanun’un 1023. maddesinden yararlanamayacakları Dairemizin yerleşik uygulaması gereğidir.”, (Öz, Yargıtay’ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 28). 15. HD. T. 9.11.2020, E. 2020/1822, K. 2020/2934: “Anayasa Mahkemesi de 27.09.2017 tarih ve 30193 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 20.07.2017 gün 2014/12321 başvuru numaralı kararında, bu halde 3. kişilerin iyi niyetlerinin korunmamasının hak ihlali olmadığını kabul etmiştir.”, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁶³ 15. HD. T. 27.04.1998, 1998/1669: “Alıcıların bu tür satışlarda genel olarak arsanın yükleniciye ait olmadığını, payın kat karşılığı inşaat sebebiyle ona devrolduğunu bilir veya bilmesi gerekecek kişiler olduğu kabul edilir. Kaldı ki devraldıkları tapu kayıtları üzerinde arsa sahipleri lehine var olan 1. Derece ipoteği de davalılar bakımından bu olguyu pekiştirmektedir.”, (Kostakoğlu, s. 1091).

⁷⁶⁴ 23. HD. T. 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544: “Davacı üçüncü kişi, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığının bilincindedir.”; HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43: “Yarım bırakılan bu inşaatla ilgili olarak çok basit bir incelemeyle dahi arsanın yükleniciye ait olmadığı anlaşılabilir durumdadır. Zira henüz tamamlanmamış inşaatla pay satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün

Yargıtay'ın uygulamasının kabul edilmesi durumunda, üçüncü kişi arsa paylarının mülkiyetini arsa sahibine iade edecektir. Bu durumda, yükleniciye ödemiş olduğu arsa paylarının satış bedelinin iadesini yükleniciden talep edebilecektir⁷⁶⁵. Ancak Yargıtay'ın bir kararının karşı oy yazısında, yüklenicinin acze düşmesi nedeniyle üçüncü kişinin zararlarını yükleniciden karşılayamadığı bir durumda; arsa sahibinin sebep sorumluluğu gereğince sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir⁷⁶⁶.

Hatta Yargıtay, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin başka kişiye arsa paylarını devretmesi halinde, arsa paylarını devralan kişinin de iyiniyet iddiasında bulunamayacağı, arsa paylarını arsa sahibine devretmesi gerektiğine karar vermektedir⁷⁶⁷.

Yargıtay'ın bazı kararlarının karşı oy yazılarında, yükleniciden arsa paylarını devralan iyiniyetli üçüncü kişilerinin kazanımlarının TMK m. 1023 hükmüne istinaden "tapuya güven ilkesi" gereğince korunması gerektiği, tapu siciline tapu devrinin sözleşme nedeniyle yapıldığını şerh vermekten kaçınan arsa sahibinin tamamen iyi niyetli üçüncü kişiler karşısında ve onların zararına sebep olacak şekilde

değildir...yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve bilebilecek durumda olduklarından arsa maliki tarafından avans olarak verilen arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır.”; 23. HD. T. 9.12.2014, E. 2014/1593, K. 2014/7945: “...yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine devredilen arsa paylarında hakkının olmayacağı, arsa maliki davacı tarafından arsa payının iptal ettirilebileceği riskini göze alarak tapuyu devraldıklarını üçüncü kişilerin bilmeleri gerektiği...”, (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde: 23. HD. T. 3.7.2018, E. 2015/9708, K. 2018/3902; 15. HD., T. 26.4.2006, E. 2006/102, K. 2006/2469 (www.kazanci.com.tr).

⁷⁶⁵ Aydın, s. 443; Arat ve Akçaal, s. 380.

⁷⁶⁶ HGK T 28.03.2001, E. 2001/13-200, K. 2001/286: “O halde davalı arsa sahibi müteahhidin arsa ile ilgili işlemlerine İCAZET vermiş ve muvafakatneme ile bu icazeti perçinlemiştir. Arsa sahiplerinin sorumluluğunu gerektiren diğer bir Husus da ÖZEN EKSİKLİĞİDİR. Arsa sahiplerinin çeşitli yetkilerle donattığı müteahhidi seçerken Bayındırlık Bakanlığından müteahhitlik karnesinin olup olmadığını soruşturulması gerekir. Zira o karne müteahhidin o güne kadar yaptığı iş kapasitesini gösterir. Diğer yandan Mimar ve Mühendislik Odası ile Ticaret Odasında kayıtlı olup olmadığının da araştırılması ve yaptığı inşaatlar konusunda fikir sahibi olunması gerekir...Dava konusu işde olduğu gibi arsa sahibi satın alanın zararına sebep olmuştur. O halde sebep sorumluluğunu yüklenmiştir. Bu tip sorumluluk, her ne kadar "kusur sorumluluğu" başlığı altında toplanıyorsa da kusur aranmaz, kusurun yerini tasarrufları araştırma ve objektif özen borcunun eksikliği dolayısıyla meydana gelen "sebeb" unsuru alır. Davalı arsa sahiplerinin gereken özeni göstermeden davalı müteahhit ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapması ve satış yetkisi vermesi sebep sorumluluğunun tipik bir örneğidir.”, (Coşkun, s. 157-158).

⁷⁶⁷ HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43: “Eş söyleyişle bu iki davalı, araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve bilebilecek durumda olduklarından arsa maliki tarafından avans olarak verilen arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır.” (www.kazanci.com.tr).

korunmasının menfaatler dengesine ve "tapuya güven ilkesine" de açıkça aykırı olduğu belirtilmektedir⁷⁶⁸.

b) Yargıtay'ın Uygulamasının Değerlendirilmesi

Yargıtay kararlarına göre, arsa sahibinin, inşaat tamamlanmadan yükleniciye devrettiği arsa payları avans niteliğinde olması nedeniyle yüklenici arsa payları üzerinde mülkiyet hakkına kazanmaz⁷⁶⁹. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ileride asıl borçtan mahsup edilmek üzere önceden yapılan ödemenin avans niteliğinde olduğu ancak avans ödemenin yalnızca para borçlarında mümkün olması nedeniyle arsa sahibinin arsa paylarının devri borcuna uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilerek Yargıtay'ın bu kararları eleştirilmektedir⁷⁷⁰. Diğer bir görüşe göre ise Yargıtay kararlarında benimsendiği gibi inşaatın tamamlanıp tesliminden önce yükleniciye devredilen arsa paylarının avans niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁷⁷¹.

Yargıtay, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü şahısların arsa paylarının mülkiyetine hak kazanması için yüklenicinin edimlerini tam olarak yerine

⁷⁶⁸ 23. HD. T. 10.12.2019, E. 2017/2892, K. 2019/5214: "Yukarıda izah edildiği gibi, yükleniciden arsa hissesi veya bağımsız bölüm satın alan iyi niyetli üçüncü kişinin TMK'nın 1023. maddesine istinaden "tapuya güven ilkesi" gereğince iktisabının korunması gerekir. Bu ilkedan ancak üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunun ispatlanması halinde vazgeçilebilir. Yüklenici adına yapılan tescil işlemini her halde "yolsuz tescil" kabul etmek, toplumda onarılmaz zararlara sebep olmakta ve adalet duygusuna zarar vermektedir. Yapıldığı araştırmada tapu kaydının yüklenici adına olduğunu tespit eden birinin -aksi ispat edilmedikçe- iyi niyetli olmadığını söylemek mümkün olmadığı için "tapuya güven ilkesine" istinaden mülkiyet kazanımının korunması TMK' nın 1023. maddesi ve hakkaniyet gereğidir. Her arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden tapu intikali yapılan yükleniciden tamamen iyi niyetli olarak arsa payı veya bağımsız bölüm satın alanın bu iktisabını geçersiz saymak TMK' nın 1023. maddesi karşısında açıkça Kanuna aykırı davranmak olacaktır. Arsa sahibi iyi niyetli ve risk almak istemiyorsa; tapu devrinin, sözleşme nedeniyle yapıldığını tapunun beyanlar hanesine şerh vermek suretiyle üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını bertaraf edebilir. Tapu siciline basit bir şerh vermekten kaçınan arsa sahibinin tamamen iyi niyetli üçüncü kişiler karşısında ve onların zararına sebep olacak şekilde korunması menfaatler dengesine aykırı olduğu gibi, taşınmaz hukukunun temeli olan "tapuya güven ilkesine" de açıkça aykırıdır.", (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde: 23. HD. T. 6.3.2019, E. 2019/407, K. 2019/867; 23. HD. T. 19.3.2019, E. 2016/5704, K. 2019/1062; 23. HD. T. 8.5.2019, E. 2016/5203, K. 2019/1781; 23. HD. T. 14.5.2019, E. 2016/5985, K. 2019/1952, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁶⁹ 15. HD. T. 09.06.2021, E. 2021/3256, K. 2021/2583; HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43; 15. HD. T. 9.11.2020, E. 2020/1822, K. 2020/2934, (www.kazanci.com.tr). 23. HD. T. 12.09.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; 14. HD. T. 17.04.2007, E. 2007/4362, K. 2007/4373; 14. HD. T. 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁷⁷⁰ Coşkun, s. 145; Atamulu, s. 191; Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 502-503; Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 19.

⁷⁷¹ Karataş, İnşaat, s. 323; Ayan, s. 32, dn. 52.

getirmesi koşulunun gerçekleşmesini aramaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Yargıtay'ın buna ilişkin kararları, tescilin koşula bağlanamayacağı ilkesine aykırıdır⁷⁷². TBK m. 243/1'e göre *“Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz.”* Tapu Sicili Tüzüğü'nün m. 16/2'e göre *“İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz.”* Bu hükümlere göre, tescilin geciktirici veya bozucu koşula tabi olması mümkün değildir. Ancak Yargıtay, tescilin koşula bağlanamayacağı ilkesine aykırı olarak, arsa sahibi, yüklenicinin edimini yerine getirmediğini ileri sürerek üçüncü kişiden arsa paylarının iadesini talep edebileceğini kabul etmektedir⁷⁷³.

