

**İlker Hasan DUMAN**  
Avukat

# İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYGULAMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALININ ÖNEMİ

- SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI
- SÖZLEŞMENİN BOZULMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI
- YÜKLENİCİYE EK SÜRE VERMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI
- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI
- İFA EDİLMİŞ SÖZLEŞMELERDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN ÖNE SÜRÜLMESİ
- DÜRÜSTLÜK KURALLARININ UYGULANMASINDA YARGICIN ROLÜ

2013



İSTANBUL BAROSU  
YAYINLARI

1.  
BAŞKI

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYGULAMASINDA  
DÜRÜSTLÜK KURALININ ÖNEMİ





**İlker Hasan DUMAN**  
Avukat

# **İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYGULAMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALININ ÖNEMİ**

- SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI
- SÖZLEŞMENİN BOZULMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI
- İFA EDİLMİŞ SÖZLEŞMELERDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN ÖNE SÜRÜLMESİ
- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI
- YÜKLENİCİYE EK SÜRE VERMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI
- DÜRÜSTLÜK KURALLARININ UYGULANMASINDA YARGICIN ROLÜ

2013



**İSTANBUL BAROSU  
YAYINLARI**

Genel Yayın Sıra No: 231  
2013/12

Yayıncı Sertifika No: 12457

ISBN: 978-605-5316-60-0

**Yazar**

Av. İlker Hasan Duman

**Kitabın Adı**

İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında  
Dürüstlük Kuralının Önemi

**Yayın Sahibinin Adı**

İstanbul Barosu Yayınları  
İstiklal Caddesi Orhan Adli Apaydın Sokak  
1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul  
Tel: 0216 427 37 22 (pbx) Faks: 0216 427 05 49  
www.istanbulbarosu@org.tr

**Sayfa Düzenleme**

Ege Basım

**Baskı**

Ege Reklam Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.  
Esatpaşa Mh. Ziyapaşa Cd. No:4  
34704 - Ataşehir / İSTANBUL  
Tel: 0216 470 44 70 Faks: 0216 472 84 05  
www.egebasim.com.tr

**Birinci Baskı**

İstanbul, Kasım 2013

## ***BU ÇALIŞMAYI***

**Türkiye Cumhuriyetini kuranlara  
kanat gerenlere  
devletin ulusu ve ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü savunanlara  
Türkçeyi zenginleştirenlere  
yurtta ve dünyada barış isteyenlere  
geleceğe koşarken köklerinden kopmayanlara  
ulusun refah, huzur ve kalkınması için çalışanlara  
bilgiye önem verenlere  
toplumundan ve çağından sorumluluk duyanlara  
bilime, eğitime, kültüre yatırım yapanlara  
insanların sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına saygı gösterenlere  
ulusal egemenliği devlet ve toplum hayatının temeli yapanlara  
namus, ahlak ve erdem sahiplerine  
gücünü bilimden, adaletten, ulustan ve tarihten alanlara  
demokrasiyi cumhuriyetle kaynaştıranlara  
aydınlığa koşanlara  
rejimi insan hakları üzerine bina edenlere  
demokratik siyasal yaşamı geliştirenlere  
en doğru yol göstericinin bilim olduğunu benimseyenlere  
devletin aklın ürünü yasalarla yönetilmesini isteyenlere  
her türlü haksızlık ve keyfilikten kaçınanlara  
“Gazi Meclis”in onurunu gözetenlere  
eşitlikten ve adaletten ayrılmayanlara  
her türlü imtiyazı reddedenlere  
çağdaş uygarlık yolunda yürüyenlere  
ulusun ak günlerine sevinenlere, kara günlerine üzülenlere  
ulusal çıkarları öncelikli ve üstün kılanlara  
üretenlere ve adaletli paylaşanlara  
çıkar ve geleceğini hukuk düzeni içinde arayanlara**

**İTHAF EDİYORUM**



## ÖNSÖZ

*İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında “dürüstlük kuralları”na sıkça başvurulmaktadır. Dürüstlük kurallarının geniş uygulama alanı bulunmasının birçok nedeni vardır. Kitabımızda bunun nedenlerini açıkladık. Konuyu işlerken somut olaydan hareket ettik. Kitapta yer alan “somut olaylar” dürüstlük kuralının uygulanması bakımından sadece örnek oluştururlar; kesinlikle bunlarla sınırlı değildir.*

*Sözleşmeciler haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüst, namuslu, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen orta düzeyde iş sahibi-yüklenici ikilisinin davrandığı gibi davranmakla yükümlüdürler; onlar, söz ve eylemleriyle, birbirlerine sadık kalacakları, güvenebilecekleri, birbirlerini yanıltmayacakları, birbirlerinin yararlarını düşünecekleri bir birlik oluştururlar.*

*TMK. md. 2; bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluş-turduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu durumlarda, zorunluluktan doğan ve olağanüstü bir olanak sağlamaktır. Bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet düşünceleriyle sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir.*

*Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, yargıca özel ve ayırksı durumlarda (adalete uygun düşecek biçimde) hüküm verme olanağını sağlamaktır.*

*Doğruluk kuralları, ikincil (tali) nitelikte olduğundan, soruna öncelikle ilgili yasa kuralları uygulanacak; uygulanan yasa kurallarının adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği kimi ayırksı durumlarda ise dürüstlük kurallarına başvurulacaktır.*

*TMK. md. 2/II’de ise, kişiye tanınan hakların açık bir biçimde kötüye kullanılması durumunda, bu kötüye kullanmanın hukuk düzeni tarafından korunmayacağı ve yargıcın bu durumu bir yaptırıma bağlayacağı anlatılmıştır.*

*Bilime ve eğitime yapılan çalışmaların denize atılan para sayıldığı ülkemizde, İstanbul Barosu, avukatların bilimsel ve mesleki çalış-*

*malarını yayınlama ve değerlendirme konusunda her zaman anlayışlı davranmıştır. Bize de bu anlayışı göstermiştir. İstanbul Barosu Genel Sekreteri Av. Hüseyin Özbek konuyu ilk açtığımda büyük bir memnuniyetle karşılamış ve yönetim kurulunun bilgisi ve onayına sunmuştur. Yönetim kurulu da söz konusu olumlu anlayış ve duyarlılığı paylaşmıştır. Bu nedenle İstanbul Barosunun başkan, yönetici ve yönetim kurulu üyelerine şükranlarımı sunuyorum.*

*Saat 20.00'den sonra sabah uzanan (ucu açık) zaman tüne- linde... Kendisine ayırmam gereken zamanda... Çalışmama tahammül ettiği için... Uygun ortam sağlayıp desteklediği için... Zaman zaman düzeltimleri yaptığı için... Öncelikle eşim Hatice'ye şükranlarımı sunuyorum.*

*Kitabın düzeltimlerini yapan Muğla Barosu Avukatlarından Öz- len Özergin Sukayar'a şükranlarımı sunuyorum.*

*Yararlı olması dileğiyle.*

*16.11.2013-Kartal  
Av. İlker Duman*

Yazarla iletişim:  
Kızılay Bulvarı 16/1 Kartal-İstanbul  
Gsm:0532 263 20 58  
Tlf-Faks: 0216 353 64 02  
avilkerduman@gmail.com  
www.ilkerduman.av.tr

## İÇİNDEKİLER

### I. Bölüm

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Dürüstlük Kuralına Yer Veren Maddeler.....	15
---	----

### II. Bölüm

İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi .....	31
I. Genel Olarak.....	33
2) İfa Edilmiş Sözleşmede Şekle Aykırılığın Sonuçlarının Dürüstlük Kuralıyla Giderilmesi .....	46
3) İnşaat Sözleşmesinin Kurulmasında Dürüstlük Kuralı.....	59
4) Yapının Yasal Duruma Getirilmesi İçin Yükleniciye Yetki Ve Süre Verilmesinde Dürüstlük Kuralı .....	62
5) Danışıklı İşlemlerin Olumsuz Sonuçlarına Karşı Dürüstlük Kuralı.....	67
6) Yanılmayı Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı.....	72
7) Geciktirici Koşulun Gerçekleşmesini Engellemede Dürüstlük Kuralı .....	74
8) Koşulları Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	77
9) Direnime Düşen Yükleniciye Ek Süre Vermede Dürüstlük Kuralı .....	86
10 ) Yapıyı Teslim Almayı Reddetmede Dürüstlük Kuralı .....	89
11) Eserdeki Eksiklik Ve Bozuklukları Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	102
12) Sözleşme Öncesi Görüşmeleri Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	105
13) Sarsılan Güvenin Sözleşmeye Etkisini Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	107
14 ) Olguları Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	114
15) Sözleşmenin Bozulmasının Sonuçlarını Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	115
16 ) Kavramların İçini Doldurmada Dürüstlük Kuralı.....	121

17) Yasal Bir Hakkın Geç Kullanılmasını (Örneğin Ceza Koşulunun Geç İstenmesini) Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	124
18 ) Gecikme Tazminatının Maktu Belirlenmesinde Dürüstlük Kuralı .....	135
19) Sözleşmeden Dönme Hakkının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralı .....	140
20) Tarafların Sözleşmeyi Yapmaktaki Amacı Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	143
21) Genel İşlem Koşullarından Bazılarının Geçersiz Sayılmasında Dürüstlük Kuralı .....	145
22) Yüklenicinin Kusursuzluğunu Kanıtlamasında Dürüstlük Kuralı .....	148
23) Zamanaşımı Sorunlarında Dürüstlük Kuralı .....	153
24) Yüklenicinin Konumunu Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	162
25) İpotek Taahhüdünde Dürüstlük Kuralı .....	164
26) Kamu Yapım Sözleşmelerinin Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı .....	167
27 ) Bozulan Edimler Arası Dengenin Yeniden Kurulmasında Dürüstlük Kuralı .....	169
28 ) Kamu Yapım İşlerinde Fiyat Farkı İstenmesinde Dürüstlük Kuralı .....	180
29 ) Yükleniciden Bağımsız Bölüm Satın Alan Kişilerin Durumlarını Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	196
30) Yükleniciden Bağımsız Bölüm Satın Alan Kişilerin Ademi İfa Nedeniyle İstedikleri (Ödenmiş) Satış Bedelinin Hesap Edilmesinde Dürüstlük Kuralı.....	206
31) Önalım Sorunlarında Dürüstlük Kuralı .....	210
32) İmar Durumuna Aykırı Yapılmış İnşaatlardan Doğan Sorunların Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralı.....	212
33) Hakem Mahkemesi Uygulamasında Dürüstlük Kuralı.....	222
34 ) Faizin Üst Sınırında Dürüstlük Kuralı.....	227
35) Kullanılan Malzemede Dürüstlük Kuralı.....	234
36) Sadakat Borcunu Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	239
37) Özen Borcunu Değerlendirmede Dürüstlük Kuralı .....	242

38 ) İş Sahibinin Yükleniciye Vekaletname Vermesinde Dürüstlük Kuralı .....	246
40 ) Sözleşmeyi Erken Bozmakta Dürüstlük Kuralı .....	255
41 ) Eserin Bozuk Olmasından Dolayı Sözleşmeden Dönmeye Sınırlama Getirilmesinde Dürüstlük Kuralı .....	261
42) Taraf İradelerinin Ve Sözleşmenin Yorumlanmasında Dürüstlük Kuralı .....	268
43 ) Direnim (Temerrüt) Uyarısında Dürüstlük Kuralı .....	277
44 ) Akdi Sorumlulukta Kusurun Belirlenmesinde Dürüstlük Kuralı.....	280
45) Varması Zorunlu Bir İrade Açıklamasına Engel Olmada Dürüstlük Kuralı .....	282
III) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	283
IV) Doğruluk Ve Güven Kurallarının Uygulanmasında Yargıcın Rolü .....	300
V ) Sonuç.....	308



## KISALTMALAR

- DİK** : Devlet İhale Kanunu  
**Dn.** : Dipnot  
**HD** : Yargıtay Hukuk Dairesi  
**HGK** : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu  
**HMK** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu  
**İBK** : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı  
**İİK** : İcra ve İflas Kanunu  
**KMK** : Kat Mülkiyeti Kanunu  
**KİK** : Kamu İhale Kanunu  
**KİSK** : Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu  
**TBK** : Türk Borçlar Kanunu  
**TMK** : Türk Medeni Kanunu  
**TTK** : Türk Ticaret Kanunu  
**Örn.** : Örneğin  
**S.** : Sayı  
**Sf.** : Sayfa  
**Vd.** : Ve devamı  
**YİGŞ** : Yapım İşleri Genel Şartnamesi



## I. BÖLÜM

### 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA DÜRÜSTLÜK KURALINA YER VEREN MADDELER



## **İlan Yoluyla Ödül Sözü Vermede Dürüstlük Kuralları**

*Bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kimse, sözünü yerine getirmekle yükümlüdür.*

*Ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.*

*Ödül sözü veren, giderlerinin ödenmesini isteyenlerin beklenen sonucu gerçekleştiremeyeceklerini ispat ederse, giderleri ödeme yükümlülüğünden kurtulur (md. 9).*

**Açıklama:** Maddeye göre, ödül verenin hem sonucun gerçekleşmesinden önce cayması, hem de sonucun gerçekleşmesini engellemesi durumunda yapılan giderleri ödemek yükümlülüğü vardır. Giderlerin kapsam ve miktarı dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilecektir.

## **Genel İşlem Koşullarının İçeriğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralları**

*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz (MD. 25).*

**Açıklama:** Maddede, genelle işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı belirtilmektedir. Genel işlem koşullarının içeriklerinin denetlenmesi sağlanacaktır. Ahlaka aykırılık düzeyinde olmasa bile, öğretilde dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır. Sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır.

### Saikte Yanılmada Dürüstlük Kuralları

*Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir (MD. 32).*

**Yanılma:** İşlem iradesi ile açıklanan irade arasındaki farklılığı anlatan “açıklamada yanılma”dan farklı olarak, saikte yanılmada, işlem iradesi ile açıklanan irade birbirine uygun olup, iradenin oluşumunu sağlayan etkenlerde yanılma söz konusudur. Kural olarak, saikte yanılma esaslı yanılma sayılmayacaktır. Saikte yanılmanın esaslı yanılma sayılmasının koşulları olarak, (yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması) ve (bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması) belirtilmiştir. Bu iki koşulun gerçekleşmesi durumunda, saikte yanılma esaslı yanılma sayılacaktır.

---.---

### Yanılmada Dürüstlük Kuralları

*Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez.*

*Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kastedtiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır (MD. 34).*

**Açıklama:** Yanılıya düşen taraf, yanılığını, doğruluk kurallarına aykırı olarak öne süremeyecektir. Özellikle onun yapmayı düşündüğü sözleşmeyi karşı taraf yerine getirmeye hazır olduğunu bildirirse, bu sözleşme onu bağlar. Gerekçede buna örnek verilmektedir: Alıcı (A), bir kilogramı için iki lira ödemek istediği bir malı, yanılarak kilosu üç liraya satın almayı kabul ettiğini ileri sürdüğü takdirde, satıcının aynı malı ona iki liraya satmaya hazır olduğunu açıklaması durumunda, (A)’nın esaslı yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmenin kurulmadığı hakkındaki savunması, dürüstlük kurallarına aykırı düşer. Bu nedenle bu örnekte satış sözleşmesi, alıcının amaçladığı anlamda, yani kilosu iki lira üzerinden kurulmuş olur.

## Haksız Rekabette Dürüstlük Kuralları

*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir (MD. 57).*

**Açıklama:** Haksız rekabetten zarar gören kişi korunacaktır. Madde, haksız rekabete iki örnek vermektedir: Birincisi, gerçek olmayan haberlerin yayılması. İkincisi ise, dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması. Bu eylemler, birinin müşterilerinin azalmasına veya onları kaybetmesine neden olabilir. Sonucun tam olarak gerçekleşmesi gerekmez. Yani, eylemli olarak müşterilerin azalması gerekmediği gibi, kaybedilmesi de gerekmez. Azalma ve kaybetme tehlikesinin varlığı yeterlidir. Haksız rekabete maruz kalan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve zararlarının giderilmesini isteyebilir. Tazminat davası açılabilmesi için, haksız rekabet yaptığı öne sürülen kişinin kusurlu olması gerekir. Haksız rekabet eylemi ile zarar arasında nedensellik bağı bulunduğu davacı tarafça ispat edilecektir. Maddede geçen “dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlar” sayılamaz ve sınırlanamaz; somut olaya göre anlam kazanır.

---.---

## Rücu İsteminde Zamanaşımı Bakımından Dürüstlük Kuralları

*Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*

*Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar (MD. 73).*

**Açıklama:** Maddenin birinci fıkrasına göre, rücu istemi, tazmina-

tın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde eylemin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. İkinci fıkrada ise, kendisinden tazminat istenen kişinin, bu durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirim yükü altında olduğu; bildirmezse zamanaşımının, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlayacağı öngörülmektedir. Böylece, bu durumda, zamanaşımının başlangıç anı, tazminatın tamamen ödendiği tarih değil, bu bildirim yapılması gereken tarih olacaktır.

---.---

### **Aşırı İfa Güçlüğünde Dürüstlük Kuralları**

*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*

***Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır (MD. 138).***

**Açıklama:** Madde, sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnalarından biri olduğu kabul edilen “işlem temelinin çökmesi”ne ilişkindir. Olmaksızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama davasının temeli, TMK. Md. 2’de öngörülen dürüstlük kuralıdır. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının koşulları şöyle düzenlenmiştir: 1) Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmalıdır. 2) Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır. 3)

Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada var olan olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır. 4) Borçlu, borcunu henüz yerine getirmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak yerine getirmiş olmalıdır. Borçlunun yargıçtan uyarılma isteyebilmesi için, bu koşulların tamamının gerçekleşmesi gerekir. Borçlu, uyarılmanın mümkün olmaması durumunda, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır. Bu kurallar, yabancı para borçlarında da uygulanır.

---.---

### **Koşulun Gerçekleşmesinin Dürüstlük Kurallarına Aykırı Engellenmesi**

*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.*

*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır (MD. 175).*

**Açıklama:** Birinci fıkra, koşulun gerçekleşmesine engel olunmasını, ikinci fıkrada ise koşulun gerçekleşmesinin sağlanmasını düzenlemektedir. Hem sağlama ve hem de engel olmanın ölçüsü, dürüstlük kurallarıdır. Dürüstlük kurallarıyla ölçülecektir, koşulun gerçekleşmesine engel olduğu veya gerçekleşmesinin sağlandığı... Sonuçta, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, koşulun gerçekleşmesine engel olunmuşsa koşul gerçekleşmiş sayılır, ya da koşulun gerçekleşmesi sağlanırsa koşul gerçekleşmemiş sayılır.

---.---

### **Borcunu Yerine Getirmeyen Satıcının Giderim Borcu ve Kapsamında Dürüstlük Kuralları**

*Borcunu ifa etmeyen satıcı, alıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*

*Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük*

***kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.***

***Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir (MD. 213).***

**Açıklama:** Maddenin birinci fıkrasında, edimini yerine getirmeyen satıcının, alıcının bu yüzden uğrayacağı zararları gidermekle yükümlü olduğu belirtildikten sonra, bu zararın nasıl hesaplanacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise, hem yalın satışlarda hem de ticari satışlarda, satıcı direnime düştüğünde, alıcıya, somut yöntemle göre hesaplanacak zararını satıcıdan isteme hakkı tanınmıştır. İkinci fıkra ile yasallık kazanmış olan fark teorisine göre (not: somut yöntem, fark teorisinin unsurlarından biridir), satıcı direnime düştüğünde, alıcı, aynı veya benzer özellikleri taşıyan taşınır malı, başka bir satıcıdan, dürüstlük kurallarına uygun olarak, “ikame satım” yoluyla sağlamışsa, ilk satıcıya ödemeyi üstlendiği bedele göre, yeni satıcıya ödediği satış bedeli farkından doğan zararının, satıcı tarafından giderilmesini isteyebilir. Maddenin son fıkrası ise, satılanın borsaya kayıtlı veya piyasa fiyatı (cari fiyatı) bulunan mallardan olması koşuluyla, ikame satımı yapmak zorunda olmaksızın, alıcı satılanın teslimi için belirlenmiş ifa gününde geçerli fiyatı, direnime düşen satıcıya ödemeyi üstlendiği bedelden yüksek ise, aradaki farktan doğan zararının giderilmesini satıcıdan isteyebilir. Maddenin son fıkrasındaki zarar hesabında soyut yöntem benimsenmiştir.

---.---

## **Mahkeme Kararı Olmaksızın Satılanı Vermede Dürüstlük Kuralları**

**Satıcının zapttan sorumluluğu aşağıdaki hâllerde devam eder:**

**1. Alıcı, bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hak-**

kını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse.

2. Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa.

Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder (MD. 216).

**Açıklama:** Alıcı bir mahkeme kararı beklemezsizin üçüncü kişinin üstün hakkını (mülkiyet, sınırlı ayni hak veya etkisi güçlendirilmiş kişisel hak) tanımış ve satılanı ona vermişse, satıcının (elden alınmaya karşı garanti sorumluluğu) devam eder. Burada alıcının “tanıma” ve “satılanı ona verme” tazındaki davranışı önemlidir. Eğer alıcının bu davranışı dürüstlük kurallarıyla bağdaşmıyorsa, satıcının (elden alınmaya karşı garanti sorumluluğu) devam etmeyecektir.

--- ---

### **Borcunu Yerine Getirmeyen Alıcının Satıcının Uğradığı Zararları Giderme Borcunda Dürüstlük Kuralları**

*Borcunu ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*

*Satıcı, satış bedelini ödemedede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.*

*Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir (MD. 236).*

**Açıklama:** Maddede, edimini yerine getirmeyen alıcının, satıcının bu yüzden uğrayacağı zararları gidermekle yükümlü olduğu belirtildikten sonra, bu zararın nasıl hesaplanacağı düzenlenmiştir. Hem yalın satışlarda hem de ticari satışlarda, alıcı direnime düştüğünde, satıcıya, somut yöntemle göre hesaplanacak zararını alıcıdan isteme hakkı tanınmıştır. İkinci fıkra ile yasallık kazanmış olan fark teorisine göre, alıcı direnime düştüğünde, satıcı, sözleşme konusu taşınır malı, başka bir alıcıya, dürüstlük kurallarına uygun olarak, “ikame satım” yoluyla satmışsa, ilk alıcının ödemeyi üstlendiği bedele göre, yeni alıcıdan elde ettiği satış bedeli farkından doğan zararının, alıcı tarafından giderilmesini isteyebilir. Maddenin son fıkrası ise, satılanın borsaya kayıtlı veya piyasa fiyatı (cari fiyatı) bulunan mallardan olması koşuluyla, ikame satımı yapmak zorunda olmaksızın, satıcı alıcıdan, satış bedeli ile malın ödeme günündeki fiyatı arasındaki farktan doğan zararının giderilmesini isteyebilir.

---.---

### **Belirsiz Süreli Kira Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralları**

*Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, belirsiz bir süre için yapılan sözleşmeyi, taraflardan her biri, dilediği zaman feshedebilir.*

*Ancak, fesih dürüstlük kurallarına aykırı ve uygun olmayan bir zamanda yapılamaz (MD. 378).*

**Açıklama:** Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, belirsiz bir süre için yapılan sözleşmeyi, taraflardan her biri, dilediği zaman feshedebilir. Ancak, feshin dürüstlük kurallarına aykırı olmaması gerekir. Bundan başka fesih, uygun olmayan bir zamanda yapılamaz.

### **Fazla Çalışmada Dürüstlük Kuralları**

*Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. Ancak, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur*

*ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür (MD. 398).*

**Açıklama:** Madde hem fazla çalışmayı tanımlamış, hem de hangi koşullarda işçi için bir yükümlülük olacağını düzenlemiştir. Buna göre, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür. Fazla çalışma borcuna ilişkin özel kanunlardaki hükümler saklıdır.

---.---

### **İşçinin İşveren Tarafından Yapılan Düzenlemelere ve Talimata Uyma Borcunda Dürüstlük Kuralları**

*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar (MD. 399).*

**Açıklama:** Maddede, işverenin işin görülmesi ve işyerinde işçilerin davranışlarına ilişkin olarak genel düzenlemeler yapılması ve ayrıca özel talimat verebilmesi kabul edilmiştir. İşverenin koyduğu genel düzenlemeler bütün işçiler ve işyeri için bağlayıcı düzenlemeler olduğu halde, özel talimat, ancak işin özelliği gerektirdiği ölçüde konulabilen ve sadece muhataplarının bilgisine ulaştırıldığı takdirde bağlayıcı olabilen düzenlemelerdir. Bununla birlikte, söz konusu özel talimatın bağlayıcı olması için, mutlaka önceden yazılı biçimde belirlenmesi koşuluna gerek bulunmamaktadır. İşverenlerin verdiği özel talimat ile yaptığı genel düzenlemelere işçinin uyması gerekir. Uymak, “mutlak” ve “kayıtsız koşulsuz” değildir. Madde bunun sınırını göstermiştir: Dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçü. Bu ölçünün kapsamını somut olayın özelliği belirleyecektir.

---.---

## Hizmet Sözleşmesinde Haklı Nedenler Bulunduğunda Kullanılabilecek Derhal Fesih Hakkında Dürüstlük Kuralları

*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.*

*Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır (MD. 435).*

**Açıklama:** Bir hizmet sözleşmesinde taraflardan biri haklı nedenlerle sözleşmeyi derhal bozabilir. Haklı neden ne demektir? Maddede “haklı neden”in genel bir çerçevesi çizilmektedir. Buna göre, “sözleşmeyi bozan taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen tüm durum ve koşullar” haklı neden sayılacaktır. Hizmet sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde sözleşmeyi derhal sona erdirmeye olanağı sağlayan haklı nedenler belirtilebileceği gibi, belirtilmesi bile bunu somut olayın koşullarına göre yargıç değerlendirecektir. Başka bir anlatımla, hizmet ilişkisini sürdürmenin dürüstlük kurallarına göre mümkün olup olmadığı her somut olaya göre değerlendirilecektir

--- ---

## Götürü Bedelin Uyarlanmasında Dürüstlük Kuralları

*Başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir (MD. 480/II).*

**Açıklama:** TBK. md. 480/II hükmü, sözleşmeye bağlılık ilkesinden ayrılmaya ancak, ayrıkçı durumlarda ve sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülmesi olanağı bulunmayan ağır koşullara karşın borç-

ludan borcunu aynen yerine getirmesini beklemenin yararlar dengesine aykırı olduğu ve dürüstlük kurallarıyla bağdaşmadığı durumlarda izin vermektedir. Yüklenici fıkra da öngörülen koşullar gerçekleştiğinde, önce sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyecektir. Bu hakkını kullanmadan, yani doğrudan sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için şu koşullar gerçekleşmelidir: 1) Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması olanaklı olmamalıdır. 2) Başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilen de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar bulunmalıdır. 3) Taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirmelidir. 4) İş sahibinden, yüklenicinin uyarlama istemini kabul etmesi beklenmemelidir. Bu koşullar gerçekleştiğinde, yüklenici yargıçtan sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır. Böylece eser sözleşmesinin her zaman ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceği hak-kaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır. 25.01.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, eser sözleşmesinin yüklenicinin direnime düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından bozulması durumunda, uyuşmazlık kural olarak 123-125. Maddeleri çerçevesinde çözümlenecektir. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı kıldığı durumlarda, TMK. Md. 2 hükmü gözetilerek, sözleşmeyi bozmak ileriye etkili sonuç doğurabilecektir. İşte, yasa koyucu, “dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir” hükmünü koyarak, İçtihadı Birleştirme Kararı ve bilimsel görüşlere paralel bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Böylece, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, yüklenici ancak sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, sadece ileriye etkili sonuçlar doğuran fesih hakkını kullanabilecektir.

### **Simsarın Haklarını Kaybetmesinde Dürüstlük Kuralları**

*Simsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder (MD. 523).*

**Açıklama:** Madde, simsarın ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybedeceği iki örnek vermektedir. Birincisi, simsarın diğer tarafın çıkarlarına hareket etmesi; ikincisi ise diğer taraftan ücret sözü almasıdır. Diğer tarafın çıkarlarına hizmet etmesinin ücret kaybına neden olabilmesi için, bu davranışın sözleşmeden kaynaklanan edimlerine aykırı olması gerekir. Diğer taraftan ücret sözü alınmasının ücret kaybına neden olabilmesi için, davranışının dürüstlük kurallarına aykırı olması gerekir. Simsar, her iki durumda da, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybedecektir.

---.---

### **Komisyoncunun Vekalet Verene Dürüstlük Kurallarına Aykırı Davranması**

*MADDE 540- Komisyoncu, vekâlet verene karşı dürüstlük kurallarına aykırı davranır, özellikle ona satın aldığından fazla veya sattığından eksik bir bedel bildirirse, ücret alma hakkını kaybeder.*

*Bedelin gerçekleşen bedelden farklı gösterilmesi durumunda vekâlet veren, komisyoncuyla gerçekleşen bedel üzerinden satılanın alıcısı veya sattıcısı sayma hakkına sahiptir (MD. 540).*

**Açıklama:** Komisyoncu, vekâlet verene karşı dürüstlük kurallarına aykırı davranır, özellikle ona satın aldığından fazla veya sattığından eksik bir bedel bildirirse, ücret alma hakkını kaybeder.

---.---

## **Belirsiz Süreli Ortaklık Sözleşmesinin Bozulmasında Dürüstlük Kuralları**

*Ortaklık, belirsiz süre için veya ortaklardan birinin ömrü boyunca sürmek üzere kurulmuşsa, ortaklardan her biri, altı ay önceden fesih bildiriminde bulunabilir.*

*Fesih bildirimi, dürüstlük kurallarına aykırı olarak ve özellikle uygun olmayan bir zamanda yapılamaz. Fesih bildirimi, ancak hesap yılı sonunda hüküm ifade eder.*

*Sözleşmede öngörülmüş olan sürenin bitiminden sonra ortaklık, ortakların örtülü iradesiyle sürdürülürse, belirsiz süreli ortaklığa dönüşür (MD. 640).*

**Açıklama:** Ortaklık belirsiz süre için veya ortaklardan birinin ömrü boyunca sürmek üzere kurulmuşsa, ortaklardan her biri, altı ay önceden fesih bildiriminde bulunabilir. Fesih bildirimi, dürüstlük kurallarına aykırı olarak ve özellikle uygun olmayan bir zamanda yapılamaz.

---•---

## **Ortaklık Sözleşmesinin Sona Ermenin Ortaklığın Yönetimine Etkisinde Dürüstlük Kuralları**

*Ortaklık, fesih bildiriminden başka bir yolla sona ererse, bir ortağın ortaklık işlerini yönetme konusundaki yetkisi, sona ermeyi öğrendiği veya durumun gerektirdiği özeni gösterseydi öğrenebileceği zamana kadar, kendisi hakkında devam eder.*

*Ortaklık, ortaklardan birinin ölümüyle sona ererse, ölen ortağın mirasçısı, durumu hemen diğer ortaklara bildirmekle yükümlüdür. Mirasçı, gerekli önlemler alınıncaya kadar, ölen ortağın daha önce yürütmekte olduğu işlere, dürüstlük kuralları çerçevesinde devam eder. Diğer ortaklar da, geçici olarak, ortaklık işlerini aynı şekilde yürütmeye devam ederler (MD. 641).*

**Açıklama:** Ortaklık ortaklardan birinin ölümüyle sona erdiği

durumlarda, ölen ortağın mirasçısına iki görev verilmiştir: 1) Durumu hemen öbür ortaklara bildirmek. 2) Gerekli önlemler alınıncaya kadar, ölen ortağın daha önce yürütmekte olduğu işlere devam etmek. Bu geçici süre içinde, ölen ortağın yükümlülükleri dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilecektir.

## II. BÖLÜM

### İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYGULAMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALININ ÖNEMİ



## I. GENEL OLARAK

Sözleşmeciler haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüst, namuslu, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen orta düzeyde iş sahibi-yüklenici ikilisinin davrandığı gibi davranmakla yükümlüdürler; onlar, söz ve eylemleriyle, birbirlerine sadık kalacakları, güvenebilecekleri, birbirlerini yanıltmayacakları, birbirlerinin yararlarını düşünecekleri bir birlik oluştururlar<sup>1</sup>.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, yargıca özel ve ayrıkçı durumlarda (adaletle uygun düşecek biçimde) hüküm verme olanağını sağlamaktır. Doğruluk ve dürüstlük kuralları, bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu durumlarda, zorunluluktan doğan ve olağanüstü bir olanak sağlamaktır. Bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet düşüncesiyle sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir.

Doğruluk kuralları, ikincil (tali) nitelikte olduğundan, öncelikle soruna ilişkin yasa kuralları uygulanacak; uygulanan yasa kurallarının adaletle aykırı sonuçlara neden olduğu ayrıkçı durumlarda ise TMK. md 2 uygulanacaktır.

TMK. Md. 2/II'deki kural, haksızlığı giderici/düzeltici bir biçimde uygulanacaktır.

Doğruluk kuralları, yazılı olmayan birçok ilkedен meydana gelir. Dürüst davranış kurallarının neler olduğu belirlenmiş veya yazılmış değildir. Aynı veya benzer olay ve durumlarda dürüst, orta zekâlı

1 Duman, İlker Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2013, sf. 1407 vd.; Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitabevi, İstanbul-1995, sf. 33 vd.; Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara-19892, sf. 133 vd.; Zahit, İmre, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul- 1980, sf. 289 vd.; Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara-1993, sf. 290 vd.; Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara-1989, sf. 24 vd., İnal, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, Kazancı Yayınları, İstanbul 2004, sf. 158 vd.; Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, sf. 301.

ve makul her kişiden beklenen tavır ve davranışların dürüst davranma kuralına uygun ve bu duruma aykırı tutum ve davranışların da dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilmektedir. Dürüstlük kuralları, orta zekâlı, makul, akli başında hareket eden kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonucu meydana gelmiş, toplum gereksinimleri ile iş yaşamının gereklerine karşılık veren ve bu nedenle de herkes tarafından benimsenen kuralların bütünüdür. Dürüstlük kuralı, bir hakkın yasadan, sözleşmeden veya başka hukuki ilişkiden doğması arasında fark gözetilmeksizin, ortaya çıkan hakların kullanılmasına ve hukuksal ilişkilerden bir borç doğmuşsa, söz konusu borçların yerine getirilmesinde kendisini gösterecektir. TMK. 2/I, hak ve borç sahipleriyle ilgili borç içerir. TMK. md. 2/II’de ise, kişiye tanınan hakların açık bir biçimde kötüye kullanılması durumunda, bu kötüye kullanmanın hukuk düzeni tarafından korunmayacağı ve yargıcın bu durumu bir yaptırıma bağlayacağı anlatılmıştır. Başka bir anlatımla, ilk fıkra “dürüst davranmayı” buyurmakta, ikinci fıkra ise dürüst olmayan davranışları yasaklamaktadır. TMK. md. 2 ayrıntılı olarak dürüstlük kurallarının nelerden oluştuğunu ve hangi durumlarda bir hakkın açıkça kötüye kullanıldığı konusunda somut ölçütler koymamış ve dürüstlük kuralına aykırı sayılabilecek somut davranış tespitleri yapmamıştır. Yasa koyucu genel, fakat buyurucu bir kural ortaya koymuş ve bu kuralın somutlaştırılmasını yargı makamlarına, dolayısıyla uygulamaya bırakmıştır. TMK. md. 2/II’de öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağının koşulları vardır. Öncelikle ortada bir hak bulunmalı ve sonuçta hakkın kötüye kullanılmasının bir başkasını zarara uğratmış olması gerekmektedir<sup>2</sup>.

Dürüst davranışın ölçüsünü anlayabilmek için, hukuki ilişkiye taraf olan kimselerin, bunu başlatırken taşıdıkları amacın belirlenmesi gerekir.

“Herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda olması” (TMK. md. 2/I) biçiminde tanımlanan dürüstlük kuralı, alacaklıyı ve borçluyu birlikte borç altında

2 Şen, Ersan, Hukuka Giriş, Der Yayınları, İstanbul 2004, sf. 56-58.

tutan ve her ikisine karşılıklı olarak dürüst davranışlar içinde kalmayı yükleyen “âmir hüküm”dür. Dürüstlük kuralı, tarafların haklarını hedef aldığı ve borçlar meydana getirdiği halde, işlevi yasa kurallarını ve sözleşmeyi yorumlamak ve tamamlamakla sınırlı olduğu için, doğrudan seslendiği ve muhatap aldığı yargıca yasa kuralını düzeltme yetkisi veya tarafların iradelerine müdahale etme olanağı vermemektedir. Yasalardaki boşluğu doldurmak söz konusu olmayıp, yasanın neden olduğu sonuca düzeltme getirmektedir. Yargıç, yasa kurallarını tamamlarken ve yorumlarken boşlukları da belirlediğinden, yasa koyucu tarafından düzeltilmesine olanak yaratmaktadır<sup>3</sup>.

MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür.

Yargıca verilen olanaklar, hiçbir biçimde, hukuk düzenini tahrip etmeye yönelik olmayacaktır.

İnşaat hukuku sorunlarında dürüstlük kurallarına başvurmayı zorunlu kılan birçok olay veya sorun bulunmaktadır. Aşağıda bazı örneklerle yer verilmiştir. Sadece örnektirler. Dürüstlük kurallarının uygulandığı birçok sorun ve olay bulunmaktadır.

### YARGI KARARLARI

*Dava konusu olayda yetkisiz kişi tarafından imzalandığı ve geçersiz olduğu ileri sürülen sözleşme adî yazılı şekilde imzalanmış olduğundan mahkemece de kabul edildiği gibi kural olarak tarafları bağlamaz ise de, bu sözleşmeye dayanılarak 1998 yılında başlayan inşaat dava tarihine kadar 9 yıl süreyle ihtilâfsız bir şekilde sürdürülmüş ve %90 seviyelerine kadar getirildiği savunulmuştur. Bunun dışında yanlar arasında teati olan yazışmalarda sözleşmeye bağlı kalınmış, davacı arsa sahibine verilmesi gereken bağımsız bölümler belirlenmiş, özellikle genel kurulda olduğu gibi, sözleşme uyarınca işin yürütüldüğü ve bundan sonra da bu*

3 İnal, 158 vd.

*sözleşmeye bağlı kalınacağına dair kararlar alınmıştır. Bu kadar uzun süre geçtikten ve sözleşme genel kurulca benimsendikten sonra akdin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olup TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz (15. HD. 13.4.2009, 6271/2151).*

## **II) İNŞAAT HUKUKU SORUNLARINDA DÜRÜSTLÜK KURALLARININ UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖRNEKLER**

### **1) SÖZLEŞMEYİ GERİYE VEYA İLERİYE ETKİLİ OLARAK BOZMADA DÜRÜSTLÜK KURALI**

Dürüstlük kuralı, tarafların yapmış oldukları sözleşmede hedef aldıkları amaçların içeriğini ve boyutlarını belirlemeye yaramakta, gerektiğinde de, kendini dolaylı olarak gösteren başka hakların, sözleşmedeki oluşumlarını belirlemektedir. Ancak gerçekte, tarafların irade beyanlarının yorumu, tek başına amaç kıstasına bağımlı olmadığı gibi; amaç etkeni de, sözleşmenin açık anlamını değiştirmeye veya bundan boşluklar yaratmaya kadar gidememektedir. Sözleşmelerde olmak üzere, taraflardan her biri, yapmış bulunduğu hukuki işlem aracılığı ile tamamen kendi şahsına özgü olan belirli bir amaca ulaşmayı da tasarlamış olabilmektedir. Taraflardan her birinin, böylelikle ayrı ayrı besleyebilecekleri üstü kapalı tasarıları, ortak bir amaç haline dönüştürmek, zorluklar taşımaktadır. Bu gibi durumlarda, yargıcın, karşılıklı güvenin etkilerini arayabileceği nesnel, somut verileri bulması da olanaksızlaşabilmektedir. Ne var ki, iki taraf arasında kurulmuş bulunan her türlü ilişki, zayıf veya belli belirsiz bile olsa, bir çeşit birliğin kurulmasına neden olmakta ve henüz belirgin duruma geçmiş olmadığı dönemde bile, belli bir amacı taşımaktadır<sup>4</sup>.

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla direnime düşmesi nedeniyle sözleşme iş sahibi tarafından bozulmuşsa kural olarak geriye etkili sonuç doğurur; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda dürüstlük kuralları gözetilerek, sözleşmeyi bozmak ileriye etkili sonuç doğurur.

Tam karşılıklı sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinde borçlunun (yüklenicinin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek direnime düşmesinin hukuki sonuçları konusunda Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 123-125)

4 İnal, 163.

tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun direnimi düzenlenmiştir. Öyleyse, ortada kanun boşluğu yoktur.

TBK. Md. 123-125'te borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça söz etmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 123-125. maddeler olacaktır. Ancak, 125. maddenin birinci fıkrasında “-akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği-” belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut “kanun içi” boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu konuda, Medeni Kanunu'nun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “doğruluk kuralından” yararlanılacaktır. Zira, doğruluk kuralının işlevlerinden biri de, yasadan ve sözleşmen doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/I. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, eser sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı; herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Yüklenicinin yapının tamamladığı kısmı ( ayrılmaz parça kuralı gereği olarak ) arsa ( iş ) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmı ifanın karşılığını elbette yükleniciye geri verecektir. Geri verilecek bu kısmı ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.

İş görme sözleşmeleri arasında yer alan eser sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda düşünülmekte ise de, eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; yüklenicinin ( emeğe ve masrafa dayanan ) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gere-

kir. Yasada da, eser sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. Öyleyse, inşaat sözleşmeleri “geçici - sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. TBK. Md. 123-125 ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir.

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu direnimine düşen yüklenicinin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, yüklenicinin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 123-125. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal durumlarda sağlayamayacağı bir olanağa (yüklenicinin kusurundan amacı aşan bir biçimde yararlanarak) kavuşmuş olur ve yüklenici de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, yüklenicinin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, yüklenicinin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını belirlemede önemlidir (TBK. md. 114/2, 51) Görülmektedir ki, 123-125. maddeler tüm olaylara olduğu gibi uygulanırsa, bazı ayrıksı durumlarda “hakkı şekle mahkum edecek derecede” adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu yasa kuralları doyurucu olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu sorunun nesnel bir biçimde çözümü, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle olanaklıdır. Çünkü, bu gibi durumlarda, Medeni Kanunu'nun 1. maddesinden değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen “hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından” yararlanılabilir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, yargıca özel ve ayrıksı durumlarda (adalete uygun düşecek biçimde) hüküm verme olanağını sağlamaktır. Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu durumlarda, MK. md. 2/II hükmünün amacı, zorunluluktan doğan ve olağanüstü bir olanak sağlamaktır. Bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet düşünceleri sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal

edilen sözleşmeyi duruma göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali nedeniyle başvuru fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu konuda yargıcın, her olayda “feshin doğuracağı sonuçlar bakımından” böyle bir münferit çözüm yolunu kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, durumun özellik ve gereklerine göre tartması gerekir. Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/II. maddesindeki kuralla, Yasanın ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın ikincilliği (taliliği) de gözetilerek; öncelikle her soruna ona ilişkin yasa kuralı uygulanacak; uygulanan yasa kurallarının adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı ayırksı durumlarda da, 2/II. maddedeki kural, haksızlığı düzeltici bir biçimde uygulanabilecektir.

Şayet, olayın niteliği (yüklenicinin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca TBK. Md. 123-125. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin bozulmasının (feshinin) bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin yüklenicinin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 123-125. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin bozulmasının (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, direnime düşen yüklenicinin; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden isteyebilecekler ve bu yolla tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

Sonuç olarak; eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi belirli zamanda bitirmeyerek direnime düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından bozulması durumunda, uyuşmazlığın kural olarak TBK. Md. 123-125 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü

gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilecektir<sup>5</sup>.

Direnime düşen yüklenici, kısmi ifanın bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de, yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden isteyebilecektir. Sözleşmeden dönme halinde, yapılan kısım iş sahibinde kalacağına göre, kısmi ifanın karşılığının yükleniciye para olarak iade edilmesi gerekir. Yüklenicinin ağır kusuruyla işi yarıda bıraktığı durumlarda yapılan kısım orantılı aynî bir pay almaması hakkaniyete uygun olacaktır. “Yüksek tamamlanma oranı” ne demektir? Yapının tamamlanan kısmının iş sahibince kullanılabilir olması yeterli midir, yoksa önemli olan yapının büyük bir bölümünün bitirilmiş ve sökülüp kaldırılmasının yükleniciye aşırı zarar verecek olması mıdır, büyük bölümden yarıdan fazlası mı, yoksa tamamına yakın (%90 gibi) bir oran mı anlaşılmalıdır? İyi niyet kurallarına göre, yapılmayan kısım olmaksızın, taraflarca sözleşmenin tamamının bağitlanmayacağı sonucuna varılıyorsa fesih ileriye etkili olmamalıdır. Yargıtay uygulaması, somut olayın özelliğine uygun düşmesi durumunda, tamamına yakınının bitmiş olmasını, %90 ve üzerindeki bir tamamlanmayı kabul etmektedir<sup>6</sup>.

Teslim tarihinde inşaatın tamamlanma düzeyi ancak %80’e yaklaşabilmişse iş sahibi sözleşmeden dönebilir. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi (ileriye etkili olarak bozmayı istememesi) hukuk düzeninin kendisine tanıdığı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan, TMK. md. 2/II’ye aykırı sayılamayacaktır<sup>7</sup>. Bu durumda iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin “tasfiye” bağlamında doğurduğu sonuçlar üzerinde durulmalıdır:

İş sahibinin sözleşmeden dönmesiyle tasfiye süreci başlayacaktır. Yüklenici yaptığı işin imara uygun bedelini iş sahibinden isteyebilir. Bu nedenle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi yüklenicinin mahvına neden olmayacaktır.

5 İBK. 25.1.1984, 3/1.

6 Tandoğan, 153-159.

7 15. HD. 1.10.2004, 4730/4801.

- İmalat imar mevzuatına, onaylanmış projeye ve sözleşmeye aykırı olmakla birlikte bu aykırılıklar düzeltilebilir/giderilebilir nitelikteyse, tasfiye sürecinde yükleniciye yaptığı işin bedeli ödenirken bundan, aykırılıkları giderme ve düzeltme giderlerinin indirilmesi gerekir.
- Aykırılık ve bozukluklar giderilemez/düzeltilemez nitelikteyse, yüklenici tasfiye sürecinde yaptığı imalatın bedelini isteyemeyecektir.

Bozmanın geriye yürümesi, “sözleşmenin hiç yapılmamış sayılması” anlamında değildir. Sözleşmenin, âdil ve hakkaniyete uygun bir tasfiye ilişkisine girmesi anlamındadır. Yoksa, başlangıçta geçerli olmuş ve bir süre hüküm doğurmuş bir sözleşmenin sonradan “hiç yapılmamış gibi” sayılması olanaksızdır. Kaldı ki, sözleşme baştan beri geçersiz olsa bile, bu geçersiz sözleşme dolayısıyla yine kimi istekler söz konusu olabilir. Öyleyse başta geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşme dolayısıyla yüklenicinin yaptığı işler karşı tarafa “sebepsiz iktisap” sağlamış ise “iade”nin tasfiye ilişkisi içinde gerçekleşmesi de olağandır. İade, sözleşme çerçevesinde de gerçekleştirilebilir<sup>8</sup>.

Yapı iznine, onanmış projeye ve imar mevzuatına aykırı bir yapıda yükleniciye ait bağımsız bölümlerin tamamının eylemli olarak kullanılıyor olması, tek başına sözleşmenin ileriye etkili bozulması olanaklı sağlamaz. İş sahibine kalacak bağımsız bölümler %40 oranında ve üstelik imar durumuna ve projesine aykırı olarak inşa edilmişse, kaçak yapılaşmada projeye aykırı yerler yasal duruma getirilmediği sürece, yüklenici ve ondan bağımsız bölüm satın alanlar iş sahibinden tapu iptal ve tescil isteminde bulunamazlar; başka bir anlatımla, iş sahibine ait bölümler sözleşmeye, yapı iznine, onanmış projeye ve imar mevzuatına uygun biçimde tamamlanmadıkça veya uygun duruma getirilmedikçe, yükleniciye ait bağımsız bölümlerin tümünün kullanılıyor olması gerekçesiyle, sözleşmenin ileriye etkili olarak bozulabileceği kabul edilemez. Bu nedenle, inşaatın yasal duruma getirilmesinin olanaklı olup

8 Hatemi/Serozan/Arpacı, 369.

olmadığının araştırılması önemlidir; eğer yasal duruma getirilmesi olanaklıysa, gerekli işlemleri yapması için yüklenici veya ardıllarına yetki ve fırsat tanımak gerekir. Açıklanan inceleme ve araştırma yapılmadan, salt yükleniciye ait bağımsız bölümlerin tümünün kullanılıyor olması dikkate alınarak sözleşmenin ileriye etkili biçimde bozulması yönüne gidilemeyecektir<sup>9</sup>.

Yüklenici kendi kusuruyla işi belirli zamanda bitirmeyerek direnime düşmüş ve iş sahibi sözleşmeyi bozmuş olmalıdır. İyi niyet kurallarına göre, yapılmayan kısım olmaksızın, taraflarca sözleşmenin tamamının bağitlanmayacağı sonucuna varılıyorsa fesih ileriye etkili olmamalıdır. Yapılan kısım iş sahibi tarafından kullanılabilir. Bu kullanma ve yararlanma olanağının sınırlarını sözleşme belirler. Örneğin, tamamlanma oranı %95 olmasına karşın, yapılan kısım yapı ruhsatına, onanmış projeye, imar durumuna ve imar mevzuatına aykırıysa, bu nedenle kamu makamları yıkım kararı vermişse, proje değişikliği veya inşai müdahale ile aykırılık giderilebilir ve yapı kullanma izni alınabilir durumda değilse, iş sahibi yapılan kısımdan yararlanmayacağından, sözleşme geriye etkili olarak bozulmalıdır<sup>10</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmelerinde -kural olarak- kısmi ifanın kabulü olanaksızdır. Öte yandan, eser sözleşmelerinin yıllara yayılma özelliği nedeniyle tarafların karşılıklı olarak güven duymaları açıktır. Sözleşmeciler edimlerin yerine getirilme sürecinde birbirlerine güven duymalı, öbürünü hayal kırıklığına uğratmamalıdır. Somut olayda, eserin teslim süresi dolmasına karşın ancak belli bir düzeye getirildiği, yapımı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin bir bütün olarak tamamlanmadığı, hatta bazı parseller üzerine kaçak inşaat yapılması nedeniyle Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkındaki Kanun'a muhalefet suçundan iş sahibi hakkında kamu davası açılmıştır. Sözleşme iş sahibince*

9 15. HD. 9.2.2006, 6533/618.

10 15. HD. 30.1.2002, 4235/409; 15. HD. 10.6.1999, 1658/2437.

1.11.1999 tarihinde bozulmuş, davacı yüklenici 24.4.2000 tarihinde açtığı bu davada feshe karşı çıkmayarak ileriye etkili feshin tasfiyesi ile ilgili istemler ileri sürülmüştür. 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı İBK'da açıklandığı biçimde, eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından bozulduğu anda kusuruyla direnime düşen yüklenicinin, inşaatı tamamladığı kısmın getirildiği düzey ve olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. md. 2'deki dürüst davranma kuralı doğrultusunda sözleşmenin ileriye etkili bozulması olanağı varsa da bunun için öncelikle ve özellikle yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın sözleşme konusunun bütününe göre getirildiği düzeye bakmak gerekir. Sözleşmenin ileriye etkili bozulmasında öne çıkan düşünce yükleniciyi korumak, inşaatları getirdiği düzeye göre sembolik bir para ile bozmanın sonuçlarından zarar görmesinin önüne geçmektir. Birlikçi raporuna göre inşaatın düzeyi %86'dır. Bu durumda, borçlu direnimine düşen yüklenici sözleşmenin ileriye etkili bozulmasının sonuçlarından yararlanamayacağından, sorunun, genel kurala dönülerek sözleşmenin iş sahibi tarafından bozulması durumunda uygulanması zorunlu TBK. md. 123-125 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Mahkemece yapılacak iş, yüklenicinin yaptığı işlerin bedelini hesaplamak, daha önce yükleniciye geçirilen arsa tapuları varsa iş sahibine geri verilmesi koşuluyla "fesih tasfiyesi"ne göre bulunacak bu bedeli hüküm altına almaktır (15. HD. 10.3.2004, 4328/1320).

---.---

İş sahibinin sözleşmeyi bozmakta haklı olması ayrı, bozmanın sonuçlarının ileriye veya geriye etkili olarak doğurması ayrı şeydir. İnşaatın kapsamı ve objektif iyi niyet kuralları gerektiriyorsa, bozma ileriye etkili sonuç doğurur. 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı İBK'ya göre yüklenicinin inşaatı tamamladığı oran ve işin özelliği bakımından uyumsuzluğun TBK. md. 123-125 hükümleri gereğince çözümlenmesi durumunda, iş sahibi normal durumlarda sağlayamayacağı bir olanağa kavuşmuş olacaktır. Oysa sözleşmeyi bozma hakkını elde eden iş sahibi, kabul ettiği veya kabul edebile-

*ceği kısmi ifanın karşılığını nakit yerine sözleşmede kararlaştırılan ayın olarak yükleniciye vermesi iyiniyet kuralının ve somut olayın gereği sayılmalıdır (TMK. md. 2). İş sahibinin sözleşmenin bozulmasını geriye etkili sonuçlar doğuracak biçimde kabul etmesi durumunda TBK. md. 125/III ile kendisine tanınan hakkın aşırı ve çok şiddetli sonuçları beraberinde getireceği ortadadır. Oysa yüklenicinin kusuru, kısmî ifanın karşılığını belirleme açısından değil, ancak gecikmeden dolayı iş sahibine ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarının saptanmasında önemlidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri daha çok “sürekli ifayı” içeren sözleşme tipine benzediğinden süreklilik arzeden borç ilişkilerine özgü kuralların bu sözleşmelerde de uygulama zorunluluğu vardır. Bu gibi eser sözleşmelerinde yüklenicinin kısmi direniminde de durum aynıdır (15. HD. 4.7.1988, 886/2520).*

## 2) İFA EDİLMİŞ SÖZLEŞMEDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARININ DÜRÜSTLÜK KURALIYLA GİDERİLMESİ

Sözleşmenin geçerliliği, yasada tersine kural bulunmadıkça, hiçbir biçime bağlı değildir.

Yasada sözleşmeler için öngörülen biçim, kural olarak geçerlilik biçimidir. Öngörülen biçime uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz (TBK. md. 12).

Yasaca yazılı olması gereken bir sözleşmenin değiştirilmesi de yazılı olmak gerekir; şu kadar ki bu sözleşmeye aykırı olmayan veya onu değiştirmeyen tamamlayıcı yan bağlantılar bu kuralın dışındadır

Bu kural, yazılı biçim dışındaki geçerlilik biçimleri konusunda da uygulanır (TBK. md. 13).

Yazılı olması gereken sözleşmelerde, borç altına girenlerin imzalarının bulunması gereklidir.

Yasada tersi yazılı olmadıkça, imzalı bir mektup, aslı borçlanlarca imzalanmış bir telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı biçim yerine geçer (TBK. md. 14).

Yasada biçime bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir biçimde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen biçimde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.

Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı biçim kararlaştırılmışsa, yasal yazılı biçime ilişkin hükümler uygulanır (TBK. md. 17).

Taşınmaz satımının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin kamusal (resmi) biçimde düzenlenmesi gerekir.

Taşınmaz satış vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri kamusal

**biçimde düzenlenmedikçe geçerli olmazlar.**

**Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı biçimde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK. md. 237).**

**Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, kamusal biçimde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır (TMK. md. 706).**

**Gayrimenkul satış vaa'di sözleşmesi yapmak Noterlerin görevidir (Noterlik Kanunu md. 60).**

**Mülkiyete, başka nesnel haklara ve ortak bir taşınmazın paydaşları veya birbirine bitişik taşınmazların sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o taşınmaz üzerinde var olan veya inşa edilecek binanın, belirli bir katından veya dairesinden ya da bağımsız olarak kullanılmaya elverişli bir bölümünden yararlanmayı sağlamak amacıyla irtifak hakkı kurulmasına veya vaadine ilişkin resmi senetler tapu sicil müdürlükleri tarafından düzenlenir (Tapulama Kanunu md. 26).**

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 edilmeyecektir; 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 TMK. Md. 2'yi gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilecektir<sup>11</sup>.

11 İBK. 30.9.1988, 2/2; von Thur (Edege Çevirisi), 233: "Borç iltizamının şekle tabi tutulması, düşünülmezsizin verilen kararlara mani olmak maksadına matuftur. Vaad bir kere ifa edilince kanunun bu gaye ve maksadı zail olur; binaenaleyh bir şekil noksanına müstenit istirdat çok defa hüsnüniyet kaideleriyle gayrikabili telif ve MK. 2. Maddesi ile bertaraf edilmiş keyfiyet sayılabilecektir."

Biçim kurallarına aykırılık veya eksiklik sakatlığı bulunan bir sözleşme, baştan itibaren hükümsüzdür. Biçim kurallarına mutlaka uyulmalıdır, çünkü biçim kuralında bizzat yasakoyucunun iradesi bulunmaktadır ve biçim kuralları buyurucudur. Sözleşme biçime aykırı da olsa kurulmuştur ancak geçersizdir. Sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade bildirimleriyle kurulduğundan, tarafların iradeleleri öngörülen biçimde açıklanmadığı için sözleşme çürüktür (batıldır). Çürük sözleşme ölü doğmuş olup, baştan itibaren geçersizdir, hiçbir biçimde geçerli duruma gelmez ve böyle bir sözleşmenin tarafları hiçbir hak ve borç sahibi olmazlar. Yargıç, sözleşmeyi biçim koşuluna aykırı yapılması nedeniyle kesin geçersiz sayacaktır; biçim eksikliği nedeniyle kesin geçersizliğin uygulanması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacaksa bu katı sonucu “hakkın kötüye kullanılması yasağı” ile yumuşatabilir.

Geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmenin değiştirilmesinin de aynı biçime bağlı olduğuna ilişkin kurala rağmen, bazen taraflar, sözleşmeyi aynı biçime uyarak değiştirmedikleri halde, uzun süren uygulamaları ve uygulamaya ses çıkarmamaları yoluyla bir değişiklik yapılmış gibi hareket edebilirler. Uzun süren eylemli bu duruma rağmen, sözleşme değişikliklerinin biçime uygun olarak yapılmadığını ileri sürmek de dürüstlük kurallarıyla bağdaştırılamaz. Bu durumda biçime aykırılık savı dinlenmeyecek ve eylemli uygulamaya göre karar verilebilecektir<sup>12</sup>.

İş sahibi biçim eksikliği nedeniyle geçersiz olduğunu öne sürerek yükleniciye olan borcunu yerine getirmekten kaçınırken, yüklenici edimini yerine getirdiğini savunuyorsa bu savunmanın incelenmesi ve kanıtlanması gerekir. Sözleşmeciler edimlerini sözleşmeye uygun biçimde büyük oranda yerine getirmişlerse, geçersizliğin öne sürülmesi dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Örneğin iş sahibi kendisine kalacak bağımsız bölümleri teslim almış ve bunları kullanmaktaysa durum böyledir. Yüklenicinin temel borcu eseri sözleşme ilkelerine göre fen ve sanat kurallarına uygun olarak meydana getirip iş sahibine teslim etmek,

12 Kılıçoğlu, 88; Erman, 176-177.

iş sahibinin borcu da kararlaştırılan bedeli ödemektir. Meydana getirilen eserde eksiklik ve bozukluk varsa kural olarak yüklenici bundan sorumludur. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya adalet ilkelerine göre kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu ve sözleşme koşullarına aykırı olursa o şeyi kabulden kaçınabilir. İş sahibi, eseri önkoşul öne sürerek kabul etmişse (teslim almışsa), bedelin ödenmemesi söz konusu olmayacaktır. İş sahibi eserdeki kusurlara karşı ön koşul öne sürmekle, eksik iş bedeli olan tapu devrini yapmaktan kaçınabilir. Bu nedenle sözleşme ve teknik şartnameye göre eksik ve bozuk imalatın yapılması gereken tüm imalata oranı saptanıp bu orandaki iptal ve tescil istemi geri çevrilmelidir<sup>13</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Tapuda pay devri içeren inşaat yapım sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için, TMK'nın 706, TBK'nın 237, TK'nın 26 ve NK'nın 60. maddeleri uyarınca resmî şekilde yapılması gerekmektedir. Bu husus sözleşmelerin geçerlilik şartı olup mahkemece resen gözetilmelidir. Öte yandan Kooperatifler Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca, kooperatife ait inşaat yapım işlerinin yaptırılma yöntemi belirleme yetkisi kooperatif genel kuruluna aittir. Genel kurulca kararlaştırılmayan yapım şekline uyulmaması da sözleşmeyi geçersiz kılmaktadır. Ne var ki 03.07.1997 tarihinde başlayan ve davacının da kabulünde olduğu üzere dava tarihine kadar %99 seviyesine getirilen bir yapım işine ait sözleşmenin inşaatın tamamına yakınının bitmesi ve aradan 9 yıl geçtikten sonra geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK'nın 2. maddesinde belirlenen iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacaktır. Bu aşamada sözleşmenin geçersizliğine dayanılması hakkın kötüye kullanılması olup hukuk düzeninin bu davranışı korumayacağı ortadadır (15. HD. 14.4.2009, 1881/2175).*

— . . . —

13 15. HD. 20.7.2005, 7112/4421.

*Kat Mülkiyeti Kanunu`nun, 1, 2 ve 3 üncü maddeleri gereğince kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının ayrı ayrı ve başlıbaşına kullanmaya elverişli bölümleri üzerinde kurulmuş arsa payı ve ana taşınmazdaki ortak yerlerle bağlantılı, bağımsız, özel bir mülkiyet hakkıdır. Kat irtifakı, yapılmakta bulunan veya ileride yapılacak olan bir yapının, bağımsız bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra tesis edilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere arsa payına bağlı olarak kurulan bir irtifak çeşididir.*

*İçtihadı birleştirmeye neden olan kararlarda sözü edilen bağımsız bölüm satış vaadi, inşa edilecek veya edilmekte olan binalardaki katlara ilişkindir. Topraktan kat satışı denilen bu hukuki ilişki; bir eser ( istisna ) sözleşmesi değil, bir satım sözleşmesidir. Çünkü bunda önceden belli bir projeye göre işin yerine getirilmesi söz konusudur ve emek ( çalışma ), satılan kat için özel bir nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle sözleşmede emek değil, nesne teslimi edimi üstün bulunmaktadır.*

*Binada kat mülkiyeti kurulmuş ise, kat malikinin bağımsız bölümünü başkalarına devir ve temlike ve satış vaadinde bulunmaya yetkili olduğunda ve satış vaadi sözleşmesinin noterlerce düzenleneceğinde doktrinde ve uygulamada bir duraksama ve uyuşmazlık yoktur. Çünkü kat mülkiyetinin kurulmasıyla Kat Mülkiyeti Kanunu`nun 13/4 üncü maddesi gereğince her bağımsız bölüm, ayrı bir taşınmaz niteliği kazanır. Kat malikleri sahibi oldukları bağımsız bölümler üzerinde Medeni Kanununun maliklere tanıdığı yukarıda anılan işlemleri yapmaya yetkilidirler. Taşınmazda kat irtifakı kurulmuş ise bunun da satış vaadine konu olması ve sözleşmenin noterlerce düzenlenmesi mümkündür.*

*Burada öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekli olan yön, kat mülkiyeti kütüğüne henüz tescil edilmeyen ve böylelikle ayrı bir taşınmaz mal niteliği kazanmayan bir bağımsız bölümün ya da bir bağımsız bölüme ilişkin henüz kurulmamış kat irtifakının satışı vaaadinin hukuken geçerli ve mümkün olup olmadığı konusuna ilişkindir.*

*Kat Mülkiyeti Kanunu'nda, kat irtifakı ve kat mülkiyetinin başkasına ne yolla devir ve temlik edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, bağımsız bölümler üzerinde kurulacak kat mülkiyetinin ya da kat irtifakının satışı vaaadinin ( kurulmadan sonraki devir ve temlik işleminde olduğu gibi ) genel hükümlere göre karara bağlanması gerekir.*

*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 borçlandırıcı ( iltizami ) bir kişilik kuran bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi bu halde de yapılabilir. Sözleşme yapma ve vaadi, bir sözleşme olarak genellikle sözleşmeler hakkındaki hükümlere bağlıdır. Borçlandırıcı sözleşmelerin konusuna ilişkin genel sınırlar, TBK. Md. 27'de gösterilmiştir. Bunlara göre konusu ahlaka, kamu düzenine kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan sözleşmeler yapılamaz. Konumuzdaki bağımsız bölüm satış vaadi, yasalara aykırı olmadığı gibi objektif anlamda imkansız da değildir. Satış konusunun ifa zamanında var olması veya satıcının tasarrufunda bulunması yeterlidir. Satış vaaidine konu olan bağımsız bölümün ifa zamanında var olması mümkün bulunduğundan sözleşme geçersiz değildir. Çünkü satışı vaat eden yüklenicinin inşaatı bitirmesi, taşınmaza tek başına malik ise kendisinin kat mülkiyetini kurması ve bağımsız bölüm satım sözleşmesi yapması ve taşınmazı tapuda temlik etmesi, taşınmazda ortak paydaşlar varsa onlarla anlaşarak kat mülkiyetini kurması bağımsız bölümü alıcıya satması olanağı bulunduğundan objektif imkansızlık yoktur. Kat irtifakı için de durum böyledir.*

*Bir kimsenin, başkasına karşı, malik olmadığı bir taşınmazı*

*iktisap ederek satışını vaat etmesi, malik olduğu bir taşınmazın belirli bir parçasını parselleyip bağımsız bir taşınmaz olarak tapuya tescil edilmesinden sonra satışının vaadi ve iştirak halindeki taşınmazda belli bir payın satışı vaadi sözleşmeleri geçerli sayılmıştır.*

*Bu nedenlerle kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadan ve bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmadan önce de, bir bağımsız bölümün satışı vaadi geçerlidir.*

*Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkşi 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 Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 2 nci 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.*

*Sözleşmenin hangi resmi memur tarafından düzenlenmesi gerektiği sorununa gelince: Henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesiyle satış vadedinde bulunan, ileride kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulması sonucu malik olacağı bağımsız bir bölümün satım sözleşmesini yapmayı borçlanmaktadır. Burada bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi söz konusu olduğundan 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60 ncı maddesinin 3' üncü bendi gereğince bu işlemi noterler yapmaya yetkilidirler.*

*Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10, 13 ve 14 üncü maddeleri gereğince, kat mülkiyeti ya da kat irtifakı, tapu memuru tarafından düzenlenecek resmi senet ( sözleşme ) ve tapu siciline tescili ile*

*kurulur. Ne var ki, bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesiyle kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmamakta sadece ileride kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulacak bağımsız bölümün satışı vaat edilmektedir. Sözü edilen satış vaadi sözleşmesinin Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10-14 üncü maddelerinde düzenlenmiş olan kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurma işlemi ve sözleşmesiyle bir ilgisi ve benzerliği yoktur. Bunlar şekil bakımından olduğu kadar esas ve konu yönünden de farklı ve ayrı işlemlerdir. Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre kat mülkiyeti veya kat irtifakının kurulabilmesi için yalnız taşınmaz malikinin bu husustaki tek taraflı irade açıklamasının veya taşınmazın bütün paydaşlarının bu konuda aldıkları kararın sözleşme denilen resmi senetle tespiti gereklidir. Daha önce 3 üncü kişiye karşı bağımsız bölüm satış vaadi yapılmış olsa bile lehine satış vaadinde bulunulan kişi, bu işlemlere katılmaz. Kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurmak için senet düzenlenmesi, taşınmaz maliki veya malikleriyle 3 üncü kişi arasında herhangi bir hukuki ilişki yaratmaz. Burada taşınmaz malikinin değişmesi söz konusu olmadığı gibi bir mülkiyet devri işlemi de yer almaz. Şu halde satış vaadi sözleşmesi, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10 uncu ve onu izleyen maddelerinde düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurma sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğinden bunun Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10, 13 ve 14 üncü maddelerindeki şekle bağlı olduğu hiç bir yönden kabul edilemez.*

*Bağımsız bölümler, bağımsız bir taşınmaz niteliğinde olduğundan, böyle bir bölümün satışı vaadi aslında bir taşınmaz satışı vadinden başka bir şey değildir. Tarafların gerçek iradeleri de buna yöneliktir.*

*O nedenlerle bağımsız bölüme ilişkin kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesi, Noterlik Yasası'nın 60 ıncı maddesinin 3 üncü bendi gereğince noterler tarafından düzenlenebilir. Noterlerce düzenlenen böyle bir satış vaadi sözleşmesi geçerlidir ve tarafları bağlayıcı niteliktedir (İBK. 24.4.1978, 3-4).*

---•---

*TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen bu ihtilafta arsa sahipleri açısından uygulanması gereken zamanaşımı süresi TBK'nın 147/Vl. maddesi uyarınca 5 yıldan ibarettir. Eser sözleşmelerinde zamanaşımının başladığı tarih ise eserin sözleşmesine uygun biçimde teslim edildiği tarih veya yanların fesihte iradelelerinin birleştiği tarihtir. 14.04.1998 tarihli protokol resmi şekilde yapılmadığı için geçersiz ise de, tapuda pay devrini de içerdiğinden ve payın devri de yapıldığından geçersizliğin ileri sürülmesi MK'nın 2. maddesi ile bağdaşmaz. O halde uyuşmazlığın satış sözleşmesi hükümlerine değil, eser sözleşmesindeki düzenlemelere göre çözümlenmesi gerekir. Dava konusu olayda akit ifa ile sonuçlanmadığından teslim söz konusu değildir. Akdi ilişkinin 16.07.2009 tarihinde protokol ile sonlandığı kabul edilse bile zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması gereken bu tarih ile dava tarihi arasında davada uygulanması gereken 5 yıllık süre dolmadığından mahkemece davalının zamanaşımı def'inin reddi ile işin esasının incelenerek davanın sonuçlandırılması yerine zamanaşımından red kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür (15. HD. 30.11.2011, 6282/7054).*

---•---

*Dava, yanlar arasında yapılan 18.11.2002 tarihli ve "protokol" başlıklı adi yazılı sözleşmeye dayalı olarak açılmış olup, sözleşme dışı yapılan bağımsız bölümlerin davacının arsa payına isabet eden kısmının tapu kaydının iptali ile davacı adına tescilli istemine ilişkindir.*

*Giresun Merkez Şeyh Keramettin Mahallesi, Cemal Gürsel Caddesinde bulunan ve pafta:..., ada:..., ( 18 ) parsel sayılı olarak davalı Gürcan Ejderoğlu ve aynı yerde bulunan ( 17 ) parsel sayılı olarak davacı T. adına tapuda tescilli bulunan taşınmazların ve taraflara ait olmayan 6 ve 7 numaralı parsellerin Giresun Bele-*

diyesi Meclisi'nin 19.11.2003 tarih ve 712 sayılı kararı gereğince tevhidinin ve daha sonra ifrazının yapılması sonucu oluşan 77 ada ve ( 21 ) parsel sayılı 173.88 m2 yüzölçümlü taşınmaza; davalı tarafından, inşaat ruhsatı alındıktan sonra en geç 7 ay içinde anahtar teslimi olarak bodrum kat, zemin kat ve bir normal katlardan ibaret inşaat yapmayı ve her kattan 24.20 m2 olmak üzere toplam 72.60 m2 yüzölçümündeki trafo binasının davacıya teslimini davalı, anılan sözleşme gereğince yüklenmiştir. İnşaat yapılan ( 21 ) numaralı parselde davacı T. 851/2400; davalı G.E. ise 1549/2400 oranında kayden paydaş ve müşterek mülkiyet şeklinde malik bulunmaktadır.

Dosyadaki 18.05.2006 günlü bilirkişi raporu ile 12.01.2004 tarihli yapı ruhsatı ve 21.12.2004 tarihli yapı kullanma izin belgesi incelendiğinde; imar durumundaki değişiklik sebebi ile inşaatın bir adet trafo, 4 adet büro, 4 adet dükkan olmak üzere 9 adet bağımsız bölümlü bodrum, zemin ve üç normal katlı olarak yapıldığı anlaşılmaktadır.

Getirilen tapu kayıtlarına göre, taşınmazın kayıtlarında kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamıştır. Davada, sözleşme dışı yapılan katlarda davacının arsa payına isabet eden kısmının tapusunun iptali ile davacı adına tescili istenmişse de; yukarıda açıklandığı üzere, inşaatın yapıldığı ( 21 ) parsel sayılı taşınmaza taraflar müşterek paydaş olarak maliktirler. Yanlar arasındaki sözleşme, niteliğince "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" olduğundan Türk Medeni Kanunu'nun 706, Borçlar Kanunu'nun 237, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noter Kanunu'nun 60. maddesi gereğince, zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılması gerekir ise de; yüklenici, yapımını yüklenildiği inşaatı tamamen yapmış bulunduğundan adi yazılı şekilde yapılan sözleşme tarafları bağlayıcı nitelik kazanmıştır (TMK. md.2).

Yanlar arasındaki sözleşmede, sözleşme dışı yapılan bağımsız bölümlerin paylaşım şekli ve oranı kararlaştırılmadığından kural

*olarak sözleşme dışı yapılan bağımsız bölümlerin yanlar arasında %50 oranında paylaşılması gerekir ise de; davada inşaat yapılan ( 21 ) numaralı parseldeki pay oranına göre sözleşme dışı bağımsız bölümlerin paylaşılması istendiğinden HMK.nun 26. maddesi gereğince taleple bağlı kalınarak sözleşme dışı bağımsız bölümlerin taraflar arasındaki paylaşımının 851/2400 pay oranına göre yapılması gerekmektedir. Sözleşme dışı yapılan bağımsız bölümlerin arsa payları bulunmadığından ve HMK.nun 297. maddeleri gereğince mahkeme kararının uygulamada tereddüt oluşturmayacak ve uygulanabilir şekilde verilmesi gerektiğinden yasal olarak yapıldığı anlaşılan inşaatteki bağımsız bölümlerle bağlantılı ve kat irtifakının kurulmasına esas olacak şekilde kat irtifakı arsa paylarının uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla yerinde keşif yapmak suretiyle belirlenmesi ve paylaşım oranı da gözetilerek dava konusu sözleşme dışı yapılan bağımsız bölümlerin davacıya isabet edecek paylarının iptal ve tesciline karar verilmesi gerekmektedir (15. HD. 22.2.2008, 66/1095).*

— • —

*İmzası inkar olunmayan 03.09.1996 tarihli belgede davalıya ait 18 nolu dairede davacı tarafından inşaat yapılması ve iş bedelinden ödenmeyen 465.000.000 TL.nin davalıya ait olan 10 nolu dairedeki hisseden mahsup edileceği kararlaştırılmıştır. Her ne kadar bu belge tapuda pay devrini geçirecek nitelikte değilse de işin ikmal edilmesi karşısında sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi Medeni Kanun'un 2. maddesinde belirtilen iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağından davacının davalıya ait 10 nolu dairedeki 1/3 payın tapusunun iptal ve adına tescilini talep edebileceği kabul edilmelidir. Nevar ki, bu dairedeki tüm paylar dava dışı Hüseyin Arslan isimli kişiye satılmış olduğundan tapunun devri imkanı kalmamıştır. Adı geçen şahsın mahkemece alınan ifadesinden taşınmazın 1/3 payına karşılık davalıya 22.000 DM ödendiği anlaşılmaktadır. Davalı bu şahsın dinlenmesi ve*

*ifadesine karşı çıkmamıştır. Bu durumda davacı 22.000 DM'nin 465/700 payını davalıdan talep edebileceğinden buna tekabül eden 14.614 DM'nin dava tarihindeki TL karşılığına hükmedilmedir (15. HD. 31.1.2008, 7877/570).*

---.---

*Yanlar arasında imzalanan sözleşme tapuda pay devrini içeren "arsa payı karşılığı inşaat yapımına" ilişkindir. Tapuda geçirim sağlanması için bu tür sözleşmelerin TBK'nın 237, TMK'nın 706, T.K'nın 26 ve Noterlik Kanunu'nun 70. maddeleri uyarınca resmi şekilde yapılması zorunludur. Aksi takdirde yapılan sözleşmeler geçerli değildir. Dava konusu olayda sonradan yükleniciye pay devri yapılmamış ve inşaat da kabule icbar edilecek bir seviyeye getirilmemiş olduğundan akdin geçerli hale geldiğinden ( daha doğrusu resmi şeklin gerçekleşmediğinin iddia edilmesinin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığından ), söz edilemez. Bu durumda ortada geçerli bir akit bulunmadığından akdin feshine değil, sözleşmenin geçersizliğinin tespitine karar verilmelidir. Diğer yandan geçersiz bir akde dayanılarak ifaya bağlı ( gecikme tazminatı ) istenemeyeceği gibi, aksi kabul edilse bile akdi fesheden davalının müspet zarardan sayılan kira alacağını talep edemeyeceği de dikkate alınarak bu istemin dahi reddine karar verilmelidir (15. HD. 12.9.2007, 4574/5239).*

---.---

*Dava dilekçesinde davalılar arasında arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunduğu iddia edilmektedir. Bu iddiayı gerek dayanılan tarihsiz harici satım sözleşmesi ve gerekse dosyada toplanan diğer deliller doğrulamaktadır. Dava konusu bağımsız bölüm ister yüklenici tarafından istenirse yüklenici ile yapılan sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümün satışı suretiyle arsa sahibi tarafından davacıya satılmış olsun edimler karşılıklı olarak tümüyle veya önemli oranda yerine getirilmişse 30.9.1988 tarih ve 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme*

*Büyük Genel Kurulu Kararına göre davacıya mülkiyet hakkını talep yetkisi verir. Bu gibi durumlarda şekil eksikliğinin varlığını ileri sürmek Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan dürüst davranma kuralına uygun düşmez. Burada kat mülkiyeti kanununa tabi olarak yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satın alınması söz konusu olacağından az yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması zorunludur (14. HD. 21.11.2005, 9867/10115).*

-----

*Uyuşmazlık, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı yüklenici, davalı arsa sahibidir. Davacı ile davalı arsa sahibi arasında imzalanan ay ve günü belli olmayan 1993 tarihli sözleşme uyuşmazlık konusu değildir. Anılan sözleşme resmi yazılı şekilde yapılmadığından geçersiz ise de, edimler yerine getirildiğinden 30.9.1988 Tarih 2/2 sayılı YİBBGK kararında vurgulandığı üzere sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek MK.nun 2.maddesinde gösterilen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Hal böyle olunca mahkemece davanın reddine dayanak yapılan gerekçe hukuki değildir (15. HD. 27.1.2004, 3899/408).*

### 3) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

İnşaat sözleşmesi tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması açık veya örtülü olabilir. Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulmazsa yargıç, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar (TBK. Md. 1 ve 2). Sözleşmede taraflardan her birinin irade açıklaması diğerine yöneltilir. İşte irade açıklamalarının karşılıklı olmasından amaç budur. İrade açıklamalarının karşılıklı sayılabilmesi için, bunlardan ikincisinin ilkinde dayanarak ve ona yanıt oluşturacak biçimde yapılması gerekir. Öneri niteliğinde olana icap, bu icaba olumlu bir yanıt oluşturan ikincisine de kabul denir. İrade açıklamalarının karşılıklı olması tarafların yüz yüze gelmesini –kural olarak- gerektirmez. Bir sözleşme telefonla veya yazışma yolu ile de kurulabilir. Keza taraflardan birini üçüncü bir kişinin temsil etmesi halinde, temsilcinin öbür tarafa yönelteceği irade açıklaması gibi sonuç doğurur<sup>14</sup>. **İrade Açıklamalarının Birbirine Uygun Olması:** Sözleşmenin ruhu ve özeti tarafların irade açıklamaları arasında bir uygunluğun kurulmasından ibarettir. Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi bunu açıkça ifade etmektedir. İrade açıklamaları arasındaki uygunluk birçok halde tartışma konusu dahi olmaz. Karşılıklı irade açıklamalarının birbirine uygun sayılıp sayılmayacağı tereddüt konusu olmuş ise, dürüstlük kurallarına göre hareket edilecek, başka bir anlatımla somut olayın özelliğine göre muhatap kendisine yöneltilen irade beyanına hangi anlamı vermeli ise (veya vermekte haklı ise) bu anlama üstünlük tanınacaktır<sup>15</sup>.

Sözleşmeciler bir sözleşmenin kurulabilmesi için bulunması zorunlu asgari noktalarda (unsurlarda) uyuşmazlarsa, sözleşme kurulmuş olmayacaktır. Sözleşmeciler, temel edim niteliğinde olmayan (yani yan

14 Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, Sermet Matbaası, İstanbul 1979, sf. 73.

15 Tekinay, 74-77.

edimleri) sözleşmenin unsuru durumuna getirebilirler. Yan edim yükümlülükleri, sözleşmeden doğan borçların kurulmasını engellemeyen; ancak ya sözleşmeden, ya da dürüstlük kurallarından doğan edimlerdir. Bunların eksikliği kural olarak sözleşmenin kurulmasını engellemez ise de; aynen asli edimler gibi, ayrı bir talep ve dava konusu olabilirler<sup>16</sup>. Örneğin, yüklenici tarafından meydana getirilen eserin genişlik ve kapsamı belirlenebilir olmalıdır. Konusu bir bina yapımı olan bir eser sözleşmesi için inşaatın yeri, türü, plan ve projesi üzerinde anlaşmaya varılması gerekir; yalnızca birim fiyatlar için anlaşma yeterli değildir. TBK. md. 481'in koşulları<sup>17</sup> var ise, tarafların eserin ücretinin miktarı konusunda anlaşmaları gerekli değildir<sup>18</sup>. Sözleşme temel öğeleri kapsalıdır. Ancak bu konuların "kesin olarak" sözleşmede belirtilmesi ne gerek yoktur. Bunların belirli veya belirlenebilir olmaları gerekli ve yeterlidir. Sözleşmenin öğelerinden herhangi biri "belirlenebilir" nitelikte bulunduğça, sözleşme geçerliliğini korur, sorunu -kanıtlama sürecinin sonunda- yargıç çözer. Eğer sözleşmenin temel öğeleri belirli ya da belirlenebilir bir nitelik taşıyorsa sözleşme ancak o zaman geçerli sayılmayacaktır.

Hukuki işlemlerde, tarafların birbirlerine karşılıklı olarak göstermekle sorumlu oldukları özen, dürüstlük kuralı ile belirginleşmektedir.

Kişi, kendisine yönelik bir irade beyanına, makul olarak bağlayabileceği anlama güvenmekte haklı olacaktır. İradenin hukuksal etkinliği, bu iradenin açık olarak veya örtülü olarak bildirilmesine bağlıdır. Bilinçli olarak yapılmış bir irade açıklamasının muhatapta etki yaratması olağan olduğu gibi, örtülü bildirimlerin etkisinin de bu bildirim yapan kimse tarafından yadsınması söz konusu olmayacaktır. Sözleşmelerde tarafların ortak iradelerine bakılacaktır. Ancak gerçek irade geçerli kabul edilecektir. İrade birliği etkin ve üstün kılınmıştır.

16 Kılıçoğlu, 20.

17 Eserin bedeli önceden ya hiç belirlenmemiş ya da yalnız yaklaşık olarak belirlenmişse, çalışmanın değerine ve yüklenicinin giderlerine göre saptanır.

18 Becker, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çeviren Suat Dura, Yargıtay Yayınları No. 24, Ankara-1992, sf. 595.

Yanlış nitelendirme zarar vermez. Yorum sadece sözleşmenin sözlerine dayanmayacaktır; irade bildiriminde bulunanın, bildiriminden anladığı, muhatabın algıladığından farklı olduğunda, muhatabın güveni korunacaktır. Muhatap, bildiği veya bilmek durumunda bulunduğu veriler sayesinde ulaştığı anlamı geçerli sayılabilecektir<sup>19</sup>.

Sözleşmelerin yorumlanmasında, irade açıklaması, teknik ve bilimsel bir ortamın insanlarına yönelik olduğunda, yine iş ilişkilerinde geçerli olan dürüstlük kuralı ile, irade açıklamasında bulunanın gizli niyetlerini taşıyabilecek anlamlar araştırılmaksızın, kullanılan deyim ve sözcüklerin teknik ve bilimsel anlamları değerlendirilecektir. Sözleşmeyi yorumlayanın, irade açıklamasında kullanılan deyim ve sözcüklerin teknik ve bilimsel anlamı değerlendirilirken, sözleşmenin bütününden çıkan anlama da bakması gerekir. Sözleşme bir bütün olarak düşünülecek ve her hüküm diğerlerine olan bağlantısı çerçevesinde yorumlanacaktır. Ayrıca kullanılmış olan terimlerin anlamlarına, sözleşmenin yapılış nedenine ve tarafların iradelerini açıklamalarından önceki ve sonraki tutum ve davranışlarına da bakılacak ve dürüstlük kuralının etkinliğinden öncelikli olarak yararlanılacaktır. Dürüstlük kuralı ışığında, esaslı noktaları üzerinde mutabakata varılmış olan bir sözleşmenin, taşıdığı eksikliğe rağmen, taraflar arasında, yasa gibi geçerli olması, yargıcın müdahalesinin dayanağını oluşturacaktır<sup>20</sup>.

---

19 İnal, 165.

20 İnal, 166.

#### **4) YAPININ YASAL DURUMA GETİRİLMESİ İÇİN YÜKLENİCİYE YETKİ VE SÜRE VERİLMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI**

İmar Kanunu'nun 21. maddesine göre tüm yapılar için aynı yasanın 26. maddesinde belirtilen istisnalar dışında yetkili merciden ruhsat alınması zorunludur. İnşaatın alınan ruhsata uygun yapılması gerekir. Ruhsat alınmadan veya ruhsatı alınmış olsa da o ruhsata uygun yapılmayan inşaat uygulamadaki deyimini ile "Kaçak İnşaat"tır. Yapının bağlı olduğu imar düzeni kurallarına uygun yapılması zorunlu bulunduğundan, kamu düzenine ilişkin bu kurallar sebebiyle taraflar dileseler bile sözleşmede bunun aksini kararlaştıramaz. Çünkü imar düzeni; bir arsa üzerine yapılacak olan resmi ve özel nitelikli, değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kurallar bütünüdür. Ruhsatsız veya ruhsatı olsa da ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılara uygulanacak yaptırımın ne olduğu ise İmar Kanunu'nun 32/son maddesinde gösterilmiştir. Olayımızda olduğu gibi yapı sahibi, yapısını daha önce hazırlattığı ve yapı ruhsatı istemi dilekçesine eklediği projesine ve ruhsata uygun biçimde yapmamışsa inşaat durdurulur ve projede yapılan değişiklik onaylanıncaya kadar inşaatın yürütülmesine izin verilmez. Ruhsata göre yapılan değişiklik imar mevzuatına aykırı ve bunu düzeltme olanağı yoksa yapının yıktırılması gerekir. İmar düzeni kuralları kamu düzenine ilişkin ve emredici hükümler içerdiğinden taraflar dileseler bile sözleşmelerinde imar düzeni kurallarına aykırı hükümlere yer veremezler. Gerçekten kural olarak taraflar bir hakkın mevzuunu kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde serbestçe tayin edebilir ise de, TBK. Md. 26 hükmünce kanunun kati suretle emrelediği hukuk kaide-leri veya kanuna muhalefet o sözleşmenin geçersizliği sonucunu meydana getirir. Bir sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği sonucuna ulaşılabilmesi için de olayda uygulanması zorunlu İmar Kanunu'nun 32. maddesine göre yapılacak işleme bakmak gerekmektedir. İnşaat yasal olmamakla birlikte yasal duruma getirilmesi olanağı varsa, bunu saptamak, kaçak bölümün proje değişikliği suretiyle imar mevzuatına uygun

hale getirilip getirilemeyeceğini belirlemek, imar mevzuatına uygun hale getirilme olanağı varsa bu işlemleri yerine getirmek üzere, (yerine getirilmemesinin TMK. Md. 2’de düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturarak hakkın kötüye kullanılması sayılacağı ve hukuki sonuçlarından davacı tarafın sorumlu olacağı da hatırlatılmak suretiyle), işlemin tarafı olan yükleniciye uygun süre ve işlemleri yapmak üzere yetki vermek gerekir

Bir inşaat imar mevzuatına ve sözleşmeye aykırıdır diye hemen ve kesin olarak sözleşmeden dönülmesine olanak verilemez.

Öncelikle imar mevzuatına ve sözleşmeye aykırı inşaatın yasal duruma getirilmesi olanağı bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Bu inceleme isteği sözleşmenin ve davanın taraflarından gelmesi bile, mahkeme tarafından görevi gereği yapılacaktır.

Bir inşaat imar mevzuatına aykırı olmakla birlikte aykırılığın giderilmesi olanaklıysa, arsa sahibinden alacağını veya haklarını ya da haklılığının saptanmasını isteyen yükleniciye “uygun süre” ve “yetki” vermek gerekir<sup>21</sup>.

Süre, aykırılığın giderilmesini sağlayacak kadar olmalıdır.

Sürenin yeterli olup olmadığı konusunda tereddüt doğarsa, bilirkişiden görüş alınacaktır. Zira yasal duruma getirme iş ve işlemleri çoğunlukla teknik niteliktedir.

Bilirkişiden görüş alarak veya almayarak verilen sürenin uygun olmadığı belirtilerek, mahkemeden ek süre istenebilir.

21 HGK. 29.5.2002, 286/454; 15. HD. 1.5.2007, 2637/2864; 15. HD. 5.11.2003, 1848/5256; 15. HD. 24.6.2010, 2320/3647; 14. HD. 26.3.2009, 2280/3839; 15. HD. 9.3.2009, 1420/1294; 14. HD. 29.1.2008, 15240/551. “İnşaatın projesine göre büyük yapıldığı, bu haliyle yapı kullanma izni alınmadığı konusu taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ancak Kartal Belediye Başkanlığının 17.4.2007 tarihli yazı cevabında mimari projelerin revizyonu onaylandıktan ve ilgili müdürlüklerin ilişik kesme yazılarının iletilmesinden sonra yapı kullanma izin belgesinin düzenlenebileceği belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece davalıya bu belgenin alınması için gerekli süre ve yetki verilmesi, bu süre içerisinde inşaat yasal duruma getirilip yapı kullanma izin belgesi alındığı takdirde şimdiki gibi davanın reddine, aksi halde davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.”

Mahkeme ek süre istemini değerlendirirken, bir yandan yetki verilen tarafın yaptığı veya yapması gereken iş ve işlemlerin önemini, karmaşıklığını, parasal maliyetini, zaman alıcı özelliğini dikkate alırken, öte yandan sürüncemede bırakma ve kötü niyetle davranma olasılığını da dikkate alacaktır, sürüncemeye ve kötü niyete fırsat vermeyecektir.

Sürenin uygunluğu bazen özellik arzedebilir. Şöyle ki, turistik bölgelerde yaz aylarında inşaat yasağı bulunduğundan, mahkeme süre verirken bu noktaya dikkat edecektir. Bir başka örnek de, belediyenin yeni imar planı çalışmalarının devam ettiğini bildirdiği bir durumda, mahkeme süre verirken imar planı çalışmalarının sonuçlanmasını dikkate alacaktır. Yine, Bakanlığın deprem veya başka bir gerekçeyle, dava konusu inşaatın bulunduğu bölgede inşai faaliyetleri ve inşaat ruhsatlarını geçici bir süre için durdurmuşsa, mahkeme süre verirken bakanlığın işlemini dikkate alacaktır.

Mahkemenin davanın veya sözleşmenin tarafına (örneğin, yükleniciye) yetki vermesi, aykırılığın giderilmesi için gerekli iş, işlem ve çalışmaların yapılmasına olanak verecek nitelikte olmalıdır. O denli yeterli olmalıdır ki, yetki verilen kişi veya kişiler başka bir mahkemede salt bu konuda kendilerine yetki verilmesine yönelik olarak dava açmak zorunda kalmamalıdır. Yetki kararı, arsa sahiplerinin kötü niyetli ve keyfi tutum ve inatlarına set çekecek bir olanaktır. Yüklenicinin bu olanağın değerini bilerek kullanması ne denli önemli ise, yetkinin mahkeme kararına geçmiş olmasından sonra yüklenicinin artık başka kişi, kurum ve kuruluşan olur, onay, temsil belgesi almaya gereksinim duymaması da o kadar önemlidir. Başka bir anlatımla, mahkemenin bu yetkiyi şekilsel bir gereklilik olarak değil, sorunu çözmeye olanak verecek biçimde yetkinin içini doldurması gerekir.

İnşaatın yasallık kazanması inşai müdahaleyi gerektiriyorsa, mahkemenin yükleniciye verdiği yetki, bu müdahaleyi yapmasına olanak vermelidir.

Arsada bazı alanların belediyeye bırakılması, parsellerin ayrılması veya birleştirilmesi, çekme uzaklığının ayarlanması, inşaat ruhsatı

alınması, projelerin hazırlanması ve onaylanması, değiştirilmesi gibi mülkiyet hakkının kullanılmasıyla doğrudan ilgisi bulunan, sözleşmede yükleniciden esirgenen, kanun tarafından “münhasıran” arsa veya yapı sahibine veya temsilcisine tanınan işlemlerin yapılması dışında kalan, tüm iş ve işlemler yüklenici tarafından mahkemenin verdiği yetki ile gerçekleştirilebilir. İnşaat yapılırken imar planının değişmesi nedeniyle projenin ve ruhsatın değişmesinin zorunlu olduğu, yapılan işlemlerin arsa ve yapı sahibinin durumunu olumsuz yönde esaslı biçimde etkilemediği, kendisi de girişse aynı işlemleri yapacağı durumlarda, arsa ve yapı sahiplerinin bu işlemler için harekete geçmemesi, vekaletname vermemesi, verilen vekaletnameyi geri alması, muvafakatname vermesi durumunda mahkemenin vereceği yetki önemli olacaktır.

Yüklenicinin yetki belgesiyle “tadilat projesi” yaptırıp onaylatması veya “inşaat ruhsatı” alması durumunda, arsa sahibi bu idari işlemlerin iptali için idari yargıda dava açabilir mi? İdari yargı, İmar Kanunu’nda örneğin inşaat ruhsatı alma hakkının yapı sahibine veya temsilcisine (md. 22) ait olduğunu düzenlendiğini dikkate alarak inşaat ruhsatını iptal edebilir mi? İdari yargı yetki belgesiyle gerçekleştirilen idari işlemleri iptal ettiği takdirde, adli yargı nasıl davranacaktır? Adli yargı, idari yargı kararını uygulamak zorunda olmakla birlikte, yetki belgesiyle inşaatın imar mevzuatına uygun hale getirilmesini gözetmeye de mecburdur. Adli yargı bu kilidi nasıl açacaktır? Yetki belgesinin vekaletname yerine geçmediğini veya yapı sahibinin vermediği yetkiyi mahkemenin yükleniciye veremeyeceğini kabul etmek gerekir. Yetkinin önemi ve etkisi, sadece fazla ve aykırı imalatları gidermeyle, yani fiili müdahaleyle sınırlı mı olacaktır? Yargıtay’ın son yıllarda ağırlık verdiği “yükleniciye yetki verme” kavramı alanının bu kadar dar olmadığı muhakkaktır. Böyle olmakla birlikte, yükleniciyi yapı sahibinin vekil veya temsilcisi durumuna getiren, sadece yapı sahibi veya temsilcisi tarafından yapılabilen işleri yetki belgesiyle yapılmasına olanak tanıyan, ya da sözleşmeyle veya vekâletnameyle yükleniciye verilen yetkilerin, mahkemenin vereceği yetki belgesiyle kullanılmasına

olanak sağlayan bir çözüm tarzı, sözleşme özgürlüğüyle bağdaşmayacağı gibi, “yetki belgesi”nin varoluş gerekçesiyle de bağdaşmayacaktır. Aksi çözüm tarzı, mahkemeye, ölçüsüz bir biçimde, sözleşmeye müdahale etme, taraflara talimat verme anlamına gelir. Bu durumda somut olayın özelliği (örneğin inşaatın seviyesi vb.. durumlar) uygun düşüyorsa, sözleşmenin arsa sahibi tarafından bozulduğunu kabul etmek uygun olacaktır. Adli yargı, uymak zorunda bulunduğu idari yargının iptal kararını inceleyecek, gerekçesine bakacaktır; idari yargı inşaat ruhsatını mevzuata aykırı olarak alınması gerekçesiyle iptal etmiş olabileceği gibi, yapı sahibinin başvurusu üzerine değil, mahkemenin verdiği yetki belgesiyle alınması gerekçesiyle iptal etmiş olabilir. İşte adli yargı, yüklenicinin imalat bedeli talebini incelerken, yetki belgesiyle alınan (ancak idari yargı tarafından “yapı sahibinin başvurusu bulunmadığı gerekçesiyle” iptal edilen) inşaat ruhsatını sadece “dürüst davranma gerekleri” çerçevesinde görerek, olumlu karar verebilir.

## 5) DANIŞIKLI İŞLEMLERİN OLUMSUZ SONUÇLARINA KARŞI DÜRÜSTLÜK KURALI

Bir sözleşmenin türü ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, yanların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK. md. 19/I). Sözleşmecilerin gerçek ve ortak iradeleri araştırılırken, sözleşmenin her maddesi ve bölümü sözleşmenin tümü göz önünde tutularak yorumlanmalıdır. Sözleşmecilerin gerçek olmayan anlatımı üzerinde durulmamalı, onların gerçek amaçları araştırılmalıdır.

İnşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin konusu olan taşınmazı ve imal edilecek inşaat değerini, kendi mirasçılarından veya borçlu olduğu kişilerden korumak için sözleşmeyi danışıklı yapabilmektedirler.

Danışıklı işlem, sözleşmecilerin üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek durumu onlardan gizleyerek kendi gerçek iradesine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir konuda yaptıkları işlemidir. Bir danışıklı işlemde söz edebilmek için; a) Sözleşmecilerin iradeleri ile beyanları arasında isteyerek yaratılmış bir uygunsuzluk, b) Üçüncü kişileri aldatma amacı, c) Sözleşmeciler arasında gizli işlemi kapsayan danışıklı sözleşme bulunmalıdır. Tüm danışıklı işlemlerde; a) Üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış “görünürdeki işlem”, b) Görünürdeki işlemin sözleşmeciler arasında geçerli olmayacağını saptayan “danışık anlaşması” bulunur. Bu öğeleri içeren danışıklığa “yalın danışık” (mutlak muvazaa) denilir. Danışığın bu türünde; sözleşmeciler aslında aralarında hukuksal işlem yapmadıkları halde üçüncü kişileri yanıltmak ve onlara karşı bir işlem yapmış gibi görünmek amacı ile görünüşte bir işlem yapmışlardır. Örneğin, alacaklıların icra takibinden kurtulmak için, bir borçlu, mallarını bir arkadaşına devreder ve “bu devrin gerçekte aralarında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı” borçlu ile arkadaşısı arasında kararlaştırılırsa “yalın danışık” söz konusu olur. Eğer sözleşmeciler arasında yaptıkları bir işlemi, kendi gerçek iradelerine uymayan ve salt üçüncü kişileri yanıltmak için yaptıkları başka bir işlemin arkasına gizlemişlerse, bu tür danışıklı işleme “nitelikli danışıklı işlem”

(nispi/mevsuf muvazaa) denilir. Bu danışık türünde, görünürdeki işlem ve danışık anlaşması yanında ayrıca sözleşmecilerin gerçek iradelerine uygun bir gizli işlem bulunur. Örneğin sözleşmeciler gerçekte “bağışlama” yapmak istedikleri halde, bunu “satış sözleşmesi” biçiminde yaparlar. Böylece, görünürdeki işlem “satış” olduğu halde, gizli işlem “bağışlama”dır. Sözleşmecilerin üçüncü kişileri yanıltmak için, danışıklı olarak yaptıkları görünürdeki işlem geçersizdir. Geçersizliğin nedeni, taraflarca açıklanan beyanların, onların gerçek iradelerine uymaması, başka bir anlatımla bu beyanların “irade beyanı” niteliği taşımasıdır.

Danışık savı, taraflarca herkese karşı ileri sürülebilir. Ancak; a) TBK. md. 19/II uyarınca, yazılı borç tanınmasına dayanarak danışıklı alacağı edinmiş olan iyiniyetli (TMK. md. 3) üçüncü kişilere karşı borçlu; danışık savında bulunamaz. b) Danışıklı bir sözleşme gereğince bir malı devralan kimse, emin sıfatıyla zilyet durumundan, ondan iyi niyetle o malı edinen kimsenin edinimi korunur (TMK. md. 990) ve ona karşı danışık savında bulunamazlar. c) Danışıklı sözleşme ile mülkiyeti devredilen bir taşınmaz ise, görünürde malik yararına olan tapu kaydına, iyi niyetle güvenerek, ondan o taşınmazı edinen kimsenin edinimi korunur (TMK. md. 1023) ve ona karşı danışık savı ileri sürülemez.

Görünürdeki işlemin geçersizliği –taraflarca ve üçüncü kişilerce- savunma olarak ileri sürülebileceği gibi bu konuda –taraflarca ve üçüncü kişilerce- bir dava da açılabilir. Bu davada, görünürdeki işlemin “danışık nedeniyle geçersiz olduğunun saptanması” istenir.

Görünürdeki (danışıklı) işlem, belirtildiği biçimde “geçersiz” olur ve belirtilen sonuçları doğururken, görünürdeki işlemin altında (gizli) bir işlem varsa bu gizli işlem, sözleşmecilerin gerçek iradelerine uygun olduğu için, genel ve (şekil) koşulları yerine getirilerek yapılmış ise, geçerli olur.

Danışıklı sözleşmeler sözleşmeciler için alacak ve borç doğurmaz.

Mahkemenin danışık olgusunu görevinden ötürü göz önünde bulundurması gerekir.

Danışıklı bir sözleşme, belirli bir sürenin geçmesi, nedenin ortadan kalkması veya ilgililerin (örneğin sözleşmecinin) olur (icazet) vermesi ile geçerli duruma gelmez.

Danışık nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temlik yapılmışsa bu tescil yolsuz tescil sayılır. Tapuda yapılan temlik ve tesciller nedene bağlı olduğundan tapunun dayanağı olan sözleşme geçersiz ise, tapu kaydının iptali gerekir.

Danışıklı sözleşmeler yapıldığı andan başlayarak sözleşmeciler arasında sonuç doğurmayacağından, açılan davanın sonunda verilen karar “yenilik doğurucu” nitelikte olmayıp “açıklayıcı” niteliktedir: Açılan dava sonunda verilen karar geçmişe etkili sonuç doğurur.

Danışığın varlığını öne süren sözleşmeci veya bunların ardılı sıfatı ile hareket edenler savlarını kanıtlamak zorundadırlar. Senede bağlı bir sözleşmeye karşı danışık savı, yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme yakın akrabalar arasında yapılmış olsa bile yazılı delille kanıtlanması gerekir. Danışıklı bir sözleşme kamusal biçimde yapılmışsa, danışık savı adi yazılı belgeyle kanıtlanabilir<sup>22</sup>.

Yargıç, sözleşme boşluklarını, sözleşmenin anlam ve amacına göre ve tarafların bu sözleşmeyi yapma nedenlerine dayanarak tamamlayacaktır. Dürüstlük kuralından kaynaklanan görüş ve anlayışlar, sözleşmenin kendisine özgü mantığı ile birleşecek ve taraflar, sözleşmenin tamamlanması, kendilerinin kurmuş oldukları mantık zinciri içinde yapılmış olduğu için, düşündüklerine aykırı durumlarla karşılaşmayacaklardır. Yargıç, kendisini tarafların yerine koyarak, onların varsayılan iradelerini sözleşmeye uyarladığı zaman, dürüstlük kuralının getirdiği öğelerle, sözleşmenin boşluklarını doldurmuş olmaktadır<sup>23</sup>.

Taraflar arasında iş ilişkilerinde, her zaman, belirli bir doğruluk ve dürüstlüğün egemen olduğu varsayılmaktadır. Tarafların aksini kararlaştırabildikleri ve etkisiz bırakabildikleri yedek hukuk kuralları, çok

22 1. HD. 9.10.2003, 9671/10535.

23 İnal, 166.

defa tamamlayıcı bazen de yorumlayıcı niteliktedir. Taraflar, sözleşmelerinde ikinci önemde bir noktanın saptanmasında anlaşamamışlarsa, yargıç bunu, işin özelliğine bakarak ve yasada öngörülen yedek hukuk kurallarına başvurarak karara bağlayacaktır. İş ilişkilerinde geçerli olan gelenekler de, sözleşmenin dürüstlük kuralı gereğince tamamlanmasında etkili olmaktadır. Sözleşmenin kurulması sırasında, sözleşmeciler, örtülü de olsa, ikincil nitelikte eksik noktaların, söz konusu gelenekler uyarınca tamamlanacağı hesaba kattıklarını belli etmişlerse, yorum alanında, sözleşmenin konusuna uygun görülen geleneklerin de kullanılabilmesi gerekmektedir. Taraflar örtülü de olsa, gelenekleri düşünmemişlerse de, yargıç yine de bu geleneklerden yararlanabilecektir. Yargıç, uygulamayı tasarladığı geleneklerin, hukuk düzenine uygunluğunu denetlemeyi göz ardı etmeyecek ve olağan durumlarda, hukuk düzeni kurallarını sözleşmenin eksiklerini tamamlarken doğrudan uygulayacaktır<sup>24</sup>.

Üçüncü kişiler, danışık savını her türlü delille kanıtlayabilirler. Örneğin, şerh edilmemiş olsa bile satış vaadi sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra vaade konu taşınmaz salt vaat alacaklısını zarara uğratmak amacıyla malikince danışıklı olarak bir başka kişiye tapudan temlik edilmişse, vaat alacaklısının danışıklık nedeniyle tapunun iptalini istemesi olanaklıdır. Danışık savına dayanan taraf temlik eden ve edilene göre üçüncü kişi durumunda olduğundan bu savını her türlü delille kanıtlayabilir<sup>25</sup>. Üçüncü kişilerin danışıklı bir işlemle zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olup; kural olarak danışıklık nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişi, tek yanlı veya çok yanlı hukuki işlemin geçersizliğini ileri sürebilir. Ancak, üçüncü kişinin danışıklı işlemle zarar gördüğünün benimsenebilmesi için, onun işlemi yapandan alacaklı olması ve danışıklı işlemin bu alacağın ödenmesini engellemek için yapılmış bulunması gerekir<sup>26</sup>.

24 İnal, 167.

25 14. HD. 15.5.2001, 3041/3638.

26 4. HD. 16.6.1998, 4611/4852.

Danışığın varlığı hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir/dava açılabilir: Hak düşürücü süre ve zamanaşımına ilişkin yasa kuralları danışıklı temliklere uygulanmaz<sup>27</sup>.

Temlik bedeli ile gerçek değer arasındaki aşırı oransızlık tek başına danışıklığın kanıtı sayılmaz<sup>28</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. Maddesi "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" şeklindedir. Bu madde bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir. Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen danışıklı işlem ise tarafların yaptıkları sözleşmenin hüküm doğurmaması ve görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerinin meydana gelmemesi konusunda anlaşmalarıdır. Gerek TMK. Md. 2 ve gerekse TBK. Md. 19 birlikte değerlendirildiğinde, bir hakkın kullanılmasında gizlenen irade ile oluşan danışıklı işlemin üçüncü kişileri zararlandırma kastı da taşıyabileceğini göstermektedir.

---

27 1. HD. 20.12.2000, 15741/16037.

28 1. HD. 4.12.2000, 14937/15203.

## 6) YANILMAYI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez. Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kastedtiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır (TBK. Md. 34). Örneğin, alıcı (A), bir kilogramı için iki lira ödemek istediği bir malı, yanılarak kilosu üç liraya satın almayı kabul ettiğini ileri sürdüğü takdirde, satıcının aynı malı ona iki liraya satmaya hazır olduğunu açıklaması durumunda, (A)'nın esaslı yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmenin kurulmadığı hakkındaki savunması, dürüstlük kurallarına aykırı düşer. Bu nedenle bu örnekte satış sözleşmesi, alıcının amaçladığı anlamda, yani kilosu iki lira üzerinden kurulmuş olur.

Sözleşme yapılırken, köklü bir yanılığa düşen sözleşmeci, o sözleşme ile bağlı olmaz. Yanılığa düşen sözleşmeci, yanılığını doğruluk kurallarına aykırı olarak, öne süremez. Özellikle onun yapmayı düşündüğü sözleşmeyi karşı taraf yerine getirmeye hazır olduğunu bildirirse, bu sözleşme onu bağlar. Sözleşmenin sonuçlarından kurtulmak için, yanıldığını öne süren sözleşmeci, eğer yanılığın kendi kusurundan ileri gelmişse, sözleşmenin böylece bozulmasından doğan zararı gidermekle yükümlü olur; fakat karşı taraf yanılığın biliyor veya bilmesi gerekiyorsa tazminat gerekmez. Köklü yanılığın durumları TBK. md. 31'de "sınırlı olmamak" üzere gösterilmiştir<sup>29</sup>: ***Köklü yanılığın özellikleri şunlardır: 1) Yanıldığını ileri süren tarafın bir sözleşme için onayını bildirirken başka bir sözleşmeyi düşünmüş olması; 2) Yanıldığını ileri süren tarafın, sözleşmenin konusu olan şeyden başka bir şey düşünmüş veya üzerine borç alırken başlıca göz önünde tuttuğu kimsede yanılmış olması; 3) Yanıldığını ileri süren tarafın üzerine aldığı edimin, düşündüğü şeyden önemli ölçüde çok ve karşı edimin önemli ölçüde az olması; 4) Yanıldığını ileri süren tarafça, sözleşmenin temel gereklerinden olarak göz önüne alınmasına, işlerdeki doğruluk kurallarının elverişli bulunduğu olaylar üzerinde yanılığa düşülmüş olması.***" Sözleşmenin konusu, niteliği ve ödenecek miktar

gibi konularda esaslı hataya düşen taraf sözleşme ile bağlı tutulamaz. Hatanın esaslı hata olarak kabul edilebilmesi için hem hataya düşen taraf yönünden hem de iş hayatındaki dürüstlük kuralları açısından, hataya düşülme idi böyle bir sözleşmenin hiç veya açıklanan biçimde yapılmayacağını kanıtlanması gerekir. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda hataya düşen taraf hatayı öğrendiği tarihten başlayarak bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal hakkını kullanarak hukuki ilişkiyi geriye etkili olarak ortadan kaldırabilir (TBK. md. 31, 34, 35).

Dürüstlük kuralının, kamu yararı veya örf ve adet kuralları gibi değer yargılarının var olduğu durumlarda da dikkate alınması gerekmektedir ve hangi etkenin, daha öncelikli olduğu, uyumsuzluk konusuna göre incelenmektedir. Herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüstlük kuralına uymakla yükümlü olduğuna ilişkin TMK. Md. 2/I hükmü ile, hakların açıkça kötüye kullanılmasının, hukuk düzeni tarafından korunmadığına ilişkin TMK. Md. 2/II kuralında yer alan kavram arasında, sürekli bir ilişki bulunmaktadır<sup>30</sup>. Ancak dürüstlük kuralı gereğince, tarafların, yasadan doğan haklarının, yasadaki açıkça veya örtülü olarak öngörülmüş oldukları biçimde, yani amaçları çerçevesinde kullanılması gerekmektedir. Yasadan doğan hakların, bu çerçevede kullanılması ile, hak konusunun, kendisine karşı kullanılmakta olan kişinin taşıdığı güven duygusu da sarsılmamış olacaktır. Nitekim, yasadan doğan hakların büyük çoğunluğu, kişinin yararına düşünülmüş olduğu halde, hukuk düzeni, bu kişilere dönük haklara bile, belli işlevler yükleyebilmektedir. Bu alanda dürüstlük kuralının rolü açıktır. Öyle ki, yaptığı sözleşmede belirli bir konuda, hataya düşen taraf, muhatabı, sözleşmeyi hataya düşenin, aslında amaçlamış olduğu biçimde yerine getirmeye hazır olduğunu beyan ettiğinde, sözleşme ile bağlılığı devam etmektedir (TBK. md. 34/II). Yasanın özünde yer alan unsur, hataya düşen tarafı bu yanlışlığının olumsuz sonuçlarından kurtarmaktan ibaret olup, gerçekten istemiş olabileceği bir amaçtan vazgeçmesini sağlamak değildir. Burada dürüstlük kuralı somutlaştırılmıştır<sup>31</sup>.

30 İnal, 164.

31 İnal, 164-165.

## 7) GECİKTİRİCİ KOŞULUN GERÇEKLEŞMESİNİ ENGELLEMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İnşaat sözleşmesi, geciktirici koşula bağlı olarak yapılabilir. Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur. Aksi kararlaştırılmadıkça, geciktirici koşula bağlı olarak yapılan bir inşaat sözleşmesi, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder (TBK. Md. 170). Örneğin, inşaat sözleşmesi yüklenicinin kredi sağlamasına, uygun imar koşullarını gerçekleştirmesine, taşınmazı yeşil alandan çıkarmasına bağlı olarak yapılmışsa, iş sahibi, yükleniciye kredi verilmemesi için bankaya yanlış bilgi vermeyecek, taşınmazı yeşil alandan çıkarmanın veya mevcut yapılaşma koşullarından daha iyi koşullara olanak verecek imar planı değişikliğinin gerçekleşmemesi için idare nezdinde olumsuz girişimde bulunmayacak, yükleniciye verdiği vekâletten azletmeyecek, ona güçlük çıkarmayacak, güven sarsıcı hareketlerde bulunmayacaktır. Koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur (TBK. Md. 171).

Dürüstlük kuralı, borçlunun fedakârlıklarına getirdiği ölçüler oranında borçluya hizmet ederken, alacaklının, sözleşmenin ifasından beklemekte haklı olduğu, kendi şahsına özgü amaçları, yani yan edimleri, sözleşmenin konusu içine aldığı ölçüde, alacaklının hizmetindedir. Karşılıklı çıkarların böylesine dengeli bir biçimde gözetilmesini sağlayan dürüstlük kuralı, aynı zamanda sözleşme adaletine de hizmet etmiş olmaktadır. Borçludan beklenen fedakârlık sınırı, alacaklının sahip olduğu beklentilerin haklılığı ile kesişmekte ve borçlunun edimlerini ve sorumluluğunu çerçevelemektedir<sup>32</sup>.

32 İnal, 168.

## YARGI KARARLARI

*Dava, taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. İstem dayanağını 1.3.1995 tarihli biçimine uygun düzenlenmiş satış vaadi sözleşmesi teşkil etmektedir. Sözleşmenin 2. sahifesinde yapılan irade açıklamasına göre davalının maliki bulunduğu ve sonradan 2139 ada 4 parsel sayısını alan 1664 numaralı parsel üzerine inşa edilen binadan kat irtifakı tesisini takip eden bir aylık süre içinde birinci katta bulunan 2 adet mesken nitelikli bağımsız bölümü davacıya satmayı vaat ettiği görülmektedir. Yargıtay bozmasından önce alınan 2.6.2003 günlü bilirkişi raporunda inşaatın 3 kat+çatı katlı olarak tamamlandığı, alt yapısının ikmal edildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki; bilirkişi inşaatın imar mevzuatına göre hukuki durumunu tartışmamış, bir ruhsata bağlı olarak yapıлып yapılmadığını daha açığı kaçak yapı olup olmadığını incelememiştir. Gerçekten sözleşmede dava konusu bağımsız bölümlerin tapularının yapının kat irtifakı tesisini takiben verileceği kararlaştırılmıştır. TBK. Md. 170 hükmünce kural olarak bir akdin mevzuunu teşkil eden borcun mevcudiyeti meşhuk bir hadisenin tahakkukuna bağlanmış ise, o akit şarta bağlı akitlerdir. Şarta bağlı akitlerde ifa, ancak şartın gerçekleşmesi anından itibaren istenebilir. Taraflar arasındaki uyumsuzluğun yukarıdan beri ortaya konan hukuki ilkeler çerçevesinde çözümü gerekecektir. O halde mahkemece öncelikle çekişme konusu bağımsız bölümlerin bulunduğu parselin imar durumunun ne olduğu ve yapının imara uygun olarak başlatılıp başlatılmadığı ve halen imara uygunluğunu koruyup korumadığı yetkili merci olan Belediyeden sorulmalı, yerinde yeniden keşif yapılarak iskan ruhsatı alınmasına engeli olup olmadığı bilirkişiye açıklatılmalıdır. Şayet davalıya ait arsa üzerinde yapılan binanın hukuka uygunluğu saptanırsa, her ne kadar yanlar arasındaki 1.3.1995 günlü sözleşmede akdin ifası taliki şarta bağlanmış olsa bile taliki şartı davalı tescili engellemek amacıyla yerine getirmiyorsa, davalının*

*bu tutumu Türk Medeni Kanununun 2. maddesine yer alan dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacağından, satış bedelinden fark bedel olan 19.000 Alman Markı davacıya, davalıya ödenmek üzere depo ettirilerek istem şimdiki gibi kabul edilmelidir. Bina, uygulamadaki tabiri ile imara aykırı yapılmış ve aykırılığın giderilme olanağı yoksa davacı ifadaki imkansızlık nedeniyle bağımsız bölüm tescilini değil davalının sübjektif kusuru nedeniyle akdin icra edilmemesinden kaynaklanan bütün zararlarını isteyebileceğinden dava reddedilmelidir (14. HD. 28.6.2006, 6051/7724).*

## 8) KOŞULLARI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşmeciler, yaptıkları sözleşme ile adalet sağladıklarına inanırlar. Zira onlar bu sözleşme ile karşı tarafın hakkını belirlemekte ve bu hakkın ne zaman ve nasıl teslim edileceğini düzenlemektedirler. Onlar için adalet, kendisine sağlanan ve karşı tarafa verilen haklar demektir. Bu hakların dengeli olması, eşitlik anlamına gelmiyor. Sözleşmeciler dengeyi nasıl kurmuşlarsa, denge odur. Sözleşmeden sonra, eserin aylar hatta yıllar içinde yapımı (inşası) devam ederken, tarafların öngördükleri veya öngöremedikleri koşullar ortaya çıkar ve “sözleşme adaleti” denilen dengeyi olumsuz etkilemeye başlar: Sözleşmecilerden biri (o koşullar yüzünden) edimini yerine getirmemekte veya getirememektedir, ya da kötü yerine getirmektedir. Tarafların söylemlerini, eylemlerini, yararlarını, amaçlarını anlayabilmek ve doğacak sorunları çözebilmek için, o koşulların doğru biçimde irdelenmesi gerekir. Koşulların değerlendirilmesinde dürüstlük kurallarından da yararlanılacaktır. Hatta koşullar, sözleşme adaletinin yeniden kurulmasında, dürüstlük kurallarına başvurmayı zorunlu kılacaktır.