Yargıtay, sözleşmeden dönme ile sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkması nedeniyle yüklenici adına yapılan tescilin hukuki nedenden yoksun kaldığını böylelikle tescilin baştan itibaren yolsuz tescil hükmünde olduğunu kabul etmektedir⁷⁷⁴. TMK m. 1013-1015 hükümlerine göre, tescilin geçerli olması için tasarruf yetkisine sahip malikin yazılı tescil talebinde bulunması ve tescil talebinin geçerli bir hukuki nedene dayanması gerekir⁷⁷⁵. Tescilin hukuki sebebe dayanmaması veya dayandığı hukuki sebebin geçerli olmaması durumunda tescil yolsuz tescil hükmündedir⁷⁷⁶. İşbu husus, TMK m. 1024/2'te şu şekilde belirtilmiştir: *“Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.”*

Doktrinde ileri sürülen klasik dönme, kanuni borç ilişkisi ve yeni dönme görüşlerinin kabul edilmesi halinde, dönme, sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemez, yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelmez⁷⁷⁷. Ancak aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi halinde, sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olması nedeniyle, dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından tescil baştan itibaren yolsuz hale gelir⁷⁷⁸.

⁷⁷² Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 507; Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 24.

⁷⁷³ Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 24-25.

⁷⁷⁴ HGK T. 17.12.2008, E. 2008/748, K. 2008/750; 23. HD. T. 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; 14. HD. T. 2.7.2020, E. 2019/2562, K. 2020/4300; HGK T. 17.12.2008, E. 2008/749, K. 2008/751, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁷⁵ Sendi Yakuppur, **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, (Güven İlkesi), s. 46; Akıntürk, s. 307.

⁷⁷⁶ Yakuppur, Güven İlkesi, s. 44; Akıntürk, s. 290; Sirmen, s. 200; Ertaş, Eşya Hukuku, s. 180.

⁷⁷⁷ Aydın, s. 436; Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 502; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 340.

⁷⁷⁸ Bu görüşte: Atamulu, s. 187-188; Ayan, s. 267; Buz, Dönme, s. 121, 140; Öz, Dönme, s. 40; Öz, Klasik Dönme, s.138-147; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 27.

Ancak arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile yüklenici adına yapılan tescilin yolsuz olduğunun kabulü halinde dahi tapu siciline güven ilkesi gereğince tapu sicilindeki tescile güvenen arsa paylarını iyiniyetle devralan üçüncü kişinin kazanımının korunması gerekir⁷⁷⁹. Ancak Yargıtay, üçüncü kişilerin menfaat ve beklentilerini tamamen göz ardı ederek üçüncü kişinin iyiniyet iddiasında bulunamayacağına karar vermektedir⁷⁸⁰. Doktrinde, birçok yazar tarafından, Yargıtay'ın üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılamayacağına ilişkin kararları haklı olarak eleştirilmektedir⁷⁸¹.

Tapu siciline güven ilkesi TMK m. 1023'te "*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*" şeklinde kabul edilmiştir⁷⁸². Bu hükmün uygulanabilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Bunlar: tapu sicilinde şeklen mevcut yolsuz bir tescilin bulunması, tapu siciline güvenen üçüncü bir kişinin olması, üçüncü kişinin tapu sicilindeki yolsuz tescile dayanarak aynı hak kazanması, üçüncü kişinin aynı hak kazanması için diğer geçerlilik şartlarının (ehliyet, şekil vb.) bulunması, üçüncü kişinin iyiniyetli olmasıdır⁷⁸³.

Tapu siciline güven ilkesi gereğince üçüncü kişinin kazanımının korunması için üçüncü kişinin iyiniyetli olması yani tapudaki tescilin yolsuz olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekir⁷⁸⁴. Yükleniciden arsa paylarını iyi niyetli devralan üçüncü kişi, tapu siciline güven ilkesi gereğince yüklenicinin arsa paylarının maliki olduğuna güvenerek arsa paylarını devralmıştır. Bu nedenle, aksi ispat edilmediği sürece arsa paylarını iyiniyetle devralan üçüncü kişinin kazanımının korunması gerekir⁷⁸⁵.

⁷⁷⁹ Özmen ve Ürem, Avans Tapu, s. 28.

⁷⁸⁰ Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 31.

⁷⁸¹ Coşkun, s. 142; Erman, Arsa Payı, s. 178; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 31; Olgaç, s. 87; Aydın, s. 439; Özçelik, s. 2; Arat ve Akçaal, s. 382; Yılmaz, s. 132.

Aksi görüşte: Selimoğlu, henüz inşaat aşamasında arsa paylarını devralan üçüncü kişinin iyiniyet iddiasında bulunamayacağını kabul etmektedir. Bkz. Selimoğlu, s. 380-381.

⁷⁸² Mehmet Şengül, **Tapu Sicilinin Aleniyeti**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 485.

⁷⁸³ Şengül, s. 488-498; Yakuppur, Güven İlkesi, s. 43; Akıntürk, s. 363-366; Sirmen, s. 198-203; Ünal ve Başpınar, s. 340-348.

⁷⁸⁴ Şengül, s. 494; Yakuppur, Güven İlkesi, s. 123; Akıntürk, s. 369; Sirmen, s. 201; Ertaş, Eşya Hukuku, s. 159; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 270; Ünal ve Başpınar, s. 344.

TMK m. 1024/1'e göre "*Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz.*"

⁷⁸⁵ Özçelik, s. 2; Arat ve Akçaal, s. 387.

TMK m. 3'e göre "*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.*" Anılı hükümde kabul edilen iyiniyet karanesi gereğince, asılolan iyiniyetin varlığıdır. Bu nedenle, üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu varsayılır, üçüncü kişinin iyiniyetli olduğunu ispat etmesi gerekmez⁷⁸⁶. Tam aksine, arsa sahibinin, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını iddia ve ispat etmesi gerekir⁷⁸⁷. Ancak Yargıtay, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını peşinen kabul ederek adeta iyiniyetli olmama(kötüniyet) karanesi yaratmaktadır. Buna göre, arsa sahibinin üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığının iddia ve ispat etmesine gerek olmaksızın Yargıtay'ın kararları gereğince üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı peşinen kabul edilmektedir⁷⁸⁸.

Yargıtay'a göre, üçüncü kişinin, arsa paylarını devralırken yüklenicinin bu arsa paylarını nasıl edindiğini araştırması gerekir. Kaldı ki üçüncü kişinin taşınmazı görmeden taşınmazı devralmacağı gerçeği karşısında, bu arsa paylarının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye devredildiğini bilmesi gerekir. Buna göre, üçüncü kişinin, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi durumunda arsa sahibinin dönme hakkını kullanarak arsa paylarının mülkiyetinin iadesini talep edebileceğini öngörmesi gerektiği hayatın olağan akışına uygundur.

TMK m. 3/2'e göre "*Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*" Doktrinde, bir kişinin kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediğinin tespiti için normal bir insanın hayatın olağan akışı içerisindeki davranış biçiminin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁷⁸⁹. Üçüncü kişinin tapu sicilindeki tescilin hukuki nedeninin mevcut veya geçerli olup olmadığını araştırması beklenemez⁷⁹⁰. Bu nedenle, Yargıtay kararlarının aksine, üçüncü kişinin, yüklenici lehine yapılan tescilin dayanağı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini inceleme, yüklenicinin edimlerini yerine getirdiğini kontrol etme yükümlülüğü yoktur⁷⁹¹. Üçüncü kişinin, iyiniyeti yalnızca tapu sicilindeki kayıtlarla sınırlıdır⁷⁹². Kaldı ki üçüncü kişinin, devraldığı arsa

⁷⁸⁶ Şengül, s. 494; Yakuppur, Güven İlkesi, s. 139-140; Akıntürk, s. 366; Ertaş, Eşya Hukuku, s. 159.

⁷⁸⁷ Arat ve Akçaal, s. 390; Ayan, s. 273, dn. 432; Şengül, s. 496; Akıntürk, s. 366; Sirmen, s. 202; Ünal ve Başpınar, s. 347.

⁷⁸⁸ Aydın, s. 439-440; Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 511-512.

⁷⁸⁹ Yakuppur, Güven İlkesi, s. 126.

⁷⁹⁰ Yakuppur, Güven İlkesi, s. 129; Akıntürk, s. 365.

⁷⁹¹ Coşkun, s. 144.

⁷⁹² Şengül, s. 495.

paylarının yükleniciye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince devredildiğini bilmesi iyiniyetini ortadan kaldırmaz⁷⁹³.

Aydın'ın haklı olarak belirttiği gibi üçüncü kişinin, yüklenicinin temerrüdü durumunda arsa sahibinin dönme hakkını kullanarak arsa paylarının iadesini talep edebileceğini öngörmesi için üçüncü kişinin hukukçu olması veya hukukçu bir kişiden yardım alması gerekir. Ancak bu durum, günlük yaşam tecrübelerine aykırıdır⁷⁹⁴.

Yargıtay'ın son tarihli kararlarına göre, inşaat seviyesi %90 seviyesine ulaşmamış ise arsa sahibi dönme hakkını kullanarak arsa paylarının iadesini talep edebilir. Bu durumda, üçüncü kişinin iyiniyetli sayılması için Yargıtay'ın yerleşik kararlarını bilmesi yetmeyecek inşaat seviyesinin en az %90 seviyeye ulaşp ulaşmadığını da tespit etmesi gerekecektir⁷⁹⁵.

Yargıtay, üçüncü kişinin, inşaat tamamlanmadan arsa paylarını devralarak yüklenicinin edimini yerine getirmemesi riskini üstlendiğini bu nedenle iyiniyet iddiasında bulunamayacağını belirtmektedir. Öncelikle, yüklenicinin edimlerini yerine getirmemesi riskini üzerine alması gereken kişi üçüncü kişi değil, sözleşmenin tarafı olan arsa sahibidir. Yükleniciyi seçen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini imzalayan, inşaat henüz tamamlanmadan arsa paylarını yükleniciye devreden arsa sahibidir. Arsa sahibi, inşaat henüz tamamlanmadan arsa paylarını yükleniciye devretmekte sakınca görmemekte, çoğu zaman devredilen arsa paylarının üzerine ipotek dahi tesis ettirmemektedir. Buna karşın, üçüncü kişi, mülkiyet hakkını kazanacağını düşünerek tapuda arsa paylarını devralmaktadır. Bu nedenlerle, arsa sahibinin üçüncü kişiye karşın daha fazla riski üstlendiği açıktır⁷⁹⁶.

Yargıtay'ın uygulamasının kabul edilmesi halinde, genellikle, bağımsız bölüm kazanmak için tüm birikimini ortaya koyan üçüncü kişi, bağımsız bölümün arsa sahibine iade etmek zorunda kalacak yalnızca yükleniciden satım bedelinin iadesi ve uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilecektir. Ancak bu aşamada, yüklenici, genellikle, ekonomik olarak batık veya iflas etmiş durumdadır. Tüm bu nedenlerle, başlangıçta yüklenici seçerken gereken özeni göstermeyen, başlangıçta

⁷⁹³ Erman, Arsa Payı, s. 178; Aydın, s. 440; Özçelik, s. 2; Yakuppur, Güven İlkesi, s. 194; Öz, Dönme, 260-261.

⁷⁹⁴ Aydın, s. 439; Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 513.

⁷⁹⁵ Olgaç, s. 88.

⁷⁹⁶ Coşkun, s. 146-147; Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 32; Aydın, s. 441.

arsa paylarını devretmek zorunda olmamasına rağmen inşaat tamamlanmadan yükleniciye devretmekte sakınca görmeyen, haklarını teminat altına almak için ipotek tesisi talebinde bulunmayan, yüklenicinin devraldığı arsa paylarını üçüncü kişilere devredeceğini bilen arsa sahibi yerine üçüncü kişinin korunması gerektiği inancındayız⁷⁹⁷.

Ancak üçüncü kişinin arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullandığını bilmesi⁷⁹⁸ veya yakın zamanda kullanacağını öğrenmesine⁷⁹⁹ rağmen arsa paylarını devralması durumunda iyiniyetli olmadığının kabul edilmesi gerekir. Bu durumda, üçüncü kişinin kazanımı korunmaz, arsa sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak arsa paylarının iadesini talep edebilir⁸⁰⁰.

Yargıtay, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin başka kişiye arsa paylarını devretmesi halinde, arsa paylarını devralan kişinin de iyiniyet iddiasında bulunamayacağı, arsa paylarını arsa sahibine devretmesi gerektiğine karar vermektedir⁸⁰¹. Halbuki yükleniciden arsa paylarını iyiniyetle devralan üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunduktan sonra üçüncü kişiden arsa paylarını devralan kişinin iyiniyetli olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur⁸⁰².

3. Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin 20.07.2017 Tarihli Kararı

a) Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 başvuru numaralı Faik Tari ve Sultan Tari başvurusu, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat tamamlanmadan kendisine devredilen arsa paylarını üçüncü şahıslara devretmesi ancak yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını

⁷⁹⁷ Coşkun, s. 150.

⁷⁹⁸ Ayan, s. 273; Buz, Dönme, s. 142; Öz, Dönme, s. 260; Erman, Arsa Payı s. 178; Kurşat, s. 442.

⁷⁹⁹ Ayan, s. 273; Öz, Dönme, s. 260; Öz, Klasik Dönme, s. 151; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173; Atamulu, s. 190; Buz, Dönme, s. 190

⁸⁰⁰ Akıntürk, s. 369.

⁸⁰¹ HGK. T. 21.1.2020, E. 2018/23-240, K. 2020/43, (www.kazanci.com.tr).

⁸⁰² Sirmen, s. 205; Ünal ve Başpınar, s. 345.

kullanması neticesinde, üçüncü şahısların arsa paylarının iadesine karar verilmesinin üçüncü şahısların mülkiyet haklarını ihlal edip etmediğine ilişkindir.

Karara konu olayda, İstanbul ili Bakırköy ilçesi Şenlik Mahallesi'nde bulunan 292 ada 148 parselde kayıtlı taşınmaz, G.N.Y., G.T.Y., V.O. adına tescillidir. 26/11/1985 tarihinde, arsa sahipleri ile yüklenici arasında geçerli arsa payı karşılığında inşaat yapım sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşme gereğince, arsa sahipleri, taşınmazın 56/104 arsa payını yükleniciye devretmeyi, bunun karşılığında yüklenici ikisi bodrum katında olmak üzere altı dairesi bir bina inşa etmeyi taahhüt etmiştir. Arsa sahipleri, yükleniciye devri kararlaştırılan arsa paylarını, inşaat henüz tamamlanmadan yükleniciye devretmişlerdir. Yüklenici tarafından inşa edilen binanın proje, inşaat ruhsatı ve yapı kullanım izin belgesi bulunmamaktadır.

Yüklenici, 06/2/1992 tarihinde, 16/104 oranında arsa payını, başvuru Faik Tari'ye, 09/3/1998 tarihinde ise 32/104 oranındaki arsa payını, başvuru Sultan Tari'ye tapuda devretmiştir.

Arsa sahipleri, 05/3/2009 tarihinde, yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa etmediği iddiası ile sözleşmenin feshi ve tapu kayıtlarının iptali ve kendi adlarına tescil istemiyle yükleniciye ve yükleniciden arsa paylarını devralan başvuruclara karşı dava açmışlardır.

Yerel mahkemenin kararına göre, davaya konu binanın proje, inşaat ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi alınmaması ve inşaatın sözleşme koşullarına uygun olarak bitirilmemesi nedeniyle yüklenici kendi üzerine düşen edimleri yerine getirmemiştir. Yükleniciden arsa paylarını devralan başvuruclara ise, henüz inşaat hâlinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm almayı amaçlamışlar, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde arsa paylarının iade edileceği riskini göze almışlardır. Bu nedenle, başvurucların TMK m. 1023 korunmasından yararlanamayacağı belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Başvuruclara, işbu kararı temyiz etmişler ancak hüküm Yargıtay tarafından onanmış ve başvurucların karar düzeltme talepleri de Yargıtay tarafından reddedilerek hüküm kesinleşmiştir.

Bunun üzerine, başvuruclara, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla tapu kayıtlarının iptal edilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ve yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında, başvuru konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin ve yerleşik yargısal içtihatların mevcut olması nedeniyle devletin mülkiyetin korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiği belirtilmiştir. Ayrıca yargılama sürecinde, mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğü yönünden başvuru sahiplerinin usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağlandığı, mahkemelerin takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı sonucuna varılmıştır⁸⁰³. Kararda, başvuru adına yapılan tapu kayıtlarının iptalinin, arsa sahibinin mülkiyet hakkının korunması amacıyla yapıldığını, özel kişilerin mülkiyet haklarının çatıştığı bu gibi durumlarda her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçsüz bir sonuca da yol açmaması gerektiği belirtilmiştir⁸⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin, taşınmazı satın alırken inşaatın henüz tamamlanmadığını ve ileride inşa edilecek bir bağımsız bölüme ait arsa payını satın aldıklarını bilebilecek durumda oldukları belirtmiştir. İnşaat halinde olan bir yapının bağımsız bölümlerini satın alan başvuru sahiplerinin, inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilmesini öngörmesi gerekir. Başvuru sahiplerinin inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıkları tapu kaydından da açıkça anlaşıldığı belirtilmiştir. 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 tutulmuşlardır⁸⁰⁵.

⁸⁰³ Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı 20.07.2017 tarihli kararı, (Resmi Gazete T. 27.09.2017 S. 30193).

⁸⁰⁴ Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı 20.07.2017 tarihli kararı, (Resmi Gazete T. 27.09.2017 S. 30193).

⁸⁰⁵ Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı 20.07.2017 tarihli kararı: “*Derece mahkemelerine göre başvuru sahipleri satın alırken inşaatın henüz tamamlanmadığını ve ileride inşa edilecek bir bağımsız bölüme ait arsa payını satın aldıklarını bilebilecek durumdadırlar. Başka bir deyişle inşaat hâlinde olan bir yapının bağımsız bölümlerini satın alan başvuru sahiplerinin inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilmesini öngörmesi gerektiği kabul edilmektedir. 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.*”, (Resmi Gazete T. 27.09.2017 S. 30193).

Kararda, arsa sahibinin menfaatlerini korumak amacıyla başvuruçuların tapu kayıtlarının iptal edilmesi başvuruçular için bir külfet taşıyacağı ancak başvuruçuların mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin etkin ve yeterli güvencelere sahip olduğu belirtilmiştir. Başvuruçular, yükleniciye başvurarak zararlarını tazmin edebileceği gibi yüklenicinin halefi sıfatıyla arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep etmeleri de mümkündür⁸⁰⁶. Tüm bu nedenlerle, başvuruçuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle yapılan müdahalenin mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin niteliği taşımadığına karar verilmiştir⁸⁰⁷.

Böylelikle, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişilerin hukuki durumu hakkındaki kararlarına benzer şekilde karar vermiştir⁸⁰⁸.

b) Kararın Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay'ın yerinde olmayan kararlarını benimseyerek üçüncü kişinin iyiniyet iddiasına bulunamayacağını, bu nedenle

⁸⁰⁶ Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı 20.07.2017 tarihli kararı: “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, başvuruçuların borçlar hukuku kurallarına göre yükleniciye karşı dava açma ve zararlarını tazmin etme imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında ayrıca başvuruçuların arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri de görülmektedir.”, (Resmi Gazete T. 27.09.2017 S. 30193).

⁸⁰⁷ Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı 20.07.2017 tarihli kararı: “Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvuruçuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşılmıştır.”, (Resmi Gazete T. 27.09.2017 S. 30193).

⁸⁰⁸ Arat ve Akçaal, s. 372.

üçüncü kişinin mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine ilişkin karar vermesi haklı olarak eleştirilmektedir⁸⁰⁹.

Karara konu somut olayda, arsa sahipleri, arsa paylarını yükleniciye devrettikten sonra yirmi dört yıl boyunca sessiz kalmışlar, yirmi dört yıl boyunca yüklenicinin edimlerini yerine getirmediğini ileri sürmemişler, yüklenicinin kendisine devredilen arsa paylarını üçüncü kişilere devrettiğini tapu kayıtlarından ve fiilen bilmelerine rağmen ses çıkarmamışlardır. Ancak arsa sahipleri yıllarca taşınmazı kullandıktan sonra yüklenicinin edimlerini yerine getirmediğini ileri sürerek dönme hakkını kullandığını üçüncü kişilerin adına tescil edilen arsa paylarının iadesini talep etmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır⁸¹⁰.

İşbu kararın karşı oy yazısına göre; üçüncü kişilerin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenmesinden ve binanın fiilen kullanılmaya başlanmasından yıllar sonra yüklenici adına yapılan tescilin yolsuz yapıp yapılmadığını bilmesi gerektiği söylenemez. Bu nedenle, arsa sahipleri ile üçüncü kişilerin hangisinin daha fazla iyiniyetli olduğuna bakılarak çözüme varılmalıdır. Arsa sahipleri, binanın projesi bulunmadığını ve dolayısıyla yapı kullanım izni alınamayacak durumda olduğunu bilmelerine rağmen yükleniciye arsa paylarını devretmiş, yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişilere devrettiğini tapu kayıtlarından ve fiilen bilmelerine rağmen yirmi dört yıl boyunca hiçbir yasal girişimde bulunmamışlardır. Binanın ekonomik ömrünü doldurmaya başlaması ve arsa olarak daha fazla kıymet kazanması üzerine, yüklenicinin edimlerini gereği gibi ifa etmediğini ileri sürerek arsa paylarının kendi adlarına tescili istemiyle dava açmaları, iyi niyetli olmadıklarını göstermektedir. Ayrıca başvurucuların arsa paylarının iade etmesi gerektiğinin kabulü halinde, başvurucular ancak uğradıkları zararları yükleniciden talep edecek bu durumda da zamanaşımı defii ile karşılanacaktır⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Özçelik, s. 3; Özmen, Anayasa Mahkemesi, s. 515.