Doğrudan yasa kuralından kaynaklanan bir hakkın kapsamının, dürüstlük kuralının (TMK. Md. 2/I) ışığında belirlenmesi, hükmün amacına uygun bir biçimde yorumlanması ile ulaşılan sonuçtur. Güven unsurunun, sonucu değiştirmeye yönelik büyük bir etkisi olmayacaktır. Ancak yasa kuralının yöneldiği hedeflerin ölçüsü, bazen karmaşık olabildiği gibi, taşıdığı amaçlar bakımından, çelişkilerin varlığı da söz konusu olabilmektedir. Böyle olduğunda, bu hedefler bile, dürüstlük kuralının getirdiklerini somut duruma getirmeye yetmeyebilir. Öte yandan yasa kuralının, amaç ölçütüne göre yorumlanması, yorumun yapılış neden ve dayanaklarından biridir<sup>33</sup>.

Yüklenicinin inşaata belli bir süre ara vermesi veya inşaata yetersiz bir iş gücü ve alet ve edevat tahsis etmesi durumunda iş sahibi 473/I hükmüne başvurabilir. Başlangıçta ortalama temponun üzerinde bir

33 İnal, 162.

hızla çalışan yüklenicinin, daha sonra işi yavaşlatarak veya tamamen durdurarak bu tasarruf ettiği zamanı kullanabileceği kabul edilmelidir. Buna göre objektif olarak inşaatın ortalama bir tempoda çalışma sonucu tamamlanabileceği sürenin belirlenmesi yoluyla, belli bir tarihte inşaatın bulunması gereken seviyenin tespiti gerekir. İşte bu noktada, yüklenicinin işbu seviyenin gerisinde kalması, TBK. md. 473/I hükmünün uygulanmasını sağlayabilir<sup>34</sup>.

İnşaat süresi yani inşaatın bitirileceği tarih sözleşmede belirtilmemişse, işin kapsam ve niteliği dikkate alınarak, inşaatın tamamlanması için olağan koşullar içinde deneyimli bir yüklenicinin ne kadar süreye ihtiyacı olacağı belirlenir. Eserin tamamlanma süresi belirtilmemiş olsa bile, yüklenicinin makul sürede işi tamamlaması dürüstlük kurallarının gereğidir. Yükleniciye “ihtarname” ile tanınan makul süre içinde inşaat tamamlanmazsa, iş sahibi sözleşmeyi bozabilir.

### YARGI KARARLARI

*Yanlar arasındaki sözleşmenin 18.maddesine göre “inşaat yapım süresi” ruhsat tarihinden itibaren 20 ay olarak belirlenmiştir.*

*Davalıya gönderilen 16.11.1999 tarihli ihtarda, davalının 6.5.1998 tarihi itibariyle temerrüde düştüğü açıklanmıştır. Davanın açıldığı 13.8.2001 tarihinde halen inşaatın tamamlanmadığı ortadadır. Davacıların, inşaatın gecikmesine neden olabilecek bir davranışları ileri sürülmemiş olmakla depremin olduğu tarihten önce davalının temerrüde düştüğü kabul edilmelidir.*

*Davalıya çekilen ihtarnamede, davalının temerrüdü nedeniyle, TBK.nun 125.maddesinde belirtilen hangi hakların kullanılacağı*

34 Ayan, 351-352: “Tamamlama/teslim tarihi belli olmayan bir sözleşmede inşaatın seviyesi, olması gerekenin gerisinde kalmışsa, iş sahibi uygun bir ek süre vererek bunun giderilmesini isteyebilir. Her ne kadar inşaat sözleşmesinde inşaatın tamamlanma veya teslimine ilişkin herhangi bir süre veya vade kararlaştırılmamışsa da, tarafların farazi iradelerinin, yüklenicinin inşaatı başlatması gereken tarihin ardından ara vermeksizin, ortalama bir iş gücü ve tempoyla çalışması ve böyle bir tempoyun sonunda inşaatı tamamlayarak inşaatı teslim etmesi gerekir. Bunun sonucu olarak, inşaatın tamamlanarak teslimi borcu, ortalama bir sürenin sonunda muaccel olacak, bu tarihte teslim gerçekleşmezse, iş sahibinin ihtarı üzerine yüklenici temerrüde düşecektir.”

*açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, davada, davalının temerrüdü sebebiyle akdin ifası ( eksik işlerin bedeli ) ve gecikmeden doğan zarar ( kira kayıpları ) talep edilerek seçimlik hak bu doğrultuda kullanılmıştır.*

*Alacaklının, akdin ifasını ve gecikmeden doğan tazminatı istemesi halinde, tekrar ek bir süre vererek diğer seçimlik haklarını kullanması mümkündür. Dava konusu olayda davacılar vekili 27.5.2002 tarihli dilekçelerinde sözleşmenin ileriye etkili bir şekilde feshini istemişlerdir. Davalının temerrüdünün gerçekleşmesi ve inşaatla ilgili bir çalışma içinde olmaması da dikkate alındığında akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir. Bu beyan davalı yüklenicinin kabulüne bağlı değildir. "Yüklenicinin işi kendi kusuruyla zamanında bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibinin akdi feshetmesi halinde ihtilafın TBK. 123-125 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği ancak olayın özelliklerine ve durumun haklılığına göre MK.nun 2.maddesi gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı" kabul edilmiştir.*

*Fesihte akit ortadan kalkmakla beraber, böyle bir çözümün sonucu olarak müteahhit kısmi ifasının bedelini iş sahibinden, iş sahibi de yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden talep edebilecek ve böylece tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.*

*Dava konusu olayda; inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılmamaktadır. Dairemizin içtihatlarına göre ileriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılamayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne varki davacı kendi isteğiyle ileriye etkili feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir.*

*Şu hale göre, ileriye etkili feshin sonuçları dikkate alındığında davacı arsa sahipleri, yüklenicinin işi geciktirmesinden doğan kira alacaklarını-ileriye etkili fesih istemine rağmen içtihadı birleştir-*

*me kararı uyarınca-talep edebileceklerdir. Mahkemece bu talep sadece deprem öncesine ait gecikme süresi için kabul edilmiştir. Oysa depremden sonra inşaatların davanın açıldığı tarihe kadar durdurulduğuna dair bir belge yoktur. Davacılar böyle bir durdurma kararının mevcut olmadığını iddia etmektedirler. Bu nedenle mahkemece ilgili imar müdürlüğünden ve belediyeden durum sorularak deprem yüzünden inşaatların ne kadar süre durdurulduğu belirlenmeli, büyük çapta bir depremin kendiliğinden meydana getirdiği bu gecikme mücbir sebep sayılarak hakkaniyete uygun bir süre için gecikme tazminatı istemi karar altına alınmalıdır. Mahkemece gecikme tazminatının depremin gerçekleştiği tarihe kadar kabul edilmesi, sonraki dönemin dikkate alınmamış olması belirtilen nedenlerle yerinde değildir.*

*Davacıların diğer davası eksik işlerin bedeliyle ilgilidir. Mahkemece bu istem reddedilmiştir. Oysa davacı arsa sahipleri temerrüde düşen yükleniciden akdin ifası niteliğindeki, eksik işlerin bedellerini talep edebilirler. Ne varki davacılar akdi ileriye etkili şekilde feshettiklerinden eksik işlerle ilgili dava yukarıda sözü edilen içtihadı birleştirme kararı uyarınca değerlendirilmelidir. Bahse konu içtihadı birleştirme kararı uyarınca ileriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalatın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir. Dava konusu olayda kararlaştırılan bedel ( arsa tapusu ) ve buna tekabül edecek bağımsız bölümler olduğundan, yüklenici işi tamamen ifa etseydi alabileceği bağımsız bölüm ( haliyle isabet eden tapu ), işin yüklenici tarafından terkedildiği seviyesine oranlanarak bulunacak fiziki orana denk gelen bağımsız bölüm ve tapusudur. Yani işin eksik bırakıldığı oranda yüklenici tapu almaya hak kazanamayacaktır. Bir örnek verilmek gerekirse işi tamamlasaydı yüklenici on adet bölüm alacak ise ve yüklenici işi terkettiğinde yaptığı işin tamamı tüm işin % 80'i ise bu halde ileriye etkili fesihle yüklenici 8 adet bölümün tapusuna hak kazanmış olacaktır. Mahkemece alınan bilirkişi raporu işin ileriye etkili fesih ve tasfiyesinin yapılmasına yeterli açıklığı taşımamaktadır. Bu ne-*

denle mahkemece, yeniden ( bir mimar, bir mühendis ve hukuki yorumda yardımcı olmak üzere bir hukukçudan ) oluşturulacak bilirkişi kurulundan, mahallinde keşif yapılarak rapor alınmalı, inşaatın imar mevzuatı ve yasal durumu da araştırılarak fiziki seviyesi saptanmalı, davalıya ne miktar bağımsız bölüm verileceği ve bunların yerleri ve tapu oranları belirlenmeli infazı kabil şekilde, mevcut inşaatta tarafların mevcut hakları açıklanarak yani, tasfiye de dikkate alınarak akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir. Böylece davacı arsa sahiplerinin eksik işler bedeliyle ilgili talepleri, davalının alacağı tapu kayıtlarından indirim yapılmış olacağından karşılanmış olacaktır (15. HD. 7.4.2004, 4795/1968).

--- ---

Dava, 19.12.1995 günlü sözleşmedeki paylaşım biçimine aykırı tesis ve tescil olunan 5 numaralı dükkanın tapu kaydındaki davalı payının iptal ve tescili istemine ilişkindir.

Taraflar arasında biçimine uygun düzenlenmiş 19.12.1995 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 3/A maddesinde `zemin kattaki dükkanın tamamının arsa sahiplerinden N.İ.'ye `ait olacağı hükmü bulunmaktadır. Bu sözleşme sonradan yapılan başka bir sözleşme ile değiştirilmediğinden binadaki bağımsız bölüm dağılımının sözleşmeye uygun yapılması zorunludur.

Binanın 9.7.1996 tarihindeki kat irtifakı inşaatın yüklenicisi ve tarafların vekili olan C.Ö. tarafından kurulmuş, zemin kattaki çekişme konusu 22/110 arsa paylı dükkanda davacı N'ye 6/22 davalı E.B.'ye ise 16/22 hisse verilerek kayıt buna uygun tesis edilmiştir. Kat irtifakı tesisinin sözleşmeye aykırı olduğu açıktır. Bu nedenle burada vekalet ilişkisinin hukuki niteliği üzerinde de durulması gerekecektir.

Borçlar Kanununun temsil ve vekalet ilişkisini düzenleyen hükümlerine göre vekalet sözleşmesi önemli ölçüde tarafların karşı-

*lıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan onun vekil edeninin yararına ve iradesine uygun davranma yükümlülüğünden kaynaklanır. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil sonuçlarından sorumludur. Hemen belirtilmelidir ki, vekil ile sözleşme yapan kişi Türk Medeni Kanunun 3. maddesinde anlamında iyi niyetli ise açıkçası vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa yapılan sözleşme geçerlidir ve taraflarını bağlar. Fakat vekalet görevinin icrası sırasında vekilin aldığı yetkiyi kötüye kullanarak vekil edenin aleyhine iş ve işlem yaptığını, sözleşmenin diğer tarafı bilmekte ise Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralının sonucu olarak bu sözleşme karşı tarafı bağlamaz.*

*Somut olayda; taraflar üzerine inşaat yapılacak arsanın paylı malikleridir. Vekil sıfatı ile hareket ederek kat irtifakını kuran C.Ö. ise 19.12.1995 tarihli sözleşmenin aynı zamanda yüklenicisidir. Anılan sözleşmede imzası bulunduğundan C.Ö.'nün sözleşme hükümlerini bilmeden işlem yaptığını, vekalet yetkisini aşırı kullanarak davalı E. lehine hak sağladığını davalı E.'nin de bu durumu bildiğini veya bilmesi gerektiğini kabul etmek hayatın olağan akışına uygun düşer. Aksine düşünce kötü niyetli davranışları teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Böyle olunca, mahkemece 19.12.1995 tarihli arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesine aykırı olarak oluşturulan 5 numaralı dükkandaki davalı payının iptali ile davacı adına tescilli adına karar verilmesi gerekirken somut olaya uygun düşmeyen bazı gerekçelerle davanın reddedilmiş olması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir (14. HD. 25.4.2006, 11853/4823).*

---•---

*Davacılar, 7.11.1979, 30.11.1979 ve 31.8.1979 tarihli satış vaadi sözleşmeleri ile miras bırakanları tarafından, satın alınan taşınmazların tapusunun iptali ile adlarına tescilini istemişlerdir.*

*Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.*

*Borçlar Kanununun 237. maddesi ile Medeni Kanunun 706 ve Noterlik Kanununun 89. maddeleri hükmü uyarınca, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noter önünde resen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan ve tam iki tarafa borç yükleyen kişisel hak veren sözleşmelerdendir.*

*Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet geçirim borcu yüklenen satıcıdan, edimini yerine getirmediğinde dava tarihinde yürürlükte bulunan Medeni Kanunun 716. maddesi uyarınca açılacak tapu iptali ve tescil davası ile edimin hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.*

*Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden Borçlar Kanununun 146. maddesi gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır ve bu süre sözleşmenin ifa olanağının doğmasından sonra işleme başlar. Ancak, satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye, yani vaad alacaklısına teslim edilmiş ise, on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda, zamanaşımı savunması Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından dinlenmez*

*Mahkemece, dava konusu olan taşınmazların K.Y. tarafından, davalı olduğunu bilerek satın alındığının kanıtlanamadığı kabul edilmiştir.*

*Mahkeme gerekçesinin yerindeliğini denetlemeden önce satış vaadi sözleşmesinden dava anına kadar geçen sürecin ve davalı K.Y. taşınmazları ne şekilde aldığıın irdelenmesi gerekmektedir.*

*Dosya içerisindeki belge ve tanık anlatımlarına göre, dava konusu taşınmazlar davacılar miras bırakanı tarafından satın alındıktan sonra, kullanımı geçici olarak satıcılara bırakılmıştır. Taşınmazların mülkiyetinin çekişmeli olması nedeniyle, alıcı adına*

*tescil mümkün olmamıştır. Mülkiyeti çekişmeli olmaktan çıkan sözleşmeye konu bir kısım taşınmazlar için Sulh Hukuk Mahkemesinde 21.8.1992 tarihinde dava açılmış ve 23.3.2001 tarihinde bu taşınmazların davacılar adına tesciline karar verilmiştir. Bu dava görülmekte iken de davalılar M.K.'ye adlarına kayıtlı taşınmazların satışı için 26.12.1996 ve 31.1.1997 tarihli vekaletnameleri vermişlerdir, 16.5.1997 tarihinde de M.K.'nin eşi Avukat S.K. davayı takip için vekaletnameleri vermişler ve davada davalıları Avukat S.K. temsil etmiştir.*

*Sulh Hukuk Mahkemesindeki dava sonuçlanmadan eldeki dava açılmış ve dava konusu taşınmazların bir kısmı da dava sırasında davalılar vekilinin kardeşi adliye personeli olarak çalışan K.Y.'ye Avukatın eşi M.K. tarafından vekaleten satılmıştır.*

*Medeni Kanununun 2. maddesi "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarının yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*

*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" şeklindedir. Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.*

*Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden ( resen ) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır.*

*Somut olaya tekrar döndüğümüzde, davalılar ve davacılar arasında satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık 1992 yılında açılan davadan beri devam etmektedir. M.K. eşi yargıla-*

*maya katılmadan önce satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazların satışı için aldığı vekaletnameyi kullanmış, önceki davada ve eldeki davada da davalılar adına kayıtlı taşınmazların satış vaadi sözleşmesine konu olduğunu bilmektedirler. Davalıların vekilleri ve vekilin eşi olan taşınmaz satış yetkisi verdikleri M.K. ile çıkar ve işbirliği içerisinde hareket ettikleri ve taşınmazları, vekilin adliye personeli olarak çalışan kardeşi davalı K.Y.'ye sattıkları anlaşılmaktadır. Karı koca ve kardeş ilişkisi içinde yukarıda açıklanan olayları bilmedikleri birbirlerinden habersiz hareket ettiklerini kabul etmek, halin icabı ve hayatın olağan akışı ile örtüşmemektedir. Davalı K.Y.'nin satın aldığı taşınmazların davalı olduğunu bilmesi gerektiği bu nedenle de aleyhine açılan davanın da kabulü gerektiği Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucudur (14.HD. 4.10.2005, 5637/8623).*

## 9) DİRENİME DÜŞEN YÜKLENİCİYE EK SÜRE VERMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Vadesi gelmiş bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla direnime düşer. Borcun yerine getirileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri yöntemine uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle borçlu direnime düşmüş olur (TBK. Md. 117). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, örneğin inşaat sözleşmesinde, taraflardan biri direnime düştüğü takdirde diğeri, borcun yerine getirilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini yargıçtan isteyebilir (TBK. Md. 123): Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisi olacağı anlaşılıyorsa veya borçlunun direnimi sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa ya da borcun yerine getirilmesinin belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek bulunmamaktadır (TBK. Md. 124).

İnşaat sözleşmesinde direnime düşen yükleniciye, edimini yerine getirmesi için uygun bir ek süre tanımak gerekmektedir. Bu sözleşmenin alacaklı tarafı, bu süre dolduktan sonra hakları için harekete geçecektir. Alacaklı, süreyi kendisi belirleyebileceği gibi, bunun belirlenmesini yargıçtan da isteyebilir. Ek süre, “formalite icabı” verilmediğinden, makul uzunlukta olacaktır. Borçlu tanınan sürenin makul olmadığı yönünde itirazda bulunabilir.

Ek süre vermenin dürüstlük kuralları gereğince iş sahibinden beklenmemesi durumunda iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilir. Buna göre inşaat seviyesinin çok geride kalmış olması nedeniyle, dürüstlük kuralları gereğince bu kadar bir ek süre vermesinin iş sahibinden beklenmediği durumlarda, iş sahibi ek süre vermeye gerek kalmadan derhal aynen ifadan vazgeçebilir.

İş sahibinin yapması gereken ara ödemenin miktarı ile durdurulan inşaa faaliyeti arasında bir dengenin bulunması gerekir (TMK. md.

2). Aksi halde inşaat süresinin durmayacağı kabul edilebilir. Buna göre örneğin iş sahibinin geciktirdiği ödemenin miktarının çok önemsiz olmasına karşın, yüklenicinin işi sürdürmesi dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenebiliyorsa, bu durumda artık inşaatın durdurulması hukuka uygun sayılmaz ve bunun sonucu olarak da inşaat süresi uzamaz. Bu nedenle bu hakkın kullanılması konusunda, iş sahibinin geciktirdiği yükümlülüğü ile işin durdurulması durumunda ortaya çıkabilecek zarar karşılaştırılarak yapılacak değerlendirme sonucunda, yüklenicinin işi durdurmasının hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun düşeceği benimsenebiliyorsa, öbür koşullar da gerçekleşmişse, inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir<sup>35</sup>.

#### YARGI KARARLARI

*Davacı arsa sahibi R. ile yüklenici R. arasında düzenlenen 18.10.1994 tarihli sözleşme ile davacıya ait arsa üzerinde davalı Ramazan inşaat yapımını üstlenmiş akdin ifa süresi bitmesine rağmen inşaatın tamamlanmaması üzerine davacı arsa sahibi akdin feshini ve inşaatdaki eksiklikler bedelini talep etmiş, yükleniciden daire satın alan davacı M. ise 3 ve 4 nolu dairelerin tapularının iptali ile adına tescilini istemiş, mahkemece, 4 nolu dairenin davacı M. adına tesciline, 3 nolu daire bedelinin davalı R.'dan tahsili ile davacı M.'ya verilmesine ve akdin feshine karar verilmiş, hüküm davacı M. ile R. ve davalı R. tarafından temyiz edilmiştir.*

*Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup yüklenici R. tarafından ek süreye nazaran inşaatı tamamlayamamış ve borçlu temerrüdüne düştüğünden arsa sahibinin akdin feshini isteme hakkı doğmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporu ile diğer raporda inşaatın seviyesi açısından belirgin çelişki vardır. Ek sözleşmedeki "inşaatın süresinde bitmemesi halinde devredilmeyen bağımsız bölümlerin arsa sahibine kalacağına dair hüküm" inşaatın getirildiği seviye nazara alındığında cezai şart olarak tacirin iktisaden*

35 Ayan, 122.

*mahvına sebep olacak nitelikte bulunup geçersiz sayılmıştır. Bu durumda akdin 25.1.1994 tarih ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ileriye ya da geriye etkili biçimde feshinin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ve davacı M.'nın 4 nolu daire ile ilgili tapu iptal talebinin kabulüne ve yine 3 nolu daire ile ilgili mahkemece belirlenen bedele hükmedilmeli ve böylece akit ileriye etkili şekilde fesih ve tasfiye olunmalıdır. Alınacak raporda belirlenecek inşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılabileceği derecede olmadığı takdirde ise akdin geriye etkili feshine ve yükleniciden daireleri satın alan davacı Mustafa'nın yüklenicinin akdi yerine getirmemesi ve tapuya hak kazanmaması nedeniyle kendisinin de 4 nolu dairenin tapusunun iptalini ve tescilini talep edemeyeceği kabul edilerek 4 nolu dairenin tapusunun iptali istemi reddedilmelidir (15. HD. 4.2.2005, 7507, 505).*

## 10 ) YAPIYI TESLİM ALMAYI REDDETMEDE DÜRÜSTLÜK

## KURALI

İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir (TBK. Md. 474). Gözden geçirmek ve kusurları bildirmek koşuluyla, eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa iş sahibi sözleşmeden dönebilir (TBK. Md. 475/I).

İş sahibi ısmarladığı eserde belli niteliklerin bulunmasını ister. Meydana gelen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması durumunda, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan teslim edilecek eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentisini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde eser ayıplıdır ve yüklenicinin ayıba karşı garanti sorumluluğu ortaya çıkar. Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya var olmasından vazgeçilemez kimi nitelikleri taşımayan eserdir. İş sahibi yararına yapılan eser sözleşmesi ile sonuçta ortaya çıkan eser, iş sahibinin amacını karşılamalıdır. Eğer eser iş sahibinin amaçladığı hizmeti vermiyor ise, kural olarak ayıplı olduğu kabul edilir.

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan özelliklere sahip olmamasına rağmen teknik kurallara uygun biçimde tamamlanıp teslim edilmişse, söz konusu eserin kararlaştırılan ile aynı değerinde ve nitelikte olması onun bozuk olması niteliğini ortadan kaldırmaz. Giderek yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan eserden daha değerli bir şey imal etmesi durumunda da, eserin bozuk olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durumda yüklenicinin sorumluluğu yoluna gidilmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir (TMK. md. 2)<sup>36</sup>.

TBK. md. 475/I, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanma-

36 Tunçomağ, 523, Ergezen, 70; Duman, 743.

bilmesini, bozukluk nedeniyle sorumluluktan için gerekli olan genel koşullardan başka, meydana getirilen eserin “kullanılmayacak veya hakkaniyet kurallarına göre kabulü beklenemeyecek” derecede bozuk olması özel koşuluna bağlamıştır. Bu fıkrada geçen, eserin kullanılabilirliği ve kabulün beklenememesi alternatif koşullar olmayıp, eserin kullanılabilirliği, kabulün beklenemezliği koşulunun yasada düzenlenmiş uygulama durumlarından biridir. Somut olayda eserdeki bozukluğun iş sahibi için kabulü beklenemez (kabule zorlanamaz) derecede olup olmadığı, hakkaniyet esasına göre, çatışan çıkarların tartılması suretiyle belirlenir. Bu konuda, ücretten indirme ve onarımın iş sahibinin işine yarayıp yaramayacağı veya dönmenin yükleniciye vereceği kayıpla iş sahibine sağlayacağı yarar arasında aşırı dengesizliğin bulunup bulunmadığı ya da bozukluğun giderilmesi için gerekli zaman ve giderler göz önünde tutulur<sup>37</sup>.

Eseri kabulden kaçınabilmek (sözleşmeyi bozabilmek) için kusurların veya aykırılığın önemli olması gerekir. Kusurların önemi, iş sahibinin öne sürdüğü istekler ve özgülünen amaç göz önüne alınarak eserin bütününe oranla değerlendirilmelidir. Kabulden kaçınmanın doğurduğu sonuçlar şunlardır: İş sahibi, eserden elinde kalanı, bu kayıp kendi kusurlarından veya bir kazadan ileri gelmiş olsa bile geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık eğer eser, kusuru yüzünden kaybolmuşsa ancak ikinci fıkradaki yönetime başvurulabilir<sup>38</sup>.

Susma ile kabulün gerçekleşmesi, ancak cevap verme zorunluluğunun bulunduğu durumlarda söz konusu olabilir. Bunun dışındaki durumlarda, ret cevabını vermekten kaçınmak veya ihmal etmek, sözleşme önerisinin kabul edildiğini anlatmayacaktır. Sözleşmeler, susma ile de kurulmuş sayılabildiği halde, sözleşme ile bağlı kalınmak istenilmediğinde, bunun reddine ilişkin bir davranışta bulunmak zorunluluğu yoktur. Kabul cevabı, dürüstlük kuralından doğan yan borçlar yüzünden, talimatın yerine getirilmesine ilişkin icra fiili ile birlikte işlemeye,

37 Aral, 371-372.

38 Velidedeoğlu/Özdemir, 575.

hüküm ifade etmeye başlamaktadır. TMK. Md. 2/I’de bulunan “Herkes, ... borçlarını yerine getirirken” anlatımı ile, edim borçlarının dışında, borç ilişkisinden doğan her türlü borç ve dolayısı ile yan borçlar da anlaşılmaktadır. Ne var ki yan borçların etkisi ile, borcun kapsamının genişletilmesi veya içeriğinin değiştirilmesi de söz konusu olmamaktadır. İzlenen hedef, dürüstlük kuralının gereklerinin, sözleşmede yer alan tüm borçlar bileşimine tam ve doğru olarak yansıtılmasıdır. Yan borçlar, somut edim ilişkisinin amacına uygun bir ifanın gerçekleşmesi çıkarına yardım etmekte olup, meydana gelmeleri bakımından, ifaya yardımcı yan borçlar dürüstlük kuralından (TMK. Md. 2/I) gelmektedir. Söz konusu borçların saptanmasında, onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum yöntemlerine gidilmektedir. Ancak ifaya yardımcı yan borçları kuran güven ilkesi, somut edim ilişkisinin amacı ile sonuçlandırılmış ve kayıtlanmıştır<sup>39</sup>.

Yapıdaki kusur, eseri arsa sahibi açısından kullanılamayacak bir duruma getiriyorsa sözleşmeden dönülebilecektir. Burada aranan, bozukluğun, eseri tamamen ve kesin olarak kullanılamayacak duruma getirmesidir. Ayrıca, eseri kullanılamaz duruma getiren bozukluk büyük harcamayı gerektirmeyen bir onarımla giderilebilecekse sözleşmeden dönme yoluna gidilemez. “Kullanılmazlık” ögesi sözleşmede öngörülen kullanılma amacına göre belirlenecektir. Eğer sözleşmede özel bir kullanma biçimi öngörülmüş ve buna ilişkin nitelikler belirtilmişse, bu nitelikleri taşımayan eserin karine olarak kullanılamaz durumda olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda dürüstlük kurallarının da göz önünde tutulması gerekmektedir ve her somut olayın bu kurallar içinde değerlendirilmesi yoluna gidilmelidir. Eserin kullanılamaz duruma gelip gelmediği dürüstlük kurallarına göre değerlendirilecektir. Bozukluğun iş sahibi tarafından eseri kabule zorlanamayacak derecede bulunması, her somut olayın koşullarına ve tarafların karşılıklı yararlarının tartışılması suretiyle hakkaniyete göre saptanacaktır. İş sahibin eseri bozuk olarak kabul etmesini beklemenin hakkaniyet ölçüsüne uyup uymadığına bakılacaktır. Sözleşmede açıkça belirtilen niteliklerin eserde bulun-

---

39 İnal, 185.

maması da dürüstlük kurallarına uygun olarak değerlendirilecek ve iş sahibinin eseri kabulü gerekip gerekmediği araştırılacaktır. Sözleşmede öngörülen özelliklerin eksikliğinin, eserin kabulünü beklenemez duruma getiren önemli kusur oluşturduğu karine olarak kabul edilmeli ve bu karinenin aksi yüklenici tarafından kanıtlanmalıdır. Sözleşmede kararlaştırılmış olan özelliklerin bulunmamasının eserin kabulünü beklenemez duruma getirecek derecede önemli olmaması durumunda iş sahibi ancak ücret indirimi ve onarım isteyebilecektir. Sözleşme ile eserde bulunması kararlaştırılan niteliklere aykırılık dürüstlük kurallarına göre iş sahibi tarafından eserin kabulünü beklenemez bir sonuç yaratmıyorsa, sözleşmeden dönme yoluna gidilemeyecektir<sup>40</sup>.

İnşaat sözleşmesinde teslimin (ifanın) gerçekleşmiş sayılabilmesi için yapının tamamlanmış, başka bir anlatımla sözleşmeye ve projeye göre bütün işlerin bitirilmiş olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Örneğin, yüklenicinin bazı işleri tamamlamadan inşaatı bırakıp gitmesi durumunda inşaat teslim edilmiş sayılır mı? İş sahibinin, yüklenicinin çalışması devam ederken binayı kullanmaya başlaması durumunda teslim ne zaman gerçekleşir? Yapının teslim edilebilmesi için tamamlanmış olması, yüklenicinin sözleşmedeki bütün yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmiş olması gerekir. Yüklenicinin bazı işleri eksik bırakmış olması durumunda teslim gerçekleşmez. Henüz tamamlanmamış bir inşaatın teslim edilmesi de teslim alınması da olanaklı değildir. Bu kuralın sadece dürüstlük kuralından kaynaklanan istisnaları bulunmaktadır. Şu durumlarda teslimin gerçekleşmediğinin iş sahibince ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır: a) Eksikliğin çok önemsiz olması durumunda (örneğin, yeni yapılmış bir binada tek bir elektrik prizinin eksik olması vb.), b) Yüklenicinin anlaşılabilir bir ifa iradesiyle inşaatı teslim etme iradesini ortaya koyması üzerine, açık veya örtülü olarak, henüz tamamlanmamış inşaatı ifa olarak kabul ettiği yönünde yüklenici nezdinde korunmaya değer haklı bir güven oluşturmasından sonra, iş sahibinin, teslimin eksiklikler nedeniyle

40 Erman, 131-133.

henüz gerçekleşmediğini öne sürmesi (örneğin, iş sahibinin uzun süre sessiz kalması veya ayıp ihbarında bulunması, taşınmazı kullanmaya başlaması vb.). Yüklenicinin anlaşılabilir bir ifa iradesiyle inşaatı teslim etme iradesini ortaya koymasından sonra, iş sahibin eseri ifa olarak aldığı açık veya örtülü olarak ortaya koyması, örneğin ayıptan doğan haklarını kullanması üzerine, yüklenicinin eksiklikleri bahane ederek teslimin henüz gerçekleşmediğini öne sürmesi, dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz<sup>41</sup>.

Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına uygun biçimde davranmaları esastır<sup>42</sup>.

Yüklenici yapıyı tamamladığını bildirmiş olsa bile; iş sahibi, yapıda önemli bozukluk varsa (inşaatı teslim almayı reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşmeyecekse) ve bu bozukluktan yüklenici sorumluyorsa inşaatı teslim almaktan kaçınabilir. Önemli bozukluk iş sahibine yüklenebilen nedenlerden kaynaklanmışsa, iş sahibinin teslimi reddetmesini hukuk korumaz. İş sahibi, yüklenicinin açık veya örtülü olarak sunduğu ifayı kabul etmediğini (teslimi reddettiğini) işin niteliğine uygun ve kısa bir süre içinde açıkça veya örtülü olarak yükleniciye bildirmelidir; aksi halde inşaatı o durumuyla ifa olarak kabul etmiş sayılabilir.

Alacaklı, istenebilir, yerine getirilmesi olanaklı bir edim, ifa amacıyla, kendisine gereği gibi önerilmesine karşın, haklı bir neden olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, direnime düşmüş olur (TBK. Md. 106). Bu durumda; A) Yüklenici eseri ifa amacıyla iş sahibine teslim ettiği halde iş sahibi tarafından kabul edilmezse, alacaklının direnime düştüğü tarihten başlayarak,

41 Ayan, 62-63.

42 Yavuz, 560.

yüklenici eserden elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden dolayı sorumlu olmaz. B) Eser, iş sahibinin direnime düşmesinden sonra yüklenicinin kusuru olmadan hasara uğrar veya telef olursa bundan doğan zarara alacaklı katlanır (TBK. Md. 483/I). C) Alacaklının direnime düşmesinden sonra faiz işlemez. D) İş sahibine ifa önerisinde bulunan yüklenici, daha önce direnime düşmüşse, bu önerisiyle birlikte direnimden kurtulmuş olur. Bunun sonucu olarak gecikme faizi işleme devam etmez. Ceza koşulu borçlunun direnime sürdükçe işleyen bir tazminat borcu olarak kararlaştırılmışsa, iş sahibinin direnime düştüğü andan başlayarak bu borç da artık işlemez olur. E) Alacaklının direnime gerçekleşince borçlu sorumluluktan kurtulma olanağını elde eder. Bu olanak borcun konusu olan şeyin tevdi, satılarak bedelinin tevdi, ya da sözleşmenin bozulmasıyla gerçekleşir. **Tevdi hakkı:** Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi yerini, ifa yerindeki yargıç belirler. Bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir (TBK. Md. 107). **Satma hakkı:** Sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir ise, borçlu, alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hâkimin izniyle onu açık artırma yoluyla sattırıp bedelini tevdi edebilir (TBK. Md. 108). F) Yüklenici, TBK. Md. 123-125’de yazılı hükümlere uyarak sözleşmeyi bozabilir. Özellikle arsa sahibinin eseri teslim almak zorunda olduğu durumlarda TBK. Md. 123 hükümleri uygulanacaktır (TBK. Md. 110). G) İş sahibinin direnime düşmesinden sonra bile, yüklenici, ifanın olanaksız duruma gelmesinden veya gereği gibi yapılmamasından sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk, yüklenicinin kusuru hafifse daha hafif olur; hatta yargıcın takdirine göre büsbütün ortadan kalkabilir (TBK. Md. 114/I).

### YARGI KARARI

*Davacı vekili, yanlar arasında imzalanan 16.05.2007 tarihli sözleşme uyarınca, davacının 15 adet tankın imalât ve montajı işini yüklediğini, edimini yerine getirerek tankları davalının “Yalova yolu 10. km Bursa” adresindeki fabrikasına teslim ettiğini ve montajını 01.10.2007 tarihinde tamamladığını, iş bedelinin ödenmeyen kısmının 125.000 euro olduğunu ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmak suretiyle, şimdilik 20.000,00 TL'nin davalıdan tahsilini istemiştir.*

*Davalı vekili, müvekkili ile dava dışı E. A. GmbHxCo.KG firması arasında 2006/209 numaralı ve 01.12.2006 tarihli sözleşme yapıldığını ve bu sözleşmenin müvekkili tarafından iş sahibi; anılan şirket tarafından ise, yüklenici sıfatlarıyla imzalandığını, sözleşme konusunda diğer işlerin yanında boya tanklarının ( PT/ED ) imalâtının da yer aldığını, davacı şirketin ise boyama tankları işinin yapımını, E. şirketi ile yaptığı 18.04.2007 tarihli “alt yüklenici sözleşmesi” ile yüklediğini, E. şirketi ile davacı arasında yapılan sözleşme uyarınca da yanlar arasındaki 16.05.2007 tarihli sözleşme hükümleri gereğince tankların yapımına ilişkin iş bedelinin E. Şirketi'nin onayından sonra davacıya ödenmesi gerektiğini ve belirtilen bu koşulun gerçekleşmediğini savunarak davanın reddini istemiştir.*

*Dava dışı E. Şirketi ile davalı şirket arasında yapılan sözleşme, bir eser sözleşmesidir. Yüklenici E. şirketi, davalı iş sahibine ait fabrikadaki sözleşme konusu işlerin yapımını yüklenmiştir. E. Şirketi ile davacı arasında yapılan 18.04.2007 tarihli sözleşme ise, bir eser sözleşmesidir. Bu sözleşme gereğince, E. şirketinin yüklenimindeki ( PT/ED tankları ) olan boyama tanklarının alt yüklenici sıfatıyla imalâtını ve montajını davacı yüklenmiştir. Yanlar arasındaki 16.05.2007 tarihli ve “sipariş teklif mektubu” başlıklı sözleşme ise, TBK'nun 470-486. maddeleri hükmünde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğinde değildir. Anılan Yasa'nın 470. maddesi ge-*

*reğince, eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, onunla yüklenici eser sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Eser sözleşmesinin bu yasal tanımına göre unsurları: bir eser meydana getirme, bedel ve sözleşmenin varlığıdır. Yanlar arasındaki sözleşme, eser sözleşmesinin tanımı ve unsurlarına göre değerlendirildiğinde; bir eser sözleşmesi niteliğinde olmadığı açıklıkla anlaşılmaktadır. Az yukarıda açıklandığı üzere; davacı ile dava dışı E. Şirketi arasında yapılan sözleşme uyarınca asıl yüklenici E.Şirketi'ne karşı bir eser meydana getirmeyi yüklenmiştir. Yanlar arasındaki sözleşme ise, davacının yüklediği ediminin yerine getirilmesi sırasında uyulması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliği ile alt yüklenici sıfatı ile davacının yüklediği imalâtın bedellerinin davalı tarafından ödenmesi koşullarını içermektedir. O halde, yanlar arasındaki bu sözleşmenin kendine özgü ve karma kuralları içeren bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir. Bu sözleşme uyarınca, davacının yüklediği edimi işçi sağlığı ve iş güvenliği koşullarına uygun hareket etmek; davalının karşı edimi ise davacı ile dava dışı yüklenici şirket arasında yapılan sözleşme ve yanlar arasındaki sözleşme hükümlerine uygun olarak iş bedelini ödemektir. 16.05.2007 tarihli sözleşmenin 10. maddesi; "Teknik konularda M. firması, E. firmasına karşı sorumludur. Ödemeler, E. firmasının onayından sonra yapılacaktır" hükmünü içermektedir. Sözleşmenin bu hükmüne göre davalının borçlu temerrüdüne düşürülmüş olduğunun kabul edilebilmesi için öncelikle, sözleşme hükmünde öngörülen "onay" koşulunun gerçekleşmesi zorunludur. Çünkü, borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK'nun 117/II. maddesi hükmü gereğince, davalının yanlar arasındaki sözleşmenin 10. maddesi hükmünde saklı tutulan hakka dayanarak "onay koşulu" gerçekleşmedikçe iş bedelini ödememe hakkı bulunmaktadır.*

*Alt yüklenici davacının imalâtını yüklediği eseri tamamlamış ve dolayısıyla eserin reddedilemeyecek derecede teslim hazır olması ve alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi durumunda yük-*

*lenici tarafından iş bedelinin ödenmesi için “onay” verilmemesi Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi hükmü uyarınca objektif iyiniyet kurallarına aykırı olur ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını da hukuk düzeni korumaz. Tamamlanmış eser, objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun tespiti ile mümkün olur. Davacının, uyuşmazlık konusu iş bedelinin istenebilir olduğuna ilişkin koşulların gerçekleştiğini yasal delillerle kanıtlanması gerekir. O halde, öncelikle yanlar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde öngörülen “onay koşuluna” göre E. Şirketi’nin onay verdiğini ya da onay verilmemesinin Medeni Kanun’un 2. maddesine aykırı olduğunu yasal delillerle davacının kanıtlanması durumunda alacağı istenebilir olur.*

*Yüklenici tarafından alt yüklenicinin yaptığı işlerin ayıplı olduğunu ve ayıpların giderilmesi için masraf yapıldığını 06.12.2007 tarihinde davacıya bildirdiği savunulmaktadır. TBK’nun 474. maddesi uyarınca açık ayıplar; 477. maddesi hükmü gereğince de gizli ayıplar için öngörülen sürelerde yüklenici ile alt yüklenici davacı arasında yapılan sözleşme koşulları da gözetilerek “ayıp ihbarı” yapılmış ise, aynı Kanun’un 475. maddesi gereğince ayıpların derecesi ve bu yasa hükmünde öngörülen seçimlik haklarından hangisini kullanması gerektiği; mahkemece yerinde uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla yapılacak keşif ve yaptırılacak inceleme sonucu takdir edilir. Ayrıca eksik işler mevcut ise bu işlerin de belirlenmesi gerekir.*

*Diğer yandan, işin tamamlanmış olup olmadığının ve bu kapsamda eksik ve kusurlu işlerin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde; yüklenici şirket ile davacı arasında düzenlendiği ileri sürülen 22.02.2008 tarihli adî yazılı belgenin de değerlendirilmesi gerekir.*

*Tüm bu sebeplerle mahkemece, yapılacak iş; yukarıda yapılan açıklamalar gözetilerek, iş bedelinin ödenmesi için yüklenici şirketin onay verdiğinin kanıtlanması durumunda davanın şimdiki*

*gibi kabulüne; ayrıca yerinde imalât yapılan tanklar üzerinde uzman bilirkişi incelemesi yapılarak işin tamamlanmış olup olmadığıнын, eksik ve kusurlu işler varsa işin kabulüne engel teşkil edip etmediğinin belirlenmesi ve varılacak sonuca göre eserin tamamlanmış olması sebebiyle ödemeye onay verilmemesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun kabulü halinde de yine davanın kabulüne; belirtilen bu hususların gerçekleşmemesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesinden ibaret olmalıdır (15. HD. 5.7.2012, 3349/5149).*

— . . . —

*Davacı davada; 15.11.2001 tarihinde yaptıkları “sözlü sözleşme” gereğince diş hekimi davalının yapımını yüklediği üst ve alt çene diş protezinin kullanılamayacak derecede ayıplı olduğunu; ayıpların giderilmesi amacıyla yaptırdığı işlemler ve tedavi sonucu başka bir diş hekimine (4.750,00) TL ödediğini, manevi mağduriyeti sebebiyle manevi zararının gerçekleştiğini ve bu nedenle (15.000,00) TL manevi tazminat ödemek suretiyle manevi zararının giderilmesi ve ayrıca ödediği (2.500,00) TL iş bedelinin iadesi gerektiğini ileri sürerek; belirtilen miktarlardaki maddi ve manevi tazminatların ve ödenen iş bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.*

*Davalı karşı davacı, davacının oynamış durumda olan alt ön grup porselenini kron kesimi uygulamadan tek parça halinde çıkardığını, çift ankerli alt çene modern protezi ankerlerin sıkıştırılması, mümkün olmadığı takdirde değiştirilmesi için laboratuara gönderdiğini, laboratuvar işlemleri neticesi ankerlerden ( protez tutucusu ) birinin değiştirildiğini, diğerinin sıkılaştırıldığını; çıkarılmış olan alt ön grup porseleninin yapııştırıldığını, eski alt protezinin düzeltilmiş ankerlerle birlikte takıldığını ve sonuçta alt çene protez tamiri yapıldığını, davacının üst çenesi ile ilgili her hangi bir şekilde onarım ve tedavi yapmadığını, davacının yapılan işin bedelini de ödemediğini savunarak hakkındaki davanın reddine; gerçek dışı iddialarla kişilik haklarına saldırıda bulunması sebe-*

*biyle de davacı karşı davalının ( 10.000,00 ) TL manevi tazminat ödemesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

*Mahkemece, davacı karşı davalının maddi tazminat davasının kabulüne ve ( 7.250,00 ) TL maddi tazminatın; manevi tazminat davasının kısmen kabulü ile de ( 3.000,00 ) TL manevi tazminatın 15.11.2001 olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline; davalı karşı davacının davasının reddine karar verilmiş ve verilen bu karar, davalı karşı davacı vekilince temyiz edilmiştir.*

*Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuksal ilişki, Borçlar Yasasının 470. maddesinde tanımlandığı üzere niteliğince bir “eser” sözleşmesidir. Kural olarak, eser sözleşmesi, zorunlu şekil koşuluna bağlı değildir. Ancak, sözlü yapılan sözleşme inkar edildiği takdirde, sözleşmenin yapıldığı zamanki miktar veya değeri HMK.nun 200. maddesindeki miktardan fazla ise akti ilişkinin anılan yasa hükmü gereğince davacı tarafından yazılı delille kanıtlanması zorunludur. Akdi ilişkinin tanık delili ile kanıtlanabilmesi için ya davacı tarafından “yazılı delil başlangıcına” dayanılmış olması veya davalının tanık dinlenmesine açıkça onay vermiş olması gerekir ( HMK. md. 202, 200 ). Somut olayda davacı tarafından yazılı delil veya delil başlangıcı sunulmadığı gibi, tanık dinlenmesine de davalının açık onayı bulunmadığından akdi ilişki, tanık delili ile kanıtlanamaz. O halde, davacı iddia ettiği gibi, yanlar arasındaki akdi ilişkinin alt ve üst çene protezlerinin ve tedavilerinin tümünü kapsadığını; dava dilekçesinde “yemin” deliline dayanmış olmakla “yemin” delili ile kanıtlayabilir. Mahkemece, davacıya “yemin önerme” hakkı hatırlatılmalı, sonucuna göre yanlar arasındaki akdi ilişkinin kapsamı belirlenmelidir. Ayrıca iş bedelini davalıya ödediğini ileri sürdüğünden Türk Medeni Kanunu’nun 6. ve Borçlar Yasasının 479/1. maddesi gereğince kanıtlamakla davacı ödevli olduğundan, az yukarda açıklanan hukuksal sebeplerle iş bedeli ödemesine yönelik olarak da mahkemece da-*

vacıya “yemin önerme hakkı” bildirilmeli, sonucuna göre de davacıya ödeme yapılıp yapılmadığı, yapılmışsa tutarı saptanmalıdır.

Yanlar arasında iş bedelinin miktarı da uyuşmazlık konusu olduğundan; saptanacak akdi ilişkinin kapsamı ve en azından davalının yaptığı iş itibarıyla inceleme konusu işi bilir üç kişilik dış hekiminden oluşacak bilirkişi kuruluna davacı muayene ettirilerek Borçlar Kanununun 481. maddesi hükmü gereğince işin yapıldığı tarihteki piyasa rayiç bedellerine göre tutarının belirlenmesi gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olması halinde bu ayıplar kabule engel değil ise; iş sahibi ayıpların aynen giderilmesini veya giderilmesi için gerekli bedelin tahsilini ya da iş bedelinden bu miktarın indirilmesini; ayıplar eserin kabulüne engel derecede ise, eseri iade ve ödediği bedelin geri verilmesini ve koşulları oluşmuş ise diğer zararlarını talep edebilir ( TBK.md.475 ). Öte yandan, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafı gerektirmemesi de zorunludur. Çünkü eser bedelini aşan onarım giderini yüklenici reddedebilir. Bu halde, Medeni Yasanın 2. maddesinde öngörüldüğü üzere, dürüstlük kuralı gereğince, iş sahibi ya ücretten indirim yapılmasını veya sözleşmenin feshini isteyebilir. Az yukarıda açıklanan bilirkişi incelemesi yaptırılırken, bilirkişi kuruluna işin “ayıp” derecesinin de tespiti mahkemece yaptırılmalıdır.

Davada; davacı hem ödediğini ileri sürdüğü iş bedelinin geri verilmesini hem de ayıpların giderilmesi masraflarını istemektedir. Oysa, ayıpların aynen giderilmesini yahut masraflarını istemek, aktin aynen ifası doğrultusunda irade bildiriminde bulunulduğunu ifade eder. Bu halde, iş bedelinin iadesi istenemez. İş bedelinin geri verilmesinin istenmesi durumunda sözleşmenin feshi söz konusu olur ve TBK’nun 125. maddesi gereğince ayrıca olumlu zarar değil, gerçekleşmiş ve sorumluluk koşulları oluşmuş ise olumsuz zararlar da istenebilir.

*Açıklanan tüm bu hukuksal çerçeve dahilinde; mahkemece araştırma ve inceleme yapılarak yapılan işin kapsamı belirlenmeli, buna göre iş bedeli saptanmalı, iş bedeline mahsuben davacı tarafından ödendiği kanıtlanan miktar varsa ve iş ayıplı yapılmışsa derecesine göre ayıbın giderilmesi masrafları belirlenirken ödenmeyen miktarın mahsubuyla buna göre tahsili gereken masraf varsa ödetilmesine, iş bedelinin iadesi davasının reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmelidir. Öte yandan, davalı yüklenici tarafından yapılan işin ayıpsız olduğunun saptanması durumunda da, ödendiği ileri sürülen iş bedelinin iadesi ve ayıpların giderimi masraflarının ödetilmesi istemine ilişkin davanın tümünden reddi gerekeceği kuşkusuzdur. Açıklanan bu hususlar gözetilmeden mahkemece yazılı şekilde alacak ve maddi tazminatın ödetilmesine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir (15. HD. 14.2.2005, 3331/698).*

## 11) ESERDEKİ EKSİKLİK VE BOZUKLUKLARI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Bir sözleşmede edimin yerine getirildiğinden söz edebilmek için, borçlanılan eda ile ( eseri meydana getirme borcu ) fiilen yerine getirilenin sadece söze bakılarak değil, amacı itibariyle birbirine uyması gerekir. Sözleşmede beklenen gayeye ulaşılabilmesi ya da bu gayenin tehlikeye düşmesi hallerinde edanın ( eserin ) varlığından söz edilemez. Esasen, yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma borcu bunu gerektirir. Bunun içindir ki, yüklenicinin yapacağı imalatta iyi cins malzeme kullanılması, gerekirse genel ihbar yükümlülüğü, işe zamanında başlama ve devam etme gibi borçları da bulunmaktadır. Bu borçların kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi durumunda eserde ayıplar ortaya çıkar. Ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan ( yüklenicinin esere ilişkin olarak zikrettiği ) niteliklerin veya dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki fark ayıptır. Açık ayıp, eserin iş sahibine teslimi anında kolaylıkla görülebilen ayıplardır. Buna karşılık gizli ayıp, eserin tesliminden sonra ve kullanımı sırasında kendini gösteren ayıp türüdür<sup>43</sup>.

Eksik işleri bulunan inşaatın teslimi: İşin bitmemiş olması ile bozuk/kusurlu olması farklı olgulardır. İş sahibi, bozukluğu “önemli” derecede olmayan eseri reddedemeyeceği gibi; kendi arsası üzerinde yapılan inşaat tamamen yıkılmaya mahkûm olmadıkça kabulden kaçınamaz. Bu bakımdan bozukluk ve eksiklik arasındaki ayırım önemlidir. Örneğin henüz bazı katları yapılmamış veya çatısı kapanmamış ya da sadece kaba beton işi yapılmış bir yapının bitmediği kabul edilirken; sözleşmedeki projesinden büyük veya küçük yapılması, bazı tesisatın henüz tamamlanmaması, fayansların döşenmemesi kusurlu (ayıplı) ifa sayılır. İnşaat henüz tamamlanmamışsa (eksik iş varsa), teslimden söz edilemeyecektir. Ancak, şu durumlarda eksik iş nedeniyle teslimin ger-

43 14. HD. 26.7.2011, 8786/9818.

çekleşmediğinin öne sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı olur: Eksiklik çok önemsizdir ya da iş sahibi henüz tamamlanmamış inşaatı ifa olarak kabul ettiğini ortaya koymuştur; iş sahibinin uzun süre sessiz kalması veya bozukluk bildiriminde bulunması, taşınmazı kullanmaya başlaması gibi durumlarda teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Tamamlanmamış işler, inşaatın tamamına oranla “önemli ve büyük eksiklikler” niteliğinde ise, özellikle işin hacmi, eksik kalan işlerin nitelik ve miktarı göz önüne tutulduğunda, iş sahibinin inşaatı ifa olarak kabul etmesi, dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenemediği durumlarda, teslimin ve dolayısıyla ifanın gerçekleşmeyeceği kabul edilmelidir. Bu durumda, iş sahibinin yapının tamamlanmış kısmını kullanmaya başlaması, sessiz kalması, yapıya girerek onu tamamlamaya çalışması inşaatı teslim alma iradesinin yerine geçmemelidir. Bu gibi “önemli” eksiği bulunan bir yapı iş sahibi tarafından tamamlandı veya tamamlattırıldığı tarihte teslim edilmiş sayılmalıdır. **İnşaat “orta derecede eksik” ise**, yüklenicinin bildirimde bulunarak ve yapıyı terk ederek ortaya koyduğu teslim (ifa) iradesi karşısında ifanın gerçekleşmemiş sayılması için, iş sahibinin uygun bir süre içinde yapıyı bu durumla ifa olarak kabul etmeme iradesini ortaya koyması gerekir. Aksi halde, yüklenicinin, inşaatın bu durumla teslim alındığına yönelik haklı güveni korunur. İş sahibi teslim sırasında açıkça görülen eksikliklere sessiz kalmışsa, yüklenicinin inşaat alanından ayrılmasına itiraz etmemişse, bozukluk bildiriminde bulunmuşsa, konuta yerleşmiş veya kiraya vermişse, teslim sırasında ödenmesi gereken ücreti kısmen de olsa ödemişse, teslimin (ifanın) gerçekleşmediğini öne sürememelidir. Ancak iş sahibinin teslimi açıkça reddettikten sonra yapıyı kullanmaya başlaması, kural olarak teslimi ve dolayısıyla ifayı kabul ettiği anlamına gelmez. **“Eksik bırakılan iş tamamlanan işe oranla çok küçük bir değer ve önem taşıyorsa”**, iş sahibinin teslimi ifa olarak kabul etmeme hakkından söz edilemez. Bu tür eksiklere karşın, yüklenicinin teslim iradesi, tek başına teslimin (ifanın) gerçekleşmesi için yeterlidir. İş sahibinin bu tür eksikleri bulunan bir inşaatı ifa olarak teslim almama iradesinin hiçbir önemi yoktur. İş sahibinin bozuklukları bildirmeme-

si, sessiz kalarak yapıyı kullanması veya bedeli ödemesi inşaatı teslim alma iradesinin varlığını gösterir. Önemsiz eksikliği bulunan inşaatın teslim edilmiş sayılması için, iş sahibinin inşaatı bu durumyla ifa olarak teslim aldığı yönünde yüklenicide güven oluşturmasına da gerek yoktur<sup>44</sup>.

---

44 Ayan, 60 vd.

## 12) SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERİ DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (Culpa in contrahendo), sözleşmenin kurulmasından önceki evrede görüşmecilerden birinin veya yardımcılarının, öbür görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan “sözleşme benzeri güven ilişkisine” aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluktur. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin kapsamı, koşulları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleriyle görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi TMK. md. 2’deki dürüstlük kuralına dayanır. Görüşmeler sırasında görüşmecilerin sözleşmenin kapsamı ve koşulları konusunda birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Görüşmeciler, bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan sorumludurlar. Sorumluluğun gerçekleşmesi için üzerinde görüşmeler yapılan sözleşmenin kurulması zorunlu değildir. Sözleşme kurulmadan kesilmesi, sorumluluk nedeni olmaz. Görüşmelere başlayan kimsenin sözleşmeyi yapma zorunluluğu yoktur. Görüşmeleri kesen kimsenin karşı görüşmeciye bunun nedenini bildirmesi ve hesap vermesi gerekmez. Zira her görüşmeci görüşmelerin kesilebileceğini hesaba katmak zorundadır. Bu nedenle görüşmelerin kesilmesi yüzünden sözleşmenin kurulacağı beklentisi ve ümidi içinde öbür görüşmecinin bir zarara uğraması sonucu değiştirmez. Ancak, görüşmeleri kesmek ve bu yolla karşı görüşmeciye zarar vermek niyetiyle görüşme başlatan kimsenin bu davranışı görüşme sorumluluğuna neden olabilir<sup>45</sup>.

45 Şeker, Muzaffer, Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini (Şekil Noksanı olarak geçecektir), Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2008, 56 vd.: “Görüşme aşaması bile taraflar arasında bir hukuki ilişki kurar. Bu

safhada da taraflar dürüstlük kurallarına uygun hareket etmelidir. Yani taraflar sözleşmenin yapılması konusunda ciddi bir niyetle ve karşı tarafı aldatma kastı olmadan sözleşme görüşmelerine katılmalıdır. Bu kapsamda şekil şartına tabi olan sözleşmeyi şekil şartına uymadan yapmayı istemek veya şekil şartına tabi olduğunu karşı taraftan gizlemek dürüstlük kuralına aykırıdır. Görüşmeler sırasında dürüstlük kuralına uygun hareket etme kapsamında, sözleşmenin kurulması veya şartların belirlenmesi ile ilgili kararlara etki edecek konularda aldatıcı davranışta bulunmamak ve gerekli bilgileri karşı tarafa vermek, karşı tarafın hatasını düzeltmek, karşı tarafın şahsını ve malını koruyacak tedbirleri almak da vardır. Taraflardan biri bu yükümlülüklerine aykırı davranırsa, yanlış bilgi verirse, susarsa, gerekli dikkat ve özeni göstermezse, sözleşme niyeti olmadan görüşmeler yaparsa, edimin olanaksız olduğunu bildiği halde sözleşmeyi yaparsa, hileye başvurursa, kendi kusuru ile hataya düşer ve bu nedenle sözleşmenin iptali gündeme gelirse; meydana gelmeyen sözleşmede karşı tarafa veya sözleşmenin konusuna zarar verirse, bir kimse yetkisizlikle işlem yapar ve bu işleme icazet verilmezse; şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin iptaline sebep olur ya da sözleşmenin şekle aykırılığı halinde geçersizliğe ilişkin karşı tarafı bilgilendirmezse ve bütün bunlar sonucunda bir zarar meydana gelirse kusurlu taraf bu zararları tazminle yükümlüdür. Her konuda anlaşılmasına rağmen sözleşmeyi şekil şartına uygun olarak yapmaktan kaçınan veya şartlara uymadan sözleşme yapan ve böyle bir sözleşmenin geçersiz olduğunu bilen kimse de doğan zararların tazmini ile yükümlüdür. Zira karşı taraf sözleşmenin gerçekleştiğini zannederken bu güveni kötüye kullanan kişi zararlardan sorumlu olmalıdır. Ancak her iki tarafın da kusuru varsa tazminat istenemez. Bu durumda tahvile başvurulmalıdır. Ancak şekil noksanlığının her iki tarafça bilinmesine taraflar edimi yerine getirmesi konusunda veya şekil şartına uygun yeni bir sözleşme yapacakları konusunda güvence vermişlerse, buna rağmen sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle hükümsüzlüğünü ileri sürerek, edim ifa edilmiyor veya şekle uygun yeni sözleşme yapmaktan kaçınıyorlarsa yine güven sorumluluğu kapsamında tazminat istenebilir. Bu halde tazmin edilmesi gereken zarar, geçerliliğine güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden uğranılan menfi zarardır. Yani sözleşme yapılmaya hiç girilmeseydi uğranılmayacak zarardır (potsa, noter vs., borcun ifası için yapılan hazırlık masrafları, başka sözleşme yapma şansının kaçırılması). Burada borcun ifa edilmemesinden uğranılan zarar istenemez. Olumsuz zarar tazminin istenmesi sözleşmenin hükümsüz olduğu anlamına gelir ki bu durumda da hükümsüz olan sözleşmenin ifasına ilişkin çıkar istenemez. Dolayısıyla sözleşmenin şekil noksanı ile geçersiz olduğu hallerde de sözleşmenin geçerli olduğuna güvenen taraf olumlu zararın değil ama menfi (olumsuz) zararın karşılanması isteyebilecektir. Şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olması halinde, sadece menfi zararın istenilmesi haksızlığa sebebiyet verecekse ve TBK. md. 35/II veya 47/II'nin şartları da mevcutsa, hakim daha fazla tazminata hükmedebilir. Fakat herhalde zararın tazmin edilmesi, sözleşmenin geçerli olması halinde elde edilebilecek kazanımların miktarını aşmamalıdır."