⁸¹⁰ Aydın, s. 443.

⁸¹¹ Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı 20.07.2017 tarihli kararının karşı oy gerekçesi: *“Her ne kadar yine Türk Medeni Kanunu’nun 1024. maddesinde bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin bu tescile dayanamayacağı öngörülmüş ise de, inşaat sözleşmesinin yapımından ve binanın fiilen kullanıma başlanmasından yıllar sonra başvurucuların, tescilin yolsuz yapıp yapılmadığını bilmesi gerektiği söylenemez. Bu nedenle arsa sahipleri ile başvurucuların çatışan menfaatlerinin hangi tarafın daha fazla iyi niyetli olduğuna bakılarak çözüme kavuşturulması gerekir. Arsa sahiplerinin, binanın projesi bulunmadığını ve dolayısıyla yapı kullanım izni alamayacak durumda olduğunu bilmelerine rağmen müteahhide hisse devretmeleri, müteahhidin de başkalarına hisse satışı yaptığını tapu kayıtlarıyla ve fiilen bilmeleri, buna rağmen 24 yıl boyunca hiçbir yasal girişimde bulunmamaları,*

4. Yüklenicinin Arsa Sahibinin Verdiği Temsil Yetkisi/Vekaletnameyle Arsa Paylarını Üçüncü Kişiye Devretmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Doktrinde, yüklenicinin arsa sahibinin verdiği temsil yetkisiyle arsa paylarını üçüncü kişiye devrettikten sonra, arsa sahibinin dönme hakkını kullandığını belirterek arsa paylarının iadesinin üçüncü kişiden talep edemeyeceğini ileri sürülmektedir⁸¹².

Yargıtay, yüklenicinin, arsa sahibinin temsilcisi sıfatıyla arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi ancak arsa sahibinin sonradan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde, üçüncü kişiden arsa paylarının iadesinin talep edilebileceğine karar vermektedir⁸¹³.

bina ekonomik ömrünü doldurmaya başladığı ve arsa olarak daha fazla kıymet kazandığı bir dönemde daha önce devredilmiş hisselerin adlarına tescili istemiyle dava açmaları, iyi niyetli olmadıklarını göstermektedir. Medeni Kanun'un 2. maddesinde "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". denilmiştir. Bu noktada, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki iyi niyet ilkesinin, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisindeki "sırf gayri ızzar eden suiistimal" kavramından farklı olduğu, diğer bir ifadeyle, arsa sahiplerinin başkasına zarar vermek değil kazanç sağlamak amacıyla da olsa iyi niyetli olmadıkları müddetçe, mevzuat ve Yargıtay içtihatlarındaki lehe hususlardan yararlanamayacakları belirtilmelidir. Öte yandan başvuruçuların, uğradıkları zarardan dolayı taleplerini, hak kazanmadığı halde devraldığı kabul edilen arsa hisselerini tapuda kendilerine satan müteahhide yöneltmeleri halinde de Borçlar hukukunun zamanaşımına ilişkin hükümleri karşısında başarı şansları şüphelidir.", (Resmi Gazete T. 27.09.2017 S. 30193).

⁸¹² Yılmaz, s. 132-133.

⁸¹³ 23. HD. T. 09.12.2014, E. 2014/1593, K. 2014/7945: "Somut olayda, A blok henüz temeliüstü seviyesinde iken arsa sahibinin 27.02.1997 tarihli vekaletname ile yükleniciye isabet eden 2 numaralı bağımsız bölümün üçüncü kişiye satılması için yükleniciyi vekil tayin ettiği ve yüklenicinin de 24.04.1997 tarihinde anılan bağımsız bölümü A. Ö.'e sattığı, adı geçen şahıstan da birkaç kez el değiştirerek davalıya satıldığı anlaşılmıştır...arsa maliki davacı tarafından arsa payının iptal ettirilebileceği riskini göze alarak tapuyu devraldıklarını 3. kişilerin bilmeleri gerektiği, davalı ve dava dışı üçüncü kişilerin TMK'nın 1023. maddesinde iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün bulunmadığı...", (Öz, Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi, s. 29). HGK. T. 25.10.2000, E. 2000/1-1280, K. 2000/1554: "Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm nolu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekaletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekaleten davalıya temlik etmiştir...Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, M.K. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz.", (www.sinerjimevzuat.com.tr). Aynı

Ancak üçüncü kişi adına tapuda yapılan devir, arsa sahibinin yükleniciye vermiş olduğu temsil yetkisine dayanmaktadır. Temsil yetkisinin soyutluğu ilkesine göre, asıl sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalksa bile temsil yetkisi sona ermeyeceğinden arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının kullanmasıyla asıl sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalksa bile arsa sahibinin verdiği temsil yetkisine dayanılarak üçüncü kişi adına yapılan tescil geçersiz hale gelmez. Bu nedenle, arsa sahibinin arsa paylarının iadesini talep etmesi mümkün değildir⁸¹⁴.

5. Arsa Sahibinin Yüklenicinin Talimatıyla Arsa Paylarını Üçüncü Kişiye Devretmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Yüklenici, tapu harç ve masraflarından kurtulmak amacıyla, sözleşme gereğince kendisine devri kararlaştırılan arsa paylarını üçüncü şahsa tapuda devretmesi yönünde arsa sahibine talimat vermektedir. Bunun üzerine, arsa sahibi, yüklenicinin talimatı doğrultusunda, arsa paylarını üçüncü şahsa tapuda satış suretiyle devretmektedir. Arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi durumunda üçüncü kişiye devrettiği arsa paylarını iadesini talep edip edemeyeceğinin incelenmesi gerekir.

Doktrinde, arsa sahibinin arsa paylarını tapuda üçüncü kişiye devrettikten sonra yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullandığını belirterek arsa paylarının iadesinin üçüncü kişiden talep edemeyeceğini ileri sürülmektedir⁸¹⁵. Ayan'a göre, arsa sahibi, yüklenici ile akdettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükümlendiği borcunu yükleniciye ifa etmek niyetiyle, arsa paylarını üçüncü şahsa tapuda satış suretiyle devretmektedir. Arsa sahibi ile üçüncü şahıs arasındaki devrin hukuki nedeni, taraflar arasındaki taşınmaz satış sözleşmesidir. Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapuda yapılan devrin hukuki nedeni değil hukuki saikidir. Bu saikin

yönde benzer kararlar için bkz. 23. HD. T. 11.06.2012, E. 2012/2482, K. 2012/4067, 15. HD. T. 27.10.2005, E. 2005/375, K. 2005/5775, (www.sinerjimavzuat.comtr).

⁸¹⁴ Ayan, s. 302, dn. 536.

⁸¹⁵ Yılmaz, s. 132.

dönmeyle sonradan ortadan kalkması üçüncü şahıs adına yapılan tescili geçersiz hale getirmez⁸¹⁶.

Yargıtay'ın arsa sahibinin yüklenicinin talimatıyla arsa paylarını üçüncü şahsa tapuda devretmesi ancak sonradan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi durumunda üçüncü kişiden arsa paylarının iadesini talep etmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin kararları istikrar kazanmamıştır. Yargıtay bir kararında, arsa sahibinin, doğrudan arsa paylarını üçüncü şahsa devretmesi durumunda, arsa sahibinin ile yüklenici arasındaki sözleşmenin sona erdiğini ileri sürerek arsa paylarının iadesini talep edemeyeceğine karar vermiştir⁸¹⁷. Ancak Yargıtay'ın başka bir kararında, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, arsa sahibinin, yüklenicinin talimatıyla üçüncü kişilere devrettiği tapu paylarının kendi adına tescilini talep edebileceğine karar vermektedir⁸¹⁸. Yargıtay'ın bir başka kararında, üçüncü şahsa devredilen bağımsız bölümlerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenicilere verilmesi gereken bağımsız bölümler olduğunun ve yüklenicilerin talepleri sonucu devirlerin yapıldığının ispatlanması durumunda arsa paylarının iadesine karar verilmesi gerekir⁸¹⁹.

⁸¹⁶ Ayan, s. 303, dn. 536.

⁸¹⁷ 1.HD. T. 31.03.2004, E. 2004/3324, K. 2004/3631: “Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir.”, (Ayan, s. 303, dn. 536).

⁸¹⁸ 15. HD. T. 26.06.2019, E. 2018/4559, K. 2019/2998: “Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde arsa sahibi, yükleniciye bırakılıp onun tarafından üçüncü kişiler ya da onun talimatıyla arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devredilen ya da yükleniciye devrettiği tapu payları veya bağımsız bölümlerin tapu kaydının iptâl ve tescilini talep edebilir...yüklenici ya da yüklenicinin talimatıyla arsa sahibinden pay devraldıklarının anlaşılıp kabul edilmesi halinde, yolsuz tescil olduğunu bildikleri ya da bilecek durumda olmaları sebebiyle TMK'nın 1023. maddesindeki iyiniyetle kazanımdan yararlanamayacaklarından bunlar hakkındaki tapu iptâl ve tescili isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken...”, (www.kazanci.com.tr).

⁸¹⁹ 15. HD. T. 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360: “Gerçekten de; davalılarca yüklenicilerden payların kayden satın alındığının davacı yanca yasal delillerle kanıtlanması durumunda; tapu iptali ve tescili davasının da kabulü; aksi halde ise, arsa sahibinden satın almış olan davalılar hakkındaki tapu iptali ve tescili davasının reddine karar verilmesi gerekir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

6. Yüklenicinin Borcu Nedeniyle Arsa Paylarını Cebri İcra Satış Suretiyle Devralan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Öncelikle, arsa sahibinin yükleniciye devretmiş olduğu arsa paylarının yüklenicinin borcu nedeniyle haczedilmesi ancak henüz paraya çevrilmesinden önce arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde üçüncü kişi lehine tesis edilen haczin akıbetinin ortaya konulmasında yarar vardır. Aynı etkili dönme görüşünü savunan yazarlara göre, arsa sahibinin dönme hakkını kullanmasıyla sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona ereceğinden yüklenici adına yapılan tescil de yolsuz hale gelir. Bu durumda, dönme üzerine, tapuda yüklenici olarak görünen aslında arsa sahibine ait olan bir taşınmaz haczettirilmiş olacaktır. Bu nedenle, mülkiyet hakkını kaybetmeyen arsa sahibinin, taşınmaz üzerindeki hacizlerin kaldırılmasını talep etme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir⁸²⁰.

Arsa sahibinin yükleniciye devretmiş olduğu arsa paylarının, yüklenicinin borcu nedeniyle paraya çevrilmesi suretiyle taşınmazı devralan üçüncü kişinin kazanımının korunup korunmadığı önem arz eder. Yargıtay, yüklenicinin borcu nedeniyle arsa paylarının cebri icra satış suretiyle satın alan üçüncü kişinin kazanımının korunmayacağına, bu kişinin iyiniyetli olmasının da durumu değiştirmeyeceğine karar vermiştir⁸²¹.

⁸²⁰ Ayan, s. 272; Öz, Dönme, s. 263; Öz, Klasik Dönme, s. 154.

⁸²¹ 15.HD. T. 13.06.2002, E. 2002/1073, K. 2002/3228: “Mahkemece davalı Şaban Şahin’in dava konusu tapu payını icra yoluyla satın alması ve iyiniyetli olması davanın reddine gerekçe yapılmıştır. İcra yoluyla satın alsa dahi, Şaban Şahin yüklenici Mehmet Akyol’un payını satın almıştır. Bilirkişi raporundan yüklenicinin inşaatı %54 seviyesinde bıraktığı, daha sonra davacılar tarafından inşaat seviyesinin %85’e getirildiği anlaşılmaktadır. İnşaatın getirildiği seviye ileriye etkili feshin kabulü için yeterli değildir. Davalı Şaban Şahin yüklenicinin payını satın almakla, onun halefi konumundadır. Yüklenici edimini yerine getirmediğine göre, davalı Şaban Şahin’in iyiniyetli olması bu davada önemli değildir.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

B. Arsa Paylarının Üçüncü Kişie Devredilmemesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

1. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılması Halinde

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa payları yükleniciye devredilmediği durumda, yüklenici, ileride kendisine devredilecek arsa paylarının satışını üçüncü kişie vaad edebilir. Ancak yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, tarafların yerine getirmedikleri edim yükümlülükleri sona erer, yüklenici sözleşme gereğince kendisine devredilmesi gereken arsa paylarının devredilmesini talep edemez. Böylelikle, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gereğince yüklenicinin borcunun ifası imkansızlaşır. Bu durumda, üçüncü kişi, bağımsız bölüme hak kazanamaz ancak uğramış olduğu zararların tazminini yükleniciden talep edebilir⁸²². Ayrıca bağımsız bölüme yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları arsa sahibinden talep edebilir⁸²³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa payları yükleniciye devredilmesine rağmen yüklenici arsa paylarını satışını üçüncüye kişi vadedebilir. Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, arsa sahibi, yükleniciye devredilmiş olan arsa paylarının iadesini talep edebilir. Bu durumda, yüklenicinin üçüncü kişie karşı ediminin ifası imkansızlaşır⁸²⁴. Bu durumda, üçüncü kişi, uğramış olduğu zararların tazminini yükleniciden talep

⁸²² Coşkun, s. 151; Ayan, s. 273, dn. 433.

⁸²³ Coşkun, s. 151. 14. HD. T. 15.06.2007, E. 2007/5813, K. 2007/7560: “Diğer taraftan, davacı 28 numaralı bağımsız bölümü yükleniciden kaba inşaat halinde satın aldığını, iyileştirme giderleri yaptığını iddia ederek arsa sahibi davalılardan da iyileştirme giderlerinin tahsilini talep etmiştir. Borçlar Kanunu’nun 410 ve devamı maddeleri hükmünce iş sahibinin menfaatine vekalet olmaksızın tasarrufta bulunan kimsenin de böyle bir istemde bulunması olanaklıdır.”, (Coşkun, s. 151). HGK T. 28.03.2001, E. 2001/13-200, K. 2001/286: “Ne var ki, davacının dosyaya ibraz ettiği makbuz ve faturalardan davacının daireyi teslim aldıktan sonra daireye dekorasyon, çatı, kalebodur gibi faydalı masraflar yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının istemi içinde, çoğun içinde azın da istenilmiş olduğu kuralı altında bu kalemlerden doğan alacak istemi de vardır. Davacının yaptığı bu giderim ve masraflar nedeniyle davalının davacıya karşı haksız iktisabının varlığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.”, (Coşkun, s. 152).

⁸²⁴ Coşkun, s. 151.

edebilir⁸²⁵. Ayrıca bağımsız bölüme yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları arsa sahibinden talep edebilir⁸²⁶.

Arsa paylarının yükleniciye devredilmesi durumunda, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh edilmiş olabilir. Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, üçüncü kişi lehine yapılan şerhin akıbetinin incelenmesi gerekir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerh edilmesi sırasında yüklenici gerçek malik sıfatındadır. Arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönse dahi üçüncü kişi lehine yapılan şerh geçerliliğini korur. Bu nedenle, üçüncü kişi, şerh ile güçlendirilmiş kişisel hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir⁸²⁷.

Doktrindeki diğer görüşe göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla, üçüncü kişi lehine yapılan şerh, yolsuz şerh hükmündedir. Doktrinde, TMK m. 1023 hükmünün, yolsuz şerhler için uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır⁸²⁸. Doktrindeki bir görüşe göre, TMK m. 1023 hükmünün kıyasen yolsuz şerhler için de uygulanabilir, böylelikle vaad alacaklısı iyiniyetli ise bu iyiniyetin korunması gerekir. Böylelikle, üçüncü kişi lehine yapılan şerh geçerli olup üçüncü kişi şerhle güçlendirmiş kişi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir⁸²⁹. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, TMK m. 1023 hükmünün yalnızca yolsuz tescillere ilişkin düzenlenmesi nedeniyle bu hükmün kıyasen yolsuz şerhlere uygulanması mümkün değildir⁸³⁰.

Yargıtay'ın yerleşik kararları gereğince, üçüncü kişinin aynı hak kazanması halinde dahi TMK m. 1023 hükmü gereğince üçüncü kişinin kazanımını korumadığı

⁸²⁵ Coşkun, s. 151; Ayan, s. 273, dn. 433.

⁸²⁶ Coşkun, s. 151.

⁸²⁷ Erman, Arsa Payı, s. 186.

⁸²⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 174.

⁸²⁹ Ayan, s. 273, dn. 433.

⁸³⁰ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 174; Şengül, s. 515-516; Akıntürk, s. 362; Ertaş, Eşya Hukuku, s. 158; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 269.

Ancak Öz, arsa sahibinin, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılmasına onay vermesi veya bu sözleşmenin yapılmasını desteklemesi veya teşvik etmesi halinde, sözleşmeden döndüğünden bahisle üçüncü kişinin kişisel hakkını kullanmasına karşı çıkmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini ileri sürmektedir. Bkz. s. Öz, Dönme, s. 262; Öz, Klasik Dönme, s. 153.

göz önüne alındığında, üçüncü kişinin yolsuz şerhe güvenerek iyiniyetle kuvvetlendirilmiş kişisel hakkını koruması söz konusu değildir⁸³¹.

2. Alacağın Devri Yapılması Halinde

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa paylarının yükleniciye devredilmemesi durumunda, yüklenici, alacak hakkını üçüncü kişiye devredebilir. Arsa sahibinin, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, öncelikle, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın devrinin akıbetinin ortaya konulması gerekmektedir.

Yüklenicinin, arsa sahibinin dönme hakkını kullanmadan önce alacağını devretmesi durumunda, dönme ile alacağın devrini de geçersiz hale gelip gelmeyeceği alacağın devrinin sebebe bağlı mı yoksa sebepten soyut işlem olup olmadığına göre değişir⁸³². Alacağın devrinin sebebe bağlı işlem olduğunun kabulü halinde, dönmeyle sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından alacağın devri geçersiz olur, alacak üçüncü kişiye hiç geçmemiş olur⁸³³. Alacağın devrinin sebepten soyut olduğunun kabulü halinde; alacağın devri geçerli olur, alacak üçüncü kişiye geçer. Ancak alacağın devrinin hukuki nedeni olan sözleşmenin dönmeyle ortadan kalması nedeniyle sebepsiz zenginleşme hükümlerince alacağın iadesi talep edilebilir⁸³⁴.

Yüklenicinin, arsa sahibinin dönme hakkını kullanmasından sonra alacağı üçüncü kişiye devretmesi durumunda alacağın devri geçersiz olacaktır. Çünkü dönmeyle birlikte sözleşme ortadan kalktığı için alacağın devri yapıldığı sırada yüklenicinin alacak hakkı da bulunmamaktadır⁸³⁵.

⁸³¹ Coşkun, s. 153; Ayan, s. 273, dn. 433.

Yargıtay 14. HD. T. 05.12.1989, 5705/10388: "... sayılı ilamı ile yüklenicinin işi bırakma durumunda olduğu ve edimini yerine getirmediği nedeniyle onun adına intikal ettirilen paya ilişkin tapu iptali ile söz konusu payın arsa sahipleri adına tesciline karar verildiği saptandığına, bu durumda yüklenicinin kişisel hak kazandığından bahsedilemeyeceğine, onun halefi durumunda olan davacının tescil davası dinlenemeyeceğine, adı geçenler arasında düzenlenen satış vaadi sözleşmesi arsa sahiplerini bağlamayacağına göre...", (Erman, Arsa Payı, s. 186, dn. 14.).

⁸³² Ayan, s. 274.

⁸³³ Öz, Dönme, s. 263.

⁸³⁴ Ayan, s. 274.

⁸³⁵ Ayan, s. 254, dn. 348.

Yüklenicinin, dönme hakkının kullanılmasından önce veya sonra alacağını üçüncü kişiye devretmesi halinde, üçüncü kişi, arsa paylarının kendi adına tescilini arsa sahibinden talep edemez⁸³⁶. Çünkü dönmeye, yüklenici arsa paylarının devredilmesini talep edemez ancak inşa edilen kısmın değerinin para olarak ödenmesini talep edebilir⁸³⁷. Üçüncü kişinin, alacak hakkını arsa sahibine karşı ileri sürmesi durumunda; arsa sahibi, dönme hakkını kullanması nedeniyle ifa edilmemiş yükümlülüklerin sona erdiği şeklindeki itirazını üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir⁸³⁸.