### 13) SARSILAN GÜVENİN SÖZLEŞMEYE ETKİSİNİ DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşme taraflarından biri, doğruluk ve dürüstlük kurallarından ayrılarak karşı yanın güven duygusunu zedelemişse, sözleşmenin o yan bakımından çökmez hale geldiğinin kabulü gerekir. Feshe kusuru ile neden olan taraf, karşı yandan kâr yoksunluğu zararı ve cezai şart isteyemez<sup>46</sup>.

Sözleşmeciler “sözleşmeye devamı onlardan beklenmeyecek ölçüde” birbirlerine güvenlerini yitirmişlerse sözleşmeyi bozabilirler; sözleşmecilerin güven duygusu, sözleşmenin kaleme alınışındaki özensizlikten fırsat yaratma biçiminde zedelenebileceği gibi, sözleşmecilerin birbirlerine ağır hakaret ve iftirada bulunmaları, birbirlerini ağır biçimde yaralamaları... şeklinde de yok olabilir. Güvenin yitirilmesi nedenine dayanan bozma (fesih) hakkı TMK. md. 2 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Örneğin, yüklenici sözleşmenin kendisine yüklediği yapı izni almadan inşaata başlarsa<sup>47</sup>, inşaat onaylanmış projeye aykırı olarak meydana getirilmişse<sup>48</sup>, eser teslim tarihinde tamamlanmamışsa, arsa sahibi mevcut sözleşmeye rağmen başka bir yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaparak arsayı ikinci yükleniciye teslim etmişse<sup>49</sup>, sözleşmeciler birbirlerini karşılıklı olarak suçlayarak eserin ortaya çıkmasını engellemişlerse<sup>50</sup>, sözleşmeciler kusurlarıyla sözleşmenin feshine neden olmuşlarsa onların güven duygusu “sözleşmeye devamı onlardan beklenmeyecek ölçüde” sarsılmış sayılır ve bu durum sözleşmeyi bozma nedeni sayılabilecektir<sup>51</sup>.

Dürüstlük kuralı, güven duygusunun gereklerine uymak zorunluluğunu öngörür. Güven duygusunun başlangıç noktası ise, taraflar

46 15. HD. 3.6.1999, 1450/2278.

47 15. HD. 8.10.2001, 2003/4409.

48 15. HD. 14.10.2002, 3327/4594.

49 15. HD. 24.10.2002, 3124/4837.

50 15. HD. 23.1.2002, 3766/305.

51 Karataş, 357-360; Eren, I, 209.

arasındaki sözleşme ilişkisidir. Taraflar karşılıklı olarak verdikleri söze sadık kalmalı ve yine her biri, diğerinin verdiği söze inancını bağlayabilmelidir. Karşılıklı güven ilişkisi kurulduktan sonra, kimse haklı olarak beslediği beklentilerden yoksun bırakılmamalıdır. Herkes, muhatabının kendisinden beklemekte haklı olduğu tutum, davranış ve borçları göz önünde tutmakla sorumlu olmaktadır. TMK. Md. 2/I kuralı, böylece, tarafları birbirine bağlı tutmakta, güvenin korunması ilkesine de yönelmektedir. Güven ilkesine sığınarak, bir hukuk kuralının uygulanmasından kaçınmak olanaklı değildir<sup>52</sup>.

Sözleşmeye bağlı kalmamada haklı görülebilecek olan her sözleşen, karşı yanın sözleşme uyarınca borçlanılmış edim yükümlerine aykırı davranıp davranmadığına, edimler arası dengeyi alt-üst edip etmediğine bakmaksızın, sözleşmeyi çözebilecektir. Önemli olan, karşılıklı sözleşme ilişkisindeki edimler arası dengenin bozulup bozulmadığı değil, sözleşme ilişkisinin temelindeki karşılıklı “güven bağlılığının” kopup kopmadığıdır. Borçlunun sözleşmeye aykırı her davranışı, aynı zamanda alacaklının sözleşmeye aykırı davranılmayacağı yolundaki korunmaya değer güvenini kökünden sarsmış sayılacak ve alacaklı, karşılıklı denge bozulduğu için değil, fakat doğrudan doğruya borçlusuna karşı beslediği güven kökünden sarsılıp yıkıldığı ve artık sözleşmeye bağlı kalmasının, güven ilkesi çerçevesinde “katlanılmaz”, “kendisinden beklenilmez” bir şey olacağı için sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmeden dönme, sözleşmeyle bağlı kalmanın, artık, sözleşenden TMK. md. 2/I kuralı karşısında beklenmediği durumlarda, sözleşmeye kesin olarak ve sonuna kadar bağlı kalmanın sözleşme adaleti ile bağdaşmaz sivililiklerini törpüler<sup>53</sup>.

Karşılıklı güven bağlılığına dayanan, güven temeli üzerine oturtulan sözleşme ilişkisinde, bu karşılıklı güven bağlılığını sürdürmenin, bir sözleşme sarsıntısı ile karşılaşan sözleşmeciden artık beklenmezliği

52 İnal, 158-161.

53 Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, sf. 41-42; Eren, I, 210.

ana fikrinden doğar. Güvenin korunması ilkesi (güven ilkesi), hukuken korunmaya değer bulunan bir çıkarını gerçekleştirmek üzere bulunduğu kişi indinde bir güven olgusu yaratanın, bu güvenin sonuçlarına katlanması ve onun, bir kez yaratmış bulunduğu güveni artık sarsmaması anlamını taşımaktadır. Sözleşmecilerin her birinin, sözüyle ve eylemiyle karşı taraf indinde yarattığı korunmaya değer, haklı güveni boşa çıkarmaması gerekir Bu anlamıyla, önce, bir sözleşme ilişkisinin kurulup kurulmadığını, eğer kurulmuşsa, bu ilişkinin “geçerli olarak” kurulmuş olup olmadığını ve geçerli olarak kurulmuş ilişkinin konusunu belirleyen güven ilkesi gereğince, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra da, söz veren, her şeyden önce söz verdiği kişiye karşı her zaman sözüne bağlı kalacak, sözveriye uygun davranılacağına her zaman için güvenilebilecektir. Sözleşmecilerin birbirleri indinde “güvenilebilir kişi” olarak kalmaları, sadece verilmiş sözlere bağlılıkla değil, fakat bunun ötesinde ve çok daha kapsamlı bir çerçevede, verilen söze eşlik eden tüm maddi olgularla ve tutumlarla yaratılmış olan güveni sarsmamakla da gerçekleştirilecektir. Her bir sözleşmeci, karşı yanın çıkarlarını da gözetecek, onun bu çıkarlarına saygısızlık etmeyecek, onları tehlikeye sokmayacaktır. Güven ilkesinin yasal dayanağını oluşturan TMK. Md. 2/I gereğince, *“herkes, haklarını kullanmada ve yükümlerini yerine getirmede, bağlılık ve güvene uygun davranmak zorundadır.”* Her bir sözleşmeci karşı yanın kendisine karşı beslediği kapsamlı güveni çökertmeyecek, ifa istem ve yükümlerinde, karşılıklı bağlılık ve güvene, karşılıklı çıkarlara saygılı davranacak, bu esaslara uygun düşmeyen biçimde yükümlerden kaçınıp, istemlerde bulunmayacaktır.

Güven ilkesi, borçlunun fedakârlığını sınırlayan yanıyla “borçlunun”, alacaklının sözleşme ile güttüğü öznal amaçları ve bu amaçları gerçekleştirmeye yarayacak borçlu yükümlerini (yan edim yükümlerini) sözleşme konusuna, borçlunun ediminin kapsamına sokan yanıyla da “alacaklının hizmetindedir. Borçlunun edim eylemlerini yerine getirme fedakârlığı ile alacaklının edim sonucuna kavuşma ve öznal amacını gerçekleştirme çıkarını uzlaştırır, dengeler. Karşılıklı çıkarların

böylesine dengeli bir biçimde gözetilmesini sağlayabildiği ölçüde de, somut sözleşme adaletini gerçekleştirmeye yarar. Kusursuz sözleşmeciyi kusurlu sözleşmeciye karşı koruyan, borçluyu borcundan kurtaran, adaletli bir risk (hasar) dağılımı ve paylaşımı sağlayan, “güven zararı” ödeme yükümleri kuran, alacalının aynen ifa yaptırımını kayıtlayan, “cebren icra”yı olanak dışı kılan tüm kurallar, hep güven ilkesinin damgasını taşır. Gerçekten de, ortada hukuken önem taşıyor gerçek bir ifa engelinin var olup olmadığını, eğer varsa, bu engelden ötürü, herhangi bir sorumluluğun söz konusu olup olmayacağını, eğer bir sorumluluk söz konusu olacaksa, bu sorumluluğa hangi hukuksal sonucun bağlanacağını belirleyen, hep bu “karşılıklı bağlılık ve güvenin korunması”, karşılıklı çıkarların dengeli bir biçimde gözetilmesi” ilkesidir. İfa engelleri alanında, yasada öngörülmuş “yedek hukuk kuralları”, aslında, bu geniş anlamıyla, güven ilkesinin bir yansımasından, bir uzantısından başkaca bir şey değildirler. Eğer zorlayıcı, buyurucu hukuk kurallarını TMK md. 2/II’nin “hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi” düzeltip, somut olay adaletinin isterleriyle uyumlu kılıyorsa, yedek yasa kurallarını da TMK. Md. 2/I’in “güven ilkesi” düzeltip, somut sözleşme adaletinin isterleriyle uyumlu kılacaktır.

Güven kavramı, anlam itibarıyla sadece, etik ve moral beklentilerin mevcut olduğu bir kavram değildir. O, aynı zamanda, toplum içerisindeki bireylerin iletişimde çok ciddi rol oynayan ve bazı durumlarda eksik kalmış, tamamlanamamış ya da üstü kapalı olarak geçirilmiş, bazı irade beyanlarının yorumlanması ve tamamlanmasında önemli derecede etkisi olan psikolojik-sosyolojik bir kavramdır. Bilgilendirme gereksinimi içinde, güven kavramının, ekonomik, sosyal ve kültürel anlamları da mevcuttur. Bir görüşe göre güven kavramı, toplum içerisinde, bir bireyin diğer bireylerle olan ilişkilerini tamamlayan; bu ilişkilerin yorumlanmasında kullanılan; ya da o bireyin geleceği ile ilgili olan olaylarda yol gösterici bir rol oynayan, tamamen insanın kendi iç dünyasıyla ilgili bir davranış, bir ruh hali, bir zihniyet, bir anlayıştır.

Güven kavramının temelinde; doğruluk, dürüstlük, açık sözlülük,

içtenlik, gerçeklik, haklılık gibi anlamlar yatmakta; güven kavramının anlamı da sayılan bu ilkelere dayanmaktadır. Bu anlamda güven, iki taraflıdır. Bir birey, ya karşısındakine güvenir, ya da karşısındaki, o bireye güven verir. Bir kimsenin, çevresine verdiği güven, aynı derecede bir karşılık ve hukuki olarak korunma gerektirmektedir.

Özel bir ilişkiye girmiş taraflardan biri, hukuka ve güven ihlali söz konusu olduğunda da hukukun öngördüğü yaptırıma güvenerek karşı tarafa güvenmiştir. Karşı taraf omuzlarına da bu güvenden dolayı, doğru ve dürüst davranmak ve sadakatli olmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Kendisine güvenilen taraf da yapmış olduğu kendi davranışları ile bu güven olgusunu meydana getirdiği için, güvenen tarafa kendisine neden güvendiği hususunda bir itiraz hakkı söz konusu olmayacağı öğretide ileri sürülmüştür.

Her iki tarafın menfaatlerini korumak ve dengelemek için ileri sürülen güven ilkesine göre, bir irade beyanını anlamak ve değerlendirmek için, beyan muhatabınca bilinen ve bilinmesi gereken bütün hal ve şartları TMK. md. 2’de düzenlenen dürüstlük ilkesi gereğince değerlendirmek gerekecektir. Böylece, beyana ne anlam verilmesi gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu ilkeye göre, korunan karşı tarafın -beyan muhatabının- “haklı güveni”dir. Beyan muhatabının gerekli dikkat ve özeni göstermeksizin, beyanı nasıl anladığına bakılmayacaktır. Beyan muhatabı, kendisine ulaşan beyanı, dürüstlük ilkesi gereği, bildiği veya bilmesi gereken tüm unsurları dikkate alarak anlamalıdır. Yani, onun bu beyanı o şekilde anlaması TMK. md. 2 uyarınca haklı görünmelidir. İşte bu ilke, meydana gelen adaletsizliği ve taraflar arasında gerçekleşen sorunu çözmüş olmaktadır. Zira güven ilkesi “karşılıklı birbirini gözetme” ve “bağlılık” esaslarına dayanmaktadır. Bu ilkeye göre, hem beyan sahibinin hem de beyan muhatabının menfaatleri dengede tutulmuş olmaktadır. Bir yandan beyan muhatabının, dürüstlük kuralına (objektif iyi niyet) göre, bildiği ve bilebileceği bütün olguları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama olan haklı güveni korunmakta; diğer yandan ise, beyan sahibinin yaptığı beyanının, makul ve dürüst

bir sözleşen insan tarafından anlaşılması olağan biçimde anlaşılacağına dair haklı güveni teminat altına alınmaktadır.

Güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için, bir kimsede hukuken korunmaya layık bir güvenin olması, bu güvene dayanılarak bir tasarruf işleminde bulunulması, tüm bunların da bir kişiye isnat edilebilmesi gerekir.

Dürüstlük kuralından hareketle bir olayda güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için şu koşullar aranmaktadır: Olayda bir “güven” unsuru bulunmalı, zarar gerçekleşmeli, yaratılan hukuki görünüme güvenin pozitif olarak korunması anlamında geçerlilik sonucu bağlanmamalı, zarar ile yaratılan hukuki görünüş arasında nedensellik bağı söz konusu olmalı, başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durum söz konusu olmamalı, hukuki görünüşü yaratan kimse kusurlu olmalı, kişinin haklı güveni, yani olayda iyi niyeti bulunmalıdır<sup>54</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Yanlar arasındaki 19.11.1994 günlü sözleşme çekişme konusu değildir. Bu sözleşmeyle, davacı, davalı kooperatife ait 120 dairelik ünitenin betonarme karkas bloklarını bayındırlık birim fiyatları üzerinden % 15 fazlası ile iş programının işveren tarafından kabulü ve ilk avansın ödenmesinden itibaren inşaaata başlayarak 30 ay içinde yapıp teslim etmeyi üstlenmiştir. Sözleşmeye göre projelerin hazırlanması ve ruhsatların temini işlemleri iş sahibine aittir. Sözleşme, iş sahibi tarafından 24.4.1995 tarihinde fesh edilmiş, fesih üzerine yüklenici 22.6.1995 tarihinde bu davayı açmıştır.*

*Doğruluk ve dürüstlük ilkesi gereği taraflar bakımından asılan sözleşmeyle kararlaştırılan hususları yerine getirmek, verilen sözleri tutarak sözleşmeyi ifa ile sonuçlandırmaktır. Şayet, taraf-*

54 HGK. 10.2.2010, 39/71.

*lardan biri doğruluk ve dürüstlük kurallarından ayrılarak karşı yanın güven duygusunu zedelemişse, sözleşmenin onun bakımından çekilmez hale geldiğinin kabulü gerekir.*

*Somut olayda, dosyada toplanan tüm delillerden; davacı yüklenicinin avans karşılığı ciro yoluyla devraldığı üye senetlerini sözleşmenin VIII/C maddesine aykırı olarak 5.4.1995 tarihli ihtarnâme ile istenilmesine rağmen iş sahibi kooperatife iade etmeyip icra takibine giriştiği, yüklenici şirket yetkilisi M.'nin da kurucuları arasında bulunan SS. B... K... Konut Yapı Kooperatifi adı altında kooperatif oluşturularak üye kaydı yapıldığı, bundan ötürü dolandırıcılık iddiası ile davacı şirket yetkilisi hakkında kamu davası açıldığı anlaşılmaktadır.*

*Her ne kadar davacı yüklenici ruhsatı alınmamış yerde inşaaata başlamaya zorlanamaz ise de, yukardan beri sayılan nedenlerle de yüklenicinin daha işin başında doğruluk ve dürüstlük ilkesinden saparak iş sahibinin güven duygusunu zedelediği ortadadır. Bu nedenle akdin feshinde her iki yanın da kusuru bulunduğu kabulü zorunludur. Feshe kusuru ile neden olan taraf karşı yandan kar yoksunluğu zararı ve cezai şart isteyemeyeceğinden mahkemece davacının bu taleplerinin reddi yerine, fesihte tüm kusur davalı iş sahibindeymişçesine davanın yazılı gerekçelerle kabulü bozmayı gerektirir (15. HD. 3.6.1999, 1450/2278).*

## 14 ) OLGULARI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Bir örnek olayda olguların değerlendirilmesine açıklık getirelim: Kat Mülkiyeti Kanununa bağlı olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını yerine getirmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına karşın satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması durumlarında, olayın özelliğine göre yargıç, TMK. md. 2 hükmünü gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir. Bu kural sözleşmenin tamamen yerine getirildiği durumlar için geçerlidir (İBK. 30.9.1988, 2/2). Noterde “düzenleme biçiminde” düzenlenmemiş ve tapuda da pay devri yapılmamış olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin tarafı olan arsa sahibinin, bu sözleşmenin yerine getirilmesi olanağı konusunda o güne kadar süregelen davranışlarıyla yükleniciye tam bir güven vermesi ve yüklenicinin de, sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak inşaatı tümüyle veya büyük oranda tamamlaması durumunda da sözleşmeye sonradan geçerlik tanımak gerekir. İnşaat kabulden kaçınılamayacak bir düzeye gelmişse bozuk ve eksik işler bedeli saptanıp “aynı anda ifa”ya karar verilmelidir. Geçersiz yapılan sözleşmeye göre taraflar edimlerini karşılıklı ve kısmen de olsa yerine getirmişlerse, sözleşmeyle kendilerini bağlı saymaları nedeniyledir. Zira bu durumda, biçim eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek, MK’nın 2. maddesinde benimsenen “hakkın kötüye kullanılması yasağı”nın ihlali niteliğinde olup, böyle bir sav, yasalarda korunmaz<sup>55-56</sup>.

55 15. HD. 8.5.1996, 1132/2486; 15. HD. 29.4.1999, 893/1686; 15. HD. 20.11.1986, 266/3930; HGK, 16.06.2010, 290/328.

56 Kılıçoğlu, 105; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, Beta Yayınları, İstanbul 1994, sf. 360 vd.: “Şekil kural olarak tarafları düşünmeye sevk etmek, acele karar verilmesini önlemek suretiyle onları korumayı amaçladığından, taraflar sözleşmeden doğan borçlarını bilerek ve isteyerek, hiçbir yanılığa düşmeden ifa ettikleri takdirde bu korunmadan vazgeçmiş sayılmalıdır, böylece gönüllü ve bilinçli ifa ile geçersiz akıt sağlıklı kazanmaktadır. Taşınmazın mülkiyetinin devri borcunu doğuran geçersiz akdin ifası, tapu siciline tescil ile gerçekleşir. Burada ifa, tescil işlemidir. Tescil yapılmamışsa, gerçek anlamda ifadan söz edilemez.

## 15) SÖZLEŞMENİN BOZULMASININ SONUÇLARINI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin bitimi ve işin teslimi belirli süreye bağlandığına göre; bu sürenin dolmasıyla, davalı yüklenicinin, borcunu yerine getirmede direndiği olgusunun hukuksal sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir (TBK. m. 117/I). TBK'nın 125/I. maddesinde, karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borcun yerine getirilmemesi (ifada gecikme) halinde, alacaklının hakkını, nasıl kullanacağı düzenlenmiştir. Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde, başka bir anlatımla yerine getirmede direnme halinde (gecikmiş ifa) alacaklı, TBK. md. 125/I'deki hakkını "her zaman" kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı süresi (kural olarak 10 yıl) içerisinde isteyebilir.

Alacaklı TBK'nın 125/I. maddedeki seçimlik hakkını kullanmak zorunda değildir; bu halde dahi gecikme tazminatı isteyebilir.

Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir (TBK. md. 471/II). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder

---

Görülüyor ki, tarafların akiddeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmeleri halinde şekil noksanlığı (sakatlık) sağlık kazanmakta, akit geçerli hale gelmektedir. Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan borçlarını ifa ettikten, mesela Kat Mülkiyetine göre geçersiz sözleşmede, alıcı satış parasını ödedikten, satıcı da bağımsız bölümü teslim ettikten sonra, satıcı, bağımsız bölümü üçüncü bir kişiye devredip mülkiyetini de geçirmişse, alıcı, üçüncü kişi aleyhine tapu iptal ve tescil davası açamaz. Zira satış akdi, şahsî nitelikte bir borç ilişkisi kurar, üçüncü kişilere karşı aynı etki ve sonuçlar doğmaz. Böyle bir halde alıcı, satıcıya karşı şartları gerçekleşmişse, TBK. md. 49/I veya 49/II'ye ya da TBK. md. 112'ye göre haksız fiilden veya akiddeden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca tazminat davası açabilir. Sebepsiz zenginleşme davası açmak da mümkündür. Bu takdirde alıcı, satıcıdan hem ödediği parayı, hem de satıcının elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kâr veya kazançları, kanuni faiziyle birlikte isteyebilir. Ödenen para yanında kâr ve kazancın da istenmesi, bu suretle ucuz ve kolay finansman sağlayan, kötü niyetli kişilerin sebepsiz ve haksız zenginleşmesini önler."

TBK'nın 52. maddesinin somut olayda uygulama alanı: Zarar görenin kusuruna hukuki sonuçlar veren bu madde, TBK'nın 114. maddesinin yaptığı yollama ile sözleşme ilişkilerinde de uygulanır. TBK'nın 52. maddesinde, kural olarak, zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak (tazminatın tenkisi) kabul edilmiştir; buradaki kusur TBK'nın 49. maddesindeki teknik anlamdaki kusurdan farklıdır. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin "zarara razı olması" yahut "eylemi zararın oluşmasına" veya "zararın artmasına yardım etmesi". Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir kısmı davacı işverene (davacıya) yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan söz edebilmek için de, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayıp somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması" gerekir. Diğer taraftan kusuru belirlerken alınan objektif ölçü burada da geçerlidir.

Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması halinde: Sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağan üstü hallerin varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır.

Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiç bir indirim tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır (TBK. md. 180/II). Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davalıya hiç bir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye,

TBK'nın 471/II. maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer<sup>57</sup>.

Sözleşmenin bozulmasında haklılık payının araştırılması önemlidir. Sözleşmeyi bozmakta haklı olmak ya da olmamak... Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde teslim tarihi kararlaştırılmamış olabilir. Bu durum yükleniciye eseri belirsiz sürede teslim etme hakkı vermez. Bu gibi durumlarda işin olağan gidişine göre yürüyüp yürümediğini araştırmak gerekir. Bunun için de, o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakılacaktır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenici inşaat faaliyetlerine başlamışsa, örneğin (eğer gerekli ise) arsaların birleştirilmesi veya ayrılması işlemlerini tamamlamışsa, arsanın “hava mani kriteri” şeklinde olan kısıtlılığını kaldırmış, yola terk işlemlerinden sonra arsayı inşaatı uygun duruma getirmiş, arsayı imar parseli durumuna getirmiş, ardından proje çalışmasına başlamış, proje aşamasından sonra da yapı ruhsatı almışsa, başka bir anlatımla işler olağan akışında yürürken ve ruhsatın alınmasından sonra, arsa sahibi, sözleşme tarihinde kesinlik arz etmeyen imar durumunu lehe dönüştürmek için imar çalışması yapan ve başarıyla sonuçlandıran yükleniciye önce ihtarname çekerek ve ardından da dava açarak sözleşmenin bozulmasını istemişse, bu davranış dürüst (TMK. Md. 2) sayılamayacaktır. Üstelik arsa sahibinin, sözleşmenin bozulmasına ilişkin dava açmasına karşın, yüklenicinin dava boyunca inşaatı devam etmemesinden dolayı onu suçlaması da kabul edilemez. Çünkü, sözleşmeyi bozma davası devam ettiği sürece, yükleniciden işi sürdürmesi beklenemez. Bu örnekte, arsa sahibinin, davanın kesinleşmesini beklemeden, inşaatı başka bir yükleniciye yaptırması da bir başka kötü niyetli davranış sayılabilecektir. İşte, arsa sahibi, bütün kusurlarına rağmen sözleşmeyi bozduğu takdirde, bozma kararının kesinleştiği tarih itibarıyla yüklenicinin öne sürüp kanıtladığı tüm zararlarını ödemek zorunda kalacaktır. Görülüyor ki, sözleşmeyi bozmakta haklı olup olmamak sonuçları bakımından önemlidir<sup>58</sup>.

57 HGK. 9.10.1991, 340/467.

58 15. HD. 18.6.2003, 767/3319; 23. HD. 14.9.2012, 3561/5134.

### YARGI KARARLARI

*Yanlar arasında yapıldığı bildirilen “Sözleşme” başlıklı tarihsiz sözleşme gereğince; İ-B M’de bulunan 15 pafta ve 1140 parsel sayılı olarak tapuya kayıtlı taşınmaz üzerine, sözleşme ve eklelerinde belirtilen koşullarla inşaat yapmayı; T İmalat İnşaat Turizm Ticaret Anonim Şirketi yüklenmiştir. S.S.T Toplu Konut Yapı Kooperatifi ise, iş sahibidir. Yanlar arasındaki bu sözleşme hukuksal niteliğince bir “eser” sözleşmesidir.*

*Diğer davaların birleştirilip yargılamaları sürdürülen 1995/768 Esas sayılı davada; davacı yüklenici, sözleşme dışı iş bedelinin ödetilmesi istemli icra takibine takip borçlusu Kooperatifin itirazının iptalini; 1996/369 Esas sayılı davada eser sözleşmesinin iş sahibi Kooperatif tarafından haksız fesih olunması sebebiyle kâr mahrumiyetiyle işlemiş temerrüt faizinin ve ceza şartının davalı iş sahibi kooperatiften tahsilini; 1997/455 Esas sayılı davada sözleşme kapsamındaki imalat bedeli ve işlemiş temerrüt faizinin ödetilmesi istemli icra takibine kooperatifin itirazının iptalini istemiştir.*

*İş sahibi kooperatif tarafından açılan 1996/758 Esas sayılı davada ise; yüklenici şirketin kusurlu yaptığı işlerden doğan zarar ile eksik işler bedeli toplamı olan ( 18.108.000.000 ) TL tazminatın yüklenici şirketten tahsili istenmektedir.*

*Davacı-davalı kooperatif davasında, kooperatif müdürü olan A. ve kooperatif başkanı olan Y. ile bunların ortakları ve yönetim kurulu üyesi oldukları yüklenici şirket arasında “eser-inşaat” sözleşmesinin yapıldığını ve Kooperatifler Yasasına aykırı olarak sözleşmenin düzenlenmiş olduğunu ileri sürmüştür. Gerçekten de, Kooperatifler Kanununun 59/6.maddesi gereğince; yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif personeli ortaklık işlemleri dışında kendisi veya başkası namına bizzat veya dolaylı olarak kooperatifle kooperatif konusuna giren bir ticari muamele yapamaz. Anılan yasa hükmü “emredici” hukuk kuralı olduğundan bu hükme aykırı*

yapılan sözleşmeler, batıldır. Bu hususun mahkemece doğrudan gözetilmesi zorunludur. Oysa, mahkemece, yanlar arasındaki sözleşmenin, Kooperatifler Kanununun 59/6.maddesi hükmüne göre geçersiz olup olmadığı değerlendirilmemiştir. Yanlar arasındaki sözleşme, anılan yasa hükmü gereğince geçersiz ise; yüklenici, sebepsiz iktisap kurallarına dayalı olarak, karşı tarafın mal varlığına giren iş bedeline, kârsız olarak sadece maliyet bedeli üzerinden hak kazanır.

Yanlar arasındaki “eser” sözleşmesi geçerli ve objektif ifa imkansızlığı da yoksa; yanlarca haklı yahut haksız olarak sözleşmenin geriye veya ileriye etkili feshi halinde hukuksal sonuçlara göre tarafların hak ve borçları belirlenebilir. İki taraflı sözleşmeyi bozan alacaklı, TBK’nun 125. maddesi uyarınca, kendine düşen borcu ödemekten kaçınabilir ve yapmış olduğu ödemeyi geri isteyebilir. Bu madde gereğince de eğer borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayamazsa, alacaklı sözleşmenin ifa olunmamasından doğan zararının yani menfi zararının ödetilmesi isteminde de bulunabilir. Sözleşmenin tarafları, TBK’nun 125/l. maddesinde öngörülen üç seçimli haklarından biri olan “sözleşmenin feshi” hakkının kullanılması yerine; koşulları oluşmuş ise diğer haklardan “sözleşmenin aynen ifasını ve gecikme tazminatının ödetilmesini” isteyebilir. Yahut “ifadan vazgeçme ve müspet zararının tazmini talebinde” bulunabilir.

Az yukarda özetle açıklandığı üzere; yüklenici bir davasında yaptığını ileri sürdüğü “sözleşme dışı işler” bedelinin; diğer bir davasında iş sahibince sözleşmenin haksız fesih olduğu iddiasıyla aynen ifadan vazgeçerek olumlu ( kâr mahrumiyeti ) zararının ve 1997/455 esas sayılı davasında da “ödenmeyen iş bedeli kısmının” ödetilmesini istemektedir. İş sahibi kooperatif ise davasında “sözleşmenin aynen ifasını” istemiştir. Davaların konusu özetle açıklanan içerikli olmasına karşın; yanlar arasındaki sözleşme geçerli ise, ileriye yahut geriye etkili olarak fesih olunup olunmadığı fesih olunmuş ise feshin haklı nedenlere dayalı olup olmadığı

*mahkemece araştırılmamıştır. Oysa fesih hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir. Karşılıklı borç içeren inşaat sözleşmelerine konu ilişkilerde, sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanı karşı tarafa ulaşmakla hukuksal sonuç doğurur ve bu irade beyanı sahibini mutlak bağlayıcı olup, haklı nedene dayandığı veya karşı tarafça kabul edildiği durumlarda muhatabı da bağlar.*

*Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlar da sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de TBK'nın 77 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir. Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle, sözleşme iş sahibi Kooperatif tarafından fesih olunmuş ise yüklenicinin yaptığı iş bu bağlamda yaptığı sözleşme konusu inşaat, iş ya da arsa sahibinin mal varlığını haksız olarak artırdığı oranda geriye isteme hakkı sağlar. İş sahibi kooperatif tarafından sözleşme haksız olarak fesih olunmuş ve haksız fesih kabul edilmemiş ise, yüklenicinin ya sözleşmenin aynen ifasını ya da aynen ifadan vazgeçip ifa yerine geçen olumlu zararını isteyebileceği kuşkusuzdur.*

*Özetle açıklanan bu hukuksal çerçeve dahilinde ve özellikle TBK'nun 123-125.maddeleri hükümleriyle 470 ve izleyen maddeleri hükümlerine göre yanlar arasındaki sözleşme koşulları ve yanların hak ve borçları değerlendirilmeden; HMK.nun 297. maddesi hükümlerine aykırı olarak hangi maddi olayların hangi hukuksal sebeplerle davaların reddini gerektirdiği açıklanmadan yeterli araştırma ve soruşturma yapılmadan hüküm vermeye elverişli olmayan bilirkişi raporlarına yollama yapılarak ve ayrıca davacı davalı şirketin tüzel kişiliğinin devam edip etmediği dahi araştırılmadan mahkemece davaların reddine karar verilmiş olması doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir (15. HD. 9.12.2004, 7040/6389).*

## 16 ) KAVRAMLARIN İÇİNİ DOLDURMADA DÜRÜSTLÜK KURALI

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen (derhal) bildirerek, borcun ifa edilmesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönülebilir (TBK. Md. 125/II).

“Derhal” sözcüğü gereği, ek sürenin dolması üzerine veya inşaatın ek sürenin sonunda tamamlanamayacağı ortaya çıkmış ise gecikmeksizin aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmelidir. Fakat, bazı durumlarda ek sürenin sonunda aynen ifadan derhal vazgeçmek dürüstlük kurallarına aykırı olabilir. Örneğin, direnimin doğumu üzerine iş sahibince iki aylık ek sürenin verilmiş olduğu ve bu süre içinde hiçbir inşai faaliyetinin yapılmadığı bir olayda, iş sahibi, yüklenicinin yeniden inşa faaliyetine başladığı ana kadar, dilediği zaman, yeniden ek süre vermeye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebilmelidir (TMK. md. 2/I). Ancak ek sürenin dolmasından sonra, yüklenicinin herhangi bir zamanda ve herhangi bir biçimde inşa faaliyetine başlaması durumunda, aynen ifadan derhal vazgeçmemiş olan iş sahibi, yeniden ek süre vermesi koşuluyla, aynen ifadan vazgeçebilir<sup>59</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Dava, arsa karşılığı daire yapım sözleşmesinin feshiyle tazminatın kabulü istemine ilişkindir.*

*Davalılar vekili, L. E.'ün sözleşmenin tarafı olmadığından husumeti bulunmadığını, inşaat çalışmalarının devam ettiğini, henüz vade gelmediğinden inşaat tamamlanınca davacıya ait dairenin teslim edileceğini belirterek davanın reddini savunmuştur.*

*Mahkemece, sözleşmede kesin vade olmadığından davalının temerrüde düşürülmesi gerektiği, bu hususun ise kanıtlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.*

*21.12.2001 tarihli sözleşmede tapu devri kararlaştırılmış olduğu halde yasada öngörülen şekil koşuluna uyulmamış ise de tapuda devir işlemi gerçekleştiğinden sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemez ( TMK. 2. madde ). Sözleşmede dairenin teslim tarihi diğer üyelerinki ile aynı olacak denilmiştir. Bu haliyle mahkemenin vadeye ilişkin kabulü yerinde ise de davada inşaatla hiç başlanılmadan terk edildiği iddia edilmiştir.*

*TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde yer alan eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin edimi inşaat karşılığı taahhüt edilen arsa tapusunun devri, yüklenicinin edimi ise sözleşmeye ve tekniğine uygun biçimde inşaatı tamamlayarak süresinde teslimdir. Karşılıklı edimleri içeren bu akitlerde taraflardan birisi süresinde edimini ifa etmediği takdirde borçlu temerrüdüne düşmüş sayılır. Bu durumda diğer taraf TBK.nun 125. maddesine seçimlik hakkını kullanabilir. Yine anılan Yasa'nın 124. maddesine göre, borçlunun hal ve vaziyetinden bir mehil tayinine gerek yok ise alacaklı derhal fesih hakkını kullanabilir ve 125/II-III. madde uyarınca zararını isteyebilir. Kural böyle olunca somut olaya bakıldığında, arsa sahibi tapuyu devrederek edimini ifa etmiştir. Sözleşmede teslim süresi diğer üyelerinki ile aynı olacak denilmiş olmasına göre teslim konusunda yüklenicinin ayrıca borçlu temerrüdüne düşürülmesi gerekir. Ne var ki, davada inşaatla hiç başlanılmadığı ve yıllardır boş durduğu iddia edildiğine göre inşaatla hiç başlanılmamış ise 124. madde uyarınca yüklenicinin ayrıca temerrüde düşürülmesinin sonuca etkisi olmayacağından davacının derhal fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak mahkemece bu hususta bir inceleme yapılmış değildir. O halde yapılması gereken iş, uzman bilirkişiler aracılığıyla mahallinde keşif icrasıyla inşaatın incelenmesi, yüklenici inşaatı terk ederek temerrüde düşmüş ise fesih hakkı kabul edilerek davacının devrini gerçekleştirdiği Örencik Köyü Sarıkol mevkii 3018 parseldeki ( 6790 m2 ) tarlasının dava tarihindeki*

*piyasa fiyatlarıyla bedeli hesaplanıp hüküm altına alınmalı, akdin feshine karar verilmelidir. Aksi durumda dava reddedilmelidir (15. HD. 2.10.2007, 4943/5921).*

## 17) YASAL BİR HAKKIN GEÇ KULLANILMASINI (ÖRNEĞİN CEZA KOŞULUNUN GEÇ İSTENMESİNİ) DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İş sahibi alacaklı, direnen yükleniciye vereceği uygun bir süre bekledikten sonra TBK'nın 125/I. maddesindeki seçimlik hakkını kullandığını bildirmek zorunda mıdır? **Teslim borcunun yerine getirilmemesinde (teslimde gecikme), gecikme tazminatının (cezai şart) gecikmenin belirli bir süreyi aşması halinde tamamı istenebilir mi?**

Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre “daha yüksek özen” göstermelidir (TBK. md. 471). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder.

Zarar görenin kusuruna hukuki sonuçlar veren bu madde, TBK'nın 114. maddesinin yaptığı yollama ile sözleşme ilişkilerinde de uygulanır. TBK'nın 52. maddesinde, kural olarak, zarar görenin kusuru, tazminatın indirim sebebi olarak (tazminatın tenkisi) kabul edilmiştir; buradaki kusur TBK'nın 49. maddesindeki teknik anlamdaki kusurdan farklıdır. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin “zarara razı olması” yahut “eylemi zararın oluşmasına veya zararın artmasına yardım etmesi”. Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir kısmı davacı işverene (davacıya) yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan söz edebilmek için de, “başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayı somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması” gerekir. Diğer taraftan kusuru belirlerken alınan objektif ölçü burada da geçerlidir.

Hukuk Genel Kurulu kararında konu şöyle değerlendirilmiştir: Davacının, zararın nedeni olan işin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına veya artmasına neden olduğu kanıtlanmamıştır. Diğer taraftan davacının, sözleşmeye göre, davalı yükleniciye vermesi gereken dairelerden bir tanesinin satış yetkisini vermemiş olması gecikmeye neden olan kusur olarak nitelendirilemez. Çünkü bu dairenin satış yetkisi davalının işi bitirmede direnmesi nedeniyle meydana gelecek zarara karşılık güvence olarak verilmemiştir; Kaldı ki, davalı yükleniciler satış yetkisi verilseydi bu dairenin satılacağı satımın bu nedenle engellendiğini kanıtlayamamışlardır. Bu nedenle satış yetkisinin verilmemesiyle gecikme arasında uygun illiyet bağı da yoktur. İş sahibinin 125/I. maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır; O nedenle bu kınanacak bir davranış değildir. Diğer taraftan davacının sözleşmenin yerine getirilmesinde ve işin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemli durumu bunun kanıtıdır.

Bu nedenlerle davacının, TBK'nın 52. maddesindeki özel halleri oluşturma yönünde bir eylemi bulunmadığı gibi Yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul etmek olanağı da yoktur.

Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ilkesi gereğidir. Çünkü doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat -cezai şart- ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır; bundan kaçınma sözleşmeye, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Ne var ki, bu kuralın ayrıcalıksız uygulanması da bazı durumlarda yine doğruluk, güven kurallarına ay-

kırı olacak sonuçlar doğurabilir. Bunun için “öngörülmeyen bir nedenin” sözleşmenin tamamının veya bir koşulunun yerine getirilmesini taraflardan biri için çekilmez ve yıkım teşkil edecek yoğunluğa getirmesi gerekir.

Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi “hakkın kötüye kullanılması” olarak da nitelendirilemez (TMK. 2/II). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında “hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı hallerde” de söz konusu olabilir. Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır; ancak bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek olanağı yoktur.

Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması onun tarafından sözleşmenin yerine getirilmesinin ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağan üstü hallerin varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır.

Davacının sözleşmeden doğan hakkını istemesinde ne eleştirilecek yan ve ne de davalıya zarar vermek kastı olduğu söylenebilir. Davacının geç teslim nedeniyle gerçekleşen zararının karşılığını istediği de göz ardı edilmemelidir<sup>60</sup>.

Sözleşme geçersizse veya sözleşmeden dönülmüşse, gecikme cezası istenemeyecektir<sup>61</sup>. Yüklenici, işin saptanan zaman ve yerde yerine getirilmemesi (teslim edilmemesi) durumunda ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulunu (İFAYA EKLENEN CEZAYI) ödemek zorunda ise; hem ifayı ve hem de ifaya eklenen cezayı ödemek zorundadır (TBK. md. 179/II). Başka bir anlatımla, yüklenici, bu durumda, ceza

60 HGK. 9.10.1991, 340/467.

61 15. HD. 26.3.1992, 4076/1584; 15. HD. 20.11.1978, 1978/2199: “Geçersiz sözleşmede yer alan ceza koşulu da geçersiz olacağından, ceza koşulunun ödetilmesine karar verilemez.”

koşulu ödemekle ifa borcundan kurtulmayacaktır. Tacir olan yüklenici, TBK. md. 52 ve TMK. md. 2'ye dayanarak ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyecektir<sup>62</sup>. Gecikmeden dolayı istenen gecikme cezası hesabında eksik işlerin tamamlanması için gereken süre kadar değil, işin teslimi gereken tarih ile eylemli olarak teslim edildiği tarih arasındaki süre için gecikme cezasına karar verilmesi gerekecektir<sup>63</sup>. Kural olarak sözleşmenin bozulması taraflar arasındaki ilişkiye son verdiği için ceza koşulu istenemeyecektir; ancak sözleşmede cezalı çalışma süresi kabul edilmiş ve fesih bu süre geçtikten sonra yapılmışsa, sözleşme feshedilmesine rağmen, cezalı süre için gecikme cezasının ödetilmesi istenebilecektir<sup>64</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Taraflar arasında 23.3.1992 tarihinde düzenlenen satış akdinde: Davalıların satım konusu daireyi sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 12 ay içinde tamamlayarak anahtarını davacıya teslim etmeyi yükledikleri açıkça kararlaştırılmıştır. Yine davalıların sözleşmedeki edimlerini ifa etmedikleri yargılamada toplanan delil ve belgelerle kanıtlandığı gibi bu olguya yönelik taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Mahkemenin kabulü de bu doğrultudadır. Uyuşmazlığın çözüm noktası davalılar borçluların sözleşmedeki edimlerini ifa etmemeleri, teslimde gecikmeleri halinde davacı alacaklının TBK'nın 125. maddesinde belirlenen seçimlik hakkını borçlulara uygun bir süre bekledikten sonra bildirmek zorunda olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Gerçekten de; TBK'nın 125. maddesinde birinci bende göre önel verilsin veya verilmesin borcun yerine getirilmesinde direnilmesi halinde alacaklıya üç seçimlik hak tanınmıştır:*

*Her zaman gecikmiş işi yerine getirmeyi (ifayı) ve gecikme tazminatını isteme.*

62 Aral, 363.

63 15. HD. 30.5.2001, 1991/2889.

64 23. HD. 26.6.2012, 2410/4350; 15. HD. 22.6.1999, 1363/2688.

*Sözleşmenin yerine getirilmesinden vazgeçilerek olumlu (müspet) zararı isteme.*

*Sözleşmeden dönme (fesih) ve olumsuz (menfi) zararı isteme.*

*Alacaklının ifada direnen borçluya (davalılara) uygun bir süre bekleyip TBK'nın 125. maddesindeki seçimlik hakkını bildirmek zorunda bırakılıp bırakılmayacağını açıklığa kavuşturulması gerekir. Borcun ifa edilmemesi farklı anlatımla yerine getirmede direnme halinde (gecikmiş ifa) alacaklı TBK'nın 125'teki hakkını "her zaman" kullanılabilir; Ne var ki ardından hemen vurgulayalım ki kullanmak zorunda da değildir. O nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı ve gecikme tazminatını) zamanaşımı süresi içerisinde isteme hakkına sahiptir.*

*Davacı alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanamadığı takdirde birinci seçimlik hak olarak sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karine; yasa koyucunun alacaklının borcun ifasının ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyanını "her zaman" isteyeceğini kabul etmesinin tabii bir sonucudur.*

*Somut olayda; davacının zararın nedeni olan dairenin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına ve artmasına neden olduğu iddia ve ispat edilememiştir. Aksine; davacının 125. maddesindeki seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanılması onun yasal hakkı olup kınanacak bir davranış olarak kabul edilemez. Dahası davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve dairenin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemlerini de bunu doğrulamaktadır. Bu nedenlerle davacının TBK'nın 52. maddesindeki özel durumlara ilişkin bir eylemi bulunmadığı gibi yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul*

*etmek olanağı da yoktur. Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ilkesi gereğidir. Olayımızda davalılar satış sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat cezai şart ödemeyi kabul ettiklerine göre bunu ve binadaki eksikliklerden kaynaklanan zararı dava tarihindeki rayiç değerler ile eksiksiz olarak ödemek zorundadır. Esasen bundan kaçınma sözleşmeye doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi hakkın kötüye kullanılması şeklinde de nitelendirilemez (TMK. md. 2/II). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı haller" de söz konusu olabilir. Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır. Bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek asla mümkün değildir. Bu bağlamda sözleşme ilişkilerinde, alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilememesine göz yumması halinde sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat isteminin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi düşünülebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağanüstü hallerin varlığı halinde başvurulması gerektiği gözardı edilmemelidir. Özellikle bu durumlarda, uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma, borçluyu zarara sokma ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır. Bu davada, davacının sözleşmeden doğan hakkını istemesinde ne kınanacak bir eylemi veya zarar vermek kastı olduğu belirlenmemiştir. Geç teslim tazminatı eksiksiz; diğer bir anlatımla makul bir süre bekleme olgusu davacıya yüklenilmeksizin hesaplanmalı hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmelidir. (13. HD. 3.7.1995, 6285/6630).*

---•---

*Alacaklı, 125'te öngörülen seçimlik hakkını kullanabilmesi için*

*borcu yerine getirmemekte direnen (mütemerrit) borçluya mehil vermek zorundadır (TBK. md. 123). Ancak 124. maddede yazılı hallerden birinin bulunması halinde mehil tayinine gerek yoktur. Davalı yüklenicinin, borcunu 36 ay içinde yerine getireceği sözleşmede kabul edildiğine göre, TBK'nın 123. maddesi gereğince bir önel (mehil) belirlenmesine gerek yoktur. TBK'nın 125. maddesinde, (birinci bende göre önel verilsin veya verilmesin), borcun yerine getirilmemesinde direnilmesi halinde alacaklıya, üç seçimli hak verilmiştir: 1- Her zaman gecikmiş işi yerine getirme (ifayı) ve gecikme tazminatı isteme; 2- Sözleşmenin yerine getirilmesinden vazgeçilerek olumlu (müspet) zararını isteme; 3- Sözleşmeden dönme (fesih) ve olumsuz (menfi) zararı isteme.*

*Davacıyı sözleşmeden doğan hakkını istemesinde ne eleştirilecek yan ve ne de davalıya zarar vermek kastı olduğu söylenebilir. Davacının geç teslim nedeniyle gerçekleşen zararının karşılığını istediği de göz ardı edilmemelidir.*

*Davalı, işin süresinde teslim edilmemesi halinde davacıya verilecek her daire için aylık 30,00 Lira ödeyeceğini kabul etmiştir. Bu, TBK'nın 179/II maddesinde belirlenen bir cezai şart niteliğindedir. TBK'nın 182/3. maddesi gereğince cezai şartın, "fahiş olduğu gerekçesi ile tenkisi" gerekeceği düşünülebilir. Ancak davalılar tacir olduğundan böyle bir indirim söz konusu olamaz. Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiç bir indirim tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır (TBK. md. 180/II). Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davalıya hiç bir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, TBK'nın 471/I-II maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer (HGK. 9.10.1991, 340/467).*

İşin süresi inşaat izninden itibaren 15 aydır. İnşaat izni 3.12.1997 tarihinde alınmıştır. 15 Ay eklenince işin bitirilme tarihi 3.3.1999 olur.

Sözleşmede yer alan 6 ay içerisinde inşaat ruhsatının alınmaması halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkına dair hüküm arsa sahibi lehine konulmuştur. Bu hakkını kullanmamış olması ruhsatın alınması için tanınan 6 aylık sürenin uzamasına rıza göstermektir. Ruhsat tarihinden sonra başlayan 15 aylık sürenin değiştirilmiş olması düşünülemez.

O halde, 3.3.1999'dan dava tarihi olan 1.12.1999 tarihi arasında geçen süre için davacının kararlaştırılan cezai şartı talep hakkı doğmuştur.

Öte yandan, sözleşmede "... 15 ay içinde müteahhitçe tamamlanarak yapı kullanma iznine müracaat edip bitirilecektir." şeklindeki hüküm, hemen ardından gelen cümlede yaptırma bağlanmıştı. O halde "bitirilecek" denilmesinden binanın kira gelinine elverişli hale getirilmesinin anlaşılması gerekir: Aksine yorum bu hükmün gereksiz yere sözleşmeye konulduğu sonucuna götürür. Mevcut fiili durumun da süresiz devamına sebebiyet verilir. Bu nedenle mahkemenin kullanma izni için başvurulmasını eserin bitirilmiş ve yüklenicice edimin yerine getirilmiş olarak kabul etmesinde isabet bulunmamaktadır.

Ne var ki; davalı işin gecikmesinde davacının kendisine vekaletnameyi geç vermesini neden olarak göstermiştir. Gerçekten edimin sürekli olduğu ve yıllara yayıldığı bu gibi işlerde iş sahibinin yüklenici ile ilişkilerinde dürüstlük kuralına uygun davranması ve güven sarsmaması şarttır. Yanların müşterek amacı olan eserin ortaya çıkması buna bağlıdır. Sözleşmenin 2.maddesinde satışların yapılıp yüklenicinin finans kaynağı bulabilmesi düşünlere inşaatın aşamalarına göre satış yetkisi verilmesi karar-

*laştırılmıştır. Bu hüküm çerçevesinde arsa sahibi satış yetkisini vermekte direngen duruma düşmüş ise işin gecikmesinde onun da kusuru bulunduğu kabulü zorunludur. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu doğrultudadır. Bunun için yükleniciden kanıtları sorulup, satış yetkisine ait vekaletname tarihleri ile inşaatın seyri karşılaştırılıp, varsa arsa sahibinin tutumunun gecikilen süreye etkisi saptanıp kusur derecesinin takdiriyle sonucuna göre hüküm tesis edilmelidir (15. HD. 26.4.2002, 5823/2098).*

---•---

*Davada, adi yazılı şekilde düzenlenen 30.9.1997 tarihli sözleşmeye dayanılmıştır. Bu sözleşmede, tapuda kayıtlı bir taşınmazda inşaat yapımından sonra bağımsız bölümünün mülkiyetinin davacıya aktarılacağı yazılıdır. Ayrıca, sözleşmede inşaatın teslim tarihi 30.6.2001 olarak kararlaştırılmıştır.*

*Gerçekten, TBK'nın 12. maddesine göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla, kanunun öngördüğü şekil bir geçerlilik (sıhhat) şartı olarak düzenlenmiş bulunduğundan, buna uyulmadan yapılan sözleşmeler hukuki sonuç doğurmaz. Fakat, 25.1.1984 tarihli ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da ifade edildiği üzere Türk Medeni Kanununun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrası hakkın kötüye kullanılması yasağına dair düzenleme getirmiştir. Hakkın kötüye kullanılması yasağının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme olanağı sağlamaktadır. Türk Medeni Kanununun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı ilkesine bir istisna getirilmiştir. Hiç kuşkusuz, bu kuralın her meseleye uygulanmaması, haksızlığın giderilmesi amacıyla istisna olarak uygulanması gerekir. Aynı konu, 30.9.1988 tarihli ve 1987/2, 1988/2 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da tartışılmış, o kararın sonuç bölümünde Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üze-*

*re yapımına başlanılan taşınmazlarda, bağımsız bölüm satımına dair geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi, satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması halinde Türk Medeni Kanununun 2 nci maddesine dayanılarak açılan tescil davasının kabul edilebileceği vurgulanmıştır.*

*Türk Medeni Kanununun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki hakkın kötüye kullanılması yasağına ait açık hüküm ve sözü edilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları çerçevesinde sorun değerlendirildiğinde, yapması gereken bütün ödemeleri yapan davacının ifa talebini, sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek yerine getirmeyen davalının tutumu açıkça hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıdır. Dolayısıyla, davalının sözleşmenin geçersizliği savunmasını kabul etmek mümkün değildir.*

*Yukarıda belirtildiği üzere sözleşmede teslimin 30.6.2001 tarihinde yapılacağı kararlaştırılmıştır. Diğer taraftan, sözleşme davacı tarafından feshedilmemiş olup ayaktadır. Davalının, temerrüde düştüğü de açıktır. Sözleşme, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Burada, biri diğerinin karşılığı olan borçlar vardır. Başka bir anlatımla, taraflar, birbirine karşı hem alacaklı ve hem de borçludur. Kendi borcunun ifa eden veya ifaya hazır olduğunu bildiren diğer taraf alacaklı (TBK. Md. 97), edimini yerine getirmeyen taraf ise borçludur. Kısaca davacı alacaklı, davalı ise borçludur. Dayanılan sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması özelliğinden dolayı borçlunun temerrüdü halinde TBK. Md. 118-119'a değil, TBK. Md. 123-125'e bakmak gerekir. TBK. Md. 123-125 birlikte değerlendirildiğinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmeyle temerrüde düşen borçluya karşı, alacaklıya üç ayrı seçimlik hak tanındığı görülmektedir. Bunlar; aynen ifa veya gecikmeden dolayı tazminat isteme hakkı, aynen ifayı reddederek ademi ifa sebebiyle müspet zararının talep hakkı ve söz-*

*leşmeyi feshederek menfi zararını istemektir. Teslimde temerrüt halinde alacaklı. TBK. Md. 125'teki seçimlik haklardan birini kullanabileceği gibi. TBK. Md. 113'e dayanarak "ifaya izin" talebinde de bulunabilir. Borçlunun temerrüdüne, alacaklının seçimlik haklarına dair bu genel açıklamalardan sonra, somut olaya gelince; Sözleşme, davacı tarafından feshedilmemiş, borçlu temerrüde düşmüş, alacaklı olan davacı TBK. Md. 125'teki seçimlik haklarından "aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteme" hakkını kullanmıştır. Bu bakımdan da davacı tescil istemiyle birlikte kira kaybı zararını da davalıdan isteyebilir (14. HD. 14.12.2011, 11146/15450).*

---.---

*Taraflar arasındaki sözleşmede toplam bedelin %25'inin ör-güt analizi, %25'inin iş analizi, kalan miktarın ise yapılan iş ve işlemlerin Devlet Personel Başkanlığı'nca onaylanmasından sonra ödeneceği kararlaştırılmıştır. İlk iki dilim alacağın ödendiği uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, kalan %50'lik ödemenin muaccel olup olmadığı konusundadır. Sözleşmede her ne kadar Devlet Personel Başkanlığı'nda oluşturulacak komisyonun onayıyla ödenecek denilmişse de, sözleşme tarihi ve işin gerçekleşmiş olduğu 2002 tarihine göre uzunca bir zaman geçtiği ortadadır. Muacceliyet koşulunun hala gerçekleşmediğini ileri sürmek iyiniyet kurallarına uygun düşmez ( TMK. 2. madde ). Makul bekleme süresi fazlası ile aşıldığından ödemenin yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Öte yandan takibin dayanağı olarak 22.11.2002 tarihli fatura gösterilmiş ve bunun ödenmiş olduğu da uyuşmazlık konusu değilse de, davalı da ikinci dilim ödemenin yapılmadığını kabul ettiğine göre takipte istenilenin ikinci dilim alacak karşılığı olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenlerle davanın asıl alacak bakımından kabulü, takipten önce usulüne uygun temerrüdün varlığı kanıtlanamadığından işlemiş faiz alacağı ile icra inkar tazminatı isteminin reddine karar verilmesi gerekir (15. HD. 28.1.2008, 1048/438).*

## **18 ) GECİKME TAZMİNATININ MAKTU BELİRLENMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI**

İstenebilecek gecikme tazminatı, gecikme nedeniyle arsa sahibinin uğradığı tüm zararlar olup uygulamada asgari olarak gecikilen her ay için mahrum kalınan rayiç kira geliri karşılığı bir miktar para olarak kabul edilmektedir. Sözleşmede gecikme tazminatı belirlenmemiş olsa dahi en az aylık rayiç kira seviyesinde gecikme tazminatının istenmesi mümkündür (TBK. md. 112).

Sözleşmeye konulan maktu gecikme tazminatının amaçlarından birisi de (genellikle sözleşme yapılırken tatmin edici görülen) tazminat tehdidiyle yükleniciyi edimini süresinde ifaya zorlamaktır. Gecikme tazminatı sözleşmede hiç kararlaştırılmamış olsa bile teslimde gecikme halinde arsa sahibi en az piyasa rayiçlerine göre belirlenecek kirayı gecikme tazminatı olarak isteyebileceğinden, bu halde arsa sahibi daha iyi konumda olacaksa şartın amacına ulaştığından söz edilemez. Gecikme süresine bakılmaksızın arsa sahibinin bağlı tutulması hakkaniyete uygun olmadığı gibi yüklenicinin bu yöndeki savunmaları iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve hukuk tarafından korunmaz (TMK. md. 2).