Arsa paylarının kendi adına tescilini talep edemeyen üçüncü kişi, kusurlu ola yükleniciden uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilir. Ayrıca bağımsız bölüme yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları arsa sahibinden talep edebilir⁸³⁹.

⁸³⁶ Ayan, s. 273-274; Öz, Dönme, s. 263; Coşkun, s. 153.

Ayan, inşaatın büyük kısmının tamamlanması durumunda yüklenicinin iade alacağını arsa payı olarak verilmesinin gerektiği durumlarda, üçüncü kişinin, arsa paylarının kendi adına tescilini talep etme hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Ayan, s. 274.

14. HD. T. 17.04.2007, E. 2007/4362, K. 2007/4373: “Feshin geriye etkili sonuç meydana getirmesinin anlamı, tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönmeleridir. İleriye etkili fesihten farklı olarak geriye etkili fesihte yüklenici eserin getirdiği fiziki seviyeye paralel bağımsız bölüm tescilini talep edemez. Geriye etkili fesihte işin tasfiyesi daima tarafların yek değerinin mal varlığına kattıklarının parasal olarak istenmesi suretiyle yapılır. Hal böyle olunca; yüklenicinin istemde bulunamayacağı bir hususu onun halefi durumundaki üçüncü kişilerde arsa sahiplerine karşı ileri süremeyeceklerinden...”, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁸³⁷ Ayan, s. 258; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 173.

⁸³⁸ Ayan, s. 254; Buz, Dönme, s. 156; Coşkun, s. 153.

⁸³⁹ Coşkun, s. 153.

SONUÇ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, taraflar, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş herhangi bir sözleşmeyi yapma özgürlüğüne sahiptirler. Çalışma konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşmedir. Bu sözleşmede; yüklenici, arsa sahibinin sahibi olduğu taşınmaz üzerinde bağımsız bölümler inşa ve teslim etmeyi, arsa sahibi ise belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmeyi borçlanmaktadır. Yüklenicinin asli edim yükümlülüğü eser sözleşmesinin bir unsurunu, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğü ise taşınmaz satış/satış vaadi sözleşmesinin bir unsurunu taşıması nedeniyle bu sözleşme çift tipli karma bir sözleşmedir.

TBK m. 479/1'e göre; yüklenici, inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmediği sürece arsa sahibinden arsa paylarının devredilmesini talep edemez. Ancak bu hükmün emredici nitelikte olmaması nedeniyle aksi kararlaştırılabilir. Uygulamada, taraflar, arsa sahibinin arsa paylarının devredeceği ana ilişkin farklı düzenlemelere yer vererek farklı türlerde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yapmaktadır. Arsa sahibinin, başlangıçta, taşınmazın tamamını veya belirli arsa paylarını yükleniciye devri veya inşaattaki seviyeye göre arsa paylarının kademeli olarak yükleniciye devrinin kararlaştırıldığı sözleşmelere sıklıkla karşılaşılmaktadır. Uygulamada en sık düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaad ettiği sözleşmedir.

Doktrinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli borç ilişkisi mi olduğu hususu tartışmalıdır. Doktrindeki ileri sürülen bir görüşe göre, arsa sahibinin ifa menfaati teslimin gerçekleşmesiyle bir anda gerçekleştiğinden bu sözleşme ani edimlidir. Diğer görüşe göre, yüklenicinin edimlerini zaman içinde kısım kısım ifa etmesi, buna karşılık arsa sahibinin inşaat seviyesine göre arsa paylarını kademeli olarak devretmesi nedeniyle sözleşmenin sürekli edimli olduğu kabul edilmektedir. Karma görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin salt ani edimli veya sürekli olarak nitelendirilmesinin mümkün değildir. Bu sözleşmenin hem ani edimli hem de sürekli edimli borç ilişkisinin özelliklerini taşıması nedeniyle bu sözleşmenin geçici-sürekli karmaşığı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

YİBBGK 25.01.1984 tarihli 3/1 sayılı kararıyla, yüklenicinin emeğe ve masrafa dayalı edimini ifa edebilmesi için uzun bir zamana ihtiyaç duyması ve kanunda eser sözleşmesi hükümlerinin düzenlenmesinde sürekli edimli borç ilişkilerine özgü kuralların dikkate alınması nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçici-sürekli karmaşığı niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

Yüklenici, inşaatın yapımı için ihtiyaç duyduğu finansmanı sağlamak için inşaat henüz tamamlanmadan, kendisine devri kararlaştırılan bağımsız bölümlerin üçüncü kişiye devretmeye ilişkin üçüncü kişilerle hukuki ilişkisi içerisine girmektedir. Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin tespit edilebilmesi için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat tamamlanmadan arsa paylarının yükleniciye devredilip devredilmediğine bakılması gerekmektedir. Arsa paylarının yükleniciye devredilmesi halinde; yüklenici, arsa paylarını, üçüncü kişiye tapuda devrebilir veya arsa paylarının satışını vaad edebilir. Arsa paylarının yükleniciye devredildiğı durumlarda, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin alacağın devri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Arsa paylarının yükleniciye henüz devredilmediğı durumda ise; mülkiyet hakkına sahip olmayan yüklenicinin tapuda arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi mümkün değildir. Ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin borçlandırııcı işlem olması nedeniyle yüklenicinin bu sözleşmeyi yapabilmesi için arsa payları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmez. Bu nedenle; yüklenici, ileride kendisine devredilecek arsa paylarının satışını üçüncü kişiye vaad edebilir. Ancak yüklenicinin arsa paylarının mülkiyetine sahip olmaması nedeniyle, arsa sahibinin onayı olmaksızın taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siclin şerh edilmesi mümkün değildir. Ayrıca yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa paylarının devrini talep etme şeklindeki alacak hakkını, üçüncü kişiye alacağın devri sözleşmesiyle devredebilir.

Yargıtay, arsa paylarının yükleniciye devredilmediğı durumda, yüklenici ile üçüncü kişi arasında şekle aykırı düzenlenen taşınmaz satış(harici satış) veya satış vaadi sözleşmelerini alacağın devri olarak kabul etmektedir. Kural olarak, şekle aykırı düzenlenen taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki bu sözleşmeleri ayakta tutabilmek için

örtülü olarak tahvil kurumuna başvurmaktadır. Ancak kanatimizce yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki geçersiz taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmelerinin, tahvil yoluyla, alacağın devri sözleşmesine çevrilebilmesi mümkün değildir. Taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmeleri, borçlandırıcı bir işlem olmasına karşın alacağın devri bir tasarruf işlemidir. Tasarruf işlemlerinin borçlandırıcı işlemlere göre daha kapsamlı sonuçlar doğurması nedeniyle, bir borçlandırıcı işlemin tahvil yoluyla bir tasarruf işlemine çevrilmesinin mümkün değildir. Ayrıca taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile alacağın devri benzer amaç ve sonuçlar doğurmamaktadır. Son olarak, üçüncü kişi ile yüklenicinin iradelerinden, tarafların şekle aykırı düzenlenen sözleşmenin geçersiz olduğunu bilselerdi alacağın devri sözleşmesi yapmak isteyecekleri de anlaşılamamaktadır.

Yargıtay'ın uygulaması halinde, yüklenici ile şekle aykırı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişi, doğrudan arsa sahibine başvurarak arsa paylarının devredilmesini talep edebilir. Ancak bu durumda, yüklenici ile şekle uygun taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişi, yüklenici ile şekle aykırı satış vaadi yapan üçüncü kişiye göre daha dezavantajlı duruma düşecektir. Çünkü yüklenici ile şekle uygun taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişi, yalnızca sözleşmenin tarafı olan yükleniciye başvurabilecektir. Yargıtay, bu adaletsiz sonucu ortadan kaldırmak amacıyla, hiçbir hukuki temeli bulunmadığı halde, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki şekle uygun taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini de alacağın devri olarak kabul etmektedir.

TBK m. 183/1'e göre kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça her alacak hakkının devri mümkündür. Kanunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa paylarının devrini talep etme şeklinde alacak hakkının devrini yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bu alacak hakkı, işin niteliği gereği devredilemeyecek bir alacak niteliği de taşımamaktadır. Böylelikle, yüklenici ile arsa sahibi aralarında yapacakları anlaşmayla bu alacağın devrini yasaklamadıkları sürece arsa paylarının devredilmesini talep etme şeklindeki alacak hakkının devredilmesi mümkündür.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında geçerli alacağın devri sözleşmesi kurulsaydı bile üçüncü kişinin, devraldığı alacak hakkını, arsa sahibine ileri sürebilmesi için bu alacağın muaccel hale gelmiş olması gerekir. TBK m. 479/1'e göre, aksi

kararlaştırılmamışsa, arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Bu nedenle, üçüncü kişinin arsa paylarının devrini talep edebilmesi için yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi takdirde, arsa sahibi ödemezlik defini ileri sürerek arsa paylarının devrinden kaçınabilir.

Ancak Yargıtay'ın “birlikte ifa” uygulaması gereğince, inşaattaki eksikliğın pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta olması ve bu eksikliğın üçüncü kişi tarafından tamamlanması veya eksikliğın tamamlanması için gereken bedelin depo edilmesi halinde, arsa paylarının üçüncü kişi adına tesciline karar verilebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın son tarihli kararlarında, inşaat seviyesinin %95 ve üzeri olması halinde, eksikliklerin tamamlanması veya eksikliklerin bedelinin depo edilmesi için mahkeme tarafından üçüncü kişiye süre verilmesi gerektiğine karar verilmektedir. Üçüncü kişinin, inşaattaki eksiklikler tamamlama veya tamamlanması için gereken gereken masrafları ödeme teklifinde bulunması durumunda arsa sahibinin bu teklifi reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacağından Yargıtay'ın bu kararlarına katılmaktayız.

Uygulamada, yüklenici, arsa paylarını tapuda arsa sahibinden devralmak yerine daha az vergi ve harç ödemek amacıyla arsa sahibinden aldığı satış yetkisi içerir temsil yetkisi/vekaletnameyle, kendisine kalacak bağımsız bölümü tapuda üçüncü kişiye devretmektedir. Yahut yüklenici, kendisine kalacak bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmesi için arsa sahibine talimat vermekte arsa sahibi de bağımsız bölümü tapuda üçüncü kişiye devretmektedir. Bu hallerde, tapuda yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde, satıcı olarak her ne kadar arsa sahibi görünse de gerçekte satıcı yüklenicidir.

Arsa sahibinin, yüklenicinin talimatıyla üçüncü şahsa devrettiğini iddia etmesi halinde bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Aksi takdirde, yüklenici borcun ifa edilmediğini ileri sürerek arsa paylarının devredilmesini talep edebilir. Arsa sahibi, arsa paylarının yüklenicinin talimatıyla üçüncü şahsa devrettiğine ilişkin iddiasını HMK m. 200/1 uyarınca senetle ispatlamak zorundadır. Yargıtay da dava değeriinin miktarı nedeniyle tanık anlatımlarıyla bu iddianın ispatlanmasının mümkün olmadığına, satış bedelinin yükleniciye ödendiğine dair banka kaydı, havale ya da ödeme kaydı vb. delillerle ispat edilmesi gerektiğine karar vermektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu hususunun tartışmalı olmasına bağlı olarak yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye beyanının dönme mi yoksa fesih niteliği mi taşıdığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli olması nedeniyle, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Diğer görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli olması nedeniyle, yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibinin fesih hakkı bulunmaktadır. Karma görüşe göre ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçici-sürekli edimli özelliği nedeniyle, dönme hükümlerinin mi yoksa fesih hükümlerinin uygulanacağı her somut olayın özelliklerini dikkate alınarak tespit edilmelidir.

YİBBGK 25.01.1984 tarihli, 3/1 sayılı kararı gereğince, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda kural olarak BK m. 106-108(TBK m. 123-125) hükümleri uygulanacaktır. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, MK m. 2 hükmü gözetilerek sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Yargıtay'ın son tarihli kararlarına göre, inşaat seviyesinin %90 ve üzeri olması halinde sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına aksi takdirde geriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmektedir. Fesih hükümlerinin uygulanması halinde, yüklenici, fesih anına kadar yerine getirdiği edimine karşılık orantılı arsa payına hak kazanır, böylelikle yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin kazanımı korunur.

Sözleşmeden dönme halinde, tarafların yerine getirmedikleri edimlerin borcu sona erer, taraflar yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesini talep edebilir. Arsa sahibinin dönme hakkını kullanmadan önce yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi halinde; sonradan dönme hakkını kullanan arsa sahibinin, üçüncü kişiden arsa paylarının iadesini talep edip edemeyeceğinin incelenmesi gerekir.

Sözleşmeden dönmenin, sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliğine etkisinin bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır. Klasik dönme, kanuni borç ilişkisi ve yeni dönme görüşlerine göre; dönme, sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemez. Bu nedenle, yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelmez. Yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasına bakılmaksızın üçüncü

kişinin kazanımı korunur. Aynı etkili dönme görüşüne göre ise dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından tescil baştan itibaren yolsuz hale gelir. Ancak bu görüşe göre, üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde üçüncü kişinin kazanımı tapu siciline güven ilkesi gereğince korunur.

Yargıtay'a göre, dönmeyle sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından yüklenici adına yapılan tescil yolsuz tescil hükmündedir. Buna göre, arsa sahibi, arsa paylarının iadesini herhangi bir zamanaşımı veya hakdüşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman üçüncü kişiden talep edebilir. Yargıtay, henüz inşaatı tamamlanmayan taşınmazdan bağımsız bölüm devralan üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağını, bu nedenle üçüncü kişinin kazanımının TMK m. 1023 uyarınca korunmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir.

Yargıtay'ın tamamen arsa sahibinin menfaatlerini dikkate aldığı, üçüncü kişilerin menfaat ve beklentilerini tamamen göz ardı ettiği bu kararlarına katılmak mümkün değildir. Yükleniciden arsa paylarını iyiniyetle devralan üçüncü kişi, tapu siciline güven ilkesi gereğince, tapu sicilinde malik olarak görünen yüklenicinin gerçekte de malik olduğuna güvenerek arsa paylarını devralmıştır. Bu nedenle, arsa paylarını iyiniyetle devralan üçüncü kişinin kazanımını TMK m. 1023 uyarınca korunması gerekir.

TMK m. 3/1'de kabul edilen iyiniyet karinesi gereğince, asılolan iyiniyetin varlığıdır. Bu nedenle, dönmeden önce arsa paylarını devralan üçüncü kişilerin, kural olarak, iyiniyetli olduğu kabul edilmelidir. Arsa sahibinin, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını iddia etmesi durumunda bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Ancak Yargıtay, arsa sahibinin üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını iddia ve ispat etmesine gerek olmaksızın üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını peşinen kabul ederek adeta iyiniyetli olmama(kötüniyet) karinesi yaratmaktadır.

Yargıtay, üçüncü kişinin, arsa paylarını devralırken yüklenicinin bu arsa paylarını nasıl edindiğini araştırması gerektiği, kaldı ki üçüncü kişinin taşınmazı görmeden taşınmazı devralmacağı gerçeği karşısında bu arsa paylarının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye devredildiğini bildiği, yüklenicinin edimlerini yerine getirmemesi durumunda arsa sahibinin dönme hakkını kullanarak arsa paylarının iadesini talep edebileceğini öngörmesinin hayatın olağan akışına uygun olduğunu belirtmektedir.

Öncelikle, üçüncü kişinin tapu sicilindeki tescilin hukuki nedeninin mevcut veya geçerli olup olmadığını araştırması beklenemez. Bu doğrultuda, üçüncü kişinin, tescilin dayanağı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini inceleme, yüklenicinin edimlerini yerine getirdiğini kontrol etme yükümlülüğü yoktur. Kaldı ki üçüncü kişinin, arsa paylarının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye devredildiğini bilmesi iyiniyeti ortadan kaldırmaz.

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin dönme hakkını kullanması halinde arsa paylarının iadesini talep edebileceğini öngörmesi için üçüncü kişinin hukukçu olması veya hukukçu bir kişiden yardım alması gerekir. Ancak bu durum, hayatın olağan akışına ve günlük yaşam tecrübelerine aykırıdır.

Yargıtay'ın son tarihli kararlarına göre, inşaat seviyesi %90 seviyesine ulaşmamış ise arsa sahibi dönme hakkını kullanarak arsa paylarının iadesini talep edebilir. Bu durumda, üçüncü kişinin iyiniyetli sayılması için Yargıtay'ın yerleşik kararlarını bilmesi yetmeyecek inşaat seviyesinin en az %90 seviyeye ulaşp ulaşmadığını da tespit ettirmesi gerekecektir.

Yargıtay'ın uygulamasının kabul edilmesi halinde, genellikle tüm birikimini bağımsız bölüm satın almak için harcayan üçüncü kişi, bağımsız bölümün arsa sahibine iade etmek zorunda kalacaktır. Bu durumda, üçüncü kişi yükleniciden satış bedelinin iadesi ve uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilecektir. Ancak yüklenici, genellikle, ekonomik olarak batık veya iflas etmiş durumda olduğundan üçüncü kişinin zararlarının karşılanması çok da mümkün olmayacaktır. Ayrıca arsa sahibinin herhangi bir hak düşürücü/zamanaşımı süresine tabi olmaksızın arsa paylarının iadesini talep edebileceği kabul edildiğinden, arsa paylarını iade eden devreden üçüncü kişinin, yükleniciden zararlarının karşılanmasını talep ettiğinde zamanaşımı defii ile karşılaşması muhtemeldir.

Tüm bu nedenlerle, başlangıçta yüklenici seçerken gereken özeni göstermeyen, inşaat tamamlanmadan yükleniciye devretmekte sakınca görmeyen, haklarını teminat altına almak için çoğu zaman ipotek tesisinde bulunmayan, yüklenicinin devraldığı arsa paylarını üçüncü kişilere devredeceğini bilen arsa sahibi yerine üçüncü kişinin korunması gerektiği inancındayız.

Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 başvuru numaralı Faik Tari ve Sultan Tari başvurusuna ilişkin 20.07.2017 tarihli kararına göre, yüklenicinin edimini gereği

gibi ifa etmemesi nedeniyle üçüncü kişiler adına tescil edilen arsa paylarının iadesine karar verilmesinde üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Karara konu somut olayda, arsa sahipleri, arsa paylarını yükleniciye devrettikten sonra yirmi dört yıl boyunca sessiz kalmışlar, bu sür boyunca yüklenicinin edimlerini yerine getirmediğini ileri sürmemişler, yüklenicinin kendisine devredilen arsa paylarını üçüncü kişilere devrettiğini tapu kayıtlarından ve fiilen bilmelerine rağmen ses çıkarmamışlardır. Arsa sahipleri, binayı yıllarca kullandıktan sonra, yüklenicinin edimlerini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle dönme hakkını kullandığını ileri sürerek üçüncü kişilere devredilen arsa paylarının iadesini talep etmesi hakkın açıkça kötüye kullanılmasıdır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin işbu kararına katılmamız mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut. **Eşya Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Akkanat, Halil. “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, ss. 1-49.

Akman, Sermet, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Akyol, Şener. **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Altaş, Hüseyin. **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

Altınkan, Onur. **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde 3.Kişinin Hukuki Durumu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015.

Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Arat, Ayşe ve Mehmet Akçaal. “20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, **SÜHFD**, Cilt 26, Sayı 2, 2018, ss.367-396.

Arıkan, Mustafa. “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, **SÜHFD**, Cilt 13, Sayı 1, 2005, ss. 129-155, (Alacağın Temliki).

Arıkan, Mustafa. “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 34, 2016, ss. 145-172, (Üçüncü Kişiyeye Devri).

Arpacı, Özge. **Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

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

Ayan, Serkan. **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Aydın, Gülşah Sinem. “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt 2019, Sayı 141, 2019, ss. 417-454.

Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İleri Kültür Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013.

Başpınar, Veysel. “Taşınmaz Satımında Vekalet”, **AÜHFD**, Cilt: 45, Sayı: 1, 1996, ss. 483-504.

Baygın, Cem. “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri-Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 3-4, 2010, ss. 119-144.

Bilge, Necip. **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971.

Buz, Vedat. **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, (Dönme).

Buz, Vedat. “*Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 49, Sayı 1, 1994, (İmkansızlık).

Buz, Vedat. “Borçlar İfası ve İfa Edilmemesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.91-111, (İfa).

Büyükay, Yusuf. **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Coşkun, Gürkan. **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Dayınlarlı, Kemal. **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**, 4. Baskı, Ankara, 2008.

Durak, Yasemin. “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, Özel Sayı, 2015, ss. 207-252.