Bu halde maktu olarak kararlaştırılan gecikme tazminatı miktarının uzun süreli gecikmelerde dahi taraflar için bağlayıcı olacağını kabul edilmesi sözleşmeyle beklenen yarara, tazminatın konuluş amacıyla iyiniyet kuralları ve hakkaniyete aykırı olacağı kanaati olduğundan, Dairemizin maktu gecikme tazminatının değiştirilmeksizin uygulanması gerektiğine dair uygulamasından vazgeçilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Karlaştırılan tazminatın süresiz uygulanamayacağı bu şekilde kabul edildikten sonra maktu tazminatın ne kadar süreyle tarafları bağlayacağı konusuna gelince; bu süre sözleşmedeki teslim süresi, gecikilen sürenin uzunluğu, öngörülen tazminat miktarı, geçen süre içinde gerçekleşen enflasyon, fiyat artışları, döviz fiyatları ve faiz oranların-

daki artış ve eksilişler ve rayiçlere göre istenebilecek miktar ile maktu tazminatın ödenmeye devam edilmesi halinde arsa sahibinin elde edeceği miktarlar da göz önünde tutulmak suretiyle bu hususta bilirkişi görüşünden de yararlanılarak, sözleşmedeki miktarın en az 1 yıl süreyle mutlak bağlayıcı olacağı ve maktuen belirlenen miktar ile rayiçlere göre saptanacak miktar arasında en az bir misli fark bulunması gerektiği de dikkate alınarak hakkaniyete uygun biçimde hakim tarafından takdir edilmelidir. Hakim tarafından belirlenen makul süreden sonraki gecikme tazminatı miktarının da; taşınmazın mevki, konumu, ülkenin ve inşaatın yapıldığı yerin sosyal ve ekonomik koşulları da göz önünde tutulmak suretiyle ve sözleşmede kararlaştırılmış gecikme tazminatı yokmuş gibi gecikme tazminatının en az mahalli piyasa rayiçlerine göre mahrum kalınan kira bedeli kadar olacağı ilkesine göre bilirkişiyeye hesaplatılması gerekir<sup>65</sup>.

### YARGI KARARI

*Yanlar arasında kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin varlığı, davalı yüklenicinin sözleşmeye göre edimini süresinde yerine getirmediği uyuşmazlık konusu değildir. İhtilâf sözleşmenin 7. sayfa 8. maddesindeki düzenlemenin yorumu, gecikmenin uzun süre devam etmesi halinde sözleşmede kararlaştırılan maktu gecikme tazminatının değiştirilip değiştirilemeyeceği, bu miktarla tarafların ne kadar süre ile bağlı olacakları, değiştirilebilecekse yöntemin nasıl olması gerektiği noktalarında toplanmaktadır.*

*Sözleşmenin 7. sayfa 8. maddesinde aynen “verilen süre ve ek süre içerisinde kooperatif inşaatın teslim tarihi gecikirse geçen her ay için arsa sahiplerinin toplam dairelerinin tamamı için aylık 500.000.000 TL ( sözleşme tarihinde geçerli olan ) ödemeyeceklerdir.” şeklinde yazılmıştır. Cümlenin başlangıcı ve gelişme bölümüne bakıldığı ve tüm daireler için 500.000.000 TL ( 500,00 TL ) ibaresi de dikkate alındığında gecikme halinde herhangi bir taz-*

65 15. HD. 24.1.2011, 6894/227; 15. HD. 6.12.2011, 515/7200.

*minat ödenmeyecekse rakam yazılmasına gerek olmadığından cümlenin sonundaki kelimenin ödeyeceklerdir olarak yazılması gerekirken hata sonucu o şekilde yazıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu maddenin gecikme halinde kararlaştırılan gecikme tazminatı olduğunu kabulünde isabetsizlik bulunmamaktadır.*

*Sözleşmedeki süre ve verilen ek sürelerle rağmen inşaatın teslim edilmemesi halinde arsa sahiplerinin tüm daireleri için yüklenicinin ödeyeceği kabul edilen aylık 500,00 TL gecikme tazminatı niteliğinde olduğundan sözleşme hukukundaki ahde vefa kuralı uyarınca taraflar için bağlayıcıdır. Dairemizin öteden beri devam eden uygulamalarında maktu tazminatın değiştirilmeksizin uygulanması benimsenmekle birlikte son zamanlarda gecikmenin uzun süre devam etmesi halinde dahi değiştirilip değiştirilmeyeceği, bu miktarla tarafların hangi süreyle bağlı olacakları değiştirilebilecekse süre ve miktarın belirlenmesinde yöntemin nasıl olması gerektiği tartışılmaya başlamıştır.*

*Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri karşılıklı taahhütleri ihtiva eden, iki tarafa da borç yükleyen eser yapımı ile satış vaadinden oluşan karma bir sözleşmedir. Bu sözleşmelerde yüklenicinin asli edimi finansmanı kendisi tarafından sağlanarak arsa sahibinin arsası üzerinde sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi, ruhsatı ve imara uygun olmak üzere inşaat yapıp teslim etmek, arsa sahibinin borcu da bedel olarak kararlaştırılan bağımsız bölüm-bölmeler ya da arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmektir.*

*Bütün sözleşmelerde olduğu gibi kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de taraflar sözleşmenin kendilerine yüklediği borçları belirlenen zaman ve biçimde ifa etmek zorundadır. Buna göre borçlunun edimini süresinde yerine getirmemesi halinde gecikmede kusuru bulunmadığını kanıtlamadıkça ve alacaklının seçimlik hakkını TBK'nın 125/1. maddesinde belirtildiği gibi ifayı beklemek ve gecikmeden doğan zararlarını istemek şeklinde kullanması*

*durumunda sözleşmede kararlaştırılan gecikme tazminatından sorumludur ve aksine düzenleme yoksa bu miktarın değiştirilmeksizin uygulanması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan tazminatı talep hakkı Kanundan doğan bir haktır ( TBK. madde 125/1 ). İstenebilecek gecikme tazminatı ise gecikme sebebiyle arsa sahibinin uğradığı tüm zararlar olup uygulamada asgari olarak gecikilen her ay için mahrum kalınan rayiç kira geliri karşılığı bir miktar para olarak kabul edilmektedir. Sözleşmede gecikme tazminatı belirlenmemiş olsa dahi en az aylık rayiç kira seviyesinde gecikme tazminatının istenmesi mümkündür ( TBK. Md. 112 ).*

*Sözleşmeye konulan maktu gecikme tazminatının amaçlarından birisi de ( genellikle sözleşme yapılırken tatmin edici görülen ) tazminat tehdidiyle yüklenicinin edimini süresinde ifaya zorlamaktır.*

*Gecikme tazminatı sözleşmede hiç kararlaştırılmamış olsa bile teslimde gecikme halinde arsa sahibi en az piyasa rayiçlerine göre belirlenecek kirayı gecikme tazminatı olarak isteyebileceğinden, bu halde arsa sahibi daha iyi konumda olacaksa şartın amacına ulaştığından söz edilemez.*

*Gecikme süresine bakılmaksızın arsa sahibinin bağlı tutulması hakkaniyete uygun olmadığı gibi yüklenicinin bu yöndeki savunmaları iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve hukuk tarafından korunmaz ( TMK. Md. 2 ).*

*Bu halde maktu olarak kararlaştırılan gecikme tazminatı miktarının uzun süreli gecikmelerde dahi taraflar için bağlayıcı olacağı kabul edilmesi sözleşmeyle beklenen yarara, tazminatın konuluş amacıyla iyiniyet kuralları ve hakkaniyete aykırı olacağı kanaati olduğundan, Dairemizin maktu gecikme tazminatının değiştirilmeksizin uygulanması gerektiğine dair uygulamasından vazgeçilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.*

*Kararlaştırılan tazminatın süresiz uygulanamayacağı bu şekilde kabul edildikten sonra maktu tazminatın ne kadar süreyle tarafları bağlayacağı ve bu süreden sonra da tüm daireler için toplu gecikme tazminatı hesaplanıp hesaplanmayacağı konusuna gelince; bu süre sözleşmedeki teslim süresi, gecikilen sürenin uzunluğu, öngörülen tazminat miktarı, geçen süre içinde gerçekleşen enflasyon, fiyat artışları, döviz fiyatları ve faiz oranlarındaki artış ve eksiklikler ve rayiçlere göre istenebilecek miktar ile maktu tazminatın ödenmeye devam edilmesi halinde arsa sahibinin elde edeceği miktarlar da gözönünde tutulmak suretiyle bu hususta bilirkişi görüşünden de yararlanılarak, sözleşmedeki düzenleme ve miktarın en az 1 yıl süreyle mutlak bağlayıcı olacağı ve maktuen belirlenen miktar ile rayiçlere göre saptanacak miktar arasında en az bir misli fark bulunması gerektiği de dikkate alınarak hakkaniyete uygun biçimde hakim tarafından takdir edilmelidir. Hakim tarafından belirlenen makul süreden sonraki gecikme tazminatı miktarının da; her bir bağımsız bölüm için taşınmazın mevkii, konumu, ülkenin ve inşaatın yapıldığı yerin sosyal ve ekonomik koşulları da gözönünde tutulmak suretiyle ve sözleşmede kararlaştırılmış gecikme tazminatı yokmuş gibi gecikme tazminatının en az mahalli piyasa rayiçlerine göre mahrum kalınan kira bedeli kadar olacağı ilkesine göre bilirkişiye hesaplatılması gerekir.*

*Bu açıklamalardan sonra somut olaya gelince, mahkemece az yukarıda açıklanan Dairemizin yeni görüş ve uygulamaları doğrultusunda inceleme yapılmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi, hüküm fıkrasının 7. maddesindeki vekâlet ücretinin davalıya ait olması gerekirken maddi hata sonucu davacıya verilmesine şeklinde yazılması da usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması uygun bulunmuştur (15. HD. 6.12.2011, 515/7200).*

## 19) SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşmeden dönmekte haksız olsa bile, iş sahibi bu hakkını kullanabilir. Çünkü bu hakkı ona yasa vermiştir. Mahkeme, sözleşmeden dönüş haksız olsa bile, dönme cezasının ödenmesine karar verebilir.

Sözleşmeden dönme hakkı veren bu cezanın uygulanmasında ve dönme hakkının kullanılmasında, TMK. md. 2'deki doğruluk kuralları gözetilmelidir. Örneğin eksik ve kusurlarıyla (ayıplarıyla) kullanılabilir durumda olup teslim hazır duruma gelmiş bir inşaatla ilgili olarak iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması, iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacaktır.

Dönme cezasını aşan zarar istenemeyecektir. Çünkü dönme cezası ile tarafların, maktu bir ceza içinde tüm zararları karşılamayı amaçladıkları kabul edilir. Başka bir anlatımla, dönme cezası, sözleşmenin bozulması durumunda haklı olan tarafın uğradığı tüm zararlarını karşılamak üzere kararlaştırılacağından, zarar miktar olarak sınırlandırılmış olmaktadır; bu nedenle de daha fazlası istenemeyecektir<sup>66</sup>.

Sözleşmeden dönülmemişse, örneğin kira alacağı istenmek suretiyle sözleşmenin ifası istenmişse, dönme cezası kabul edilemeyecektir<sup>67</sup>.

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme edimlerinin zamanında, eksiksiz ve doğru dürüst yerine getirilmesini sağlayıcı bir “baskı”, bir “gözdağı” aracı oluşturur. Bu niteliğiyle, sözleşmeye bağlı kalmasını, alacaklı yararına güvence altında tutmuş olur. Eğer bugün sözleşenlere, sözleşmede kararlaştırılmamış birtakım yükümlere aykırılıklarda, koşulların değişmesi yüzünden aşırı ifa güçlüğüne düşmede ve kendilerini sözleşmeyi kurmaya itmiş olan tasavvurların boşa çıkmasında bir dönme hakkı tanınmışsa, dönme hakkının edimler arası bağıllığı, eşitliği ve dengeyi koruyucu adalet anlayışına taşmasındandır. Dönme işlemi, sözleşmeye katlanması kendisi için “çekilmez” olan her sözleşeni söz-

66 15. HD. 8.12.1999, 3885/4530.

67 15. HD. 15.12.1997, 4639/5375.

leşmeden kurtarır. Sözleşmeye bağlı kalmamada haklı görülebilecek olan her sözleşen, karşı yanın sözleşme uyarınca borçlanılmış edim yükümlerine aykırı davranıp davranmadığına, edimler arası dengeyi alt-üst edip etmediğine bakmaksızın, sözleşmeyi çözebilecektir. Önemli olan, karşılıklı sözleşme ilişkisindeki karşılıklı edimler arası dengenin bozulup bozulmadığı değil, sözleşme ilişkisinin temelindeki karşılıklı “güven bağlılığının” kopup kopmadığıdır. Borçlunun sözleşmeye aykırı her davranışı, aynı zamanda alacaklının sözleşmeye aykırı davranılmayacağı yolundaki korunmaya değer güvenini kökünden sarsmış sayılacak ve bu alacaklı, karşılıklı denge bozulduğu için değil, fakat doğrudan doğruya borçlusuna karşı beslediği güveni kökünden sarsılıp yıkıldığı ve artık sözleşmeye bağlı kalmasının, güven ilkesi çerçevesinde “katlanılmaz”, “kendisinden beklenilmez” bir şey olacağı için sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmeden dönme, sözleşmeyle bağlı kalmanın, artık, sözleşenden TMK. md. 2/1 kuralı karşısında beklenmediği durumlarda, sözleşmeye kesin olarak ve sonuna kadar bağlı kalmanın sözleşme adaleti ile bağdaşmaz sivriliklerini törpüler. Dönme hakkı, ekonomik açıdan güçsüz kişileri, düşüncesizce kurdukları sözleşmelerin kendilerine getirdiği ekonomik sakıncalara karşı korumaktadır. Dönme hakkının son amacı, sözleşenleri, sözleşme öncesi duruma getirmektir. Dönmenin sözleşme edimlerinden kurtarıcı ve bunları geri sağlayıcı etkisi, bu hakkın hep bu değişmez amacına yöneliktir<sup>68</sup>.

### YARGI KARARI

*Mahkeme gerekçesinde de kabul edildiği üzere tapuda pay devri içeren inşaat yapım sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için, TMK'nın 706, TBK'nın 237, TK'nın 26 ve NK'nın 60. maddeleri uyarınca resmî şekilde yapılması gerekmektedir. Bu husus sözleşmelerin geçerlilik şartı olup mahkemece re'sen gözetilmelidir. Öte yandan Sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca, kooperatife ait inşaat yapım işlerinin yaptırılma yöntemini belirleme yetkisi kooperatif genel kuruluna aittir. Genel kurulca karar-*

68 Serozan, 40-42.

*laştırılmayan yapıım şekline uyulmaması da sözleşmeyi geçersiz kılmaktadır. Nevar ki 03.07.1997 tarihinde başlayan ve davacının da kabulünde olduğu üzere dava tarihine kadar %99 seviyesine getirilen bir yapıım işine ait sözleşmenin inşaatın tamamına yakınının bitmesi ve aradan 9 yıl geçtikten sonra geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK'nın 2. maddesinde belirlenen iyiniyet kurlarıyla bağdaşmayacaktır. Bu safhada sözleşmenin geçersizliğine dayanılması hakkın kötüye kullanılması olup hukuk düzeninin bu davranışı korumayacağı ortadadır. Bu nedenle mahkemece işin esasına girilerek 03.07.1997 tarihli sözleşme hükümleri doğrultusunda davanın sonuçlandırılması gerekirken, sözleşmenin geçersizliğinden bahisle davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur (15. HD. 14.4.2009, 1881/2175).*

## 20) TARAFLARIN SÖZLEŞMEYİ YAPMAKTAKİ AMACI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Bozukluk, eserde normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması veya bulunması uygun olmayan niteliklerin bulunmasıdır. İlke olarak, eserin taşınması gereken nitelikler sözleşme ile belirlenir. Sözleşme, eserin niteliklerini belirlememişse, yüklenici, TMK. md. 2 uyarınca, eserin kullanım amacını göz önünde bulundurarak, eseri uygun nitelikte meydana getirmelidir.

Dürüstlük kuralı, somut bir edim ilişkisini gerektirmekle birlikte, “Herkes, borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır (TMK. Md. 2/I), hiçbir somut edim ilişkisi bulunmasa bile, borçların kurulmasına olanak vermeye yetişmektedir. Söz konusu ilke, bir yorum ilkesi olup, irade açıklamasının onaylayıcı, tamamlayıcı ve değiştirici yorumuna da temel oluşturmaktadır. Yorum ilkesi sayesinde, bir kimse- nin kişi ve malvarlığına ilişkin olup da, başkasının etki alanına, hukuken korunmaya değer bir amaç için giren ve sosyal ilişki ile başlayan bir ilişkiden, edim yükümlerinden bağımsız bir borç yaratılmaktadır. TMK. Md. 2/I kuralına göre, başkaları nezdinde güven yaratabilecek nitelikte bir irade açıklamasında bulunanın, yarattığı güvenin sonuçlarına katlanması gerekmektedir. Açıklama yapan açıklamasına sadık kalacak, muhatabı ise bu açıklamaya inanç besleyecek, güvenecektir. Taraflar, sözleşmenin amacının eksiksiz ve mükemmel olarak gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, gereken her şeyi yapmak ve sözleşmenin sonuçlarını her türlü olumsuzluklardan korumak için, olumsuz etkili olabilecek her şeyden kaçınmak zorundadır. Bu ana görev, yan borçların doğmasına ve sözleşme öncesi döneminden başlayarak, sözleşme sırasında ve sözleşmenin ifa edilmesinden sonra gelen dönemlerde bile sürmesine neden olmaktadır. Öyleyse TMK. Md. 2/I hükmünde geçen “borç” sadece sözleşmenin asıl hedefi olan asli edimin ifadesi olmakla kalmayıp, borç ilişkisinden doğan çeşitli sorumlulukları ve bunlar Arasında, yan borçların her tipini de kapsamına almaktadır<sup>69</sup>.

69 İnal, 180-181.

Eserde bulunması gereken nitelikler konusunda açık veya örtülü anlaşma yoksa, sözleşmenin tümü dikkate alınarak, sözleşmecilerin sözleşmeden beklentilerine göre, dürüstlük kurallarına göre saptanmalıdır.

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan özelliklere sahip olmamasına rağmen teknik kurallara uygun biçimde tamamlanıp teslim edilmişse, söz konusu eserin kararlaştırılan ile aynı değer ve nitelikte olması onun bozuk olması niteliğini ortadan kaldırmaz. Giderek yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan eserden daha değerli bir şey imal etmesi durumunda da, eserin bozuk olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durumda yüklenicinin sorumluluğu yoluna gidilmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir (TMK. md. 2)<sup>70</sup>.

Yüklenici, kural olarak, imar durumunun olanak verdiğini gerekçe yaparak, iş sahibinin onay ve iradesine aykırı olarak, sözleşmede belirtilen genişlik ve büyüklüğün (yatay ve dikey büyüklük) dışına çıkarsa sözleşmeyi ihlal etmiş olur. Ancak, böyle bir inşaatın yapımı sürerken itiraz etmeyen iş sahibinin, yapılan inşaatın kararlaştırılan kapsamının genişletilmesinin sözleşmenin ihlali olduğunu öne sürmesi TMK. md. 2 ile bağdaşmaz.

Sözleşme yapıldıktan sonra, imar mevzuatında meydana gelen değişiklikten yararlanan yüklenicinin bağımsız bölümleri sözleşmede belirtilenden daha büyük yapması (mevcut bağımsız bölümlerin alanının genişletilmesi veya sözleşme dışı bağımsız bölüm yapması) durumunda, sözleşme her iki tarafı da bağladığından, bağımsız bölümlerin büyüklüğü, sayısı ve paylaşımına ilişkin sözleşme ilkeleri de göz önünde tutularak bir çözüm bulunacaktır.

---

70 Ergezen, 70.

## 21) GENEL İŞLEM KOŞULLARINDAN BAZILARININ GEÇERSİZ SAYILMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

“Yap-sat sektörü”nde, inşaat sözleşmesinden ziyade, inşa edilen binadaki bağımsız bölümlerin ve devre mülklerin satışında sıkça rastlanmaktadır. Yap-sat sektöründe, girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edimden vazgeçmek zorunda kalacaktır. Birey, önüne konulan metin karşısında, sadece “evet” ya da “hayır” diyebilecek, buna karşılık, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır. Bunun için tüketicinin korunması gerekmiştir. Girişimci, bir sözleşme yapmakta, ileride yapacağı çok sayıdaki sözleşmede kullanma amacıyla tek başına önceden hazırlayıp öbür tarafa sunmaktadır. Sözleşmenin koşullarını girişimci belirlemekte, alıcı konumunda bulunan kişi sadece onu imzalamaktadır.

Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.

Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK. MD. 20-25).

Genel işlem koşulları, karşılıklı anlaşma yoluyla değil, yapılan yollamadan ötürü esas sözleşmenin kapsamında sayılırlar. Genel işlem koşullarında yer alan kayıtların geçerliliğine ilişkin aşağıdaki bilgilere yer verilmelidir:

- A. Genel işlem koşullarında yer alan kayıtlar, yasanın buyurucu kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı bulunması durumunda geçersiz olacaktır.
- B. Genel işlem koşullarında yer alan ve girişimcinin kasıt veya ağır ihmalden sorumlu bulunmayacağına ilişkin kayıt, TBK. md. 115/I gereğince geçersiz olacaktır.
- C. Genel işlem koşullarında yer alan bir kayıt açık ve anlaşılır değilse, birden çok anlama geliyorsa, bunu hazırlayan girişimcinin aleyhine yorumlanacaktır.
- D. Genel işlem koşullarında yer alan, durum ve koşullara ve özellikle sözleşmenin dış görünüşüne göre karşı sözleşenin

tahmin edemeyeceği kadar alışılmamış olan hükümler, sözleşmenin ayrılmaz parçası durumuna gelmeyecektir.

- E. Genel işlem koşullarındaki kayıtlar, karşı sözleşeni, dürüstlük ve güven hükümlerine aykırı olarak uygunsuz biçimde zarara uğratıyorsa geçersizdir. Bir kayıt, kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temel düşüncesi ile uyuşmuyorsa veya sözleşmenin kapsamından ortaya çıkan temel hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye sokacak ölçüde sınırlamışsa, kuşku halinde uygunsuz biçimde zarara uğrandığı kabul edilecektir.
- F. Yargıç, TMK. md. 2'den yararlanarak, bireysel sözleşmede yer alsaydı geçerliliğine itiraz edilemeyecek olan sorumsuzluk kaydını, genel işlem koşullarında yer aldığı için geçersiz sayabilecektir<sup>71</sup>.

---

71 Başalp, 319; Karahasan, 275-278.

## 22) YÜKLENİCİNİN KUSURSUZLUĞUNU KANITLAMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Borç hiç veya gereği gibi yerine getirilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK. Md. 112). Borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir (TBK. Md. 114). Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TMK. Md. 115).

Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TBK. Md. 118). Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir (TBK. Md. 119/II).

Yüklenici, ancak kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenici, edimin yerine getirilmesini engelleyen ve borçlunun sorumlu tutulmadığı olayların varlığını kanıtlayarak kusursuzluğunu kanıtlayabilir. Zira borca aykırılığın olağanüstü durumdan ya da zorlayıcı nedenden ileri gelmesi durumunda, borçlu, bunları kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenicinin, ücretin az olduğunu veya yeteneğinin ancak bu kadarını yapmaya elverdiğini ileri sürerek sorum-

luluktan kurtulması olanaklı değildir. Uzman olmayan tarafı oluşturan iş sahibine uzman olmadığı bir konuda kanıtlama yükü getirilmemelidir.

Yüklenicinin kusurunun derecesi (kast veya ihmal olması) önemli değildir.

Yüklenicinin gerekli mesleki bilgiye sahip olmaması, bilgisini gerektiği biçimde kullanmaması, uzmanlığı olmamasına karşın uzmanlığı gerektiren bir eserin meydana getirilmesini üzerine alması, bu konuda uzmanlığı bulunan bir yardımcı kişiden yararlanmaması, uzmanlığını tümüyle iş sahibinin emrine vermemesi eserin kusursuz olarak yapımını engelleyecek durumlar konusunda gerekli koruma önlemlerini almaması, iş sahibini uyarmaması, iş sahibini aydınlatmaması, özen borcunu ihlal etmesi, TMK. md. 2'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda yüklenici kusurlu sayılır. Doğrudan-dolaylı zarar ayrımı yapmaksızın bozukluk sonucu uğranılan tüm zararların tazmininin yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlanması kimi vakit hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Eserdeki bozukluk dolayısıyla iş sahibinin uğradığı, örneğin bedensel varlığının zarar görmesi gibi bir fiili zarar ile kâr yoksunluğu şeklinde uğradığı bir zarar eşit olarak değerlendirilmemeli ve her iki zarar türünün ödenmesinin de yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlı olduğu düşünülmemelidir. Eserdeki bozukluğun iş sahibinin bedensel değerlerine verdiği fiili/doğrudan zararlar da örneğin, bozuk/kusurlu olarak onarılan bir tırmanma kayışının iş sahibinin sakatlanmasına, tedavi giderlerine yol açması gibi durumlarda, yüklenicinin bir kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın iş sahibinin zararı ödetilmelidir. Çünkü sözleşmenin uzman tarafını oluşturan yüklenicinin bu tür durumları önceden öngörmesi ve gerekli önlemleri alması kendisinden beklenebilir bir davranıştır. Yüklenicinin bu davranış yükümlülüğüne bilerek ya da bilmeyerek aykırı hareketinin yaptırımını da, zararın ortaya çıkmasında kusuru bulunmasa bile, zararı ödemesi olmalıdır. İş sahibinin dolaylı zararlarının tazmininde, yüklenicinin sorumluluğu için onun kusuru aranabilir<sup>72</sup>. Yüklenici kusurlu

72 Uçar, 218-221.

davranışıyla sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat alacağının doğmasına neden olursa, bozukluk ya da sözleşmeye aykırılıkla uygun nedensellik bağının bulunması zorunludur. İş sahibinin zararı, yerine getirilmeyen edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki farktır.

Zararın, somut olayın özelliği, yüklenicinin kusurunun ağırlığı ve iş sahibinin ortak kusuru dikkate alınarak, hükmün verileceği en yakın tarihe göre hesaplanması gerekir<sup>73</sup>.

Alacaklının alacağına tamamen veya kısmen kavuşmasını sağlamak amacıyla, yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve paylaşılmasında dürüstlük kurallarına başvurulmalıdır. Eğer alacaklı alacağının tümünü veya bir bölümünü alamazsa, borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini, örneğin özen eksikliği bulunmadığını kanıtlamadıkça bundan doğan zararı ödemekle yükümlüdür. İş sahibinin zarar gördüğü durumlarda yüklenicinin sorumluluğu, onun özen borcunun ihlaline dayanır. Yüklenici, iş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınmalıdır. Bu nedenle, aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Yüklenici ise, zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini kanıtlayacaktır<sup>74</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Yanlar arasında 1.11.1977 tarih ve 11938 yevmiye numarası ile Beyoğlu Onuncu Noterliği'nce düzenlenen (gayrimenkul satış vaadi ve inşaat taahhüt mukavelesi) akdedilmiştir. Sözü edilen sözleşme akitlerin hakları ile borçlarını tespit etmektedir. Davacılar, taşınmazın %64 hissesini bedelsiz olarak davalı yüklenicilere devretmişler bunun karşılığında yükleniciler de taşınmaza kararlaştırılan inşaatı yapmayı yüklenmişlerdir. Yüklenicilerin sözleşmenin tanziminden itibaren uzun bir süre geçmesine rağmen bir inşaat projesi bile yapmaya teşebbüs etmeyerek akdi borçla-*

73 Öz, 298.

74 HGK. 12.10.1994, 265/600.

rını yerine getirmemek suretiyle temerrüde düştükleri iddia olunmaktadır. Oysa; sözleşmenin 5. maddesi (mezkur gayrimenkulün imar durumunda inşaatın yapılabilmesi İstanbul Belediyesi'ne ait 300 m<sup>2</sup>'lik arsanın satın alınıp tevhit edilmesi şartına bağlı olduğundan belediye arsanın satın alınması ve bedelinin ödenmesi müteahhitlere ait olacaktır) hükmünü taşımaktadır. Bu durumu ile inşaatın yapılabilmesi için İstanbul Belediyesi'ne ait 300 m<sup>2</sup>'lik arsanın satın alınıp tevhit edilmesi gerekmektedir. (Belediye arsasının satın alınması ve bedelinin ödenmesi işlemini de hemen yukarıda tespit olunan sözleşme hükmü ile yükleniciler yüklenmiş bulunmaktadırlar. Belediye arsasının davacılar adına da alınması ve bunun için vekaletname verileceği sözleşmede söz konusu edilmediği gibi zaten taşınmazın %64 payına yükleniciler sahip bulunmaktadırlar. Yüklenilen borç belediye arsasının satın alınması ve bedelinin ödenmesi olduğuna göre iş hayatının normal akış seyrine göre bu konuda davalı yüklenicilerin bir teşebbüs ve davranışları saptanamadığı gibi eserin yapımını gerçekleştirecek bir hazırlık safhası aşamalarını da saptanamadığı görülmektedir. Hatta işlemin bu aşamasında davacı arsa sahiplerinden vekaletname almalarına ihtiyaç duyulduğundan bu konuda bir vekaletname vermeleri gerektiğini duyurmaları kendilerinden beklenen özen borcu ve iyi niyetin gereğidir (TMK. md. 2, TBK. md. 97). İş ve ticaret hayatının normal akışında tutum ve davranışlarda gereken dikkat ve ihtimamın sarfı (özen borcu) ile iyi niyet, hakların ve borçların ifasında uyulması zorunlu ana kuraldır. Arsa payı devri ve tescili işlemi bağımsız bir nitelik taşımamakta olup, satış vaadi ve inşaat taahhüdü sözleşmesinde bir bütünün yüklediği görev gereği vuku'u bulmuştur. Satışın ve tapunun iptali istemi (akdi bozma) iradesini de kapsamaktadır. 7.7.1980 tarihinde ika-me edilen davada 7.11.1977 tarihli sözleşme ile yüklenilen, hazırlık, başlama ve yürütülmesi doğrultusunda bir delil ve emare de müşahede olunamamıştır, bir süre tayinine de gerek yoktur (15. HD. 20.5.1981, 1081/1193).

---•---

*Taraflar arasındaki uyuşmazlık eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmıştır. Yanlar arasında icap ve kabul suretiyle oluşan sözleşmeye göre, davalıya 2.8.2001 tarihinde teslimi yapılan iş P.B. transfer v.1.0.1 modülüdür. Kural olarak yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmesi ve bu şekilde teslim etmesi yüklenicinin sadakat ve özen borcu gereğidir. Aslında sadakat ve özen borcu TMK.nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralının da bir uzantısıdır. Yüklenicinin bu borcu sözleşmenin kurulması ile başlar, eserin iş sahibine teslim edildiği ana kadar devam eder ve eserin tesliminden sonra da ayıba karşı tekeffül sorumluluğu şeklinde kendini gösterir. Daha açık bir anlatımla ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gereği yüklenici teslimden sonra da zamanaşımı süresi içerisinde eserdeki ayıplardan sorumludur. İş sahibi de yüklenicinin bu sorumluluğu sebebiyle Borçlar Kanununun 475. maddesindeki haklarını kullanabilir. İş sahibinin eserdeki ayıptan kaynaklanan haklarından birisi de, yapılan şeyin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu olması halinde eseri kabulden kaçınmaktır. Şayet iş sahibi eseri kabulden kaçınmakta haklı ise kuşkusuz eser bedeli ödemesi de gerekmez. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; sistemdeki sorunun davacıdan kaynaklanan sebeplerle dava dışı Tedaş'ın davacı şirketi yasaklı firma ilan etmesinden meydana geldiği 17.10.2001 tarihli yazıdan görülmektedir. Sistemin hizmet vermediği bilirkişi tarafından da saptandığından iş sahibinin yararlanamadığı esere TBK.nun 475. maddesine dayanarak ücret ödemesi gerekmez. Davanın açıklanan bu nedenle reddi yerine istemin hüküm altına alınması doğru olmadığından karar bozulmalıdır (15. HD. 8.6.2004, 6368/3196).*

### 23) ZAMANAŞIMI SORUNLARINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu “eksik bir borç” haline dönüştürür ve “alacağın dava edilebilme özelliği”ni ortadan kaldırır.

Zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.

Zamanaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir. Diğer bir anlamıyla zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı borcun doğumu ile ilgili olmayıp istenmesini önleyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

İşte bundan dolayı, yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle talep konusu hakkın istenebilir bir konuma, duruma gelmesi gerekmektedir. Yasalarda hakkın istenebilir konumuna, diğer bir anlatımla yerine getirilmesinin gerektiği güne, ödeme günü denmektedir. Bir hak, var olsa bile, o hakkın istenmesi için gerekli koşullar gerçekleşmedikçe istenemez.

Genel olarak savunma nedenlerinin ve bu arada zamanaşımı savunmasının esasa cevap süresi içinde bildirilmesi gereklidir. Daha sonra ileri sürülebilmesi için tek olanak vardır. Bu, tek olanak, savunmanın genişletilmesine karşı tarafın (hasmın) muvafakatidir. Eğer karşı taraf savunmanın genişletilmesine muvafakat etmez ve dolayısıyla (savunmanın genişletildiği) yollu bir itirazda bulunursa, o takdirde ancak mahkemenin ileri sürülen savunma nedenlerini (bu arada zamanaşımı savunmasını) incelemesi olanağı yoktur; bu durumda ise mahkeme hemen savunma nedenlerini reddetmelidir. Özetle belirtmek gerekirse, savunmanın genişletildiği itirazı ile karşılaşmadığı sürece zamanaşımı savunmasının geç ileri sürülmesi, incelenmesine engel değildir.

Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez. Bir hakkın, bu bağlamda ödense isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar.

Sözleşmeden doğan alacaklarda zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar (TBK. md. 149). TBK'nın 117. maddesine, borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenemiyorsa muaccel bir borçtan da söz edilemez.

TBK'nın 149. maddesi ile zamanaşımının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu zamanda başlayacağı esasını kural olarak getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, borç belirli bir vadeye bağlanmış ise bu vadenin bittiği tarihte muacceliyet kesbedeceğinden aynı Yasanın 151. maddesi hükmü göz önünde tutularak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının hesap edilmesi gerekir. Kanun koyucu burada borçlunun temerrüde düşürülmesi esastan ayrılarak alacağın muaccel olmasını kafi görmüştür. Zamanaşımının başlaması için ayrıca borçlunun sözü geçen Yasanın 117. maddesinde yazılı şekilde temerrüde düşürülmesine lüzum yoktur.

Alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi olan halleri 149. maddenin 2. fıkrası düzenlemiştir. Bu hükme göre zamanaşımı haberin verilebileceği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanun koyucu

burada haberin verileceği değil, verilebileceği günün zamanaşımına başlangıç olarak kabul edilmesi gerekeceğini öngörmüştür. O halde, bu durumda zamanaşımının başlayabilmesi için fiilen haberin verilmesi şart olmayıp verilmesi mümkün olan zamanın tespitini yeterli görmüştür. Haber verebilme ihtiyari bir olaydır. Bu husus alacaklı tarafa bırakılmış ise alacaklı verdiği tarihten itibaren bu hakkını kullanma olanağına her zaman sahiptir. Yani verdiği tarihten itibaren her zaman borçluya verdiği şeyin ödenmesi için ihbar yapabilir. Bu itibarla borçlunun temerrüt haline düşürülüp düşürülmediği ve fiili ihbarın yapıp yapılmadığı hususları araştırılmadan ödenmesi ihbar yapılması esasına bağlı borç ilişkilerinde zamanaşımının bu haberin verilebileceği yani para ve diğer alacakların verildiği tarihin zamanaşımına başlangıç olarak alınması gerekir.

TBK'nın 152. maddesi gereğince asıl alacak zamanaşımına uğradığında faiz ve diğer ek haklar da zamanaşımına uğrar. Diğer bir deyişle faiz alacağı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olur. TBK'nın 154/2. maddesince alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı definden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da doğrulanmaktadır. Dahası, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir borç ikrarında bulunan borçlunun da bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı defini ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve TMK. md. 2. ye aykırıdır.

Zamanaşımı savunmasından “önceden” vazgeçmek geçersizdir. Borç zamanaşımına uğradıktan sonra, borçlu bu savunmasını ileri sürmekten vazgeçebilir. Çünkü burada doğmuş bir haktan vazgeçme söz konusudur ve geçerlidir. Borçlu, vazgeçmesini, “vazgeçme sözleşmesi”nde ileride dava açılması durumunda zamanaşımı savunmasında bulunmayacağını taahhüt ederek veya tek yanlı irade bildiriyle ya da bu

anlama gelecek iradeyi gösteren bir işlemle yapabileceği gibi, açılmış bir davada zamanaşımı savunmasında bulunmayarak veya savunmasını geri alarak da yapabilir. Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir borç itkarında bulunan borçlunun bu borç itkarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı savunmasını ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve TMK. md. 2'ye aykırıdır<sup>75</sup>.

Satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda zamanaşımı savunması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan “dürüst davranma” kuralı ile bağdaşmayacaktır.

### YARGI KARARLARI

*Davadaki uyuşmazlık, zamanaşımı konusunda yanıt dilekçesinde bir def'i bulunmayan davalı tarafın, davada daha sonraki aşamada ileri sürdüğü bu def'in davacı tarafından savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşmasından sonra davalının bu defa yanıt dilekçesini ıslah ederek zamanaşımı def'inde bulunup bulunmayacağı noktasındadır.*

*Savunmanın genişletilmesi yolunu tercih eden davalı, masrafsız ve külfetsiz yolu tercih etmekte, ne var ki karşı tarafın savunmanın genişletilmesine onay vermemesi durumunda da bu def'i hakkının kullanılması önlenilmekte olup, bundan sonra ancak da-*

75 HGK. 23.2.2000, 71/1116; von Thur (Edege Çevirisi), sf. 709 :“Zamanaşımından feragat, feragatta bulunan kimsede medeni hakları kullanmak ve borcun teminatını teşkil eden mamelekte tasarruf edebilmek salahiyetine lüzum gösterir; filhakika, bu feragat yeni bir borç ihdasından mütevellit neticenin aynı bir neticeye müncer olur. Eğer feragat müruruzaman defini ıskat ederse, tekrar ifası vacip bir hale gelen alacak için yeni bir müruruzaman müddeti cereyana başlar. Borçlu kasdi iğfal veya tehdit suretiyle müruruzaman vaki oluncaya kadar alacaklının kendi davasını tehir etmesine sebebiyet vermiş ise, müruruzaman def'i müteakbil bir def'i ile bertaraf edilebilir. Borçlu bu hususta zarar ve ziyan ile mükellef bulunduğundan zararı mucip olan vakıa müruruzaman müddetinin geçmesinden ibaret olduğundan en basit tazmin şekli müruruzaman def'i hakkını borçluya tanımamaktır. Fakat hatta borçlunun suiniyetle, alacaklıyı müruruzaman müddetini geçirmeye sevketmesinden dolayı kendisine serzenişte bulunulmaması halinde dahi, müruruzamanın dermeyanı keyfiyeti MK. Md manasında hakkın suistimalini teşkil edebilir.”

*vanın esas hakkında savunma nedenlerini ileri sürebilmek olanağına sahip bulunmaktadır. Görüldüğü gibi, bu yolun tercihi davalı tarafa büyük bir risk getirmektedir. Davalının tercih edebileceği ikinci yol ise HMK. md. 178/l'in kendisine yüklediği parasal yükümlülüğü yerine getirerek ıslah yoluna başvurarak yanıt dilekçesinde kullanmadığı savunma hakkına bu yolla kavuşabilmesidir.*

*Somut olayda; davalı taraf süresinde verdiği 28.11.2001 günlü yanıt dilekçesinde (dilekçedeki açıklamalara göre, zamanaşımı süresinin dolduğunu bildiği halde) zamanaşımı def'ini ileri sürmeyerek, davanın esasına yönelik savunmalarda bulunmuş, davacı tarafın 1.2.2002 günü yanıt dilekçesinde gösterdiği delillerin toplanması istemine karşı davalı taraf da 1.3.2002 tarihli dilekçesi ile karşı delillerini mahkemeye sunmuştur. Bu aşamadan sonra her iki tarafın delilleri toplanmış, taraf tanıkları dinlendikten sonra davalı taraf 14.1.2003 günlü dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmuş, davacı taraf ise, derhal verdiği 27.1.2003 günlü dilekçesi ile zamanaşımı def'inin ileri sürülmesine yani savunmanın genişletilmesine onay vermediklerini bildirerek davalı yanın bu hukuki yola başvurması önlenilmiştir. İşte bu işlemlerden sonra davalı taraf bu defa ıslah yoluna 8.3.2002 tarihli dilekçesi ile ve HMK. md. 178/l'in getirdiği mali yükümlerini yerine getirmeden başvurmuş davacı taraf ise, 17.2.2003 tarihli dilekçesi ile bu usuli işleme de karşı çıkmıştır.*

*Davalı taraf, (bildiği halde) yanıt dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmadıktan ve mahkemece için esasına girilip, taraf delilleri toplanıldıktan sonra ve davalının riskli bir usuli yol olan savunmanın genişletilmesi yolu ile ileri sürmeye çalıştığı zamanaşımı def'ini, davacı tarafın karşı çıkması ile ileri sürememesi sonucu bu usuli sorun kendi mecrasında davacı taraf yararına bu şekilde çözülmüş bulunmaktadır. Bu aşamadan sonra, davalı tarafın yasanın öngördüğü koşulları dahi yerine getirmeden, bu defa ıslah yolu ile ileri sürdüğü zamanaşımı def'in kabulü yolu-*

*na gidilmesi isabetsizdir. HMK'nın 141/3'üncü maddesinin ancak aynı maddenin ikinci maddesindeki yola başvurmaya davalı tarafta tanınan bir usul kurumu olduğunun kabulü yargılamanın kısa sürede ve adil bir çözüme kavuşturulması ilkesinin bir sonucu olmalıdır. Kaldı ki, davalının esasına girildikten ve taraf delilleri toplandıktan sonra, zamanında kullanılması gereken bir hakkın bu aşamadan sonra kullanılmış olmasının, somut olay adaleti yönünden TMK. md. 2'de öngörülen dürüst davranma ilkesine de aykırı olduğunun kabulü gerekir (HGK. 6.7.2005, 448/437; HGK, 6.4.2011, 629/70).*

---.---

*Dava, taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.*

*Açılan davada dayanan sözleşmenin konusu olan Andırın İlçesi sınırları içerisinde bulunan 9 adet taşınmazın satış vaadine dayalı olarak tescili istenmiştir.*

*Satışı vaad edilen taşınmaz malların, satıcısı tarafından alıcıya teslim edilmiş olduğu, satış belgesi metninden ya da tanık beyanlarından anlaşılması halinde bedeli ödemiş olan alıcıya karşı zaman aşımı def'inin ileri sürülmesi Türk Medeni Kanununun 2.maddesinde tanımı yapılan dürüst davranma kuralı ile bağdaşmayacağından davalı savunmasına değer verilemeyeceğinin gözönünde bulundurulması gerekirken bu yolda davacı tarafta sunulan delillerin de araştırılmamış olması doğru görülmemiştir (14. HD. 3.5.2005, 1001/4232).*

---.---

*Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden TBK'nun 146. maddesi hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır ve bu süre sözleşmenin ifa olanağının doğması ile işlemeye başlar. Ancak satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış*

vaadini kabul eden kişiye yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda zamanaşımı savunması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan “dürüst davranma” kuralı ile bağdaşmayacağından dinlenmez.

Somut olaya gelince; davada dayanılan 5.9.1979 tarihli satış vaadi sözleşmesinin 3. sayfasında satışı vaat olunan taşınmazın vaat alacaklısına teslim edildiği yazılıdır. Kısaca, satışı vaat olunan taşınmaz sözleşmeyle davacılara teslim edildiğinden davacıların zamanaşımı savunmasında bulunması dürüst davranma kuralı ile bağdaşmaz (14. HD. 6.6.2011, 6339/7351).

---.---

Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden TBK'nun 146. maddesi gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır ve bu süre sözleşmenin ifa olanağının doğmasından sonra işlemeye başlar. Ancak, satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye, yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise, on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda, zamanaşımı savunması Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından dinlenmez.

Davacının tescil isteğinin kabulü için, sözleşmede kararlaştırılan bedelin ödenmiş olması gerekir. Ancak, eksik kalan bir kısmı var ise. TBK. Md. 97 hükmü uyarınca, bu bedel depo ettirilmelidir.”

Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptal ve tescil davalarının kabulü için aranacak ilk husus sözleşmenin ifa olanağının bulunup bulunmadığıdır.

Elbirliği ortaklığına ( iştirak halinde mülkiyete ) konu bir taşın-

*mazda elbirliği ortaklarından birinin, miras payını ortaklık dışı bir kişiye satmayı vaat etmesi halinde sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerlidir. Ancak elbirliği ortaklığı çözülmeye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Fakat elbirliği ortaklığına dahil paydaşlar arasında gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılmışsa, iştirak bozulmamak kaydıyla satıcı elbirliği ortağının payının alıcı elbirliği ortağının payına ilave edilmek suretiyle satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır.*

*Eğer satışı vaat edilen taşınmaz tapusunda temlik tasarrufu engelleyen kayıt varsa veya İmar Kanununun 18/son maddesi hükmüne aykırı şekilde satış vaadinde bulunulmuşsa veyahutta vade konu taşınmaz bir başka mahkemede mülkiyet uyuşmazlığına konu olmuşsa bu gibi hallerde de sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez.*

*Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, Türk Medeni Kanununun 1009. maddesi uyarınca tapunun beyanlar hanesine şerhi mümkündür ki böylece, sözleşme alacaklısı, sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkım kuvvetlendirmiş olur ve üçüncü kişilere karşı ileri sürebilme olanağını kazanır. Tapu Kanunu 26/6. maddesi uyarınca bu şerh 5 yıl için geçerli olup, 5 yılın dolmasıyla kayıttan silinir ve anılan gücünü yitirir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra, 5 yıl içinde kayda işlenen her türlü haciz, ipotek ve benzeri, sözleşme alacaklısının haklarını kısıtlayacak nitelikteki şerhler de sözleşme alacaklısını bağlamaz.*

*Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında:*

*Davacı, 1384 ada 5 parsel sayılı taşınmazda Müzeyyen'e miras yolu ile intikal eden hisseyi noterde 2.3.1999 tarihinde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığını, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edildiğini, davalının taşınmazı satış vaadi sözleşmesi şerhini bilerek tapudan satın aldığını ileri sürerek tapu iptali ve pay tescili istemiştir.*

*Davalı, satış vaadi sözleşmesinin düzenlendiği tarihte taşınmazın iştirak halinde mülk olarak tapuda kayıtlı olduğundan satış vaadi sözleşmesinin geçerli olmadığını ve taşınmazı davacının muvafakati ile aldığını savunmuştur.*

*Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hükmü, davalı vekili temyiz etmiştir.*

*Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda iştirak halinde mülkiyete konu olan bir taşınmazda iştirakçilerden birinin, miras payını, ortaklık dışı bir kişiye satmayı vaat etmesi halinde sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerlidir. Ancak iştirak çözüldükten sonra satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır **(14. HD. 4.5.2004, 1810/3639)***

## 24) YÜKLENİCİNİN KONUMUNU DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İş sahibinin ücret ödeme borcu, eserin teslimi anında ivedili olacaktır (TBK. md. 479/I). Yüklenicinin eseri meydana getirmesinde emek ve becerisinin yanında onun yeterli mali kaynağa sahip olmasının büyük önemi vardır. Zira eserin ortaya çıkartılması az veya çok sermayeyi gerektirir. Yeterli mali kaynağı olmayan yüklenici eser yapımını üstlenmiş, fakat bu yüzden eseri meydana getirememişse özen borcunu ihlal etmiş olduğundan sonuçlarından sorumludur. Küçük bir binanın yapımında bile araç gereç temini, makine parkı, şantiye binası gibi bazı tesisler önceden yatırım yapılmasını gerekli kılmaktadır. Araç ve gereci yüklenici sağlayacaksa, bunun için harcama yapacaktır. Yükleniciye avans ödemelerinin süresinde yapılması eserin meydana getirilmesinde son derece önemlidir. Eserin yapımına talip olan yüklenicinin eserin boyutuna uygun bir sermayesi olduğu peşinen varsayıldığından ücret ödemelerindeki makul sayılabilecek gecikmeler yükleniciye (direnim koşulları varsa faiz alacağı dışında) bir hak sağlamazsa da, yüklenicinin tahammül gücünü aşacak ödeme aksamalarının ona hak bahşetmesi gerekir<sup>76</sup>.

İş sahibinin ödeme zamanını geçirmesi ve direnime düşmesi durumunda kalan tüm işin aynı bedelle yapımını istemesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacaktır (TMK. md. 2). İş sahibinin direnimi nedeniyle yüklenicinin işi bırakarak sözleşmeyi bozması nedeniyle kendisine kusur yüklenemeyecektir<sup>77</sup>.

Yüklenici, direnime düşen iş sahibinden, bedel borcunu her zaman ve direnime anından başlayan direnime faiziyle birlikte isteyebilir.

Yüklenici tanıdığı ek süre içinde de gecikmiş bedelin ödenmesi ve direnime faizi istemiş ve öbür haklarını kullanmayacağını bildirmişse, seçimini yapmış demektir ve bunu bir daha değiştiremeyecektir.

<sup>76</sup> Karataş, 217-218.

<sup>77</sup> 15. HD. 25.1.2005, 2914/159.

### YARGI KARARI

*Yanlar arasında imzalanan 16.11.2000 tarihli sözleşmenin 6. ve sözleşme eki ihale şartnamesinin 14. maddesinde taahhüt süresi ve mücbir sebeplerle uzatılan sürede fiyatların yükselmesi halinde fiyat artışı yapılmayacağı kararlaştırılmıştır. İhale tarihi 3.11.2000, sözleşme tarihi 16.11.2000, işin bitim tarihi 1.12.2000'dir. Yapılacak işte kullanılacak malzeme olan köşebent demirin fiyatı da ihale ve sözleşme tarihlerinden önce 24.10.2000 tarihinde artırılmıştır.*

*Davacı yüklenici tacir ve dava konusu iş işletmesi ile ilgili ticari iştir. TTK.nun 18. maddesinin 2.fıkrasına göre tacir ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Aksi halde bunun sonuçlarına katlanmak durumundadır. Basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken davacının işi gereği ihale tarihinden önce demir fiyatlarına zam geldiğini şartnamede fiyat farkı verilmeyeceğini bilerek ihaleye katıldığı ve sözleşmeyi imzaladığının kabulü gerekir. İhaleden önce demir fiyatlarına zam geldiğini ileri sürerek fiyat farkı istemesi sözleşme ve MK.nun 2. maddesinde öngörülen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz (15. HD. 9.2.2005, 3071/639).*

## 25) İPOTEK TAAHHÜDÜNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşmenin imzalanmasından başlayarak belirli bir süre içinde yüklenicinin iş yapacağına garantisini olarak bir taşınmazını iş sahibine ipotek edeceği veya iş sahibinin ödeyeceği bedeli güvence altına almak için bir taşınmazını yükleniciye ipotek edeceği ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye arsa sahibi tarafından taşınmaz satış vaadi biçiminde (noterde düzenlenen) bir senetle, daha inşaat yapılmadan önce bir kısım arsa payı devredilmesi ve ardından bunlar üzerine arsa sahibi yararına ipotek konulması kararlaştırılabilir. İster “üst sınır ipoteği” ve ister “belirli bir alacak ipoteği” olsun, sözleşmede kararlaştırılan ipotek verme taahhüdünün geçerliliği Tapu Sicil Müdürlüğünde kamusal senet düzenlenmesine bağlıdır (TMK. md. 856 ve 882). Adi yazılı biçimde veya noter onayı ile ya da noterde düzenleme biçimiyle yapılmış inşaat sözleşmelerindeki bu tür ipotek taahhütleri (biçime aykırılık nedeniyle) geçersiz olduğundan, taşınmazın sahibi kendi rızası ile Tapu Sicil Müdürlüğüne gelip ipotek kurulması için kamusal senet düzenlettirip imzalamadıkça, tapu dışı sözleşmeye dayanılarak ipotek kurulmasına zorlanamaz. İpotek vadinin geçersiz olması sözleşmenin bütününe geçersiz duruma getirir mi? Bu geçersizlik, sözleşmenin sadece kimi bölümlerinde olması, sözleşmenin tümünün bozulmasını gerektirmeyip, yalnız o bölümlerin bozulmasına neden olur; fakat onlar olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu kesinlikle kabul edilebilirse, sözleşmenin tümü geçersiz sayılır (TBK. md. 27/II). Bu durumda, bu geçersiz ipotek taahhüdü taraflarca “sözleşmenin bağlandığı koşul” olarak kabul edilebilir: TBK. md. 176 uyarınca geçersiz koşul tüm sözleşmeyi geçersiz kılacağından, TBK. md. 27/II uyarınca tarafların bu hüküm olmaksızın sözleşmeyi yapıp yapmayacakları araştırılmaksızın tüm sözleşme geçersiz sayılacaktır. Sözleşmede ipotek vaat edilen değil de ipotek vadeden taraf, sadece ipoteği tescilden kaçınmayıp, TBK. md. 176 veya TBK. md. 27/II uyarınca tüm sözleşmenin geçersizliğini öne sürerse, bu istemi TMK. md. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı sayılarak reddedilmelidir<sup>78</sup>.

78 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 21-23

## YARGI KARARLARI

*Türk Medeni Kanunu'nun 1020. maddesine göre; "Tapu sicili herkese açıktır. İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin kendisine verilmesini isteyebilir. Kimse, tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez." Buna "tapu sicilinin kamuya açıklık ilkesi=aleniyet prensibi" denilir. Yasanın 1021. maddesine göre de; "Kurulması kanunen tescile tabi aynı haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz." Buna da "tapu siciline tescil ilkesi" adı verilmektedir. Sınırlı bir aynı hak olan taşınmaz rehini de Türk Medeni Kanunu'nun 856. maddesi hükmü gereği, bazı istisnalar dışında tescille kazanılır. Böylelikle tescil edilen taşınmaz rehini alenileşmiş olur ve bundan sonra taşınmaz üzerinde hak kazanmak isteyen üçüncü kişiler rehin hakkını görerek işlem yaparlar. Ancak, taşınmaz rehninin kazanılmasına rağmen yolsuz olarak tescil edilmemesi veya tescil edilmiş rehnin yolsuz olarak terkinin uygulamada sıkça görülen bir durumdur. Bu gibi hallerde, tescil edilmemiş rehnin veya yolsuz olarak terkin edilmiş taşınmaz rehninin mahkeme hükmüyle tapu kütüğüne tescil edilmesi ya da terkin edilmesi mümkündür. Yine belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 1022. maddesi hükmüne göre "tescilin etkisi kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil halinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar. Burada, aynı hakkın tescilden evvelki hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir. Diğer taraftan, yasanın 888. maddesinin 1. fıkrası gereğince de ipotekli taşınmazın devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez." Başka bir deyişle, ipotekli taşınmaz kayden el değiştirirse dahi yeni malik ipoteğin borçlusu sayılır.*

*Somut olayda, davaya konu taşınmaz üzerinde ipotek kaydı bulunmamaktadır. Resmi senet düzenlenmiş ise de, tapu kütüğü-*

*nün rehinler sütununa ipotek tescil edilmemiştir. Kısaca söylemek gerekirse, davalı taşınmazı ipoteksiz olarak satın almıştır. Davacının Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinden yararlanabilmesi için ipoteğin varlığından haberdar olması ve ipotek alacaklının bu hakkından yoksun bırakılması için ipotek borçlusu ile el ve işbirliği içinde bulunması, diğer bir anlatımla Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine aykırı davranması gerekir. Davacı, davalının ipoteğin varlığını bildiğini iddia etmediği gibi, davalının tapu kaydına güven ilkesinden yararlanmasını engelleyecek somut bir olgu da ortaya konulmamıştır (14. HD. 23.6.2011, 6284/8250).*

## 26) KAMU YAPIM SÖZLEŞMELERİNİN UYGULANMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

KİSK. MD. 20/I-a bendinde “yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak YERİNE GETİRMEMESİ VEYA İŞİ SÜRESİNDE BİTİRMEMESİ” (b) bendinde ise “yasak eylem ve davranışlarda bulunması” durumu sözleşmenin feshe-dilmesi ve teminatın irat kaydedilmesi nedeni kabul edilmiştir (md. 22). Madde 20 ve 22’yi birlikte değerlendirdiğimizde, md. 17/c’deki “Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edememesi” durumunda teminatın geri verilmesi gerekir. Çünkü, 17/c’de “yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi” ölçü alınmışken, 20 ve 22’de ise “yerine getirmemesi” ve “iş süresinde bitirmemesi” dikkate alınmıştır. Başka bir anlatımla, yasa koyucu, “*yüklenicinin kusurlu davranışıyla edimini yerine getirmemesi veya süresinde bitirmemesi*” durumu ile “*kusuru olmaksızın edimini yerine getirememesi ve işi süresinde bitirememesi*” durumunu aynı kefiye koymamıştır.

Bu maddelere göre sözleşmenin bozulması durumunda yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatı hemen irat kaydedilemeyecektir. Zira yükleniciye taahhüdünü yerine getirmesi için en az 20 günlük süre verilmesi veya gecikme cezası uygulanması gibi konular, yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmeye devam ettiği ancak sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getiremediği duruma ilişkin bir düzenlemedir.

Taahhüdün tamamlanmasına çok az bir iş kalmışken, yüklenici ağır hastalık, tutukluluk ve mahkumiyet durumlarına uğramışsa, bu sözleşmenin bozulması ve teminatın irat kaydedilmesi TMK. md. 2 ile bağdaşmayacaktır.

Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi

si halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin önereceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebilir. Ancak, yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması durumunda, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci tayin edilmesi istenebilir. Bu hükümlerin uygulanmaması durumunda, sözleşme feshedilerek, yasaklama hariç haklarında 20 ve 22'nci maddeye göre işlem yapılır.

**Koşulları:** a) Yüklenici ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olmak gibi durumlar yaşmalıdır; b) Bu nedenler yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesine engel olmalıdır; c) Bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin önereceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil atanması koşuluyla taahhüde devam edilebilir; d) Yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması halinde, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci atanması istenebilir; e) Bu hükümlerin uygulanmaması halinde, sözleşme bozularak yasaklama dışında haklarında 20 ve 22'nci maddeye göre işlem yapılır (KİSK. 17 c); f) Taahhüdün tamamlanmasına çok az bir iş kalmışken, yüklenici ağır hastalık, tutukluluk ve mahkûmiyet durumlarına uğramışsa, bu sözleşmenin bozulması ve teminatın irat kaydedilmesi TMK. md. 2 ile bağdaşmayacaktır.

## 27 ) BOZULAN EDİMLER ARASI DENGENİN YENİDEN KURULMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez. Ancak, başlangıçta öngörülemez veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir. Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür (TBK. md. 480).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücret “götürü” olduğundan, ücret kural olarak değiştirilemez. Sabit fiyatla bir eser meydana getirme borcunu üstlenen yüklenici, olayların normal akışına göre beklenen koşulları göz önünde tutmaktadır. Fakat sonradan ortaya çıkan, önceden öngörülemez imar planı değişikliğinin sözleşmenin yerine getirilmesini aşırı derecede güçleştirme veya olanaksız kılması, karşılıklı edimler arasındaki dengeyi bozar. TBK. md. 480/II'nin amacı, böyle bir durumda aşırı ölçüde bozulan edimler arasındaki dengeyi düzeltmek için sözleşmeyi değiştirmek olanağının sağlanmasıdır; bu kural, sözleşmenin temelini oluşturan koşullarda önemli değişikliklerin ortaya çıkması durumunda yargıca TMK. md. 2'ye dayanarak sözleşmeyi değiştirme olanağı vermektedir<sup>79</sup>.

Sözleşmenin kurulmasından sonra, inşaatın sözleşmeyle belirlenen zamanda tamamlanarak teslimini aşırı derecede zorlaştıran veya olanaksız duruma getiren, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca dikkate alınmayan olağanüstü nedenler ortaya çıkmışsa teslim süresi uza-

79 Aral, 384.

tılmalıdır (TBK. md. 480/II, TMK. md. 2). Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir durumun, inşaatın zamanında tamamlanmasını aşırı derecede engellemiş olması, bu nedenin ortaya çıkmasında yüklenicinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin sorumluluğunun bulunmaması ve bu nedenin sözleşmenin kurulduğu sırada öngörüle-meyen veya önlenemeyen bir nitelik taşıması gerekir.

Sözleşmeye bağlılık ilkesine göre, sözleşme kurulduktan sonra, koşullarındaki değişiklikler ne kadar ağır olursa olsun, kural olarak borçlu borcunu aynen yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak, bu ilke-nin sınırını TMK. md. 2’de yer alan dürüstlük kuralı çizmektedir. Buna göre, borçlunun önceden öngörmesi olanaklı bulunmayan olağanüstü değişiklikler edimin yerine getirilmesini güçleştirmiş ya da olanaksız duruma getirmişse, borçlu sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir.

Önceden tahmin edilememe ve olağanüstü olma, birbirlerine bağlı kavramlardır; bir olay ne kadar olağanüstülük niteliğini taşıyorsa öngörülmesi de o kadar güç olur. Hatta öngörüle-meme, olayın olağanüstü olma niteliğinin bir unsuru sayılabilir. Öngörüle-memenin mutlaka olayın kendisine ait olması gerekmez; olayın etkilerinin olağanüstü önem-de olacağıının önceden kestirilememesi de yeterlidir. Dürüstlük kuralı (TMK. Md. 2/I), bu gibi olayların ortaya çıkması kabul edildiği takdirde sözleşmenin yapılmamasını gerektiriyorsa, TBK. Md. 480/II’nin uygulama alanına giren bir durumun varlığı söz konusu olacaktır<sup>80</sup>.

Başlangıçta öngörüle-meyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, yargıçtan sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir (TBK. Md. 480/II)<sup>81</sup>.

80 Yavuz, 538.

81 Yavuz, 571: “ TBK. Md. 480/II’in uygulanması durumunda, önceden tahmin olunamayan

Sözleşmenin günün koşullarına uyarlanması değişen durum ve koşulların tarafların yükledikleri edimler arasındaki dengeyi aşırı ölçüde ve açık biçimde bozmuş olması ve işlem temelinin çökmüş olmasını gerektirir.

Temel kural “sözleşmeye bağlılık” olduğu için, sözleşme geçerli biçimde kurulduktan sonra, koşullar belli bir düzey ve oranda değişmiş olsa bile, yanlar sözleşmenin gereğini yerine getirmek zorundadırlar. Buna rağmen sözleşmeye bağlılık ilkesi, katı ve sınırsız bir ilke değildir; sözleşmenin kurulmasından sonra değişen ağır koşullara karşın yanların edimlerini aynen yerine getirmek zorunda bırakılması, bazen hakkaniyet ve adalet duygularıyla bağdaşmaz. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin feshi ya da yeni koşullara uyarlanması kabul edilmektedir<sup>82</sup>.

Yargıç ücreti artırma yöntemini seçmişse, yüklenicinin mutad rizikosu dışında kalan gider artmalarını hesaba katmalı ve koşullar gerektiriyorsa her iki sözleşmecinin ekonomik gücünü belli ölçüde dikkate almalıdır.

Yargıç, iş sahibinin esere acil ihtiyacı bulunuyorsa, taraflar sözleşmeye devamı kabul etmişler ve yalnız artırılabilecek bedelin tespitinde anlaşamamışlarsa, eser tamamlanmış ya da tamamlanmasına çok yak-

veya iki tarafça kabul edilmiş koşullara göre tahmini olanaksız olan olağanüstü durumlarda eserin tamamlanmasına engel olduğu veya aşırı zorlaştırdığı takdirde, yüklenicinin, alacağı karşılığın yükseltilmesini (arttırılmasını) isteme ya da sözleşmeyi bozma biçiminde seçimlik yetkileri bulunmaktadır. Özellikle meydana gelen maliyet artışlarına karşın arsa değeri artmamış ya da maliyet artışına göre önemsiz bir artış meydana gelmiş ise, yüklenicinin, TBK. Md. 480/II'ye dayanabilmesi olanağının kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Ancak burada yüklenici, arsa sahibine ait bir arsada inşaat yapmaktadır; inşaatın ilerlemiş bir aşamasında yüklenicinin TBK. Md. 480/II'ye kıyasen sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, bu sözleşmenin, TMK. Md. 2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin bozulmasının ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilecektir.”

82 Kılıçoğlu, 179: “Sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemez olumsuzlukların ortaya çıktığı iddialarına değer verilecek olursa, sözleşmeye güven ilkesi çok büyük zarar görür. Sonradan ortaya çıkan olumsuzlukların sözleşmenin bu yeni koşullara uyarlanmasına yol açacağını kabul etmek borçluya koşulların olumsuz yönde değiştiği iddiasıyla borcundan kurtulmaya, borcunu yerine getirmekten kaçınmaya olanak tanımaya neden olur. Bu durum ise, sözleşmeye güven duygusunun zayıflamasına, borçluların gelişigüzel iddialarla borçtan kurtulmalarına yol açar. Bu nedenlerle, sözleşmelerde ana ilkenin ahde vefa ilkesi olduğu kabul edilmektedir.”

laşılmışsa, yargıç ücret artırımını yoluna gitmelidir. Buna karşılık olağanüstü durum yüklenicinin şahsını ilgilendiriyorsa (örneğin yabancı ülkede kara listeye konulması dolayısıyla oradan gerekli malzemeyi getirememişse) veya ücret arttırması iş sahibinin kabul etmesi beklenemeyecek bir miktara ulaşacaksa bozmaya (feshe) karar vermek daha uygun olur<sup>83</sup>.

Yüklenicinin ücretin yükseltilmesi veya sözleşmenin bozulması (feshi) konusunda tamamen serbest olduğu sanılmamalıdır. Eserin tamamlanmış veya işlerin çok ilerlemiş olması ya da sözleşmeye her iki tarafça devam edilmekle beraber ücretin yükseltileceği miktar konusunda anlaşmazlık çıkması durumunda yüklenici sadece ücretin yükseltilmesini isteyebilir. Durumun nesnel değerlendirilmesi sonunda ücret yükseltilebilecek olmasına karşın yüklenici sözleşmenin bozulmasını istemişse, yargıç, sözleşmenin bozulmasına değil, ücretin yükseltilmesine karar verebilir.

Yüklenici, ücretin artırılmasını gerektiren olağanüstü durumları zamanında iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde, ücretin artırılmasını isteme hakkını yitirebilir<sup>84</sup>.

#### **Ücretin artırılmasını gerektiren durumlar ve artırılabilecek miktarın belirlenmesi ilkeleri:**

- Yargıcın müdahalesi istendiği anda eserin tamamlanmış olan kısmı ne kadar büyük ise, tarafların sözleşmeyi daha yüksek bir ücretle de olsa, ayakta tutmakta o kadar büyük yararları vardır.
- Eser tamamlanmışsa, sadece ücret artışı söz konusu olur.
- Sözleşmenin bozulması durumunda iş sahibinin eseri başka bir yükleniciye yaptırmasında ortaya çıkması olası giderler ne denli yüksekse, bu durumda ücret artırımına karar vermek de o denli doğru olur.

83 Yavuz, 297; Tandoğan, II, 253.

84 Yavuz, 297; Tandoğan, II, 245.

- Ücretin artırılması, yüklenicinin istemine göre değil, yaptığı ek giderlere göre belirlenir. Başka bir anlatımla, ücretin artırılmasına karar verilmesi durumunda, artan tüm giderlerin uyarılma yoluyla iş sahibine yüklenmesi söz konusu olmaz. Ücret artışı, yüklenicinin kâr sağlamayacağı, yani sadece onun kayıplarını katlanabilir düzeye getirmek amaç ve miktarlı olmalıdır<sup>85</sup>.
- Üretim maliyetlerini artıran olağanüstü durumlar eserin objektif değerini de artırıyorsa, ücret artışı yoluna gidilmelidir.
- Yasa edimler arası dengenin “bedel artırımı yoluyla” kurulmasını öngördüğünden, denge, yapılacak bazı işler azaltılmak veya daha ucuz malzeme kullanılmak suretiyle kurulamaz.
- İş sahibinin ekonomik durumu yükleniciden işi yapmasının beklenemeyeceği kadar bedel artışına olanak veriyorsa, yargıcın bedel artırımına karar vererek sözleşmeyi sürdürmesi asıldır. Fakat yükleniciden katlanması beklenen sınıra kadar bir bedel artışını dahi iş sahibi yapamayacak durumda ise, yargıç sözleşmeyi bozacaktır<sup>86</sup>.
- TBK. md. 480/II'deki koşullar gerçekleştiğinde, yargıç ücretin uygun bir miktarda artırılmasına karar verecektir. Uygun miktardan anlaşılması gereken, fazla maliyet nedeniyle, karşılıklı edimler arasında meydana gelen dengesizliği, yüklenicinin edimini ondan beklenebilir bir duruma getirerek ortadan kaldıracak miktardır. Yüklenicinin bunu aşan bir ücret artışını isteme hakkı yoktur. Yüklenici, olağanüstü durumlar yüzünden ortaya çıkan fazla maliyetin tümünün iş sahibince üstlenilmesini de isteyemez. Ortaya çıkan bu fazlalık, bir şekilde taraflar arasında paylaşılmalıdır. Bu ücret artışının amacı, yerine getirilmesi yükleniciden beklenemez durum almış olan sözleşmeyi yeniden yerine getirilebilir duruma getirmek olup,

85 Altaş, 232.

86 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 67.

onu yüklenici için kazanç getiren ya da kayıpsız bir hukuki işlem durumuna getirmek değildir.

- Olağanüstü durumlar nedeniyle ortaya çıkan fazla maliyetlerin tamamı taraflar arasında paylaştırılmayacaktır. Çünkü ortada sabit bir ücret olduğu için, ödenecek ücret kural olarak fazla maliyetlerden bağımsız olup, önceden bellidir. Bu fazlalığın aşırı bir meblağa ulaşmadıkça, taraflar arasında paylaştırılması düşünülemez. Ancak yüklenicinin katlanması beklenmeyecek bir sınıra ulaşan maliyet artışı, taraflar arasında paylaştırılabilir. Bu paylaşma, kabul edilebilir sınırı aşan miktardan itibaren, yarı yarıya olabilir<sup>87</sup>.
- Ücret artışı, yalnız iş sahibinin ediminin para olduğu sözleşmelerde değil, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de söz konusu olur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ücret artışı, arsa payı yanında bir miktar para ödenmesi biçiminde değil, arsa payının arttırılması ya da bu artışa uygun düşen bağımsız bölüm sayısını artırarak yapılmalıdır.
- Fazlalığın yarısından daha az bir kısmı iş sahibi tarafından ödendiği takdirde, sözleşmenin ifası yükleniciden beklenebi-

87 15. HD. 26.10.2010, 4752/5757: "Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri götürü bedelli sözleşmelerdir. TBK'nın 480. maddesi gereğince götürü bedel kararlaştırılan işlerde yüklenici yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, yapılacak şey tahmin edilen miktardan fazla emek ve masrafı gerektirse bile yüklenici bedelin artırılmasını isteyemez ise de aynı maddenin 2. fıkrası gereğince evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da taraflarca dikkate alınmayan haller, işin yapılmasına engel olur ve yapılmasını son derece zorlaştırırca hakim haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya kararlaştırılan bedeli artırır veya mukaveleyi feshedebilir. Somut olayda, sözleşmenin yapıldığı tarihte ruhsat alınması için Belediyeye ait 35,23 m<sup>2</sup>'lik arsanın alınması zorunluluğu bulunmadığı gibi inşaat izni 7 kat iken sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra 5 kata düşürülmüştür. Bu durumda mahkemece konusunda uzman bilirkişi kurulu marifetiyle gerekirse mahallinde keşif yapılmak ve aynı tarihlerde komşu parsellerle ilgili inceleme de yapılmak suretiyle sözleşme tarihinden sonra Belediyeye ait arsanın satın alınması zorunluluğunun ortaya çıkması ve imar değişikliği sonucu kat izninin düşürülmesinin sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren TBK'nın 480/II. maddesinde belirtilen hallerden olup olmadığı, uyarlanma yapılmasını gerektiren hallerden olması durumunda da emsaller de incelenerek paylaşımın ne şekilde yapılması ve sözleşmenin uyarlanması gerektiği hususlarında rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekir."

lir bir durum alıyorsa, iş sahibinin ödeme yeteneği dikkate alınmalıdır. Çünkü burada iş sahibi kendi isteği dışında bir borç altına girmektedir. Yüklenici ise, işi sabit ücretten üstlenmekle zaten belli bir riski üstlenmiştir.

- TBK. md. 480/II öngörmemekle birlikte, sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan olağanüstü durumlar üretim maliyetlerinin azalmasına neden olmuşsa ve bu azalma, kararlaştırılan ödeme ile yüklenicinin edimi arasındaki uyumu iş sahibinin kabul etmesi beklenemeyecek ölçüde bozmuşsa, karşılıklı edimler arasında iş sahibi aleyhine açık bir oransızlık doğmuşsa maliyet düşüşlerinde de uygulanmalıdır<sup>88</sup>.

Ücretin arttırılmasına karar verilirse, artan tüm giderlerin kâr sağlamayacak ve onun kayıplarını katlanılabilecek bir düzeye getirecek ölçüde bir ücret artışına karar vermek gerekir<sup>89</sup>. Ücretin yükseltilmesi, her iki tarafın çıkarına olmalı ve sözleşmenin sürdürülmesini olanaklı kılmalıdır.

Yasa TBK. md. 480/II'nin sonuçlarını "ücretin arttırılması" ve "sözleşmeden dönme" biçiminde düzenlemiş ise de, bu düzenlemenin "sınırlı ve sayılı" olduğu anlamına gelmemektedir. Bunun sonucu olarak, yargıç, TMK. md. 4'ten aldığı geniş takdir yetkisine dayanarak, somut olayın özellikleri çerçevesinde, TMK. md. 2'yi en iyi biçimde uygulayarak, başka biçimde edimler arası dengeyi hakkaniyete uygun olarak kurabilir; örneğin daha uygun ödeme koşulları veya yüklenicinin edim borcunun azaltılması, ya da edimin teslim süresinin uzatılması biçiminde yüklenicinin ağır ve açık yükleri hafifletilebilir.

Deprem sonunda, TBK. md.136'nın koşullarının bulunması ya da edimin yerine getirilmesinin olanaklı bulunmasına karşın TMK. md.2 gereğince ya da bunun özel bir uygulamasının söz konusu olduğu özel kurallar nedeniyle sözleşmenin bozulmasının olanaklı bulunduğu durumlarda, borç ilişkisi ortadan kalktığından, borçlu edimin yerine ge-

88 Gürpınar, 151-154.

89 Aral, 387; Uygur, VII, 2853; Becker, Dura Çevirisi, 633.

tirilmemesinden sorumlu tutulamayacağı gibi, alacaklının bu yüzden uğradığı zarardan da sorumlu tutulamaz.

TBK. md. 480/II düzenlemesi buyurucu nitelikte olmadığından, taraflar bu ilkenin uygulanmayacağını, yani olağanüstü durumun kararlaştırılan sabit fiyatla eserin tamamlanmasına olanak vermediği durumlarda bile, götürü (sabit) ücretin değiştirilemeyeceğini öngörebilirler. Ancak böyle bir kayıt, TMK. md. 23/II'deki sınırları aştığı takdirde geçersiz olur; TMK. md. 2'de öngörülen dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemez<sup>90</sup>. TBK. md. 480/II'deki açık hüküm olmasaydı bile, hukuk düzeni TMK. md. 2/I'den yararlanarak uyarlamaya başvurma olanağı tanımaktadır. Zira sözleşmenin sona erdirilmesini haklı kılan dürüstlük kuralı, değiştirilmesini öncelikle haklı kılar. Yasada koşulların değişmesine yönelik bir kural bulunmaması “yasa boşluğu” oluşturmadığından, yargıç uyarlamayı TMK. md. 1/II'nin verdiği “boşluk doldurma yetkisi” çerçevesinde değil, doğrudan TMK. md. 2/I'in uygulama alanı gereği yapacaktır<sup>91</sup>.

90 Aral, 386; Yavuz, 296; Tandoğan, II, 245-246; Tunçomağ, 550: “Yüklenicinin TBK. Md. 480/II'ye dayanan hakkından önceden vazgeçmesinin geçerli olup olmadığı sorunu tartışmalıdır. Kanımca, bu yolda bir anlaşmanın yapılmasına, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştırıcı bir hüküm bağlamak ve ancak çok önemli durumlarda, bu anlaşmaya rağmen, kendisine TBK. Md. 480/II'ye dayanma yetkisi tanımak en doğrusudur. Değişik bir deyişle, yüklenici buaktan vazgeçebilir ve onun bu vazgeçmesine iş sahibi, ancak TMK. Md. 2'deki sınırlar içinde, dayanmaya yetkilidir. Şu halde, iş sahibi çeşitli davranışları ile sözleşmedeki fiyatın değiştirileceğine dair yüklenicide uyandırdığı güvene aykırı olarak ve sonradan, bu vazgeçmeye dayanmak istemişse, bu davranışını dürüstlük kuralına aykırılık sayılmalıdır. Buna karşılık, iş sahibi TBK. Md. 482 ve 484'e dayanarak sözleşmeyi feshetmeye yetkilidir.”

91 Arat, 191-192: “Amaç sözleşmeyi ayakta tutmak olmalı, bu gerçekleşmiyorsa o zaman sona erdirmeye yoluna gidilmelidir. Yargıç koşullar oluşmuşsa sözleşmeyi uyarlamaya çalışır. Uyarlama tarafların çıkarlarına en uygun biçimde yapılmalıdır. Bunun için bir tarafı olabildiğince aşırı ifa güçlüğünden kurtarmak, öbür tarafı da haklı beklentilere olabildiğince yaklaştırmak gerekir. Yargıcın uyarlamadaki dayanağı dürüstlük kuralı olup, tarafların iradesi gibi öznel bir ölçüye değil, hakkaniyet gibi objektif ölçülere dayanması gerekir. Koşulların değişmesi nedeniyle edimi ağırlaşan taraf sona erme isteminde bulunurken, karşı taraf uyarlama istiyorsa, bu durumda somut olayın niteliğine bakmak gerekir. Uyarlama borçlu için bir şey ifade etmiyorsa, sözleşmeyi sürdürmenin anlamı yoktur.”

## YARGI KARARLARI

*Hukumumuzda sözleşmeye bağlılık ilkesi ( Ahde Vefa.. Pacta Sunt Servanda ) yanında sözleşme serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre kişiler, özel hukuk alanında özel ve tüzel kişilerle olan ilişkilerini, var olan hukuk düzeni içinde kalmak koşuluyla diledikleri tipte sözleşme yapmak hak ve özgürlüğüne sahiptirler. Bu olanak, Borçlar Kanununda öngörülen ( Sözleşme Serbestisi ) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak ve irade özerkliği Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır.*

*O halde kişiler sözleşme serbestisi ilkesine göre kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nevi şahsına münhasır sözleşmeler yapabilirler ve bunların koşullarını buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarını ahlak ve adaba aykırı olmamak koşuluyla serbestçe kararlaştırabilirler. Ahde vefa ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık kuralı hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasında mevcut olan denge, ekonomik şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak boyutta bozulabilir, işte edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ilkesi ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki meydana gelir ve artık sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif iyiniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır, işte edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yönünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale getirmesi*

*durumunda “işlem temelini çökmesi” gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya clausula rebus sic stantibus kavramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması, hakim in sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Öğreti ve uygulamada akdi uyarılama benimsenmiştir. Nitekim TBK. Md. 480/II. maddesi beklenmeyen hal kuramından söz etmektedir.*

*Öğreti ve uygulamada ani edimli sözleşmeler dışında ilke olarak sürekli borç ilişkilerinde yukarıda yazılı kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya baktığımızda, taraflar arasında fabrika ve idari binanın anahtar teslimi suretiyle davalı tarafından götürü bedel karşılığında 01/02/1994 ile 30/06/1994 tarihleri arasında yapıp anahtar teslimi suretiyle davacı iş sahibine teslimi konusunda tarafların anlaştığı uyuşmazlık konusu bulunmamaktadır. Davacı tarafından 30/06/1994 tarihinden 4,5 ay sonra yapılan tespitte götürü işin %85'nin tamamlandığı anlaşılmaktadır. Davalı da 26/04/1995 tarihli cevap dilekçesinde de inşaatın % 85'ini gerçekleştirdiğini ve davacıdan 1.100.000.000 TL. aldığını, oysa gerçekleştirdiği % 85 inşaat için 1.310.000.000 TL. harcadığını kabul etmektedir. Davalı bu dava ile birleştirilen 1995/328 esas sayılı dosyada 1.100.000.000 TL. iş yerine 1.610.000.000 TL.lık harcama yaptığını ileri sürmekte ise de, asıl davadaki cevap dilekçesindeki ikrarı ile bağlı bulunmaktadır. Koşulları yazılı sözleşme ile tesbit edilen bir binayı muayyen zaman içerisinde belli bir götürü bedel karşılığı yapıp teslim etmeyi kabul eden yüklenici, bu bedel karşılığında binayı yapmak zorundadır. Yukarıda açıklandığı gibi, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile davalı-birleştirilen davanın davacının harcamaları arasında işlem temelini çökertecek derecede aşırı bir fark bulunmadığı görülmüştür.*

*Kısa süreli olan bu sözleşmede borcun ifasının imkansız hale geldiğinden de söz edilemez. Basiretli bir tacir, kısa süreli bu borç ilişkisinde gerekli önlemleri almak suretiyle ekonomik güçlüğü*

*pekala aşabilir. Bu durumda sözleşmeye hakim müdahalesinin kabulü hakkaniyet ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı düşer.*

*Öte yandan yüklenicinin uyarlama istemesi için davadan önce temerrüde düşmemesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş inşaatın ancak % 85'ini yapabilmiştir. O halde temerrüde düşen borçlu, uyarlama talep hakkını yitirmiş olur.*

*Ayrıca uyarlama davası, 4 Nisan 1994 kararlarından 1 yılı aşkın zaman geçtikten sonra açılmıştır. Bu durumda davalı-birleştirilen davanın davacısı bir yıl önceki olağanüstü koşullardan söz ederek sözleşmenin uyarlanması talebini ileri sürmesi MK. 2. maddesindeki iyiniyet kurallarına da aykırı bulunmaktadır (HGK. 30.5.2001, 402/459).*

## 28 ) KAMU YAPIM İŞLERİNDE FİYAT FARKI İSTENMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Yüksek enflasyonun egemen olduğu dönemlerde sabit birim fiyatlarıyla kamu yapım işlerinin yürümediğini gören devlet önlem alma gereği duymuştur. Aksi halde, yapımı yıllara yayılan işlerde, rayiç fiyatlarla sözleşmede yer alan birim fiyatlar arasında yüklenici zararına farklar meydana gelmekte, bu da işlerin aksamasına neden olmaktadır. Amaç; değişken birim fiyat uygulaması yoluyla yüklenicileri hızlı fiyat artışlarının olumsuz etkilerinden koruyarak, bir yandan işlerin zamanında bitirilmesini sağlamak, öte yandan da çeşitli nedenlerle tamamlanması olanaksız duruma gelen işlerin tasfiyesini olanaklı kılarak yeni yükleniciler eliyle bitirilmesini sağlamaktır. İnşaat işlerinde kullanılan temel malzeme, araç ve gereçlerin fiyatlarında meydana gelen artışları (değişken fiyat uygulanması yoluyla) yüklenicilere ödeyerek ve işe devam etmek istemeyenlere tasfiye etme hakkı sağlayarak ya da ileriki yıllara yayılan işlere ilişkin sözleşmelere değişken fiyat uygulamasına ilişkin hükümler koydurarak sorunu çözümlenmek amacıyla Bakanlar Kurulu kararname yayınlamaktadır. Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun önerisi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Kararname takdir hakkı vermediği sürece, kamu kurum ve kuruluşları bu kararnameyi uygulayıp uygulamama konusunda serbest olmayıp, belirtilen bedel artırımını yapmak zorundadırlar.

Kamu İnşaatlarında Fiyat Artışlarının Bedele Yansıtılması Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesinde düzenlenmiştir: "Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usullerin Bakanlar Kurulunca saptanacağı, sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacağı belirtilmiştir" ve (Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabına Uygulanacak Esaslar) 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İdarelerin, Kamu ihale

Kanunu'na göre ihale edecekleri yapım işlerinde fiyat farkı verebilmeleri için, söz konusu işlerin idari şartname ve sözleşmelerine bu Esaslar'da<sup>92</sup> yer alan hükümleri koymaları zorunludur.

Fiyat farkı, birim fiyat sözleşmelerinde, uygulama ayı içinde iş programına uygun olarak gerçekleşen imalat iş kalemleri ve ihzarat için; anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde ise, uygulama ayı içinde iş programına uygun olarak ilerleme yüzdelerine göre gerçekleşen imalat iş grupları için, bu Esaslara göre ödenecek veya kesilecek bedeli ifade eder.

Kamu kurumlarıyla yapılan inşaat sözleşmelerinde fiyat artışlarının bedele yansıtılmasını taraflar kabul etmişlerse, Bakanlar Kurulunun yayınladığı fiyat artış kararnamelelerinden yüklenici yararlanacaktır. Ancak fiyat artışına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnamesinden “yalnız” “belirtilen” kamu kurum ve kuruluşları ile inşaat sözleşmesi yapan yükleniciler yararlanabilir:

Bu Esaslar'ın uygulanmasıyla ilgili aşağıdaki çerçeve bilgi önemlidir:

- Sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.
- Bu Esasların uygulanması sonucu sözleşme bedeline ek olarak ödenecek ya da kesilecek bedeller, fiyat farkı olup sözleşme bedelini etkilemez.
- Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan koşullara aykırı hükümlere yer verilemez. Anılan Yasada belirtilen durumlar dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez. Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı anlaşması kaydıyla,

92 2002/5039 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Kabul Edilen, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar (RG. 31.12.2002-24980/ Mükerrer).

işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun ödeme koşulları konularında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.

- İdarenin Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlardan olması gerekir.
- Fiyat farkı ödenmesini öngören Kararnameler, TBK. md. 480/II'nin teyidi niteliğinde olup İdare için bağlayıcı nitelikte sayılmalıdır. İdareye takdir hakkı tanınması keyfi ve farklı uygulamalara yol açabilir. Mahkemeler, davacı birim fiyat farkı istediği vakit, kararnameyi bağlayıcı saymasalar bile kendiliklerinden TBK. md. 480/II'yi uygulamalıdır. İdareye tanınan yetki, işin niteliğine ve sözleşmelerdeki esaslara göre yeni birim fiyatı uygulayıp uygulamamakta serbest olmayı değil, idarenin yeni birim fiyatları uygulamakla yetkilendirildiğini anlatır. Başka bir anlatımla, Kararnamede öngörülen koşullar gerçekleştiğinde, sözü geçen kuruluşlar artık fiyat artırımını veya tasfiye isteklerini kabul edip etmemek konusunda bir takdir yetkisine sahip değillerdir; ancak Kararname hangi yolun seçileceği konusunda bir takdir yetkisi tanımışsa bu yetkiyi kullanabilirler. Bu kamu kuruluşlarından dileyenlerin Kararnameyi uygulaması, dileyenlerin ise uygulamaması veya yüklenicilerden bazılarında uygulamaması söz konusu olamaz. Böylece keyfi uygulamalara set çekilmiş ve kamu kuruluşlarıyla iş yapan bütün yüklenicilere eşit işlem yapılması sağlanmış olmaktadır<sup>93</sup>. Açılan davalarda ilgili Kararnamelerin uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olayın özelliği ve TMK. md. 2 dikkate alınarak yargıç değerlendirir. İdarenin bu koşulların gerçekleşmediğini, özellikle sözleşmede fiyat farkı uygulanmayacağına ilişkin hükümler bulunduğunu ileri sürmesinin iyiniyet kurallarına aykırı olup olmadığını belirlemek ve idareye takdir yetkisi tanınan durumlarda bu yetkinin kö-

93 Tandoğan, II, 267-271.

tüye kullanılıp kullanılmadığını saptamak bakımından göz önüne alınacaktır.

### YARGI KARARLARI

*Yanlar arasındaki sözleşmenin 2. maddesinde işin bedeli götürü olarak kararlaştırılmış, götürü fiyatın değişmeyeceği de hükme bağlanmıştır.*

*Türk Hukuk Sisteminde akit serbestisi ( sözleşme özgürlüğü ) asıldır. Bu kural dayanağını Anayasanın 13 ve 48'inci maddelerinden alır. Kişinin Temel haklarından olan sözleşme özgürlüğü Borçlar Hukukunun da ana kurallarındandır. Sözleşme Özgürlüğü ile kastedilen ise, tarafların yapacakları sözleşmelerin içerik ve koşullarını diledikleri biçimde saptamada serbest olmalarıdır. Kuşku yok ki, bu özgürlük de yasaların gösterdiği sınırlar içinde kullanılabilir. Eğer sözleşmede işin bedeli için bir fiyat şekli kararlaştırılmış ve bu fiyata başkaca fark verilmeyeceği hükme bağlanmışsa yüklenici eseri bu fiyatla yapmak zorundadır. Aksi takdirde sözleşmeden beklenen yarar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Sözleşmede böyle bir hüküm varken de tek taraflı olarak fiyat farkı istemek sözleşme özgürlüğü prensibine uygun düşmez ve Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüst davranma kavramıyla bağdaşmaz.*

*Kural yukarıda söylendiği gibi olmakla birlikte; Kamu Sektörüne Dahil İdarelerin İhalesi Yapılmış ve Yapılacak İşlerde İhale Usul ve Şekillerine göre fiyat farkı hesabında uygulayacakları esaslarda değişiklik yapılmasına ilişkin esasların yürürlüğe konulmasına dair 2001/2862 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 18.8.2001 günlü Resmi Gazete'de yayınlanmış, Kararname'nin 5. maddesinin 3 üncü bendinde ise, "Geçici 17. maddesinin 1/a veya 2/b bentlerine göre uygulamayı seçen müteahhit veya taşeronların sözleşmelerinde bu Kararnamenin uygulanmayacağına ya da fiyat farkları ödenmeyeceğine veya yılı içinde fiyat farkları için başka usul ve esaslara göre ödeneceğini... belirten hükümler olsa dahi*

*bu hükümlerin 1.3.2001-31.12.2001 tarihleri arasında uygulanmayacağı” kararlaştırılmıştır.*

*Görülüyor ki, taraflar arasındaki uyuşmazlık; yüklenilen işin götürü bedeline rağmen, yüklenicinin 2001/2862 sayılı kararname fiyatlardan yararlanıp yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır.*

*Gerçekten, konu 24.11.1986 tarih ve 1986/2-2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da tartışılmış ve bu kararın sonuç bölümünde Bakanlar Kurulunca çıkartılan ve çıkartılacak Kararnamelere dayanılarak açılan davalarda, bu Kararnamelerin genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından geçerli hukuki sonuçlar doğurabileceği, Kararnamelerin uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin ise, olayların özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından saptanacağı sonucuna ulaşılmıştır. Demek ki, İçtihadı Birleştirme Kararında ulaşılan sonuç uyarınca, Kararnamenin uygulanması mutlak değildir. Kararname uygulama koşullarının oluşup oluşmadığına olayların özelliğine bakarak hakim karar verecektir. Hakimin yararlanacağı yasal dayanak da İçtihadı Birleştirme Kararında Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi olarak gösterilmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararında ortaya konan ilkeyi daha iyi anlayabilmek için bir örnek vermek gerekirse; Sözleşmesinde ifa için 1-2 ay gibi... kısa bir süre kararlaştırılmışsa, bu sürede yüklenicinin fiyat artışlarından etkilenebileceği düşünülmemeyeceğinden amacı yüklenicileri fiyat artışlarından korumak olan Kararname’de aksine hüküm olsa bile yüklenicinin fiyat farkı istemesi, dolayısıyla Kararname fiyat farklarını talep etmesi olayın özelliğine, Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesindeki dürüst davranma kuralına uygun düşmez. İşte, İçtihadı Birleştirme Kararında “Kararnamelerin uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini olayın özelliklerine göre Hakimin saptayacağına” ilişkin sonuç bölümünde kastedilen budur. Daha açığı, prensip olarak uygulanması gereken kararname hü-*

kümlerinden yüklenici her zaman istifade edemeyebilecektir. Kuşkusuz, yüklenicinin Kararname hükmünden yararlanamayacağı durum yukarıdaki örnekle de sınırlı tutulamaz. Bunun için her zaman olayın özelliğine ve yüklenici talebinin Medeni Kanun'un 2. maddesinde ilke olarak benimsenen dürüst davranma kuralına uygun düşüp düşmediğine bakmak gerekir.

Şu halde mahkemece yapılması gereken iş; taraflardan yukarıdan beri yapılan açıklamalara uygun delillerini isteyip toplamak, bundan sonra gerek duyulursa yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırarak davacı isteminin somut olayın özelliğine göre Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüst davranma kavramı kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmek, bu sonuca ulaşırsa yüklenicinin kararname hükümlerince isteyebileceği fiyat farkını hesaplatıp hüküm altına almak aksi halde davanın reddine karar vermekten ibarettir **(15. HD. 1.4.2004, 5281/1841)**.

---.---

Yanlar arasında imzalanan 04.07.2001 gün 05664 yevmiye nolu sözleşmenin 5. maddesine göre işin süresi sözleşmenin imzalanması ve yer tesliminin yapılmasından itibaren 1100 takvim günüdür. Sözleşmenin 27. maddesinde, belirtilen eskalasyon fiyat farkı dışında yükleniciye, yıl içinde veya yıllar arasında meydana gelebilecek malzeme, işçilik, nakliye veya diğer hususlardaki fiyat artışları nedeniyle herhangi bir fiyat farkı veya ek bedel ödenmeyeceği kararlaştırılmıştır. Yine aynı sözleşmede 1988/13181 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ek değildir.

Kararnamenin amacı mağdur olan yüklenicilere fiyat farkı verilmesinden ibarettir. İşin yarım bırakılmaması, sağlıklı bir eserin meydana getirilmesi ve işin sürüncemede kalmaması hedeflenmiştir.

Dava konusu olayda; sözleşme sabit götürü bedelle imzalanmıştır. Sözleşmenin 27. maddesine göre eskalasyon fiyat farkı ödeneceği başkaca fiyat farkı ve ek bedel ödenmeyeceği kabul

*edilmiştir. Bu nedenle davalının kararnameden faydalanabilmesi için sözleşme gereği ödenen bedel dışında yapılan işten dolayı fazlasıyla mağdur olduğunun belirlenmesi ve bu hususun hakim tarafından takdir olunması gerekir. Olayda hakimin takdir hakkını kullanabileceği derecede bir inceleme yapılmamıştır. Alınan bilirkişi raporlarında yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca hakimin takdir hakkını kullanmasına katkıda bulunabilecek inceleme yapılmamış, sadece davalının kararnameden yararlanmakta haklı olduğu belirtilmiştir. Oysa işin nev'i, zorluk derecesi, mahiyetini etkileyecek unsurlar fiyat farkı verilmemesi halinde işin baliğ olacağı miktar, işin süresi gibi hakkaniyetin takdirine yeterli diğer bulguların bilirkişilere açıklattırılıp, davalının yaptığı iş nedeniyle aldığı bedel ve alacağı bedelin karşılaştırması yapılmalı ve davalının fiyat farkına hak kazanıp kazanamayacağı TMK.nun 2. maddesi de gözetilerek belirlenmeli ve dava buna göre sonuçlandırılmalıdır (15. HD. 13.12.2007, 6579/8083; 15. HD. 16.9.2004, 3693/4251; 15. HD. 10.1.2005, 1830/43).*

---.---

*Yanlar arasında imzalanan 12.11.2000 tarihli sözleşme ile Saf-  
ranbolu hizmet binası yapım işi 92.204.000.000 lira götürü ihale  
bedeli ve 20.000.000.000 lira değişken ihale bedeli olmak üzere  
toplam 112.204.000.000 lira ihale bedeliyle davacı şirkete veril-  
miştir. Sözleşmenin 7. maddesinde işin teslim tarihi 30.10.2001  
olarak kararlaştırılmış, ancak taahhüt konusu iş vaktinden 4 ay  
önce bitirilerek 05.07.2001 onay tarihli geçici kabul tutanağı  
ile 26.06.2001 tarihinden itibaren edilmek üzere geçici kabulü ya-  
pılmıştır. Geçici kabulden sonra işin kesin hesabı da çıkarılmıştır.  
01.08.2001 onay tarihli kesin hakediş raporu davacı şirket tara-  
fından aynen kabul edilerek itirazsız imzalanmıştır. Bu aşamadan  
sonra Bakanlar Kurulu'nun 2001/2862 sayılı fiyat farkı kararna-  
mesi 18.08.2001 tarih ve 24497 sayılı resmi gazetede yayımla-  
narak yürürlüğe girmiş, davacı şirket 21.08.2001 tarihli dilekçesi  
ile süresi içinde davalı bankaya başvurarak anılan kararname*

esaslarına göre hazırladığı fiyat farklarının ödenmesini talep etmiş, davacının bu talebi davalı bankaca yerinde görülmeyerek 20.03.2002 tarihli cevabi yazı ile reddedilmiştir. 02.12.2002 tarihinde de eldeki dava açılmıştır.

Yanlar arasındaki sözleşmenin “sözleşme konusu işlerin bedeli” başlıklı 2. maddesinin sonndan bir önceki paragrafında “Müteahhit ihaleye katılmadan önce arsa, proje, detay, mahal listesi, malzeme listesi, keşfi ve diğer şartları incelemiş, işyerini görmüş ve özelliklerini öğrenmiş olarak işe istekli çıktığından, bu sözleşme ve eklerinde tespit edilmemiş şartlar ileri sürterek fazla ödeme isteyemez”, aynı sözleşmenin “Fiyat, Ücret ve Vergilerle Resimlerdeki Artışlar” başlıklı 20. maddesinde de “Müteahhit ihale tarihinden sonra, gerek esas gerekse uzatılmış süre içinde üstlendiği iş tamamlanıncaya kadar, malzeme fiyatları, resim, vergi, sosyal sigorta primleri, taşıma, demir, çimento, akaryakıt ve işçi ücretlerinin artması gibi nedenlerle, sözleşme ile tayin edilen bedelden fazla para ve süre uzatımı isteğinde bulunamaz. İhalden evvel çıkmış veya sonradan çıkacak fiyat farkı kararnamele bu sözleşmeye uygulanmayacak; hiçbir nam altında fiyat farkı ödenmeyecektir.” şeklinde hükümler mevcuttur.

Kararnamenin uygulanması mutlak değildir. Kararname uygulama koşullarının oluşup oluşmadığına olayların özelliğine bakarak hakim karar verecektir. Hakimin yararlanacağı yasal dayanak da İçtihadı Birleştirme Kararında Türk Medeni Kanununun 2. maddesi olarak gösterilmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararında ortaya konan ilkeyi daha iyi anlayabilmek için bir örnek vermek gerekirse; Sözleşmesinde ifa için 1- 2 ay gibi ... kısa bir süre kararlaştırılmışsa, bu sürede fiyat artışlarından etkilenebileceği düşünülemezden amacı yüklenicileri fiyat artışlarından korumak olan Kararnamede aksine hüküm olsa bile yüklenicinin fiyat farkı istemesi, dolayısıyla Kararname fiyat farklarını talep etmesi olayın özelliğine Türk Medeni Kanunun 2. maddesindeki dürüst

*davranma kuralına uygun düşmez. İşte içtihadı Birleştirme Kararında “Kararnamelerin uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine olayın özelliklerine göre hakimin saptayacağına” ilişkin sonuç bölümünde kastedilen budur. Daha açığı, prensip olarak uygulanması gereken kararname hükümlerinden yüklenici her zaman istifade edemeyebilecektir. Kuşkusuz, yüklenicinin Kararname hükmünden yararlanamayacağı durum yukarıdaki örnekle de sınırlı tutulamaz. Bunun için her zaman olayın özelliğine ve yüklenici talebinin Medeni Kanununun 2. maddesinde ilke olarak benimsenen dürüst davranma kuralına uygun düşüp düşmediğine bakmak gerekir (15. HD. 10.1.2005, 1830/43).*

---.---

*Yanlar arasında imzalanıp 11.05.2001 tarihinde onaylanarak yürürlüğe giren sözleşmenin 2. maddesinde işin götürü bedelle yapılacağı, 5. maddesinde 02.07.2001 tarihinde bitirilip teslim edileceği, 7. maddesinde taşeronun malzeme fiyatları, resim, vergi, sosyal sigortalar primleri, taşınmaz ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplerle fiyat farkı ve süre uzatımı talebinde bulunamayacağı, götürü bedelin hiçbir şekilde değişmeyeceği, hiçbir malzemeye de ne şekilde olursa olsun fiyat farkı ödenmeyeceği kararlaştırılmıştır. 88/13181 sayılı kararname de sözleşmenin ekleri arasında değildir.*

*Somut olayda sözleşme götürü bedelle imzalanmış, fiyat farkı ödenmeyeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, davacının mutlak şekilde kararnameden istifadesi mümkün olmayıp, yararlanabilmesi için sözleşme gereği ödenen bedel dışında yapılan işten dolayı fazlasıyla mağdur olduğunun belirlenmesi ve bu hususun hakim tarafından takdir olunması gerekir. Davada hakimin takdir hakkını kullanabileceği derecede bir inceleme yapılmamış, alınan bilirkişi raporunda sadece kararnameye göre fiyat farkı hesabı yapılmıştır. Oysa işin nevi, zorluk derecesi, mahiyetini etkileyecek unsurlar, fiyat farkı verilmemesi halinde işin baliğ olacağı miktar,*

*işin süresi gibi hakkaniyetin takdirine yeterli diğer bulgular bilirkişilere açıklattırılıp, davacının yaptığı iş nedeniyle aldığı bedel ile alınacak bedelin karşılaştırılması yapılmalı ve davacının fiyat farkına hak kazanıp kazanamayacağı MK'nın 2. maddesi de gözetilip dava buna göre sonuçlandırılmalıdır.*

*Bu durumda, mahkemece taraflardan yukarıdan beri yapılan açıklamalara uygun delilleri istenip toplandıktan sonra hukukçu ve inşaat mühendislerinden rapor alınıp somut olayın özelliğine göre istemin MK'nın 2. maddesindeki dürüst davranma kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmektedir (15. HD. 18.9.2007, 4345/5425).*

---.---

*Yanlar arasında imzalanan 13.08.2001 tarihli sözleşme 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca malzeme ve işçilik dahil olmak üzere emanet usulü ile yapılan işlere ait taşeron sözleşmesi olup işin süresi 60 gündür. Süre sonu olan 12.10.2001 tarihinde bitirilerek teslim edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin 12 ve 13. maddeleri uyarınca yapım ve onarım işindeki imalatlara yıl içerisinde malzeme fiyat farkı uygulandığı ihtilafsızdır. Bunun dışında davacının sözleşme tarihinden sonra yürürlüğe giren 2001/2862 sayılı kararnameden istifade edebilmesi için fiyat farkına rağmen yapılan işten fazlasıyla mağdur olduğunun belirlenmesi ve bu hususun hakim tarafından takdir olunması gerekir. Somut olayda işin nev'i, zorluk derecesi, maliyeti etkileyecek unsurlar, işin süresi nazara alınarak davacının fiyat farkına hak kazanıp kazanmadığı, MK. 2. maddesi de gözetilerek değerlendirilmemiş alınan bilirkişi raporunda sadece kararnameye göre belirlenecek fiyat farkı hesabı yapılmıştır. Bu hali ile alınan bilirkişi raporu hüküm tesisine elverişli bulunmamaktadır. Bu rapor hükme dayanak alınamaz. Kaldı ki Bayındırlık İşleri Genel Şart-*

*namesi yanlar arasındaki sözleşmenin tabii eki niteliğinde olup davacı yüklenici bu iş nedeniyle düzenlenen üç adet ara hakediş fiyat farkları yönünden şartnamenin 39. maddesine uygun olarak itiraz etmediğinden hakedişleri olduğu gibi kabul etmiş sayılır. Bu nedenle davacının kararname uyarınca fiyat farkı isteğine ilişkin açmış olduğu davanın tamamen reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmadığı gibi hüküm altına alınan alacak tutarına dava tarihinden önce temerrüt söz konusu olmadığı halde hakediş tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesi de kabul şekli açısından doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir (15. HD. 12.2.2007, 212/822).*

— . —

*Ankara'daki 100 ATM cihazına giydirme eleman yapımı işi ile ilgili sözleşmenin 19. maddesinde imalatlara yılı içerisinde herhangi bir fiyat farkı ödenmeyeceği fiyat farkı kararnamelelerinin uygulanmayacağı açıkça yazılıdır. Sözleşmeye göre iş yılı içerisinde bitecek olup, süresi 31.12.2000'de sona erecektir. Sözleşmede 88/13181 sayılı fiyat farkı kararname ek olarak kabul edilmediğinden bu kararnamenin devamı niteliğinde çıkartılan 2001/2862 sayılı kararnamenin yanlar arasındaki bu işle ilgili ihtilafa doğrudan doğruya uygulanması mümkün değildir.*

*100 ATM cihazı ile ilgili sözleşme sabit birim fiyatlarıyla imzalanmıştır. Sözleşmedeki fiyatlarla ödeme yapılacağı fiyat farkı ödenmeyeceği kararlaştırılmıştır. Bu nedenle davacının kararnameden faydalanabilmesi için sözleşme gereği ödenen bedel dışında yapılan işten dolayı fazlasıyla mağdur olduğunun belirlenmesi ve bu hususun hakim tarafından takdir olunması gerekir. Olayda hakimin takdir hakkını kullanabilecek derecede bir inceleme yapılmamıştır. Alınan bilirkişi raporunda sadece kararnameye göre belirlenecek fiyat farkı hesabı yapılmıştır. Oysa işin nev'i, zorluk derecesi, mahiyetini etkileyecek unsurlar, fiyat farkı verilmemesi halinde eserin baliğ olacağı miktar, işin süresi gibi hakkaniyetin*

*takdirine yeterli diğer bulgular bilirkişilere açıklattırılıp davacının yaptığı iş nedeniyle aldığı bedel ile alınacak bedelin karşılaştırılması yapılmalı ve davacının fiyat farkına hak kazanıp kazanamayacağı MK'nın 2. maddesi de gözetilip dava buna göre sonuçlandırılmalıdır. Söz konusu işle ilgili eksik inceleme sonucu dava ve talebin kısmen kabulü doğru değildir.*

*Ceyhan Şubesi Lojman ve Hizmet binası inşaatı işi, 3 ATM külbesi yapılması işi, Yenişehir, Beyoğlu ve Merkez Şube hizmet binası tadilat ve onarım işleri ile ilgili sözleşmelerde de 88/13181 sayılı kararname ek olmayıp bu işlerin tamamı da kısa süreli olup fiyat farkı kararnamelerinin uygulanmayacağı kararlaştırılmış, 44. maddesi G bendine göre Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi sözleşme ekleri arasında sayılmıştır. BİGŞ. 39. ve 40. maddelerinde yüklenicinin geçici ve kesin hakedişlere itirazı olduğu takdirde bunu ne şekilde yapacağı düzenlenmiştir. Bu hükümler HMK'nın 189 ve 193. maddeleri uyarınca delil sözleşmesi niteliğinde olup mahkemece düzenlenen geçici ve kesin hakedişlere yüklenicinin usulüne uygun şekilde itiraz edip etmediğinin resen gözetilmesi gerekir. Kararnameden sonra düzenlenen geçici ve kesin hakedişlere maddede belirtilen şekilde itirazda bulunulmadığı takdirde yüklenici bu hakedişleri olduğu gibi kabul etmiş sayılacağından sözkonusu hakedişlerle ilgili davanın reddi gerekir.*

*Mahkemece 3. bentteki işlerle ilgili tüm hakedişler ve itirazlar araştırılıp 2001/2862 sayılı kararnameden sonra olan hakedişlere ihtirazi kayıt konulmamışsa bunlar yönünden davanın reddi, kararnameden önceki kesin hakediş varsa henüz yayınlanmamış kararname ile ilgili ihtirazi kayıt konulması düşünülemeyeceğinden bunlar yönünden 2. bentte belirtilen şekilde araştırma ve inceleme yapılması gerekirken bu işlerle ilgili eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu davanın yazılı şekilde kısmen kabulü doğru olmamıştır (15. HD. 5.10.2005, 5954/5196).*

*Dava, 2001/2862 sayılı kararname uyarınca fiyat farkı alacağının tahsili istemine ilişkindir. Dava dilekçesi ile fazla haklar saklı tutularak 2.000.000.000 lira, 12.5.2004 tarihli ıslah dilekçesi ile de 27.379.806.050 lira olmak üzere toplam 29.379.806.050 liranın tahsili talep ve dava edilmiş, mahkemece davanın aynen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*

*2001/2862 sayılı fiyat farkı kararnamesinin amacı mağdur olan yüklenicilere fiyat farkı verilmesidir. İşin yarım kalmaması, sıhhatli bir eserin meydana getirilmesi ve işin sürüncemede bırakılmaması hedeflenmiştir. Davacının kararnameden faydalana-bilmesi için, sözleşme gereği ödenen bedel dışında yapılan işten dolayı fazlasıyla mağdur olduğunun belirlenmesi ve bu hususun hakim tarafından takdir olunması gerekir. Gerçekten, 24.11.1986 tarih ve 1986/2-2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararının sonuç bölümünde; Bakanlar Kurulunca çıkartılan ve çıkartılacak kararnamelere dayanılarak açılan davalarda, bu kararnamelerin genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından geçerli hukuki sonuçlar doğurabileceği, kararnamelerin uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin ise, olayların özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından saptanacağı sonucuna ulaşılmıştır. Demek ki, İçtihadı Birleştirme Kararında ulaşılan sonuç uyarınca, kararnamenin uygulanması mutlak değildir. Kararname uygulama koşullarının oluşup oluşmadığına olayların özelliğine bakarak hakim karar verecektir. Hakimin yararlanacağı yasal dayanak da İçtihadı Birleştirme Kararında, Türk Medeni Kanununun 2. maddesi olarak gösterilmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararında ortaya konan ilkeyi daha iyi anlayabilmek için bir örnek vermek gerekirse; sözleşmesinde ifa için 1-2 ay gibi kısa bir süre kararlaştırılmışsa, bu sürede yüklenicinin fiyat artışlarından etkilenebileceği düşünülemezden, amacı yüklenicileri fiyat*

*artışlarından korumak olan kararnamede aksine hüküm olsa bile yüklenicinin fiyat farkı istemesi, olayın özelliğine Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüst davranma kuralına uygun düşmez. İşte, İçtihadı Birleştirme Kararında "Kararnamelerin uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini olayın özelliklerine göre hakimın saptayacağına" ilişkin sonuç bölümünde kastedilen budur.*

*Oysa davada hakimın takdir hakkını kullanabilmesine yeterli bir inceleme yapılmamıştır. Alınan bilirkişi raporunda sadece kararnameye göre fiyat farkı istenip istenemeyeceği belirtilerek, fiyat farkı hesabı yapılmıştır. Oysa az yukarıda da açıklandığı gibi, işin nev'i, zorluk derecesi, mahiyetini etkileyecek unsurlar, fiyat farkı verilmemesi durumunda eserin baliğ olacağı miktar, işin ifa süresi gibi hakkaniyetin takdirine yeterli diğer bulgular bilirkişilere açıklattırılıp, davacının fiyat farkına hak kazanıp kazanmayacağı MK.nun 2. maddesi de gözetilip belirlenmeli, bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı da dikkate alınmalı, dava buna göre sonuçlandırılmalıdır (15. HD. 5.10.2005, 1702/5216).*

---.---

*Dava, 2001/2862 sayılı kararname uyarınca fiyat farkı istemine ilişkindir.*

*Mahkemece davanın reddine dair verilen karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.*

*Yanlar arasında imzalanan 22.07.1999 tarihli sözleşmenin 3. maddesine göre sözleşme konusu işlerin tamamı 1996 yılı birim fiyatları ile sabit bedelle ihale edilmiş olup, bedelin sözleşmede belirtilen usul ve esaslara göre yıllık olarak kalan işler için eskale edilerek uygulanacağı ve bunun dışında hiçbir bedel artışı ödenmeyeceği kararlaştırılmış, yıllık fiyat eskalasyonunu düzenleyen 27. maddede de eskalasyonun nasıl yapılacağı belirtildikten sonra beşinci fıkrada eskalasyon fiyat farkı dışında herhangi bir fi-*

yat farkı veya ek bedel ödenmeyeceği belirtilmiştir. 5. maddeye göre işin süresi 360 takvim günüdür ve 4. maddenin ( m ) bendine göre Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin ekidir. Sözleşmede 88/13181 sayılı fiyat farkı kararname ek olarak kabul edilmediğinden bu kararnamenin devamı niteliğinde çıkartılan 2001/2862 sayılı kararnamenin yanlar arasındaki ihtilafa doğrudan doğruya uygulanması mümkün değildir.

Ne var ki 2001/2862 sayılı kararnamede sözleşmede aksine hüküm bulunsa bile bu kararnamenin yüklenicilere uygulanacağı açıklanmış ve böylece sözleşmede dayanağı olmadığı halde sözleşmelere müdahale edilmiştir. Kural, sözleşmenin uygulanması olmakla birlikte daha önceki hükümetlerce çıkartılan benzer kararnameler nedeniyle Yargıtay'ca verilen kararların çelişki yaratması üzerine konu Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na intikal etmiş ve kurulca alınan 24.11.1986 gün ve 1986/2-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; kararnamelerin genel bütçeye dahil idareler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından bağlayıcı olduğu belirtilerek, uygulama koşullarının bulunup bulunmadığı her olayın özelliği dikkate alınarak hakim tarafından saptanacağı benimsenmiştir.

Kısaca bu içtihadı birleştirme kararında uygulama yapıp yapılmayacağı hakimin takdirine bırakılmıştır.

Kararnamenin amacı mağdur olan yüklenicilere fiyat farkı verilmesinden ibarettir. İşin yarım kalmaması, sıhhatli bir eserin meydana getirilmesi ve işin sürüncemede bırakılmaması hedeflenmiştir.

Somut olayda, davacının 20.08.2001 tarihli dilekçesinden sonra düzenlenen 02.11.2001 tarihli hakediş raporuna sözleşmenin 26. maddesi 3. fıkrası ve BİGŞ.nin 39. maddesine uygun şekilde itiraz edilmediği için kararnamenin yayımından sonraki işle-

*re fiyat farkı istenemeyeceğinden bu kısma ilişkin talebin reddi doğrudur. Ancak kararnameden önce yapılan işler nedeniyle düzenlenen hakedişlere itiraz imkanı olmadığı ve 20.08.2001 tarihli dilekçe ile 2001/2862 sayılı fiyat farkı kararnamesinin uygulanması istendiğinden önceki dönem için davacının kararnameden yararlanıp yararlanamayacağını araştırılması gerekir.*

*Sözleşme sabit birim fiyatlarıyla imzalanmıştır. Sözleşmedeki fiyatlarla ve yıllık eskalasyon uygulanmak suretiyle ödeme yapılacağı başkaca fiyat farkı ödenmeyeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle davacının kararnameden faydalanabilmesi için sözleşme gereği ödenen bedel dışında yapılan işten dolayı fazlasıyla mağdur olduğunun belirlenmesi ve bu hususun hakim tarafından takdir olunması gerekir. Olayda hakimin takdir hakkını kullanabileceği derecede bir inceleme yapılmamıştır. Alınan bilirkişi raporu denetime elverişli olmayıp yetersizdir.*

*Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş taraflardan yukarıda yapılan açıklamalara uygun delillerini isteyip toplamak, bundan sonra işin nevi, zorluk derecesi, mahiyetini etkileyecek unsurlar, fiyat farkı verilmemesi halinde eserin baliğ olacağı miktar, işin süresi gibi hakkaniyetin takdirine yeterli diğer bulgular alınacak bilirkişi kurulu raporunda açıklattırılıp davacının 20.08.2001 tarihinden önceki dönem yaptığı iş nedeniyle aldığı bedel ile fiyat farkı uygulanmak suretiyle alınacak bedelin karşılaştırması yapıp davacının belirtilen dönem için fiyat farkına hak kazanıp kazanamayacağı ve miktarı TMK.nun 2. maddesi de gözetilip sonucuna uygun bir karar vermek olmalıdır (15. HD. 10.4.2006, 327/2090).*

## 29 ) YÜKLENİCİDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN KİŞİLERİN DURUMLARINI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Medeni Kanun'un "tapu sicilindeki kayda hüsnüniyetle istinat ederek mülkiyet veya diğer bir aynî hak iktisap edenin bu iktisabı mu-teber olur" biçimindeki 1023. maddesi, aynı Kanunun iyi niyete ilişkin ana kuralı içeren 3. maddesi doğrultusunda özel bir düzenlemeyi ön-görmektedir. 1023. maddeye göre tescil herhangi bir nedenle yolsuz da olsa, yani hak sahibi ya da hakkın konu ve kapsamı bakımından gerçeği yansıtmasa bile, mülkiyet veya başka bir aynî hak iktisap eden üçüncü şahsın, iyi niyetli olması şartıyla bu iktisabı geçerlidir.

Medeni Kanun'un "Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde asıl olan onun vücududur. Ancak icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse hüsnüniyet iddia-sında bulunamaz" biçimindeki 3. maddesi gözönünde tutularak iyi ni-yet, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesi, şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere iyi niyet, kanunda öngörülen hallerde hakkın ikti-sabı için gerekli bir koşuldur. Medeni Kanun'un 1023. maddesi açısın-dan da iyi niyet, aynı etkiye sahiptir; varlığı halinde aynî hak iktisabı geçerli olacak, aksi halde olmayacaktır.