Durmuşoğlu, Zekiye Gizem. **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Alacak Hakkının Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

Engin, Baki İlkay. **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Enli, İsa. **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu Ve Temerrüdü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Eren, Fikret. “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara, 1996, ss. 49-58, (İnşaat Sözleşmeleri).

Eren, Fikret. “İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara, 1996, ss.63–86, (Müteahhidin Borçları).

Eren, Fikret. “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, **İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara, 1996, ss. 89-103, (İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi).

Eren, Fikret. “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul, 2008, ss. 85-111, (İsimsiz Sözleşmeler).

Eren, Fikret. **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, (Mülkiyet).

Eren, Fikret. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (Borçlar Genel).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, (Borçlar Özel).

Erman, Hasan. **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, DR Yayınları, İstanbul, 2010, (Arsa Payı).

Erman, Hasan. Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesi, **İÜHFM**, Cilt 50, Sayı 1-4, 1984, ss. 505-517, (Karar İncelemesi).

Ertay, Œeref. “Kat KarŒılıđı İnaaat SzleŒmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell’e Armağan**, İzmirl, 2001, ss. 79-92, (Hak ve Borçların Devri).

Ertay, Œeref. **EŒya Hukuku**, Fakülteler BarıŒ Kitabevi, İzmirl, 2012, (EŒya Hukuku).

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (zel Borçlar İliŒkileri)**, Cilt I, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

Franko, Nisim. “Alacağın Temliki”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C: 49, Sayı: 1-2, Yıl:1994, ss. 177-197.

Gönen, Yılmaz, **İnaaat SzleŒmelerinde Alacağın Devri**, YayınlanmamıŒ Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmirl, 2006.

GmŒ, Mustafa Alper. **Borçlar Hukuku zel Hükümler**, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, (Borçlar zel).

GmŒ, Mustafa Alper. “Alacağın Temliki SzleŒmesinin Œekli”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2, 2011, ss. 9-34, (Alacağın Temliki).

Gürsoy, Kemal T., Fikret Eren ve Erol Cansell, **Türk EŒya Hukuku**, Ankara ni. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.

Hatemi, Hüseyin ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Havutçu, AyŒe. **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen SzleŒmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İŒletmesi Yayınları, İzmirl, 1995, (Temerrüt).

Havutçu, Ayşe. “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, **DEÜHFD**, Cilt 3, Sayı 1-4, 1987, (Tahvil).

Helvacı, Serap. “Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Hayri Domanıç'e Armağan**, Mitos Yayınları, 1995, ss. 287-292.

Kanber, Kemal. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ver Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**, Sayı 7, 1996, ss. 14-17.

Kaneti, Selim. **Hukuki İşlemlerin Çevrilmiş (Tahvili)**, Fakülteler Matbası, İstanbul, 1972.

Kaplan, İbrahim. “İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar”, **Prof. DR. Faruk Erem Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1999, ss. 377-393, (Süre Uzatımı).

Kaplan, İbrahim. **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, (İnşaat Sözleşmeleri).

Karahasan, Mustafa Reşit. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2003, (Borçlar Genel).

Karahasan, Mustafa Reşit. **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, (İnşaat Hukuku).

Karaibrahim, Ayşe Karakoç. **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan Üçüncü Kişilere Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

Karataş, İzzet. **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (İnşaat).

Kartal, Bilal. **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Matsa Basımevi, Ankara, 1993, (Kat Karşılığı).

Kartal, Bilal. Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (III), **Yargıtay Dergisi**, 1983, Cilt 9, Sayı 4, ss. 551-568, (Arsa Payı III).

Kartal, Bilal. Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I), **Yargıtay Dergisi**, 1983, Cilt 9, Sayı 1-2, ss. 96-113, (Arsa Payı I).

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, (Borçlar Genel).

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, (Borçlar Özel).

Kılıçoğlu, Ahmet M., Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, **AÜHFD**, Cilt 38, Sayı 1, Ankara, 1981, ss. 209-222, (Şekil).

Kocaağa, Köksal. “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 20, Sayı:74, 2008, ss. 149-157, (Götürü Tazminat).

Kocaağa, Köksal. **İnşaat Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (İnşaat Sözleşmesi).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, (Borçlar Genel).

Kocayusufpaşaoğlu Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, (Satış Vaadi).

Kuntalp, Erden. **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1971.

Kurşat, Zekeriya. **İnşaat Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Kurt, Leyla Müjde. **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, (Temerrüt).

Kurt, Leyla Müjde. “Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı”, **BATİDER**, Cilt 27, Sayı 1, 2011, ss. 157 –206, (Süre Uzatımı).

Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Nomer, Haluk Nami ve Baki İlkay Engin. **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri**, Cilt I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Borçlar Genel).

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, (Eşya Hukuku).

Oktay, Saibe. “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHFM**, Cilt 55, Sayı 1–2, 1996, ss. 263-296, (İsimsiz Sözleşme).

Olgaç, Samet Can. “Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 8, Sayı 86, 2013, ss. 82-89.

Ozanemre Yayla, Tolunay. **Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliği)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

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

Öz, Turgut. **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, (İnşaat Sözleşmesi).

Öz, Turgut. **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989, (Dönme).

Öz, Turgut. “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s.495-509, (Şekil Sorunları).

Öz, Turgut. “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 13, Sayı 16, 1996, ss. 131-172, (Klasik Dönme).

Öz, Turgut. “Yargıtay'ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt 10, Sayı 100, 2018, ss. 21-39, (Yargıtay'ın Bazı İçtihatlarının Eleştirisi).

Özçelik, Barış. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönülmesi Halinde Yükleniciden Pay Edinen Üçüncü Kişi Kötüniyetli Sayılabilir Mi?”,

http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/48674/Arsa_pay%C4%B1_kar%C5%9F%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1_insaat_s%C3%B6zle%C5%9Fmesinden_d%C3%B6n%C3%BClmesi_halinde_y%C3%BCkleniciden_pay_edinen_%C3%BC%C3%A7%C3%BCnc%C3%BC_kisi_k%C3%B6t%C3%BCniyetli_sayilabilir_mi.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (2.12.2021).

Özmen, Saba ve Melek Bilgin Yüce. “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt II, Beta Basım Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 952-988, (Tarih Önceliği).

Özmen, Etem Saba ve Tuba Akçura Karaman. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 87, Sayı 1, 2013, ss. 47-74, (Uygulama Hataları).

Özmen, Etem Saba ve Gülşah Sinem Aydın. “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 88, Sayı: 6, 2014, ss. 179-215, (Tapu İptal).

Özmen, Etem Saba ve Gülşah Sinem Aydın. “Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun’a Dayalı Uygulama”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1, 2015, ss. 13-38, (Paylı Mülkiyet).

Özmen, Saba ve Müge Ürem. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı, 1, 2016, ss. 13-31, (Avans Tapu).

Özmen, Saba. “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Ayni Etkili Dönme Görüşüne Ve Özellikle

Yargıtay 15. HD. nin Yerleşik Kararlarındaki “Avans Tapu” Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 135, 2018, ss. 491-516, (Anayasa Mahkemesi).

Reisoğlu, Safa. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 23. Bası, İstanbul, 2012.

Sarı, Suat. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, **İÜHFM**, Cilt 64, Sayı 2, 2006, ss. 273-299.

Sarı, Esin. **Yüklenicinin Arsa Payının Mülkiyetini Üçüncü Kişilere Devretmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019.

Seliçi, Özer. “Kesin Vadeli İşlemler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 2, Sayı 3, ss. 92-107, 1968, (Kesin Vade).

Seliçi, Özer. **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, (Sürekli Borç İlişkileri).

Seliçi, Özer. **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, (Müteahhidin Sorumluluğu).

Selimoğlu, Yaşar Engin. **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Serozan, Rona. **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, (Borçlar Özel).

Serozan, Rona. **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, (Dönme).

Sirmen, Lale. **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Sungurbey, İsmet. **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1963, (Şerh).

Sungurbey, İsmet. “Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi”, **Medenî Hukuk Sorunları**, Cilt 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.457–496, (Medeni Hukuk Sorunları).

Sungurbey, İsmet. “Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK. 360/II,III’ün Örneğe Yoluya Borçlu Direnmesine De Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, 1983, s. 13 – 33, (BK. 360/II,III).

Sungurbey, İsmet. “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde Ismarlamanın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin Ismarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106/180 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2’deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.11.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not”, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Cilt 7, Sayı 6, 1984, ss. 781-795, (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Şahiniz, Salih. “Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) Ve Yasakları”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 3-4, 2006.

Şengül, Mehmet. **Tapu Sicilinin Aleniyeti**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Tandoğan, Haluk. “*Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler*”, **BATİDER**, Cilt: 11, Sayı:1, 1981, ss. 1-49, (Orantılı Ücret).

Tandoğan, Haluk. “*Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan ve Temerrüde Düşen Müteahhide Karşı Geriye Etkili Fesih Hakkının Kullanılabileceği Hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Yeni İçtihadı*”, **BATİDER**, Cilt 2, Sayı 1, 1981, ss. 109-117, (Geriye Etkili Fesih).

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kendine Özgü Yapısı Olan Ve Karma Sözleşmeler, Satış Ve Çeşitleri, Trampa Bağışlama**, Cilt I, 6. Bası, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1990, (Karma Sözleşmeler).

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, Cilt II, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (Borçlar Özel).

Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

Uluğ, İlknur ve Nihat Taşdelen. “30.09.1988 Tarihli ve E. 1987 K. 1988/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının İncelenmesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 7, 2003, ss. 143-150.

Uyar, Talih. “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II)”, **Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 439-465.

Uygur, Turgut. **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, İkinci Cilt, Ankara, 1990, (Borçlar Genel).

Uygur, Turgut. **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri**, III. Cilt, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1991, (Borçlar Özel).

Uygur, Turgut. **Açıklamalı İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi**, Cilt 2, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, (Arsa Payı).

Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. **Şekli Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.

Yakuppur, Sendi. **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, (Güven İlkesi).

Yavuz, Cevdet. **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

Yener, Mehmet Deniz. “Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu Ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 5, 2011, ss. 67-75, (Garanti Sorumluluğu).

Yener, Mehmet Deniz. “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, **İÜHFM**, Cilt LXV, Sayı 2, 2007, ss. 371-382, (Üçüncü Şahıslara Devri).

Yılmaz, Kezban. **Yüklenici İle Alıcı Arasında Yapılan Arsa Payının Devrine İlişkin Satım Sözleşmesi Şekli ve Hükümleri**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çag Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana, 2008.

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. baskı Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.