Tescilin yolsuz olmasına karşın, iyi niyetli üçüncü kişinin korun-ması, tapu siciline güvenilerek yapılan işlemlerde zarara uğranmasını önlemek düşüncesine dayanır ki bu da, doğal olarak gerçek hak sahi-binin hakkından yoksun bırakılmasına neden olur. Medeni Kanun'un 1024. maddesi de, "Bir aynî hak, tapu siciline yolsuz olarak kaydedil-mişse, bunu bilen veya bilmesi lazım gelen üçüncü şahıs bu tescile isti-nat edemez" kuralı ile 1023. maddede öngörülen iyi niyet koşuluna, bu kez olumsuz biçimde yer vermiştir. Bütün bu hükümler Yasa Koyucu-nun, iyi niyetli kişi ile asıl hak sahibi arasındaki menfaat çatışmasında tercihini iyi niyetli kişi yararına kullandığını göstermektedir. Devletin

sorumluluğu altında ve memurları tarafından tutulan ve aleniyet ilkesi gereği herkes tarafından incelenebilen siciller söz konusu olduğuna göre, bunlara güvenilerek girişimlerde bulunan ve aynı haklar elde eden kişilerin yasal himayeden yararlanmaları kadar doğal bir şey olamaz.

Medeni Kanun'un 1023. maddesi ve bu arada tapu sicilinin müspet etkisi ve iyi niyet konuları hakkındaki bu genel açıklamalardan sonra, anılan madde uyarınca mülkiyet ya da diğer bir aynı hak iktisap eden üçüncü kişiye karşı, asıl hak sahibi tarafından açılan tapu iptali davalarında, kötü niyetin mahkemece re'sen nazara alınıp alınmayacağı sorununa gelince: 1023. maddenin uygulanması ile ilgili bu tür davalarda davalı taraf tapu kütüğündeki yolsuz kayda dayanarak iktisapta bulunmuş bir üçüncü kişi olduğuna ve iktisabının da iyi niyetli olması koşuluna bağlı bulunduğuna göre; asıl hak sahibi tarafından ona karşı davanın açılması, yani husumetin yöneltmesi, o kişinin 1023. maddeden yararlanamayacağını ve yararlanmanın koşulunu oluşturan iyi niyetinin de bulunmadığının ileri sürüldüğü anlamını taşıdığı kuşkusuzdur. Böyle bir iddia bu tür davaların bünyesinde kural olarak mündemictir. Taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet ya da diğer bir aynı hakkın yolsuz tecile rağmen sonraki satış ve işlemlerle bir ya da daha çok el değiştirmesine karşın, davanın tapuda hak sahibi gözükken kimseye karşı açılmasına başka bir anlam vermek olanağı yoktur. Bunun aksi bir yorum, hayatın olağan akışına uygun düşmez. Gerçekten asıl hak sahibi, tescilin hukuki bir sebebe dayanmadığını veya dayandığı hukuki sebebin geçerli olmadığını, yani ortada yolsuz bir tescilin bulunduğunu ve bu yolsuzluğun hakkın iktisabı anında bilindiğini ya da bilinmesi gerektiğini, başka bir anlatımla kötü niyetin mevcut olduğunu düşündüğü içindir ki, tapuda hak sahibi olarak adı yazılı üçüncü kişiye karşı davasını açmakla, bu yoldaki iradesini de açıklamış olmaktadır. Aksi halde, hem dava açmış ve hem de karşı tarafın kötü niyetli olduğunu düşünmemiş olacak ki, böyle bir varsayımın gerçekleşmesi olanağı yoktur. Bir dava özel bir yasa kuralına dayanılarak açılmış ve o kural uyarınca isteklerde bulunulmuş ise, o kuraldan hasım tarafın hukuki bir sonuç

çıkarması için gerekli koşulun da gerçekleşmediğini dava dilekçesi ile ileri sürüldüğünün kabulü gerekir. Bir başka anlatımla dava açma iradesiyle kötü niyetin de iddia edildiği varsayılmalıdır.

Bir an için dava açma iradesinin aynı hak iktisap eden üçüncü kişinin kötü niyetli olduğu iddiasını taşımadığı kabul edilse dahi iyi niyet, Medeni Kanun'un 1023. maddesi uyarınca mülkiyet veya diğer bir aynı hakkın iktisabında kurucu bir unsur olduğu ve dolayısıyla iyi niyetin karşıtı kötü niyet de hakkın iktisabına engel teşkil eden bir itiraz niteliğinde bulunduğu için, yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir<sup>94</sup>.

**Üçüncü kişi iyi niyetli olmalıdır; en azından kötü niyetli (örneğin danışıklı olarak yükleniciden edinmiş) olmamalıdır:** “Topraktan satış” ya da “temelden satış”larda alıcılar genelde arsanın yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona pay devredildiğini bilir ya da bilebilir durumdadırlar. Somut olayda, bağımsız bölüm satın alan kişilerin tapuda davacı yararına ipotek olduğunu görmemeleri düşünülemez. Sözleşme ve buna bağlı taksim krokisinde de arsa sahibine düşen bağımsız bölümlerin varlığı açıkça anlaşılabilir haldedir. Hakkını kullanırken herkes gerekli özeni göstermek zorundadır; aksi halde kayıtsızlığının sonucuna katlanacaktır. Yüklenicinin edimini yerine getirmemesi durumunda arsa sahibinin sözleşmeyi geriye dönük bozmasının sonucu arsanın eski malike döneceğini bile bile pay satın alan üçüncü kişilerin iyi niyetinden söz edilmeyecektir<sup>95</sup>.

Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak ve toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyi niyetle taşınmaz edinen kişiler TMK. md. 1023'ün koruyuculuğu altına alınmışlar; bir bakıma asıl hak sahibine karşı tercih edilmişler ve edimleri geçerli kabul edilmiştir. Ancak, söz konusu kişinin, gerçekten iyi niyetli olması, sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine karşın tapu sicilindeki yolsuz tescil durumuna düşme halini bilmemesi gerekir. Bu nedendir ki, kötü niyet iddiası, savunma (def'i) değil, itiraz olup,

94 IBK. 8.11.1991, 4/3.

95 15. HD. 21.4.1993, 3812/1871.

yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemece de kendiliğinden göz önünde tutulur<sup>96</sup>.

TMK. md. 2'nin yanında taşınır mallarda 988 ve 989. maddeleri, tapulu taşınmazların el değiştirilmesinde ise 1023. maddesinin özel hükümleri getirilmiştir. İnsan ve toprak unsurunun önemi nedeniyle, Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış ve doğru tutulmasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, bu nedenlerin doğal sonucu olarak da tapuya güvenip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Bu ilke TMK. md. 1023'te "tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur", md. 1024/I'de ise "Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde yer almıştır. Tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında adı geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden, kazanımda bulunan kişinin iyi niyetli olup olmadığının tam olarak saptanması gerekir. Bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak kazanımda bulunduğunu ileri süren kimse öte yanda ise kendisi için maddi, giderek kimi durumlarda manevi değer taşıyan aynî hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan öteki malik bulunmaktadır. Yüzeysel ve şekli araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükene değil, gerçekten iyi niyetli olan kişiyi korumak olduğunun göz önünde tutulması, bu yönde tüm kanıtların toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir<sup>97</sup>.

Üçüncü kişiler inşaat durumunda bulunan (tamamlanmamış) binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlarlar, bunun için de bağımsız bölümlere bağlantılı arsa payı satın alırlar. Topraktan satış veya te-

96 İBK. 8.10.1991, 4/13.

97 1. HD. 28.2.2006, 201/1961.

melden satış diye adlandırılan bu tür satışlarda alıcı, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmesi durumunda kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkın doğmayacağını bilmekte ve dolayısıyla arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadırlar. Bu durumda, TMK. md. 1023 koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olmayacaktır<sup>98</sup>.

Bir örnek verelim: Dava eser sözleşmesi ile yükleniciye bırakılması gereken bağımsız bölümün yükleniciden temlik alınması nedeniyle kişisel hakka dayanan tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir. Kuşkusuz, tescil isteminin kabulünde yüklenicinin sözleşmesindeki tüm edimlerini yerine getirip getirmediğine, tescile hak kazanıp kazanmadığına bakmak gerekecektir. Ancak, buradaki yükleniciyi sadece davalı (K) inşaat şirketi olarak değil, bundan sözleşmeyi devralan Yapı Kooperatifi olarak da kabul etmek gerekir. Olayda, davacı (Ü) davalı (yüklenici) kooperatifin yaptığı tahsis nedeniyle yükleniciden temlik alan şahsi hak, öbür davalı (C) ise aynı yeri tapuda satın almış mülkiyet hakkı sahibidir. Önce davalı (C)'nin iktisapta iyi niyetli olup olmadığı ortaya konmalıdır. Hukukumuz, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımaması için satın alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesini benimsemiştir. Bu amaçla, TMK.

98 HGK. 25.10.2000, 1295/1563. HGK, 2.5.2007, 244/229: "Dava tapu iptali, tescil ve tazminat istemi ile açılmıştır. Aralarında arsa karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan tarafların tapuda satış biçiminde yaptıkları pay geçirimini, sözleşme gereği edimin yerine getirilmesi olarak kabul edilmektedir. Böyle olunca davalı yüklenicinin de kendi edimi olan parsellere bina yapılması işini yerine getirmesi sözleşmenin gereğidir. Oysa davalı yüklenicinin söz konusu parsellere inşaat yapmadığı, parseller üzerinde sadece narenciye ağaçlarının olduğu dosyadaki ek bilirkişi kurulu raporundan anlaşılmaktadır. Öyleyse davalı yüklenici söz konusu parsellere herhangi bir inşaat yapmadığından 670 parselin mülkiyetine hak kazanmamıştır. Davalı yüklenici mülkiyetine hak kazanmadığı 670 parseli tapuda üçüncü kişi davalıya devretmiştir. 670 parselin tapuda gösterilen satış bedeli ile gerçek değeri arasındaki fahiş fark dikkate alındığında, davalı üçüncü kişinin gerçek durumu bilmediği, davacı ile davalı yüklenici arasındaki hukuki ilişkiden haberdar olmadığı, iyi niyetli olduğu kabul edilemez. Öyleyse gerek yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle taşınmazın mülkiyetini kazanmaması ve gerekse 3. kişinin durumu bilmesi gerektiğinin belirlenmesi karşısında iyiniyet savunmasına değer verilmesinin olanaklı olmaması dikkate alınarak, davacının tapu iptali ve tescil isteminin kabulü gerekir."

md. 2’deki genel kural yanında, tapulu taşınmazların el değiştirmesinde dava tarihinde yürürlükte olan md.1023 ile düzenleme getirilmiştir. Bu kural uyarınca tapu sicilinde adı geçen kişinin gerçek hak sahibi olduğuna inanan veya kendisinden beklenen tüm özeni göstermesine karşın gerçek malik olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesi olanaksız olan kişinin edinimi geçerlidir. Yasa koyucunun amacı, şeklen iyi niyeti değil, gerçek iyi niyeti korumaktır.

### YARGI KARARLARI

*Somut olayda, dava konusu (24) numaralı bağımsız bölümün (B) blokta bulunduğu ve bu blokun arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme gereğince yükleniciye, dolayısıyla davalı kooperatife ve de bu nedenle davacıya özgü olduğu, tüm bunların davalı arsa sahibi tarafından bilinmesine karşın (24) numaralı bağımsız bölümü yüklenici ilk temsilcisi olan (S) aracılığı ile 13.6.1997 tarihinde dava dışı S.’e, bu kişinin de vekili ve yine davalı kooperatifin üyesi bulunan davalılardan (S) aracılığı ile 22.5.1998 gününde davalı (C)’ye tapuda sattığı görülmektedir. Olayların akışı doğrultusunda gerek ilk alıcı Salim’in, gerekse davalı C’nin üzerine ayrı ayrı bloklar halinde inşaat yapılan yerde davalı kooperatifin yüklenici olduğunu bilmemesi düşünülemez. Kaldı ki, her iki satış da kooperatif üyesi olan vekiller ile yapıldığından soruşturulsa idi bunlardan (24) numaralı bağımsız bölümün ilk satıcı olan arsa sahibine değil, yüklenici kooperatife bırakıldığına öğrenilmesi son derece kolaydır. Durum böyle olunca, kendisinden beklenen asgari özeni göstermeyen, kolay bir araştırma ile tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesi olanaklı bulunan davalı (C)’nin iyi niyetli olduğunun kabulü olanaksızdır. TMK. md. 1024 gereğince adına yapılan tescil, hukuki nedenden yoksun-yolsuz tescil sayılacağından davalı (C)’nin aynı hakkına değer tanınamaz.*

*Davada, davacının devraldığı şahsi hak nedeniyle tescile hak kazanıp kazanmadığının da ayrıca incelenmesi gerekir. Şöyle ki;*

*Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Burada yüklenicinin temel borcu, sözleşmesine, fenne ve amacına uygun bir bina meydana getirerek arsa sahibine teslim etmektir. Zira yüklenici bu nitelikleri taşıyan bir bina meydana getirmiş ve arsa sahibine teslim etmişse sözleşmenin karşı edimi olan arsa payının devredilmesini ondan isteyebilir. Bu hak doğrudan yüklenici tarafından talep edilebileceği gibi, yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de yüklenicinin halefi olarak tescil isteminde bulunabilir. 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.*

*Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş, yerinde konusunda uzman bilirkişilerle yeniden keşif yapılarak inşaatın arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirip getirilmediğini saptamak, getirilmiş ancak, inşaatta eksiklikler varsa bunları ve para olarak değerini bulup hesaplatmak, ayrıca sözleşmesi uyarınca yüklenicinin yapması gerektiği halde yerine getirmediği başkaca iş kalemleri bulunmaktaysa bunların para olarak tutarını da hesaplayarak davacıya depo ettirmek, tüm bunlardan sonra arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşmede teslim iskân alınması koşuluna bağlandığından, iskân ruhsatı alım işlerini sağlamak üzere davacıya işin mahiyetine uygun bir mehil vermek, bütün bu sayılanların sonucuna uygun bir karar vermek gerekir (14. HD. 26.10.2004, 5268/7383).*

---.---

*Davacı, 1 parsel sayılı taşınmazda yüklenici N.G.'nin yaptığı binada davalı arsa sahibi Süleyman A.A.'nın payını 11.7.1999 tarihli sözleşme ile kendisine sattığını, ancak bu paya konu 2 numaralı*

*dairenin danışıklı olarak F. K.'ye kaçırdığını ileri sürerek tapunun iptali ile arsa maliki S. adına tescilini ve dairenin kendisine ait olduğunun tespitini istemiştir.*

*Davalı Süleyman, satış sırasında taşınmazda elbirliği mülkiyetinin söz konusu olduğunu, satışın geçerli olmadığını, davalı F. iyi niyetle taşınmazı satın aldığını, N. yerin davacıya usulüne uygun satılmadığını savunmuşlardır.*

*Mahkemece, davacının dayandığı harici sözleşmenin taşınmaz satışı değil kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki payın devrini içerdiği, bu nedenle de, 30.9.1988 tarihli ve 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca satıcı ve alıcının edimlerini yerine getirdiği, sözleşmenin geçersizliği savunmasının dinlenemeyeceği, davalı F.'nin de danışıklı olarak taşınmazı satın aldığı gerekçesiyle tapunun iptali ile davalı N. adına tesciline, dairenin mülkiyetinin de davacıya ait olduğunun tespitine karar verilmiştir.*

*Dava harici satın alma iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. 30.9.1988 tarihli ve 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcunu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan tescil davası kural olarak kabul edilemez; bununla birlikte kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan, tarafların bağımsız bölüm satışında 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, Medeni Kanunun 2 inci maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir.' denmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararında sözü edilen satışlar, kendi taşınmazı üzerine bina yapıp satan diğer bir anlatımla 'yap-satçı' olarak tabir edilen kişilerin yaptıkları bağımsız bölümleri inşaat aşamasındaki harici satışları*

*ile yine arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin kendi payına düşen bağımsız bölümleri inşaat aşamasındaki harici satışları olup, arsa sahibi konumunda olup, arsa payı karşılığı yükleniciye yaptırılan binada arsa sahibinin satışında yine resmi biçim koşulu aranmaktadır.*

*Eldeki davada ise arsa sahibi tapudaki payını harici sözleşme ile satmıştır. Bu durum az önce sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen ayrı hallerden değildir. O halde davanın reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabul kararı verilmesi doğru değildir. Karar bozulmalıdır (14. HD. 23.3.2006, 1792/3397).*

---.---

*Arsa sahibi olan davalılar ile yüklenici şirket arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi adi yazılı şekilde düzenlenmiştir. Ne var ki; ileride mülkiyet nakli gerektiğinden bu tür sözleşmeleri noterde düzenleme şekilde yapılması Türk Medeni Kanununun 706, Borçlar Kanunu'nun 237, Tapu Kanununun 26 ve Noterlik Kanununun 60 maddeleri uyarınca zorunludur. TBK'nun 12. maddesi gereğince de aksine açıklık bulunmadıkça yasanın uyulmasını emrettiği şekil bir sıhat-geçerlik şartıdır. Davalılar arasındaki sözleşme geçersiz olduğundan ne yüklenici ve ne de ondan şahsi hakkını temellük eden üçüncü kişi bu sözleşmeye dayanarak mülkiyet naklini isteyemez. Her ne kadar 30.09.1988 tarih 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz olan sözleşmeye dayanılarak tescil davası açılmayacağı ilke olarak kabul edilmiş ve kat mülkiyetine tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazda bağımsız bölüm satın alan kişinin edimlerin karşılıklı olarak tümüyle veya önemli oranda yerine getirilmesi ya da geçersiz sözleşmeye rağmen arsa sahiplerinin yükleniciye arsa payı geçirmeleri durumunda tapuda mülkiyet devrine yaşılmaması halinde olayın özelliğine göre şekil eksikliğinin ileri*

*sürülmesinin Medeni Kanununun 2. maddesine uygun düşmeyeceği vurgulanmış ise de, incelenen dosya kapsamında üzerine inşaat yapılan parselin halen tapu kaydında arsa niteliğinde davalı arsa sahipleri adına kayıtlı olduğu anlaşıldığı gibi eserde ancak yüzde 80 fiziki seviyeye getirildiğinden, somut olaya 30.09.1988 tarih 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanma olanağı da yoktur (14. HD. 3.10.2006, 8309/10308).*

### **30) YÜKLENİCİDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN KİŞİLERİN ADEMİ İFA NEDENİYLE İSTEDİKLERİ (ÖDENMİŞ) SATIŞ BEDELİNİN HESAP EDİLMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI**

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, zamanaşımı, eylemsel ve hukuksal olanaksızlık, aynı yerin başkasına satılması, sözleşme konusu bağımsız bölümün imal ve inşa edilmemesi, kabule zorlanamayacak ölçüde bozuk inşa edilmesi ve benzeri nedenlerden dolayı, üçüncü kişi, sözleşmenin “aynen” ifasından vazgeçerek, kaim bedelini “yükleniciden” isteyebilir. Üçüncü kişi, yükleniciye karşı açacağı davalar bakımından geniş olanaklara sahiptir. Bu olanakların koşul ve sınırlarını sözleşme belirler.

Üçüncü kişi, yüklenici ile yaptığı sözleşmeden dolayı, arsa sahibinden kaim bedel isteyemez. O, arsa sahibi ve yüklenici aleyhine birlikte açtığı tescil davasının yargılaması sürerken, istemini kaim bedele dönüştüremez; daha doğrusu, kaim bedele dönüştürme isteği arsa sahibi bakımından geçerli olmayacaktır.

Bu durumda geri verilecek satış bedelinin “denkleştirici adalet ilkeleri”ne göre hesaplanması gerekir.

Denkleştirici adalet ilkesi, haklı bir neden olmaksızın başkasının mal varlığından yararlanarak kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği bu kazanımı geri vermek zorunda olduğunu ve gerçek bir eski duruma getirme yükümlülüğü bulunduğunu anlatır.

Hukuken geçersiz sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların haksız edinim kurallarına göre çözümlenip tasfiye edilmesi gerekir.

Geçerli bir nedene dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından başkasının mal varlığına kayan değerlerin eksiksiz geri verilmesi, denkleştirici adalet düşüncesine dayanır.

Haklı bir nedenin bulunmaması veya “neden”in geçersizliği veya nedenin gerçekleşmemesi ya da nedenin ortadan kalkması durumunda doğan sorunları denkleştirici adalet ilkeleriyle çözümlerken, sözleşme-

cilerden biri, geçersiz sözleşmenin yerine getirilmesini isteyemeyeceği gibi, yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesini de isteyemez. Geçersiz bir sözleşme nedeniyle, bir sözleşmecinin öbüründen aldığı şey, kendisi yönünden nedensiz edinim niteliğindedir. Bu nedenle, geçersiz sözleşmenin yanları sadece o geçersiz sözleşme nedeniyle birbirlerine verdiklerini haksız zenginleşme kurallarına göre geri isteyebilirler. Kural olarak, bir sözleşmeci verdiğini geri isterken, aynı anda ve karşılıklı olarak kendi aldığını da geri vermek zorundadır. Verdiğini geri isteyen sözleşmecinin geçersiz sözleşme nedeniyle karşı taraftan aldığı şey kendi kusuru olmaksızın elinden çıkmış, dolayısıyla geri verme olanağı kalkmış ise, artık “aynı anda ifa” koşulu aranmaz. Bu durumda davacının ödediği paranın geri verilmesi gerekir. Geri verilecek bedelin aynı miktarda mı olacağı, yoksa adaletli bir rakam mı olacağı ve bu rakamın nasıl hesaplanacağı sorunu üzerinde durmak gerekir:

- A. Geçersiz sözleşme gereğince alıcının sözleşme tarihinde verdiği paranın aynı miktarda iadesine karar verilmesi, kamu vicdanını rahatsız eder. İadenin haksız zenginleşme kurallarına göre yapılması gerekir.
- B. İadeye karar verilirken, satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması ve bu biçimde iadeye karar verilmesi uygun olacaktır. Yoksa kısmi iade durumu oluşur, iade dışındaki zenginleşme iade borçlusunu elinde/yanında haksız zenginleşme olarak kalır, iade borçlularının iadeye direnmelerine neden olur.
- C. Davacının yaptığı ödemenin, sözleşmenin konusu olan “şey”in dava tarihindeki değeri, enflasyon, tüketici fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur maaş ve işçi ücretlerindeki artışlar dikkate alınarak ve bunların ortalaması alınarak, paranın alım gücünü ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırdıktan sonra iadeye karar verilmelidir.

- D. Değerlendirme hangi tarihe göre yapılacaktır? İade alacaklısının geçersiz sözleşmenin yerine getirilemeyeceğini öğrendiği tarih, iadenin kapsamının saptanacağı tarih olarak kabul edilmelidir. Geçersiz sözleşmenin artık yerine getirilemeyeceğini bile bile haksız zenginleşmenin iadesini istemeyen alacaklı, zararının artmasına kendisi neden olduğundan, bu artan zararı iade borçlusundan isteyemez.
- E. Varılan sonuç, gerçek yaşama, hakkaniyete ve adalete uygun olmalıdır. Üçüncü kişilerin hedefe ulaşmasında, sözleşmenin geçersizliği ile başka nedenleri ayrı tutmak gerekir. Örneğin, sözleşme geçersiz ise, alıcı, taşınmazın rayiç değerini talep edemeyecektir.
- F. Haksız zenginleşen, zenginleşmeyi kötü niyetle elden çıkarmış ise geri verme zamanında var olan zenginleşmeyi değil, elden çıkardığı zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür.
- G. Borçlu iyi niyetliyse, zorunlu ve yararlı giderlerini isteyebilir; borçlu kötü niyetli ise yalnız zorunlu giderleri isteyebilir. Borçlu ister iyi niyetli ister kötü niyetli olsun, “lüks gider”ler alacaklıdan istenemez.

Zenginleşmenin iyi niyetli sayılıp sayılmayacağı TMK. md. 3 hükmüne göre belirlenir. Haksız zenginleşen elde ettiği yararın geçerli bir nedene dayanmadığını geri vermekle yükümlü olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda ise iyi niyetli sayılamaz. Zenginleşmenin kötü niyetli olduğunu öne süren iade alacaklısı bu savını kanıtlamakla yükümlüdür. Somut olayın özellikleri zenginleşmenin iyi niyetli olmadığını açıkça gösteriyor ise bu sav kanıtlanmış sayılır.

Yargıç, TMK. md. 3; TBK. md. 51 - 52, 114 çerçevesinde takdir yetkisini kullanırken, geri verme konusunda, zenginleşenin zenginleşme olmasaydı bulunacağı durumdan daha kötü duruma düşmemesine özen göstermelidir. İadenin kapsamı, geri vermenin gerçekleştiği tarihe göre değil, geri vermenin istendiği ana göre belirlenecektir. Yargıç, değerlendirme yetkisini kullanarak, iade alacaklısının, geçersiz sözleşme-

nin karşı tarafça geri verilmeyeceğini öğrendiği, bu konuda güveninin kesildiği anı saptamalı, böylece geri vermenin istenilmesi gereken zamanı belirlemelidir. Geri vermenin kapsamı belirlenirken, sözü edilen o an esas alınmalıdır. Aksi halde geçersiz sözleşmenin artık yerine getirilmeyeceğini bilerek geri verme isteminde bulunmayan, alacaklı, zararın artmasına neden olacağından, bu artan zararını iade borçlusundan istemesi kabul edilemez (TMK. md. 2). Zenginleşme saptanırken; malvarlığının, haksız yere artmasına neden olan tüm olasılık ve olgular (örneğin enflasyon) ile nedensellik bağı kurulabilen ve zenginleşmenin malvarlığında değişmelere yansıyan tüm olaylar irdelenmelidir<sup>99</sup>.

---

99 HGK. 7.2.2001, 1729/32; HGK. 6.10.2004, 420/443; HGK. 6.6.2001, 477/473; 13. HD. 2.3.2004, 427/ 2425; 13. HD. 13.4.2005, 1477/6336; 13. HD. 25.2.1997, 11384/1392; 11. HD. 3.5.2001, 1498/3888.

### 31) ÖNALIM SORUNLARINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması durumunda, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. Ön alım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. Ön alım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, yargıç tarafından belirlenen süre içinde yargıcın belirleyeceği yere yatırmakla yükümlüdür (TMK. Md. 732-734).

Kat mülkiyeti kurulmuş bir taşınmazın bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakına bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur. Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler. Sözleşmede bu kuralın aksine hüküm konulabilir (KMK. Md. 8).

Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken, bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması TMK. Md.2’de yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötü niyet savı, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece de kendiliğinden göz önünde tutulması gerekir. Bu gibi durumlarda savunmanın genişletilmesi söz konusu olamaz<sup>100</sup>.

Sorunu bir örnekle açıklayalım: Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi vardır. Arsa sahibi, kat irtifakı kurmadan, hakkı olan arsa payını yüzde olarak yükleniciye tapuda devretmiştir. İnşaat devam ederken, arsa sahibi iki bağımsız bölümü tapuda hisse olarak Ahmet ve Mehmet’e, yüklenici de yine tapuda iki bağımsız bölümü hisse olarak Cevdet ve Cevat’a satmıştır. Cevat, kendisinden önce,

100 HGK. 24.5.2006, 288/304.

“hisse satışı” şeklinde gerçekleşen temlikler dolayısıyla Ahmet, Mehmet ve Cevdet’e önalım davası açabilir mi? Temliklerin “hisse satışı” yoluyla gerçekleşmesi, mülkiyet düzenini “müşterek mülkiyet” haline getirmiştir. Bu somut sorunda önalım davası açılmasının iki engeli bulunmaktadır: Birinci engel, temlikler tapuda “satış” biçiminde yapılmış olsa da, gerçekte “alacağın temlik”dir. Alacağın temlik hükümlerinin uygulanacağı durumlarda, temlik “satış” biçiminde yapılmış da olsa soruna “satım sözleşmesi” hükümleri uygulanamayacağından, önalım hakkı kullanılamayacaktır. İkinci engel ise, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Temlik “hisse satışı” biçiminde yapılmış olsa bile, alıcılar gerçekte belli bir kat ve numaralı bağımsız bölüm satın almaktadırlar; her temlik alanın bağımsız bölümü en azından proje üzerinde bellidir. Temlikin “hisse satışı” biçiminde yapılmış olması bu durumu değiştirmeyecektir. Çünkü mülkiyet düzeni paylı olsa da, tarafların sahip oldukları ve inşaat bittiğinde kullanacakları bağımsız bölümlerin yeri ve numarası ile bellidir. Böyle durumlarda önalım hakkının kullanılması, TMK. md. 2/II’deki “hakkın kötüye kullanılması yasağı” ile karşılaşır ve bu engeli aşamaz. Öte yandan, kat mülkiyeti kurulmuş bir taşınmazın bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakına bağlanmış arsa payının satılması durumunda öbür kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoksa da, bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması durumunda öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler (Kat Mülkiyeti Kanunu md. 8).

## 32) İMAR DURUMUNA AYKIRI YAPILMIŞ İNŞAATLARDAN DOĞAN SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İmar Kanunu'nun 21. maddesine göre tüm yapılar için aynı Yasa'nın 26. maddesinde belirtilen istisnalar dışında yetkili merciden ruhsat alınması zorunludur. İnşaatın alınan ruhsata uygun yapılması gerekir. Ruhsat alınmadan veya ruhsatı alınmış olsa da o ruhsata uygun yapılmayan inşaat uygulamadaki deyimini ile "Kaçak İnşaat"tır. Yapının bağlı olduğu imar düzeni kurallarına uygun yapılması zorunlu olduğundan, kamu düzenine ilişkin bu kurallar sebebiyle taraflar dileseler bile sözleşmede bunun aksini kararlaştıramaz. Çünkü imar düzeni; bir arsa üzerine yapılacak olan resmi ve özel nitelikli, değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kurallar bütünüdür. Ruhsatsız veya ruhsatı olsa da ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılara uygulanacak yaptırımın ne olduğu ise İmar Kanunu'nun 32/son maddesinde gösterilmiştir. Olayımızda olduğu gibi yapı sahibi, yapısını daha önce hazırlattığı ve yapı ruhsatı istemi dilekçesine eklediği projesine ve ruhsata uygun biçimde yapmamışsa inşaat durdurulur ve projede yapılan değişiklik onaylanıncaya kadar inşaatın yürütülmesine izin verilmez. Ruhsata göre yapılan değişiklik imar mevzuatına aykırı ve bunu düzeltme olanağı yoksa yapının yıktırılması gerekir. İmar düzeni kuralları kamu düzenine ilişkin ve emredici hükümler içerdiğinden taraflar dileseler bile sözleşmelerinde imar düzeni kurallarına aykırı hükümlere yer veremezler. Gerçekten kural olarak taraflar bir hakkın mevzuunu kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde serbestçe tayin edebilir ise de, TBK. Md. 26 hükmünce kanunun kati suretle emrelediği hukuk kaideleri veya kanuna muhalefet o sözleşmenin geçersizliği sonucunu meydana getirir. Bir sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği sonucuna ulaşılabilmesi için de olayda uygulanması zorunlu İmar Kanunu'nun 32. maddesine göre yapılacak işleme bakmak gerekmektedir.

Yapının tasdikli projesini mevcut inşaata uygulamak, bu uygulama sonucu yapıdaki imar mevzuatına aykırı (kaçak) inşaat bölümünü saptamak, kaçak bölümün proje değişikliği suretiyle imar mevzuatına uygun hale getirilip getirilemeyeceğini belirlemek, imar mevzuatına uygun hale getirilme olanağı varsa bu işlemleri yerine getirmek üzere yükleniciye yetki ve süre vermek söz konusuysa, bu vecibenin yerine getirilmemesi TMK. Md. 2’de düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacaktır.

Sözleşmenin yapıldığı sıradaki imar durumu bakımından taahhüt edilen yapının yapılması olanaklı olmamakla birlikte, sözleşmeciler olası mevzuat değişikliği öngörerek ve bu değişiklik gerçekleştiğinde yapılmak üzere inşaat sözleşmesi kurabilirler. Tarafların umduğu imar değişikliği için öngördükleri tarih gelinceye kadar bu sözleşme geçersiz sayılmamalı; bu tarihe kadar imar durumu sözleşmenin yerine getirilmesini olanaklı kılacak biçimde değişmişse sözleşme “bir geciktirici koşul gerçekleşmemiş gibi” geçerli olmalı; bu tarih gelmesine karşın imar durumu değişmemişse sözleşme hiç hüküm ifade etmemiş sayılmalıdır. Taraflar açıkça bir beklenen tarih veya bekleme süresi belirlemezlerse, uyuşmazlık çıktığında mahkemece, işin niteliğine göre dürüstlük kuralı uyarınca her iki sözleşmecinin de beklemesi makul olan bir tarih belirlenip bu tarih geçmesine karşın imar durumu değişmemişse sözleşme yürürlüğe girmemiş sayılmalıdır<sup>101</sup>.

Tarafların imar durumu değişikliği öngörmeksizin yaptıkları imar mevzuatına aykırı sözleşmenin ifa aşamasında beklenmedik biçimde imar durumunun değişmesi sonucu yasallaştırılmasının olanaklı duruma geldiğinde, kural olarak bu gelime sözleşmenin başlangıçtaki hükümsüzlüğünü düzeltmezse de, daha önce taraflardan biri geçersizliği ileri sürmemiş ve yüklenici işi bırakmamışsa, artık sözleşmenin geçersizliğini ileri sürme “hakkın kötüye kullanılması” (TMK. Md. 2/II) sayılarak önlenebilmelidir<sup>102</sup>.

101 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 35.

102 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 35-36 “İmar mevzuatına aykırı inşaat öngören bir sözleşmenin uy-

Bina projesine uygun tamamlanmış olmasına karşın, sadece sözleşme şart koştuğu için, yapı kullanma izninin alınmamış olması yükleniciyi direnime düşürür mü? Bunun için somut olayın özelliğine bakılacaktır. Arsa sahibi yapı kullanma izni almamış olmasına karşın bağımsız bölümleri kullanmaya başlamışsa, yapıyı teslim aldığı ve artık yükleniciyi direnime düşüremeyeceği kabul edilmelidir. Arsa sahibi, bu durumdaki eseri teslim alırken önkoşul öne sürmüştü, haklarını yitirmeyecektir. Arsa sahibinin bağımsız bölümleri teslim almaması veya önkoşulla teslim alması durumunda da, direnime sonuçlarının uygulanması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturabilir. Örneğin sadece binadaki önemsiz kusurlar nedeniyle veya yüklenicinin Belediyeye başvurmayı ihmal yüzünden yapı kullanma izni alınmamışsa, direnime kuralları uygulanmamalıdır. Ayrıca, onaylı projesine uygun olarak bina tamamlanmış ve yapı kullanma belgesi için Belediyeye başvurulmuş olmasına karşın, Belediyenin savaşılması yüzünden yapı kullanma izni alınmaması direnime hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez. Ancak, burada Belediye, örneğin projenin hatalı olarak onaylandığı gerekçesiyle yapı kullanma izni vermektan kaçınıyorsa, sorun dürüstlük kuralları ve yararlar dengesi gözetilerek çözümlenecektir. Bir kere, yüklenici projenin bu şekilde hatalı olarak onaylandığını sağlamışsa ya da bu durumu biliyorsa yapı kullanma izninin verilmemesi, hakkında direnime hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Öte yandan, bu yapı kullanma izninin verilmemesi ileride bağımsız bölümün kullanılmasını engelleyecek bir sonuca dönüşecek nitelikte ise, başka bir anlatımla arsa sahibinin bağımsız bölümü teslim almaktan kaçınması haklı sayılabilirse, yine direnime hükümlerinin uygulanmasının kabul edilmesi

---

gulanması sırasında yüklenicinin (özellikle belediyenin müdahaleleri sonucu) sözleşmeye aykırı fakat imar durumuna uygun bir inşaat yapması (örneğin dört kattan fazla inşaatın yasak olduğu yerde altı katlı bir bina yapılması kararlaştırılmış ise de yüklenicinin mecburen ve fiilen dört katlı inşaat yapması) durumunda; sözleşme geçerli duruma gelmez ve yüklenicinin yaptığı inşaatın iş sahibi için haksız zenginleşme oluşturmasını önlemez ise de, işin yapılış aşamasına ve binanın sözleşmedeki oranlarla paylaşılmasına olanak bulunmasına göre, dürüstlük kuralının ve kısmî butlan hükmünün kıyasen uygulanmasının, sözleşmenin imar durumuna göre tadil edilerek geçerli tutulmasını sağlaması olanaklıdır."

gerekir. Aksi durumlarda, yani gerek arsa sahibinin bağımsız bölümleri kullanmaya başlaması, gerekse teslim almaması veya önkoşulla teslim alması, fakat yapı kullanma izninin alınmamasının direnime sonucu doğurmaması durumlarında, yüklenicinin sözleşmeden doğan yapı kullanma izni almak borcunun devam ettiği kabul edilecektir. Bu borcun yerine getirilmemesi veya geç yerine getirilmesi bir tazminat yükümü doğurur<sup>103</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Somut olayda mahkemece yapılması gereken iş, yerinde uzman bilirkişiler marifeti ile keşif yapmak, yapının tasdikli projesini mevcut inşaatı uygulamak, bu uygulama sonucu yapıdaki imar mevzuatına aykırı (kaçak) inşaat bölümünü saptamak, kaçak bölümün proje değişikliği suretiyle imar mevzuatına uygun hale getirilip getirilemeyeceğini belirlemek, imar mevzuatına uygun hale getirilme olanağı varsa bu işlemleri yerine getirmek üzere, (yerine getirilmemesinin TMK. Md. 2'de düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturarak hakkın kötüye kullanılması sayılacağı ve hukuki sonuçlarından davacı tarafın sorumlu olacağı da hatırlatılmak suretiyle), işlemin tarafı olan davacı kooperatife uygun süre ve işlemleri yapmak üzere yetki vermek, bu çalışmalar sonucu yapıdaki imar mevzuatına aykırılıklar giderilirse davayı reddetmek, imar mevzuatına aykırılıklar proje değişikliği suretiyle de olsa giderilemiyorsa bunların sadece yıkımı dava konusu yapılabileceğinden ve taraflar arasındaki 29.03.2004 günlü davalılara arsa payı tahsisini sağlayan sözleşme TBK. md. 27 hükmüne geçerli olmayacağından davayı kabul etmek olmalıdır (14. HD. 23.10.2007, 6841/12407).*

---•---

*İddia, savunma ve dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu alınan bilirkişilerin 16.05.2005 tarihli rapor içeriğinden davacı*

103 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 66-67.

*kooperatifin ... ada ... ve ... parseller üzerindeki inşaatı 88 konut olarak projelendirildiği; ilgili belediye onayını almadan bağımsız bölüm sayısını 94'e çıkardığı, uyuşmazlığın proje dışı yapılan 6 adet bağımsız bölüme yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Yine bilirkişi raporuna göre dava konusu dükkânlar anataşınmaz bünyesinde ortak alan niteliğinde olan yerlerdir. Ortak alan niteliğindeki bu yerler için Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca arsa payı tahsisi olanağı bulunmadığı gerçektir.*

*Burada öncelikle belirtilmelidir ki, İmar Kanunu'nun 21. maddesine göre tüm yapılar için aynı Yasa'nın 26. maddesinde belirtilen istisnalar dışında yetkili merciden ruhsat alınması zorunludur. İnşaatın alınan ruhsata uygun yapılması gerekir. Ruhsat alınmadan veya ruhsatı alınmış olsa da o ruhsata uygun yapılmayan inşaat uygulamadaki deyimini ile "Kaçak İnşaat"tır. Yapının bağlı olduğu imar düzeni kurallarına uygun yapılması zorunlu olduğundan, kamu düzenine ilişkin bu kurallar sebebiyle taraflar dileseler bile sözleşmede bunun aksini kararlaştıramaz. Çünkü, imar düzeni; bir arsa üzerine yapılacak olan resmi ve özel nitelikli, değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kurallar bütünüdür. Ruhsatsız veya ruhsatı olsa da ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılara uygulanacak yaptırımın ne olduğu ise İmar Kanunu'nun 32/son maddesinde gösterilmiştir. Olayımızda olduğu gibi yapı sahibi, yapısını daha önce hazırlattığı ve yapı ruhsatı istemi dilekçesine eklediği projesine ve ruhsata uygun biçimde yapmamışsa inşaat durdurulur ve projede yapılan değişiklik onaylanıncaya kadar inşaatın yürütülmesine izin verilmez. Ruhsata göre yapılan değişiklik imar mevzuatına aykırı ve bunu düzeltme olanağı yoksa yapının yıktırılması gerekir.*

*Somut olayda üzerinde durulması gereken diğer bir husus da taraflar arasında düzenlenen 29.03.2004 günlü sözleşmenin içeriğidir. Zira bu sözleşme ile 8225 ada 3 ve 6 parseller üzerine ya-*

*pılması projelendirilen 88 bağımsız bölüm sayısı tasdikli projesi dışına çıkılarak uyumsuzluk konusu 6 adet bağımsız bölümün de imar mevzuatına aykırı olarak yapımı ve bu bağımsız bölümlere bağlı olarak davalı şirket ile davalılardan E.'ye pay verilmesi kararlaştırılmıştır. Az yukarıda sözü edildiği üzere imar düzeni kuralları kamu düzenine ilişkin ve emredici hükümler içerdiğinden taraflar dileseler bile sözleşmelerinde imar düzeni kurallarına aykırı hükümlere yer veremezler. Gerçekten kural olarak taraflar bir hakkın mevzuunu kanunun gösterdiği hudutlar dairesinde serbestçe tayin edebilir ise de, TBK'nın 27. maddesi hükmünce kanunun kati suretle emrelediği hukuk kaideleri veya kanuna muhalefet o sözleşmenin geçersizliği sonucunu meydana getirir. 29.03.2004 günlü sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği sonucuna ulaşılabilmesi için de olayda uygulanması zorunlu İmar Kanunu'nun 32. maddesine göre yapılacak işleme bakmak gerekmektedir.*

*Bütün bu açıklamalardan sonra mahkemece yapılması gereken iş, yerinde uzman bilirkişiler marifeti ile keşif yapmak, yapının tasdikli projesini mevcut inşaata uygulamak, bu uygulama sonucu yapıdaki imar mevzuatına aykırı ( kaçak ) inşaat bölümünü saptamak, kaçak bölümün proje değişikliği suretiyle imar mevzuatına uygun hale getirilip getirilemeyeceğini belirlemek, imar mevzuatına uygun hale getirilme olanağı varsa bu işlemleri yerine getirmek üzere, yerine getirilmemesinin Medeni Kanun'un 2. Maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturarak hakkın kötüye kullanılması sayılacağı ve hukuki sonuçlarından davacı tarafın sorumlu olacağı da hatırlatılmak suretiyle işlemin tarafı olan davacı kooperatife uygun süre ve işlemleri yapmak üzere yetki vermek, bu çalışmalar sonucu yapıdaki imar mevzuatına aykırılıklar giderilirse davayı reddetmek, imar mevzuatına aykırılıklar proje değişikliği suretiyle de olsa giderilemiyorsa bunları sadece yıkımı dava konusu yapılabileceğinden ve taraflar arasındaki 29.03.2004 günlü davalılara arsa*

*payı tahsisini sağlayan sözleşme TBK'nun 27. maddesi hükmünce muteber olmayacağından davayı kabul etmek olmalıdır (14. HD. 23.10.2007, 6841/12407).*

---.---

*Taraflar arasındaki sözleşme 21.07.1994 tarihli olup davacı-lara ait 5 ve 7 nolu parseller üzerine kat karşılığı inşaat yapılaca-k, 7 parseldeki bina tümüyle arsa sahiplerine, 5 parseldeki bina ise tümüyle davalı yükleniciye ait olacaktır. Sözleşmeye göre 3 ay içinde inşaat ruhsatı alınarak inşaata başlanacak ve ruhsat tarihinden itibaren inşaat 30 ay içinde bitirilip teslim edilecektir. Buna göre inşaatın 21.04.1997 tarihinde bitirilerek teslim edilmesi gerekirken arsa sahiplerine ait 7 nolu parsel üzerindeki inşaat % 60 seviyesinde, yüklenici şirkete ait olacak 5 nolu parsel üzerindeki inşaat ise % 38 seviyesinde iken inşaat terkedilmiş, binaların İmar Kanunu'na aykırı yapılması nedeniyle Belediyece yıkımına karar verildiği saptanmıştır.*

*İnşaatların getirilmiş olduğu seviye ve imara aykırı olarak yapılması nedeniyle sözleşmenin arsa sahipleri tarafından feshinin talep edilmesi haklı nedenlere dayalı ise de, feshin ileriye veya geriye etkili sonuç doğuracağıının tespiti somut olayda önem taşımaktadır.*

*Davalı yüklenici, dava tarihinden önce arsa sahipleri tarafından kendisine devredilen 5 nolu parselden tapuda kat irtifakının kurulmasından sonra 3. kişilere pay devrinde bulunmuş, arsa sahipleri bu durumu bildikleri halde 3. kişileri davalı olarak göstermedikleri gibi, davalı şirket temsilcisi adına olan tapunun iptalini de istemeden sözleşmenin feshini talep ederek sair dava ve talep haklarını da saklı tutmuşlardır.*

*Mahkemece 11.06.2002 tarihli celsede davacılara mehil verilmesi nedeniyle yükleniciye düşen parselden pay iktisap eden 3. kişiler davaya dahil edilmiş iseler de, davacıların fazlaya ilişkin*

*dava ve talep haklarını saklı tutmuş olmaları inşaatın getirilmiş olduğu seviye ve imara aykırı olarak yapılmış olması karşısında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 gün 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca arsa sahipleri vekilinin 02.03.2004 tarihli celsede zapta geçen beyanları da nazara alınarak sözleşmenin geriye dönük olarak feshi yerine, dahili davalılar hakkında hüküm kurulamayacağı da gözetilmeyerek ve MK'nın 2. maddesinden söz edilerek sözleşmenin ileriye dönük olarak feshine karar verilmesi dahili davalılar hakkında da hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir (15. HD. 1.5.2006, 756/2546).*

---•---

*Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı tapu iptal tescil ve alacak istemine ilişkindir. Mahkemece inşaatın yasal olmadığı gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de yapılan araştırma hüküm kurmaya yeterli değildir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince yüklenicinin bedele, başka bir anlatımla sözleşmede kararlaştırılan tapu payı veya bağımsız bölümlere ya da satılmışsa yüklenicinin tescil istemeyip bedelini istemesi halinde bedeline hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri ile tasdikli proje ve inşaat ruhsatı ile kamu düzeninden olan imar mevzuatı ve bu doğrultuda çıkartılan Deprem Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak tamamlayıp, arsa sahiplerine teslim etmesi gerekir. İmar Yasası uyarınca her türlü bina inşaatının yerel idarenin tasdikli projesine uygun yapılması zorunludur. Şayet inşaat kısmen veya tamamen tasdikli projesine aykırı imalat var ise kaçak inşaat, aynı Yasanın 32. maddesi uyarınca inşaatın yıkımı gerekir. Yıkılacak yerlerle ilgili olarak da, kazanılmış ekonomik değerden söz edilemez. İmar Yasası kamu düzenine ilişkin olup mahkemenin resen göz önünde bulundurması gerekir. İlke olarak, İmar Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı biçimde inşa edilmiş kaçak yapılar için imalat bedeli talep edilemez*

*ise de, bu yapıların ruhsata bağlanarak yasal hale getirilmeleri durumunda hukuki korumanın başlayacağı, imalat bedelinin talep ve dava edilebileceği kuşkusuzdur. Davacı, imalata aykırı kat yapıldığı için kısmen yıkıldığını iddia ettiğinden, bu iddia üzerinde durularak, bir katın yıkılması halinde inşaatın diğer bölümlerinin yasal hale gelip gelmeyeceği incelenmelidir. Mahkemece, bu kapsamda tadilat projesi yapılarak projeye aykırılığın giderilip giderilemeyeceği, diğer bir anlatımla inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı ilgili belediyesinden sorulduktan sonra tadilat projesi yapılarak inşaatın yasal hale getirilmesi mümkün değilse, şimdi olduğu gibi davanın reddine karar verilmeli, mümkün ise bu takdirde davacıya bu konuda yetki ve makul süre verilmeli, davacının projeye aykırılığı verilen sürede gidermesi ve bu hususu mahkemeye bildirmesi halinde, mahkemece mahallinde uzman bilirkişi refakatinde keşif ve inceleme yapıp, inşaat seviyesi araştırılmalı, 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK'nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek 15 HD'nin ve Dairemizin gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında inşaatın % 90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli ve buna göre davacının dava konusu talepleri ilke olarak hak ettiği kabul edilmeli ve sözleşme hükümleri de incelenerek talepler karara bağlanmalı, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının olduğu sonucuna varılmalı ve şimdi olduğu gibi davanın reddine karar verilmelidir. Mahkemece bu ilkeler ve açıklamalar çerçevesinde inceleme yapılarak, davacının talepleri ele alınıp, uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır (23. HD. 5.2.2013, 5310/523).*

*Taraflar arasındaki uyuşmazlık TBK. 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser ( istisna ) sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Kural olarak eser sözleşmelerinden kaynaklanan davalar, yüklenicinin kasıt veya ağır kusurunun bulunması halinde 10 yıl, diğer hallerde 5 yıllık zamanaşımına tabidir ( TBK. Md. 147/6.). Bu süreler eserin tesliminden başlar (TBK. Md. 149). Somut olayda sözleşme konusu inşaatın yapılıp teslim edildiği araştırılmadan elektrik abone tarihleri ve muhtarlık kayıtlarına göre zamanaşımı süresi işletilmiştir. Oysa yapılması gereken iş, inşaat mahallinde aralarında yorumda yardımcı olmak üzere bir hukukçunun da bulunduğu ikisi teknik olmak üzere üç kişilik bilirkişi kuruluyla keşif yapılmalı, inşaat yapılmış ise sözleşmesine ve tekniğine uygun olup olmadığı araştırılmalı, yasal olduğu anlaşıldığında, sözleşmenin ifayla sonuçlanması nedeniyle artık feshinin istenemeyeceği ( TMK. 2. madde ) gözetilerek bu nedenle davanın reddine karar verilmeli, inşaat bulunmadığı veya yasal olmadığı durumda hukuken bir teslimden söz edilemeyeceğinden uyuşmazlığın esası incelenerek sonucuna göre hükme varılmalıdır (15. HD. 26.12.2007, 5709/8250).*

### 33) HAKEM MAHKEMESİ UYGULAMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Kişiler arasında çıkan ihtilafların kural olarak mahkemeler eliyle çözülmesi gerekir ise de, taraflar imzaladıkları sözleşmede uyuşmazlığın hakemler eliyle çözümlenmesini (tahkim şartı) kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden ayrı/bağımsız olarak hakem sözleşmesi de imzalayabilirler<sup>104</sup>. Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir.

Yargılama yetkisi kural olarak mahkemeler eliyle kullanılmakta olup, tahkim usulü yargılama hukukumuzda ayrıksı bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu nedendir ki tahkimle ilgili düzenlemelerin genel usul kuralları anlamında geniş yorumlanması ve açık bir hükme yer verilmedikçe tam anlamıyla usul hukukumuzla ilişkin ilkelerin tahkim açısından da doğrudan geçerli kabul edilmesi olanaklı değildir. Başka bir anlatımla; usul hükümlerinin geriye yürüme etkisinin tamamen sözleşmeyle hayat bulan ihtiyari tahkim kuralları konusunda uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira temeli sözleşme olan ve taraf iradelerini baz alan tahkim sözleşmesinde (veya tahkim koşulunun konulmasında) tarafların açıkça ortaya koydukları kurallar ve belirledikleri hukuk uygulanacaktır. Yine buna ilişkin değişiklik yapılabilmesi koşulları da sözleşmede belirlenen ilkeler çerçevesinde olacaktır<sup>105</sup>.

Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.

Tahkime gidildiğinde uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesine dayanır; hakemler verecekleri hizmet karşılığında sözleşme veya teamüle göre ücrete hak kazanırlar.

104 12.01.2001 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı HMK 4.2.2011-27836 tarih ve sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış olup, bu bölümdeki açıklamalar bu kanun metnine göre yapılmıştır.

105 HGK. 18.10.2006, 609/656; 15. HD. 18.6.2007, 2680/4137.

Tahkim anlaşmasının yazılı yapılması gerekli ve yeterlidir; yazılı biçim derken kamusal biçim anlaşılmalıdır; “adi yazılı biçim” de geçerlidir. Tahkim anlaşması yazılı yapılmamışsa, “kesin geçersiz”dir.

Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının öne sürülmesine davalının verdiği yanıt dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası durumuna getirilmek amacıyla tahkim koşulu içeren bir belgeye yollama yapılması durumunda da tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.

Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.

Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları durumunda, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir.

Sorunun hakemlerce çözülememesi durumunda mahkemelerce çözüleceğinin kararlaştırılması durumunda, tarafların “kesin” olarak tahkimi istemedikleri sonucuna varılacak ve “tahkim koşulu” geçersiz kabul edilecektir. Mahkeme, sözleşmede tahkim koşulu bulunduğunu görevinden ötürü dikkate almaz; tahkim koşulunun bulunduğu sözleşmenin yanlarında yanıtlama süresi içinde ileri sürülmesi gerekir; bu süre içinde ileri sürülmeyen tahkim itirazı bir daha dinlenmez. Hakemler, istenmeyen konularda karar veremezler.

Taraflar, tahkim sözleşmesi veya koşulunda hakemlerin, uyuşmazlığı maddi hukuka göre çözümlenmelerini öngördükleri takdirde, hakemler bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorundadırlar<sup>106</sup>.

106 İBK. 28.1.1994, 4/1: “Hakem sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler. Maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile

### YARGI KARARLARI

*Antalya 2. Noterliği'nce doğrudan düzenlenen 16.04.1995 tarih, 12477 yevmiye numaralı ve "Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi"ni arsa payı sahiplerinden M.S.'de imzalamıştır. Bu sözleşmeyi davalı şirket temsilen ve kendi adına kefaleten N... A... İmzalamıştır. Davada ise davacı, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi uyarınca, yüklenici davalı şirketin "teslimde temerrüdünün" gerçekleşmesi sebebiyle 20.000,00 TL gecikme tazminatının davalılardan tahsilini istemiştir.*

*Sayısı yukarıda açıklanan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 13/2. maddesi "Taraflar arasında bu sözleşmeden doğan ihtilâfların halli için taraflar tahkim usulünü kabul etmişlerdir. Bu yazılı tahkim şartını ifade eder. Taraflar arasında çıkacak ihtilâfların hallinde; taraflar kendi hakemlerini seçerler ve seçilen bu hakem üçüncü hakemi seçer ve bu hakem heyeti ihtilâfi çözer. Bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır." hükmünü içermektedir. Sözleşmenin bu hükmünde kararlaştırılan hakem şartı iki tarafın arzularına tabi olan hususlara ilişkin olarak "kesin" niteliğindedir. Ancak, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartına karşın; davacı, mahkemede davasını açmış olduğu gibi; yüklenici T... Turizm İnş. ve Tic.A.Ş.'de yanlar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini dayanak alarak sözleşmeyi arsa sahibi sıfatıyla imzalayan M... S... ve paydaşlardan diğer 5 kişi haklarında Antalya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/257 Esas sayısında kayıtlı davasını açmış ve 380.000,00 TL ceza koşulu alacağıının tahsilini istemiştir.*

*Görüldüğü üzere, davacı tarafından açılan davada "tahkim itirazında" bulunan yüklenici şirket, kendi davasında sözleşme-*

---

öğretideki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulaması da göz önüne alınmalıdır. Hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu temyiz isteminin de Yargıtay'ca mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir."

deki tahkim koşulunu dikkate almadan genel mahkemede davasını açmıştır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarınca davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun ( 2. ) maddesi gereğince herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Az yukarıda da açıklandığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Açıklanan bu sebeplerle davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez. Mahkemece, uyuşmazlığın esasına girilerek çözüme bağlanmalıdır (15. HD. 11.12.2009, 5065/6721).

---.---

Taraflar arasında imzalanan 16.04.1993 tarihli 12477 yevmiye sayılı "Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi"nin 13/2. maddesinde, sözleşmeden doğan ihtilafların halli için tahkim şartı kararlaştırılmasına karşın; davacı davasını mahkemede açmış olduğu gibi, davalı yüklenici şirket de aynı sözleşmeye dayanarak davacı M.E. ile diğer arsa sahipleri hakkında açtığı Antalya Asliye Birinci Ticaret Mahkemesi'nin 2008/257 Esas sayılı davasında cezai şartın tahsilini talep etmiştir.

Görüldüğü üzere, davacı M.E. tarafından açılan işbu temyize konu davada "tahkim" itirazında bulunan davalı yüklenici şirket, sözleşmedeki tahkim şartını dikkate almadan kendi davasını genel mahkemede açmıştır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarının davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca herkes hakları-

*nı kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Taraflar sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Açıklanan bu sebeplerle davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez. Mahkemece işin esasına girilerek uyuşmazlık çözüme bağlanmalıdır (15. HD. 23.3.2010, 1581/1652).*

### 34 ) FAİZİN ÜST SINIRINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Yasal faiz: Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde dokuz oranı üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir. Direnim (gecikme) faizi): Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz (3095 sayılı Kanun md. 1-2).

Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, mevzuatın belirlediği yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz (TBK. Md. 88).

Uygulanacak yıllık direnim (gecikme) faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmadıkça, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık direnim faiz oranı, mevzuatın öngördüğü yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede direnim faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da mevzuatın belirlediği faiz oranından fazla ise, direnim faiz oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur (TBK. md. 120).

Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir. Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin ana paraya eklenerek yeniden faiz yürütülmesi koşulu, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir. Bu hüküm, sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz. Ticari işlerde; yasal, ana para ile gecikme faizi hakkında mevzuat hükümleri uygulanır (TTK. Md. 8-9).

Direnim (gecikme) faizinin oranı tarafların anlaşmasıyla serbestçe belirlenebilir. Borçlar Yasası, bu konuda en yüksek bir sınır koymamıştır. Sözleşme serbestliği ilkesi gereğince, bir sözleşmenin konusu, yasanın gösterdiği sınır içinde serbestçe saptanabilir. Yasaya uymayan sözleşmeler, ancak yasanın kesin olarak uygulanmasını öngördüğü hukuksal kurallara veya ahlaka veya kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidirler. Hukuksal ilke bu olmasına karşın, sözleşme ile saptanacak faiz konusunda kötüye kullanmaların önlenmesi, kamu düzeni yasalarıyla olabilir. Sözleşme hükmüne göre yerine getirilmesi gereken eda hakkında yasa ya da yetkili yerlerin kabul ettiği en yüksek sınırı aşan sözleşmeler, en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır. Yasal düzenlemelerde kural olarak direnim (gecikme) faizi “aylık” değil “yıllık” olarak öngörülmektedir. Fazla edalar, hata ile yapılmaya bile geri alınır.

### YARGI KARARI

*Yanlar arasındaki 17.5.1999 günlü sözleşmenin 2. maddesindeki “...Bu hallerde aylık %8 vade farkı yürütülecek, yasal işlemler ( mahkeme ve icra takibi ) konusu yapıldıklarında da aylık %14 vade farkı işleyecek ve yürütülecektir.” Hükümü uygulanarak, 20.2.2001 tarihli bilirkişi raporunda, icra takip tarihi olan 25.11.1999 tarihi itibarıyla davacının 6.998 USD asıl ve 690 USD işlemiş temerrüt faizi olmak üzere toplam ( 7.688 ) USD tutarında davalıdan alacaklı olduğu; ancak, 19.11.1999 tarihinde davalı tarafından ödenen 1.640.441.409 TL'nin karşılığının da 3.280 USD tutarında bulunduğu, bu miktara icra takip tarihinden ödeme tarihine kadarki süre için aylık %14 faiz oranına göre 897 USD*

*faiz hesaplandığı ve 7.688.USD alacağa 513 USD eklendiğinde faiziyle birlikte toplam alacağın ( 8.201 ) USD tutarını bulduğu, bu miktardan ödenen ( 3.280 ) USD indirildiğinde de davalının bakiye borcunun ( 4.921 ) USD olduğu bildirilmiş, 27.10.2002 günlü bilirkişi kurulu raporunda ise, ayıp bedeli olan 300.000.000 TL. davalının mahsubu gereken alacağının karşılığı olan ( 654.46 ) USD'nin ( 4.921 ) USD tutarındaki davacı alacağından mahsubu sonucu davacının ( 4.266.54 ) USD tutarında asıl alacak isteyebileceği açıklanmış ve mahkemece de bu raporlar esas alınarak hüküm verilmiştir.*

*Ayrıca, nasıl hesaplandığı hükümde açıklanmadan ( 204 ) USD işlemiş faiz tutarı üzerinden borçlu davalının itirazının iptaline de mahkemece karar verilmiştir.*

*Yanlar arasındaki sözleşmenin 2. maddesinde kademeli olarak kararlaştırılan aylık %8 ve %14 oranları "vade farkı" olarak gösterildiği halde, davacı, sözleşme hükmü ile kararlaştırılanın "akdi temerrüt" faizi olduğunu bildirerek icra takibinde de aylık %14 oranında akdi temerrüt faizi isteminde bulunduğu gibi, davada da aynı yönde bildirimde bulunmuştur. Davalı taraf ise faiz oranının yıllık olarak kararlaştırıldığını, sözleşmede "aylık" yazılmasının maddi hatadan kaynaklandığını, çünkü yıllık %168 oranında Amerikan dolarına temerrüt faizi uygulanmasının olanaksız bulunduğunu savunmaktadır. Ancak, yanların özetle açıklanan bu bildirimleri, TBK'nın 19. maddesi gereğince "amaca göre yorum" kuralı uyarınca yorumlandığında; sözleşmede kararlaştırılan oranların "vade farkı" olmayıp "akdi temerrüt faizi" olduğu yönünde taraf iradelerinin birleştiği sonucuna varılmaktadır.*

*Bilindiği gibi, temerrüt faizinin sınırı ( oranı ) tarafların anlaşmasıyla serbestçe belirlenebilir. Borçlar Yasası, bu konuda en yüksek bir sınır koymamıştır. Sözleşme serbestliği ilkesini düzenleyen TBK'nın 26.maddesi gereğince, bir sözleşmenin konusu, yasanın gösterdiği sınır içinde serbestçe saptanabilir. Yasaya uymayan*

sözleşmeler, ancak yasanın kesin olarak uygulanmasını öngördüğü hukuksal kurallara veya ahlaka veya kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidirler. Hukuksal ilke bu olmasına karşın, sözleşme ile saptanacak faiz konusunda kötüye kullanmaların önlenmesi, kamu düzeni yasalarıyla olabilir. Sözleşme hükmüne göre yerine getirilmesi gereken eda hakkında yasa ya da yetkili yerlerin kabul ettiği en yüksek sınırı aşan sözleşmeler, en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır. Fazla edalar, hata ile yapılmaya bile geri alınır.

Temerrüt faizi ile ilgili düzenlemeleri içeren TBK'nın 88., TTK'nın 8. ve 9., 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Yasanın 1. maddesi hükmü, miktarı sözleşme ile tespit edilmemiş ise, yasal faiz ve ticari işlerde uygulanacak yıllık temerrüt faizinin yukarı sınırını belirlemektedir. Görüldüğü üzere, yasal düzenlemelerde kural olarak temerrüt faizi "aylık" değil "yıllık" olarak öngörülmektedir. Somut olayda ise, dava ve icra takibine dayanak alınan yanlar arasındaki sözleşmede, dava ve icra takibinden sonra Amerikan Doları cinsinden olan alacağı aylık %14 oranında faiz uygulaması yapılacağı yazılı olup, yıllık tutarı %168 olmaktadır. Davalının savunduğu gibi "aylık" kelimesi "yıllık" yerine maddi hataya dayalı olarak yazılmış ise sözleşmenin yanlarıncı düşülen bu maddi hata "kazanılmış hak" sağlamaz. O halde, mahkemece, belirtilen düzenlemenin maddi hatadan kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesi için, öncelikle ticari hayatta benzer faiz uygulamasının ölçülü ve düzenli olarak yapılıp yapılmadığının olağan tecrübe kurallarına göre yabancı para ile yapılan sözleşmelerde aylık olarak bu derecede fahiş oranda akdi temerrüt faizinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının, yukarıda açıklanan hukuksal kurallar da gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşmede yazılı "aylık" kelimesinin maddi hataya dayalı olduğu sonucuna varıldığı takdirde de akdi temerrüt faizinin yıllık %14 olarak kabulü ile mahkemece sonuca gidilmelidir. Aksi du-

*rumda ise, ekonomik koşullara, ticari hayattaki uygulamalara ve yanlar arasındaki sözleşmeden yanların ekonomik beklentilerine ve yarar dengelerine göre, sözleşmedeki faiz hükmünün TBK'nın 27. maddesi uyarınca kamu düzenine ve ticari ahlaka aykırı olup olmadığı ve dolayısıyla aynı Yasanın 20. maddesi gereğince "batıl" sayılması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi zorunludur. Kaldı ki mahkeme, yargılamanın her aşamasında Medeni Yasanın 2 ve 3. madde hükümlerini doğrudan gözetmekle yükümlüdür. TMK'nın 2. maddesi gereğince, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (15. HD. 6.7.2007, 6364/3764).*

---.---

*6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesindeki "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranını yüzde elli fazlasını aşamaz." hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur." düzenlemesine yer verilmiştir.*

*Somut olay bakımından, kooperatif genel kurullarında kararlaştırılan faiz oranının anılan yasal düzenlemedeki yerine gelince; para borçları açısından borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçlar-*

dan birisi, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüdür. Temerrüt faizi borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibariyle, zamanında ifa etmeme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içindedir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 42. maddesine göre genel kurul bütün üyeleri temsil eden en yetkili organdır ve kanun veya anasözleşme ile genel kurula tanınmış olan konular hakkında karar verme yetkisi vardır. Konut Yapı Kooperatifi Tip Anasözleşmesi'nin 23/1. maddesinin 6. bendi uyarınca ortaklardan tahsil edilecek taksit miktar ve ödeme şartları ile gecikme halinde uygulanacak esasları tespit etmek genel kurulun yetkisi dahilindedir.

Genel kurulca, ödeme günü belirlenerek, ( belirlenmemişse ayın sonu ödeme günü olup ) aidatın veya şerefiye bedelinin süresinde ödenmesine, süresinde ödenmemesi halinde ise temerrüt faizi uygulanmasına ilişkin alınan kararın kesinleşmesi halinde, bu kararın tüm ortakları bağlayacağı açıktır. Genel kurul kararları, üyeler ile kooperatif arasında yapılmış bir sözleşme niteliğinde olup, kooperatif ve üyeler arasında ayrıca faiz oranları ile ilgili sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca genel kurullarca kararlaştırılan faiz oranları daha sonraki yıllarda değiştirilmediği ve iptal edilmediği sürece genel kurula katılmasa dahi tüm üyeleri bağlar. Bu durumda, 818 sayılı Borçlar Kanunu ( BK )'nun 101/2. ( 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117. ) maddesi hükmü karşısında, genel kurulun belirlediği tarih kesin vade olup, üyenin bir ihtarla ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek kalmadan, borcun ifasının istenebileceği kuşkusuzdur. Anapara faizi ise, borçlunun henüz temerrüde düşmeden ödemesi gereken sözleşmeyle kararlaştırılan faizdir. Bu durumda, kooperatif genel kurullarında kararlaştırılan faiz oranı, TBK' nun 88. maddesinde düzenlenen anapara faizi olmayıp, 120. maddede düzenlenen temerrüt fai-

*zine ilişkindir. Kooperatif ile üyesi arasında ticari ilişki bulunmadığından yasal oranda temerrüt faizi uygulanmalıdır.3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun' un 2/1. maddesi gereğince, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. maddede belirlenen yasal faiz oranına göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere temerrüt faizinin, yasal faiz oranından fazla alınması taraflarca kararlaştırılabilir. Anılan maddeler birlikte değerlendirildiğinde kooperatif genel kurulunca belirlenen aidatların ödenmesinde gecikme durumunda alınacak temerrüt faizinin yasal temerrüt faiz oranından daha fazla miktarda kararlaştırılabileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak taraflar, uygulanacak faizi oranı, belirlerken, yukarıdaki paragrafta belirtilen 6098 sayılı TBK'nun 120/2. maddesinde öngörülmüş olan sınırlamayı dikkate alınmak zorundadır.*

*Somut olayda, davaya konu 2000 yılının Haziran ayı ile 2009 yılının Mart ayları dahil bu dönemdeki aidat borcu ve 2006 yılının Şubat ile Kasım ayı dahil bu dönemdeki şerefiye bedeli taksit alacakları, kooperatif genel kurul kararlarıyla belirlendiğinden ve genel kurul kararları da sözleşme niteliğinde olduğundan davacının takip konusu alacak kalemlerine uygulanması gereken azami faiz oranı TBK'nun 120/2. maddesinde düzenlenmiş yıllık temerrüt faiz oranı olup, davacı kooperatifin genel kurullarında kabul edilmiş temerrüt faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuata yani 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2/1. maddesine göre belirlenen yasal faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır (23. HD. 26.9.2012, 3797/5451).*

### 35) KULLANILAN MALZEMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Yüklenici, meydana getirdiği eserde kullandığı malzemenin iyi türden olmaması yüzünden iş sahibine karşı sorumlu ve bu konuda satıcı gibi garanti ile yükümlüdür (BK. md. 472/I).

Yüklenicinin getirdiği malzeme eserin sözleşmede aranan nitelikleri taşıyacak biçimde imaline elverişli olmalı, aksine anlaşma yapılmadıkça en az orta kalitede olmalıdır. Bu sınırlar içinde yüklenici malzemenin çeşidini, imalatçısını veya satıcısını seçmekte serbesttir. Eser sözleşmesinde malzemenin çeşidine ve sağlama kaynaklarına ilişkin kayıtlar bulunabilir veya sözleşmede saklı tuttuğu hakkına dayanarak iş sahibi bunları sonradan vereceği talimatlarla belirleyebilir. Yüklenicinin malzemeyi iş sahibinden satın alması zorunlu kılınabilir; bu durumda satım sözleşmesi eser sözleşmesiyle aynı anda yapılmamışsa, yüklenicinin ileride satın alma sözleşmesini yapmak konusunda (TBK. md. 29) bir yan yükümlülüğü doğar<sup>107</sup>.

Yüklenici, iyi cinsten malzeme kullanma borcu altına girmiştir. İyi cins veya kusursuz malzeme;

- Sözleşmede vaat olunan, zikredilen veya dürüstlük kuralına göre beklenen/gerekli nitelikleri taşıyan malzemelerdir.
- Dürüstlük kuralı gereğince “beklenen özelliklere sahip malzeme” deyiminden, “eserin sözleşmeye uygun biçimde meydana getirilmesine elverişli malzeme” anlaşılır.
- Orta kalitedeki malzeme “iyi cins” malzemedir: Orta kalitedeki malzeme, sözleşmede kararlaştırılan eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmeye elverişli malzeme demektir.
- Eser, kararlaştırıldığı tarz ve nitelikte meydana geldiği takdirde, söz konusu elverişlilik gerçekleşmiş olur.

Uyuşmazlık çıktığında, malzemenin kalitesi iyi niyet kurallarına göre belirlenecektir<sup>108</sup>.

107 Tandoğan, II, 106.

108 Aral, 346; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, 69-70; Becker, Dura Çevirisi, 603.

Yüklenici malzemenin bozukluğu yüzünden doğmuş zarardan, ancak malzemeyi seçmede kusurlu ise sorumludur. Yoksa kendisinin malzemeyi bizzat imal borcu yoktur ve dolayısıyla imal eden fabrika kendisinin yardımcısı değildir.

Kullanılan malzemede imalat hatası bulunmuyorsa o malzemeyi kullanarak iş yapan yüklenicinin üstlendiği işi gereği gibi yapmamış olmasından dolayı malzemeyi üreten firmanın sorumluluğundan söz edilemez.

Yüklenici, iş sahibinin emrettiği cins malzemeyi kullanırsa ya da kullanılan parçalarda söz konusu cinste mutad olarak bulunmayan kötü nitelikler görülüyorsa ve bunlar muhtemelen vaat olunan niteliklere sahipse, malzemenin kalitesi konusunda bozukluk nedeniyle sorumluluğu karşılamış olur<sup>109</sup>.

Yüklenicinin, yapacağı işler yönünden malzemenin o iş için elverişli olup olmadığını araştırması ve gerek duyarsa malzemeyi laboratuvarında incelettirmesi gerekir<sup>110</sup>.

“İyi malzeme” kullanmak yalnız sözleşmecilerin tercih hakkı olamaz, bunda toplumun ve devletin sorumluluğu ve yararı da vardır. Şöyle ki; karada ve suda, kalıcı veya geçici, resmi ve özel, yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ekleme, değişiklik ve onarımlarını içine alan sabit ve hareketli tesislere “yapı”; bina ve diğer inşaat mühendisliği işlerini içermek üzere tüm yapı işlerinde kalıcı olarak kullanılmak amacıyla üretilen bütün malzemelere “yapı malzemesi” tanımı yapmıştık. Yapı malzemesi, üzerinde mutabakat sağlanmış olan, kabul edilmiş bir kuruluş tarafından onaylanan, varolan koşullar altında en uygun seviyede bir düzen kurulmasını amaçlayan, ortak ve tekrar eden kullanımlar için ürünün özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunların ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri konularından biri veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olmayan düzenlemelere uygun olmalıdır.

109 Becker, Dura Çevirisi, 602 vd; Erdem, 54.

110 Olgaç, III, 899; Dalamanlı, II, 606.

Yapı işlerinde kullanılmak üzere piyasaya arz edilmesi hedeflenen yapı malzemelerinin, kullanım amacına uygun olması zorunludur. Bu nedenle, bu malzemelerin kullanıldıkları, monte edildikleri, uygulandıkları veya kuruldukları yapı işlerinin, gerektiği gibi tasarlanması ve inşa edilmesi gerekir.

Temel gerekler:

- A. Yapı işleri, yapım ve kullanım sırasında maruz kalacakları yüklerden dolayı (yapılan işin tamamı veya bir kısmının çökmesi; kabul edilemeyecek boyutta büyük deformasyonlara uğraması; taşıyıcı sistemde önemli boyutta deformasyon oluşması sonunda yapı işinin diğer kısımlarında veya teçhizat ya da tesis edilen ekipmanlarda hasar meydana gelmesi; nedenini oluşturan olayın boyutlarına oranla çok büyük hasarlar meydana gelmesi gibi) durumlara yol açmayacak biçimde tasarlanıp, yapılmalıdır.
- B. Yapı işleri, yangın çıkması durumunda (inşa edilen yapının yük taşıma kapasitesi belli bir süre azalmasını, olası yangın ve dumanın yayılmasını sınırlamasını, yangının etraftaki yapı işlerine yayılmasını sınırlamasını, yapı sakinlerinin binayı terk edebilmesini veya başka yollarla kurtarılabilmesini, kurtarma ekiplerinin emniyetini) sağlayacak biçimde tasarlanıp, yapılmalıdır.
- C. Yapı işleri ikamet edecek kişiler veya komşuları için hijyen ve sağlık açısından tehdit oluşturmayacak (zehirli gaz çıkmaması, havada tehlikeli partikül veya gazların bulunmaması, tehlikeli boyutlarda radyasyon yayılmaması, su veya toprağın kirletilmesi, zehirlenmemesi, atık su, duman, katı ve sıvı atıkların hatalı olarak uzaklaştırılmaması, inşaat işinin bazı kısımlarında veya içindeki yüzeylerde rutubet oluşmaması) biçiminde tasarlanıp, yapılmalıdır.
- D. Yapı işleri, kullanma veya çalışma sırasında kayma, düşme, çarpma, yanma, elektrik çarpması, patlama sonucu yaralanma gibi kabul edilemeyecek kaza risklerine meydan vermeyecek biçimde tasarlanıp, yapılmalıdır.

- E. Yapı işleri, gürültünün binada bulunanların ve çevredeki insanların sağlığını tehdit etmeyecek, onların yeterli koşullarda uyuma, dinlenme ve çalışmalarına izin verecek seviyede tutulacağı bir biçimde tasarlanıp, yapılmalıdır.
- F. Yapı işleri ile bu işlerde kullanılan ısıtma, soğutma ve havalandırma tesisatları, yerel iklim koşulları ve ikamet edenlerin durumlarını dikkate alarak az bir enerji kullanımı gerektirecek biçimde tasarlanıp, yapılmalıdır<sup>111</sup>.

Yüklenici kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve bu malzeme nedeniyle satıcı gibi garanti ile borçludur. Bu garanti borcu hem elinden alınmaya (zapta), hem de bozukluğa karşıdır.

Eserin türüne göre malzeme değişeceğinden, kullanılacak yer ve amacına göre malzemenin tanımı da değişir. Örneğin, yapı malzemesi, bina ve diğer inşaat mühendisliği işlerini içermek üzere tüm yapı işlerinde kalıcı olarak kullanılmak amacıyla üretilen bütün malzemeleri anlatır. Malzemenin kullanılacağı yapı işlerinin (tamamı veya tek tek kısımları) amaçlanan işlevleri görmeye uygun olması ve yapı işleri, yapım ve kullanım sırasında maruz kalacakları yüklerden dolayı (yapılan işin tamamı veya bir kısmının çökmesine), (kabul edilemeyecek boyutta deformasyonlara), (taşıyıcı sistemde önemli boyutta deformasyon oluşması sonunda yapı işinin diğer kısımlarında veya teçhizat ya da kurulan donanımlarda hasar meydana gelmemesi) ve (nedenini oluşturan olayın boyutlarına oranla çok büyük hasara yol açmaması) gerekir.

TBK. md. 472/I'deki bozukluk nedeniyle sorumluluk, yüklenicinin verdiği malzemedeki kusurlara ilişkindir.

TBK. md. 475'te ise ortaya konan eserdeki kusurlar dolayısıyla yüklenicinin garantisi söz konusu olup, bu garanti, malzemeyi yüklenici sağlamamış olsa bile ortaya çıkar; bu durumda, daha çok işin iyi yürütülmemesinden veya kullanılan malzemenin kendisi bozuk olmasa

111 Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından hazırlanan Yapı Malzemeleri Yönetmeliği (8.9.2002-24870).

bile o iş için elverişli olmamasından veya imalatın veya inşaatın yanlış tarzda düşünülmüş ya da yanlış hesaplara dayandırılmış olmasından ileri gelen kusurlar karşısında bulunulur. Yüklenici malzemeyi kendisi sağlamış veya malzemedeki kusurdan dolayı eser de bozuk olmuş ise, yine TBK. md. 475'e dayanılabilir<sup>112</sup>.

İş sahibi eser için elverişli olmayan belli bir malzeme çeşidinin kullanılmasında yüklenicinin uyarısına karşın ısrar etmişse, yüklenicinin garantisi ortadan kalkar ve hakkında TBK. md. 483/II kuralı uygulanır; yani şey elverişsizliği yüzünden telef olmuşsa, yüklenici yaptığı işin değerini ve giderlerini isteyebilecektir<sup>113</sup>.

İş sahibi belli bir malzeme kullanılmasını istemiş ve (bozuk olmadığı halde) bu malzemenin nitelikleri söz konusu eserin meydana getirilmesine elverişli bulunmamış ise, o zaman maddi bozuklukları sağlama kuralları uygulanmaz; bu durumda yüklenici, özen borcu ve teknik bilgi yüzünden iş sahibini uyarmakla yükümlüdür. Ancak buna rağmen iş sahibi o malzemenin kullanılmasında ısrar etmiş ise, yüklenici doğacak zarardan sorumlu olmaz.

Bir örnek: Yüklenici, iş sahibine ait binanın sözleşmede belirtilen onarım işlerinin yapılması ve gerekli projelerin çizdirilmesi işinde danışmanlık yapacak ve karşılığında ücrete hak kazanacaktır. Yüklenici, sözleşme gereği, işte kullanılacak malzemeyi iş sahibi adına satın almışsa ve bu nedenle bedelini istiyorsa; yüklenicinin kestiği faturalardaki malzemenin işyerine teslim edildiğini, imalata girdiğini, malzeme alımında iş sahibinin onayının bulunduğunu kanıtlaması gerekir<sup>114</sup>.

Bir inşaatta maddi bozukluk varsa, önce bu bozukluğun malzemenin ileri gelip gelmediği araştırılmalıdır.

---

112 Tandoğan, II, 107.

113 Tandoğan, II, 108.

114 15. HD. 9.11.2005, 499/5906.

## 36) SADAKAT BORCUNU DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sadakat borcu, kapsam ve süreklilik açısından, özen borcuna oranla daha geniş olduğu halde; bunlar, sözleşme sonucuna yönelik hazırlık ve ifa fiilleri dönemlerinde, iç içe girmiş, karmaşık bir görünümde olmaktadır. Bu kapsamda özen borcu, sadakat borcunun bir sonucu, bir gereği olarak belirmektedir<sup>115</sup>.

Yüklenici, iş sahibinin eseri ısmarlarken beklediği yararlarını gözetmeli ve çalışmalarını buna göre yapmalıdır<sup>116</sup>.

Özen borcu, sadakat borcuna sıkı biçimde bağlı olup, sadakat borcundan kaynaklanır<sup>117</sup>.

Sadakat yükümü inşaat sözleşmesi sona erdikten sonra da devam eder.

Sadakat borcu, dürüstlük kuralından kaynaklanmakta<sup>118</sup>, sözleşmenin kurulduğu andan başlayarak, ifa öncesi, ifa sırası ve ifa sonrası

---

115 İnal, 189.

116 Ergezen, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara-2007, sf. 43.

117 Yavuz, 458.

118 13. HD. 21.5.2012, 11359/12808: "Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi yüklenicinin hem sadakat, hem de özen borcunu kapsar. BU kural gereğince, yüklenici iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve zararına olacak şeylerden kaçınmak zorundadır. İş sahibi ortaya çıkacak eserde belli niteliklerin bulunmasını arzu eder. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması durumunda sözleşmedeki yararlar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde ayıplı olduğu kabul edilir. Yüklenici meydana getirdiği eserde ortaya çıkan kusur ve eksikliklerden "ayıba karşı tekeffül" borcu gereğince sorumludur. Yüklenici, sadakat ve özen borcu gereğince eseri iş sahibinin yararına olacak biçimde meydana getirmek zorundadır. Sözleşmenin gereği gibi veya zamanında yerine getirilmesini tehlikeye koyan tüm durumları da zamanında iş sahibine haber vermek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünden doğan çeşitli özel açıklama ve yol gösterme yükümlülükleri vardır. Yüklenici ihbar yükümlülüğünü zamanında yerine getirmezse bundan doğacak zarardan da sorumlu olur (BK. Md. 96)."

dönemlerini bütünüyle içine almaktadır<sup>119</sup>. Örneğin, yüklenicinin iş sahibinin kendisine bıraktığı planları başka amaçlarla kullanmaktan, işin görülmesi sırasında iş sahibine ilişkin olarak öğrendiği sırları açıklamaktan kaçınması, iş sahibine eserin bakımı, kullanılmasıyla ilgili gerekli bilgileri vermesi, eserin kullanımıyla bağlantılı tehlike ve riskleri ona bildirmesi, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme veya arsanın eserin meydana getirilmesine elverişliliğini incelemesi, eseri meydana getirirken iş sahibinin kişi ve malvarlığı değerlerine zarar verecek davranışları yapmaktan kaçınması vb. onun sadakat yükümlülüğünün gereğidir<sup>120</sup>.

Yüklenici, kendisine gösterilen güvene uygun olarak ve bir bağlılık içinde eseri imal etmeli, iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmalı, zararına olan şeylerden kaçınmalıdır (TBK. md. 471/I). Sadakat borcunun gereği olarak:

- A. Eğer malzemeyi iş sahibi vermişse, yüklenici eseri yaparken kullandığı gereçlerin hesabını vermeli ve artan gereçleri iş sahibine geri vermelidir (TBK. md. 472/II, 483/III).
- B. İş sahibinin verdiği gereçler veya gösterdiği arsa eserin gereği gibi veya zamanında yerine getirilmesini tehlikeye koyacak ise, iş sahibini bilgilendirmek yüklenicinin borcudur (TBK. md. 472/son). Bilgilendirmek bununla sınırlı değildir. Bundan başka, üçüncü kişinin borçlu olduğu malzemeyi teslim etmemesi, işi geciktirici nitelikte olan bir grevin başlaması veya bizzat iş sahibinin neden olduğu gecikmelerden, iş sahibi haberdar edilmelidir<sup>121</sup>.
- C. Eserin yapımı için iş sahibinin verdiği plan ve projelerin yüklenici tarafından başka inşaatlarda kullanılması veya başkalarına verilmesi sadakat borcunun ihlalidir.

---

119 İnal, 189.

120 Şenocak, 29-30.

121 İnal, 189.

- D. Ücret birim fiyatlara veya giderlere göre hesaplanıyorsa, yüklenici bu fiyatların uygulanacağı birim miktarını veya giderleri makul düzeyde tutmalıdır<sup>122</sup>.
- E. Yüklenici imali kendisine bırakılmış olan şeylerin yapılmasında uygulanan yeni bulunmuş fikri, bir ihtira beratına konu olsun veya olmasın, kendi hesabına kullanmamalı ve başkasından da saklı tutmalıdır; bu yükümlülük eser sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam eder.
- F. Sadakat Borcuna Aykırı Davranışın Doğurduğu Sonuçlar

Sadakat yükümüne aykırı davranma, yüklenici inşaatı tam zamanında ve kusursuz yapsa bile, salt sadakatsizliği yüzünden iş sahibinin uğradığı zararı giderme borcu doğurur. Ayrıca, iş sahibinin zararı olmasa bile, yüklenicinin sadakat yükümüne aykırı olarak iş sahibine ait eşya, belge ve bilgileri, plan, projeleri kullanarak kendisine çıkar sağlaması durumunda, caiz olmayan vekâletsiz işgörme hükümlerine (TBK. md. 530) göre elde ettiği çıkarları iş sahibine verme borcu doğacağı da unutulmamalıdır<sup>123</sup>. Yüklenici, sadakat borcuna aykırı davranışıyla; **1)** İş sahibine zarar vermişse, iş sahibi, eser sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış ve teslim edilmiş olsa bile, zararın ödetilmesini isteyebilir. **2)** Bir kâr elde etmişse, iş sahibi, bu kârın kendisine devredilmesini isteyebilir. **3)** Eseri tamamlamamışsa, iş sahibi sözleşmeden dönebilir<sup>124</sup>. Bu durumda, iş sahibi, sadakat borcuna uyulmamasından doğan tazminat alacağıyla sözleşmenin eser tamamlanmadan bozulması dolayısıyla yüklenicinin ileri sürebileceği alacağı takas edebilir<sup>125</sup>.

---

122 Tandoğan, II, 50.

123 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 108; Yakuppur, 39.

124 Yavuz, 273; Dayınlarlı, 18.

125 Tandoğan, II, 51.

### 37) ÖZEN BORCUNU DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı yararlarını gözeterek, sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır (TBK. md. 471).

Borçlar Yasası, yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ve iş sahibine karşı olan borçlarını bir tek maddede değil, birkaç maddede düzenlemiştir. İnceleme konusu yaptığımız maddede, yüklenicinin “genel borçları” düzenlenmiştir:

- a. İş bizzat yapma veya yönetimi altında yaptırma borcu gereğince; yüklenici; eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak zorunda olup, iş sahibinin geçerli/kanıtlanabilir onayı olmadan işi başkasına devredemez. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, “tümüyle devretmeden” işi başkasına yaptırabilir.
  - b. Çalışma araçlarını sağlama borcu gereğince; yüklenici, aksine gelenek veya anlaşma olmadıkça, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlayacaktır.
  - c. Özen ve sadakat borcu gereğince; yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı yararlarını gözeterek, sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı temel alınır.
- Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmak ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.
  - Özen borcu dürüstlük kuralı çerçevesinde kaldığından, yükleni-

cinin, özen borcu yüzünden girişeceği incelemelerin, alacağı işe oranla çok masraflı veya çok zaman kaybettiren türden olmaması gerekir<sup>126</sup>.

Yüklenicinin özen borcu, eser sözleşmesinin kurulmasıyla başlar, eserin iş sahibine teslim edildiği ana kadar (örneğin eseri koruma yükümlülüğü olarak) devam eder; eserin tesliminden sonra da bozukluğa/kusura/ayıba karşı garanti sorumluluğu biçiminde kendini gösterir<sup>127</sup>. Yüklenici bir işi üstlenirken kendi bilgisinin uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını iyice tartmalı; örneğin inşaatın yapılacağı arazinin ve kullanılması istenilen malzemenin amaca elverişli olup olmadığını önceden incelemeli ve eseri teslim ederken gerekiyorsa onun kullanma biçimi konusunda iş sahibini aydınlatmalıdır. İş sahibi de, dürüstlük kuralının gereği olarak, arsayı ve malzemeyi teslim ederken, kendisinin bildiği ve ancak göze çarpmayacak derecede olan tehlikeli ya da işi etkileyecek niteliklerden yükleniciyi haberdar etmelidir. Ancak, örneğin, inşaatın çok yakınından elektrik tellerinin geçtiği herkesçe görülebileceğinden, tehlike bu kadar açıkken, yüklenicinin yanındaki kişilerin uyarıya karşın çıplak elektrik teline müdahale ederek olumsuz sonuç meydana gelebileceğinden, iş sahibinin tehlikeyi yükleniciye haberdar etmediğinden ötürü kusurlu olduğu söylenemez. Arsanın kusurlu olması halinde ya da eserin yapılmasını tehlikeye koyacak başka bir durumun varlığında, bunların giderilmesi için iş sahibinin uyarılması görevi yüklenicininindir (TBK. md. 472/son). Bu uyarıya

126 İnal, 252 vd.

127 15. HD. 12.10.1998, 3228/3801 "TBK'nın 471/I-II. maddesindeki borç, yüklenicinin "özen" borcudur. Yüklenicinin bu borcu, akdi ilişkinin (eser sözleşmesi) kurulması aşamasından başlar, eserin (somut olayda tamir edilmiş olan aracın) iş sahibine (davacı) teslim edildiği ana kadar devam eder. Yüklenicinin diğer yan (tali) borçlarına nazaran daha genel nitelikte olan bu özen borcunun içerisinde, teslim edildiği ana kadar eseri koruma yükümlülüğü de vardır. İş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş olmadıkça, yüklenici, aracın kaybindan tam olarak sorumludur. Özen borcuna aykırılık nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu, eser teslim edilmiş olsa dahi, sonuç sorumluluğu, başka bir anlatımla, ayıba karşı tekeffül (TBK. md. 475) sorumluluğu olarak ortaya çıkar. Somut olayda, davalı yüklenicilerin koruma yükümlülüğünde olan araç, teslimden önce çalınmıştır. İş sahibinin onu tesellümden temerrüt ettiği iddia ve kanıtlanmış değildir. Aracın çalınmış olması, yüklenicileri sorumluluktan kurtarmaz. O halde, aracın çalındığı tarihteki halihazır değerinin, bu işten anlayan uzman bilirkişiye tespit ettirilerek, hüküm altına alınması gerekir."

karşın iş sahibinin kayıtsız kalması durumunda, işe devam etmesi ve dahası çıplak tele elle dokunulmasıyla istenmeyen sonuç meydana geldiğinden, iş sahibine kusur yükletilemez; kimse kendi kusurlu davranışından yararlanamaz<sup>128</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Davalı Ordu Belediyesi'ne ait CAT 950/B iş makinasının genel bakım ve onarımının çevrede randıman alınacak şekilde yapılamadığı için Belediye Encümenince davacıya ait Ankara'daki serviste yapılmasına 7.6.1990 gün ve 1134 sayıyla karar verilmiş, araç bu karar gereğince davacıya teslim edilmiş, 3.8.1990 tarihinde onarım tamamlanmış, davalı İdarece teslim alınan araç 30 saat çalıştıktan sonra bu kez krank kolunu kesmiştir. Bu hususta yanlar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.*

*Uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davacı yana bir nüshası tevdi edilen Belediye Encümen kararında aracın genel olarak onarımı öngörülmüştür. Civar illerde yapılan onarımlardan sağlıklı sonuç alınamadığı için aracın Ankara'ya nakli göze alınmış, kısa sürede yeni arızalarla karşılaşılacak biçimde bakım ve onarımı amaç edinilmiştir. İşin ehli ve tacir olduğundan basiretli davranmaya mecbur olan davacı tarafça iş emrinde yer almadığı halde gerekli görülerek segman ile ana ve kol yataklarının dahi değiştirildiği bilirkişi raporuyla saptanmıştır. Bu nedenle, daha önce hatalı taşlanmış krank kolunun inceleme ve kontrol dışı bırakılmasıyla davacının kusurlu olduğuna dair bilirkişi mü-talaası yerindedir. Ancak, rapordaki kusur oranı hakim için bağ-layıcı değildir. Yüklenici olarak, krankın O haliyle kaldığı sürece yapılan onarımdan beklenen yararın sağlanamayacağını davacı, iş sahibine bildirmekle yükümlüdür (TBK. md. 472). Genelde Özen borcu da bunu gerektirir (TBK. md. 471). Niteliği itibariyle Özen borcu (davranış borcu) çok kez önceden belirlenemez, olayımızda*

128 HGK. 1.7.1992, 309/452.

*olduğu gibi ortaya çıktıkça, ihlal edildikçe somutluk kazanır. Bu borç dürüstlük kuralından kaynaklanır. TBK. Md. 112'de yer alan sorumluluğun özel bir şeklidir. Kanun koyucu sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla eser sözleşmesinde özen borcuna ne denli önem verdiğini göstermiştir. Öğreti ve uygulamada da yüklenicinin özen borcunun - işin ehli ve tacir olmakla - işçinin işverene karşı olan özen borcundan daha ağır takdirinin uygun olacağı görüşü egemendir. Onarımdan en iyi sonucun elde edilmesi için iş sahibinin aracı Ordu'dan Ankara'ya göndermesi karşısında, yüklenicinin beklenen özeni göstermemesiyle amaca erişilmemiş olduğundan olayda kusurun tamamının davacıda olduğunu kabul etmek gerekirken, teknik bilirkişilerin tespit ettiği -teknik- maddi olgu yanında tayin ve takdiri hakime ait kusur oranına dair düşüncenin de aynen benimsenmesi doğru olmamıştır.*

*Davalı taraf cevabında parça bedellerinin kendilerince ödendiğini ileri sürmüştür. Belediye Encümeni'nin 8.11.1990 gün ve 2140 sayılı kararında da parçaların Belediyece temin edildiği belirtilmiştir. Dava dışı T.....Firması'ndan doğrudan Belediye Başkanlığı adına tanzim edilmiş fatura örnekleri dosyaya davacı tarafça ibraz edilmiştir. Davada talep edilen parça bedeli ile cevap layihasında Ödendiği ileri sürülen parça bedeli farklıdır. Tüm bunlar üzerinde mahkemece durulmadan istem gibi parça bedeline hükmedilmiştir. Oysa, resmi müessese olan davalı Belediyeden ödemeye dair kayıt ve belgelerin istenilmesi, davacı taraftan varsa imzalı belgelerine karşı diyeceğinin sorulması, parça bedelleri Belediyece doğrudan faturayı tanzim eden firmaya ödenmiş ise parçaların davacıya tesliminin araştırılması, gerekirse konusuna göre bilirkişiden de mütalaa alınarak hükme varılması gerekirken, noksan incelemeyle yazılı şekilde karar verilmiş olması da hatalıdır (15. HD. 29.1.1993, 1992/143).*

### **38 ) İŞ SAHİBİNİN YÜKLENİCİYE VEKALETNAME VERMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI**

Üzerine bina yapılacak arsanın imar durumunun alınması, plan ve projelerin yetkili merci olan, belediyeye onaylatılması, ardından inşaat ruhsatı alınması, inşaat bittikten sonra da yapı kullanma izni alınması işlemlerin muhatabı arsa sahibidir. Çünkü bu işlemler mülkiyet hakkıyla ilgilidir.

Ancak uygulamada arsa sahibi tarafından yapılması gereken işler için yükleniciye vekâletname verilmekte, bu gibi iş ve işlemler yüklenici tarafından takip edilerek sonuçlandırılmaktadır.

İşlerin takibi için yükleniciye vekâlet vermek arsa sahibinin önemli borçlarındanadır.

Bir örnek olay ile konuyu açıklayalım: Sözleşmede yapının kullanma izni alınarak teslim edilmesi öngörülmüştür. İş sahibi sözleşmenin başında yükleniciye verdiği vekâletnameyi daha sonra geri almıştır (yükleniciyi azletmiştir). Binada sözleşmeye ve imar mevzuatına aykırılık, bozukluk ve eksiklik vardır. Ancak bunlar giderilebilir durumdadır. Arsa sahibi yükleniciye verdiği vekâleti geri aldığı için, yüklenici, binayı yasal duruma getirememekte ve kullanma izni alamamaktadır. Yüklenici binayı yasal duruma getirmek ve yapı kullanma izni almak için yapılması gereken iş ve işlemleri gerçekleştirmeye yetecek özellikte olmak üzere, mahkemeye başvurarak, yetki verilmesini isteyebilir mi? Yüklenicinin vekâleti olmadan yetkili mercide yapı kullanma izni alınmasıyla ilgili işlemleri yapamayacağı, sonuçta da binaya yapı kullanma izni alamayacağı ortadadır. Bu durumda arsa sahibinin direnime düştüğü kabul edilebilir. Vekâletname verme borcunda direnime düşerek öncelikli edimlerini yerine getirmeyen arsa sahibi, yükleniciden yapı kullanma izni alınması borcunu yerine getirmesini isteyemez. Yüklenici, mahkemeye başvurarak, bu işlemler için yetki verilmesini istemişse; Belediyeden binanın son durumuna göre imar hukuku açısından durumu ve mevcut haliyle başvuru halinde yapı kullanma izni verilip verilemeyeceğini sormak, projeye aykırılıklar varsa bunların ne-

ler olduğunu belirlemek, yasaya aykırılıkların proje tadilatı ve düzeltme yoluyla giderilip giderilemeyeceğini sormak, bütün bu işleri yerine getirmek üzere, (arsa sahibi yükleniciyi vekalet görevinden azletmişse), sayılan iş ve işlemleri onun adına yerine getirmek üzere kendisine yetki ve işin niteliğine uygun düşecek makul bir süre vermek, bu süre sonunda yüklenicinin imara aykırılıkları giderdiğini bildirmesi halinde yerinde yeniden keşif yapılarak durumu denetlemek gerekir; sonucuna göre karar verilecektir<sup>129</sup>.

Hukuk kuralları kimi iş ve işlemlerin iş sahibi tarafından yapılmasını buyurmaktadır. Örneğin, projelerin çizdirim ve onaylanması, yapı izninin ve yapı kullanma izninin alınması, kat irtifakının kurulması aksinse sözleşme bulunmadıkça, iş sahibine aittir. İş sahibi hukuk kurallarının görev ve hak olarak kendisine verdiği iş ve işlemleri bizzat yapmak istemiyorsa, başka kişi veya kişilere ya da yükleniciye vekaletname vermelidir.

İmar Kanunu'nun 22. maddesine göre inşaat ruhsatı almak için başvurma hakkı arsa sahibinin olduğundan, arsasında inşaat yapılacak iş sahibi bu başvuruyu bizzat yapmadığı ve yükleniciye de bu konuda vekalet vermediği takdirde, ayrıca taahhüdü bulunmadıkça, borçlu direnimine değil, alacaklı direnimine düşmüş olacaktır.

Sözleşmeciler hukuk kurallarının iş sahibinin görevi olarak benimsediği iş ve işlemlerin yüklenici tarafından yerine getirmesini kararlaştırabilirler. Bu durumda da, iş sahibinin yükleniciye veya onun uygun bulduğu kişi veya kişilere vekaletname vermesi gerekir. Örneğin belediyeden temel veya temel üstü izni alınması gerekmektedir. Bu yasal işlemlerin yüklenici tarafından yürütülmesine ve tamamlanmasına olanak ve kolaylık sağlamak üzere iş sahibi yükleniciye vekaletname vermelidir. İş sahibinin yüklenicinin kamusal işlemleri yapmasına engel olması veya bu işlemlerin tamamlanmasını sağlamaktan kaçınması, yükleniciden edimini yerine getirmesini istemesine engel olacağı gibi, sözleşme süresinin başlamasına ve devam etmesine de engel olur. Bu

129 14. HD. 13.10.2006, 11570/10922; 15. HD. 14.7.2010, 1325/4061.

durumda yüklenici gerekli işlemlerin yapılmasını sağlamak için kendisine izin verilmesini mahkmeden isteyebilir (TBK. md. 113/I).

Sözleşmenin “yükleniciyi görevlendirme” olgusunu açıkça düzenlemesi gerekmez: Bu yetki örtülü olarak da verilebilir. Örneğin, iş sahibi tarafından yapılması gereken veya yapılacağı açıklanan iş ve işlemler için iş sahibinin yükleniciye veya onun uygun bulacağı kişi veya kişilere vekaletname vermesi, yetki devri anlamına gelecektir.

Vekil atamak kimi vakit durum ve koşulların gereğinden olabilir: Kiracının taşınmazdan çıkartılması, taşınmaza haksız elatanlara karşı elatmanın önlenmesi davasının açılması, imar planının/durumunun veya kamulaştırma kararının iptali, mirasçılık belgesi alınması, parsellerin ayrılması veya birleştirilmesi veya benzeri sorunlarda dava açmak gerektiğinde, bu işleri bizzat yapamayan, yapmak istemeyen iş sahibi yetkili kişilere vekaletname vermek zorunda olduğu gibi, açıklanan sorunların yüklenici tarafından çözümlenmesi kararlaştırıldığında ona veya onun uygun bulunduğu kişilere vekaletname vermelidir.

Vekaletname işlerin olağan gidişine göre gecikmeden verilmelidir.

Vekaletnamede gerekli ve yeterli yetkiler bulunmalıdır. Verilen yetkilerin gereksinimi karşılamadığı durumlarda, yetkinin yeterli olup olmadığı, bulunmamasının öne sürülen iş ve işlemlerin tamamlanmasına engel olup olmadığının incelenmesi gerekir.

İş sahibinin yapması gereken tüm iş ve işlemler için yükleniciye vekaletname vereceği sanılmamalıdır. Örneğin, yargı yerlerinde bireyi temsil etme yetkisi yalnız avukatlara aittir. Avukat olmayan birine (içinde avukat tutma yetkisi bulunmayan) bir vekaletname verilmesi, açıklanan ödevin yerine getirildiğini göstermez. İkinci örnek şu olabilir: Yapı denetimi hizmet sözleşmesinin imzalanmasıdır. İş sahibi bu sözleşmeyi bağitleme yetkisini yükleniciye veremez; verirse, vekaletname de sözleşme de geçersiz olur.

Vekilin, vekaletnamenin içinde bulunan ve kendisine verilen yetkileri müvekkili aleyhine kullanmaması gerekir; aksi halde vekil iş sa-

hibinin uğradığı zararlardan sorumlu olur. Bu sorumluluk, bazen tek başına, bazen (yüklenici ile iş birliği yapılarak gerçekleştirilmiş ise) yüklenici ile birlikte dayanışmalı olarak belirir. Vekil sorumluluktan ancak müvekkilinin talimatıyla ve onun yararına olarak yaptığını kanıtlayarak kurtulabilir<sup>130</sup>.

İş sahibi, inşaatın başlayabilmesi ve devam edebilmesi için –gerekli yetkileri içeren- vekaletname vermediği gibi, bu işleri yapmaktan da kaçınıp, inşaatın bu yüzden gecikmesi durumunda gecikme tazminatı isteyemeyecektir. Sözleşmeciler edimlerini yerine getirmeden, kusurlarına rağmen, kendilerini haklı görmelerini ve hak istemelerini hukuk korumaz (TMK. Md. 2)<sup>131</sup>.

İş sahibi tarafından yapılması veya yaptırılması gerektiği halde zamanında ve gereği gibi yapılmayan iş ve işlemler inşaatın başlama-sına ve devam etmesine engel olabilir. Bunun için yüklenici, açık bir biçimde ve gecikmeden, iş sahibini uyarmalı, onu gereksinim duyulan iş ve işlemleri yapmaya, yaptırmaya veya vekaletname vermeye çağır-malı, uyarmalı, bu işlemlerin mahkemenin müdahalesi veya başka bir yolla gerçekleştirilmesi olanağı bulunmadığı durumlarda da direnime düşürmelidir.

İş sahibinin, vekil atadığı yüklenici veya onun belirlediği kişi veya kişileri azlettiği, bu azil nedeniyle işlerin başlama, devam etme veya sonuçlanmasının geciktiği veya aksadığının öne sürüldüğü du-rumların ciddi biçimde araştırılması gerekir. Zira, azil kimi durumlarda kimi iş ve işlemlerin başlamasına, devamına veya sonuçlanmasına engel olduğu halde, kimi durumlarda engel olmaz. Bunun için, azille, inşaatın hangi iş ve işlemlerin başlamasına ve devamına engel olduğu araştırılmalıdır.

Vekil, aldığı vekaletname ile, iş/arsa sahibinin bir işini görme-yi veya işlemini yapmayı üstlenmektedir. Görülecek iş veya yapılacak işlem vekaletnamede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliği-

130 23. HD. 11.6.2012, 2482/4067.

131 23. HD. 6.7.2012, 2478/4712.

ne göre belirlenir. Vekalet verilmekle, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsayacağı kabul edilmelidir. Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.

Vekil, iş/arsa sahibinin talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, iş sahibinden izin alma olanağı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan durumlarda, vekil talimattan ayrılabilir. Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zarar karşılımadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu yerine getirmiş sayılmayacaktır.

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, iş sahibinin haklı yararlarını gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.

Vekil, vekâlet borcunu bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun eyleminden kendisi yapmış gibi sorumludur.

İş sahibinin vekile yetki verdiği veya durumun zorunlu ya da teamülün olanaklı kıldığı durumlarda vekil, işi başkasına yaptırabilir. Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. İş sahibi, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir.

İş sahibi ve vekil, vekalet sözleşmesini her tek tarafı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

### 39 ) ESERİN YOK OLMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Eser teslimden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olursa, iş sahibi eseri teslim almada direnime düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur. Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın kusuru veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır (TBK. md. 483).

Eserin tesliminden önce uğrayacağı rizikonun dağılımı şöyledir: İşin giderleri yükleniciye düşer ve yok olan gereç kim tarafından sağlanmışsa zararına o katlanır. Eser, yüklenici tarafından teslim veya emanet edilince, zarar iş sahibine geçer. Bu kural parça parça teslim edilen eserde de uygulanır. TBK. md. 483, TBK. md. 136 uygulanarak hangi noktaya kadar eseri meydana getirme olanaksızlığının kabul edilebileceğini göstermemektedir. Sorun, eserin niteliği, gerecin değeri ve harcanmış olan emek göz önünde tutularak çözümlenir. Özellikle doğruluk kurallarının tarafları sözleşmeye devamla zorlayıp zorlamadığı araştırılır. Eğer eserin yok olması taraflardan birinin kusurundan ileri gelmemişse genel kurallar (TBK. md. 112 vd.) uygulanır<sup>132</sup>.

Eser, tamamlanmış olsun veya olmasın, teslimden önce, umulmayan bir olay (iş sahibinin veya yüklenicinin sorumlu olmadığı bir neden) sonunda, kısmen veya tamamen yok olursa; yüklenici, işin bedelini ve yaptığı giderlerin ödenmesini iş sahibinden isteyemeyeceği gibi, daha önce kendisine yapılan ödemeleri de geri vermek zorundadır.

Yasadaki “beklenmedik olay” sözcüğü ile amaçlanan, eserin sözleşmenin taraflarından hiç birine yüklenilemeyecek nedenlerle yok olması durumudur. Eser taraflardan hiçbirine yüklenilemeyecek neden-

132 Velidedeoğlu/Özdemir, 584.

lerden ileri gelmişse yok olan malzeme kime ait ise, hasara o katlanır. Örneğin, eser sözleşmesinin konusu olan tekne yükleniciye ait işyerinde ve iş sahibinin egemenlik alanının dışında çıkan yangında hasarlanmışsa, yangının çıkış nedeni anlaşılammış olsa bile, zarar yüklenicinin egemenlik alanında meydana geldiğinden iş sahibine kusur yüklenebilir<sup>133</sup>. Bir başka örnek: Yüklenici on katlı bir bina inşasının beşinci katını çıkmış iken inşaat yıkılmışsa, iş sahibi yapılan ve yıkılan kısma ilişkin hiçbir ek ödeme yapmak zorunda olmaksızın yükleniciden inşaatı yeniden yapmasını isteyebilir. Kusursuz yüklenicinin isteyebileceği, kaybettiği zaman kadar sürenin uzamasıdır. Ancak yüklenici bu yıkıntıya neden olanın iş sahibinin inşaatıta kullanılmasını istediği ince demir malzeme olduğunu kanıtlarsa, bu kazanın kendisine getirdiği tüm maliyet artışı göz önüne alınarak sözleşmedeki bedelin hakkaniyete uygun miktarda arttırılmasını isteyebilir. İş sahibinin yapabileceği tek savunma, mesleği gereği bu incelikte demirin yıkıma neden olacağını bilmesi gereken yüklenicinin, bu konuda onu uyarmadan ve hiç itiraz etmeden hatalı talimata uymuş olduğudur; bu durumda yükleniciye ek ödeme yapmaktan kurtulur. Yüklenici, bu incelikte demirlerin yaratacağı sakınca konusunda iş sahibini uyarmasına karşın karşılaştığı ısrar üzerine bu talimata uyduğunu kanıtlarsa, bedel artırımını isteyebilir. Bu istem ve uyarılar hiçbir biçime bağlı değildir. Fakat kanıtlama kolaylığı bakımından yazılı veya noter aracılığıyla yapılmasında yarar vardır<sup>134</sup>.

Yapı tamamlanmış ve arsa sahibine teslimden önce beklenmeyen bir olay sonucu kısmen yok olmuşsa, yok olan kısma ilişkin olarak, yapının hasara uğramamış olan kısmı inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanması için kullanılabilir nitelikte ise, bu kısım, arsanın bütünleyici parçası sayılacağından yüklenici buna ilişkin tazminat talebinde bulunabilecektir. Böyle bir durumda, acaba yüklenici hasara uğramayan kısım ile orantılı olarak arsa paylarının devrini talep etme hakkına sahip midir? Burada hasara uğrayan kısmın yapılan inşaa-

133 15. HD. 19.2.2003, 70/746.

134 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 164.

ta olan oranı göz önüne alınmak gerekir. Eğer inşaat tamamlandıktan sonra, fakat teslimden önce beklenilmeyen bir olay nedeniyle hasara uğrayan kısım tüm inşaatla oranla cüzi bir nitelik taşıyorsa yüklenicinin böyle bir isteminin uygun görülmesi olanaklıdır. Ayrıca, inşaatın gerek tamamen, gerekse kısmen yok olması durumunda, yüklenici mevcut sözleşme koşullarına uygun olarak inşaatı yeniden yapmayı veya kalan kısmı tamamlamayı önermişse, arsa sahibinin sözleşmenin sona erdiğinden söz ederek bu öneriyi reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırı olup, kabulü mümkün değildir<sup>135</sup>.

İnşaat tamamlanmadan eserde meydana gelen durumlarda olanaksızlıktan söz edilemez. İnşaatın yapılması olanaklı buldukça olanaksızlık ortaya çıkmaz. Bu nedenle, örneğin yapılmakta olan inşaat beklenmeyen nedenlerle çökmüşse, yeniden yapılması olanaklı olduğundan, olanaksızlık yoktur. Öte yandan, yüklenicinin ekonomik bakımdan inşaatı yapamayacak durumda bulunması (ekonomik-mali olanaksızlık) olanaksızlık olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaat tamamlanmadan ifanın maddi olarak olanaksızlaşması, örneğin inşaat yapılacak arsa üzerinde yer kayması sonucu inşaat yapılmasının olanaksız olması gibi, sınırlı bazı durumlarda söz konusu olabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde hukuksal olanaksızlık da bulunabilir. Borcun yerine getirilmesinin bir hukuk kuralı tarafından yasaklanması ya da borçlunun böyle bir kuralın uygulanması nedeniyle yerine getirme gücünü yitirmesi durumunda, hukuksal olanaksızlık söz konusu olur. Sözleşmenin kurulmasından sonra imar mevzuatında meydana gelen değişiklik nedeniyle arsada inşaatın yapılması yasaklanmışsa hukuksal olanaksızlık ortaya çıkar. Yine, imar mevzuatındaki değişiklik, binanın sözleşmede kararlaştırılan biçimde yapılmasına olanak vermiyorsa, hukuksal olanaksızlık söz konusudur. Örneğin, imar mevzuatına uygun olarak on kat yapılması kararlaştırılan binanın, mevzuat değişikliği nedeniyle en fazla beş kat yapılmasına izin verilmesi durumunda, sözleşmede öngörülen binanın yapılması

---

135 Erman, 61.

olanaksızlaşmış demektir. Ancak, burada, taraflardan biri bakımından bir değişiklik meydana getirmeyecek biçimde sözleşmenin mevzuat değişikliğine uygun olarak ifasının öbür sözleşmeci tarafından önerilmesi durumunda, sözleşmeye göre durumda bir farklılık bulunmayan sözleşmecinin olanaksızlık nedeniyle sözleşmenin sona erdiğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturabilir. Örneğin, sözleşmede on daire yapılması ve bunların dördünün arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılmışken, imar mevzuatındaki değişiklik nedeniyle ancak sekiz daireye izin veriliyorsa ve yüklenici, arsa sahibine yine dört daire vermeyi önermişse, arsa sahibinin olanaksızlık gerekçesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün olmamak gerekir<sup>136</sup>.

---

136 Erman, 61-62.

## 40 ) SÖZLEŞMEYİ ERKEN BOZMAKTA DÜRÜSTLÜK KURALI

Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir (TBK. Md. 473/I).

Yüklenicinin işi tamamlayacağı (teslim) tarihin belirtilmediği veya tamamlanma tarihinin yüklenicinin işe başladıktan sonra işleyeceği kararlaştırılmış olduğu bir sözleşmede inşaatı yapma faaliyetlerine “hiç” başlamazsa, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Teslim tarihi sözleşmede belirtilmiş ise, “başlamada gecikme” değil, “gecikme yüzünden vadeye yetişmeyeceği” gerekçesi söz konusu olur.

“İşe başlama” nedir? “İşe başlama”dan plan ve projelerin yapılması<sup>137</sup> gibi ilk ifa işlem ve eylemlerinin yapılabileceği (ilk uygun zaman) anlaşılmalıdır. Yüklenici projeyi hazırlatıp onaylatmışsa, kendisine teslim edilen eski binayı yıktırmışsa, enkazını kaldırmışsa, arsa üzerinde şantiye binası yapmışsa, inşaat için gerekli ihzaratta bulunmuşsa, işyerini sigorta kapsamına aldirmışsa... işe başlamış sayılmalıdır.

“İşe başlamada gecikme” nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için şu koşullar gerçekleşmelidir:

- Yüklenici işe başlamada gecikmelidir. Bu nedenle geri kalan sürede inşaatın tamamlanıp teslimi olanaklı bulunmamalıdır.
- Gecikme iş sahibinin riziko alanında meydana gelmemiş olmalıdır.
- Teslim tarihi dolmamalıdır (teslim borcu henüz ivedili olmamalıdır).
- Yüklenicinin teslim borcu olanaksızlaşmamalıdır.

137 Becker, Dura Çevirisi, 607.

- İş sahibi yükleniciyi uymalı ve ona ek süre vermelidir. Bu ikisini aynı anda yapabilir.

TBK. 473/I “teslim için tayin olunan zaman”dan söz etmektedir. Bu nedenle, teslim süresi belli olan işlerle teslim süresi belli olmayan işler ayrımı yaparak konuyu incelemeliyiz:

Sözleşmeciler sözleşmede sadece teslim (inşaatın tamamlanarak teslim edileceği) tarihi kararlaştırmışlar, ancak inşaatı başlama tarihi veya herhangi bir ara vadeyi kararlaştırmamışlarsa, iş sahibinin TBK. md. 473/I’ e başvurabilmesi, sadece inşaatın zamanında tamamlanarak tesliminin bütün tahminlere göre öngörülebilmesi durumunda olanaklıdır. Yüklenici kural olarak, inşaatın zamanında tamamlanması olanaklı bulunduğu sürece, inşaatı dilediği zamanda başlamakta, ara vermekte, yavaşlatmakta veya işi hızlandırmakta serbesttir. Sadece teslim tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, inşaatın zamanında tamamlanma olanağı ortadan kalkana kadar, inşaatı başlama borca aykırı sayılmayacaktır<sup>138</sup>.

Bu hükme göre iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesinin koşulu inşaatın getirildiği seviye itibarıyla zamanında tamamlanmasının bütün tahminlere göre olanaksız görülmesidir. İnşaatın sözleşmede belirlenen tarihte tamamlanmasının olanaksız olması, iki durumun saptanmasını zorunlu kılar. Bunlardan ilki, iş sahibinin direnir kurallarına başvurmak istediği tarihte inşaatın getirildiği seviyenin (geri kalan işin) yüzdelik olarak belirlenmesidir. İkinci olarak ise geri kalan sürenin, kalan işin tamamlanabilmesi için yeterli olup olmadığının belirlenmesi gerekir<sup>139</sup>.

138 Tandoğan, II, 115; Ayan, 332-333.

139 **15. HD. 11.3.1993, 3285/1196:** “Yanlar arasında tanzim edilen 19.6.1991 günlü sözleşmede işin süresi ruhsat alımından itibaren 20 ay olarak kararlaştırılmıştır. Dava ise 26.8.1991 tarihinde açılmıştır. Bu haliyle ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkının kullanılması söz konusudur. TBK’nın 473/I maddesine, henüz işe başlanılmadan eser sözleşmesinden iş sahibinin dönebilmesi belli koşulların varlığı halinde mümkündür. Yasa metninde; “iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teahhur”den söz edilmektedir. Buna göre “iş sahibine isnadı kabil olmayan gecikme” ön koşuldur. Bunun yanında, eser sözleşmesinde yüklenici genelinde ifa süresi içinde hareket serbestisine sahip olduğundan işe başlamak ve onu yapmak hususundaki gecikmeye rağmen, işin tayin edilen sürede bitirilme olanağı olup olmadığının araştırılması lazımdır. İşe zamanında başlanmasa da vadede eserini bitirilmesi olanağı varsa

Geri kalan sürenin inşaatın tamamlanması için yeterli olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın bütün koşulları dikkate alınarak, makul bir yüklenicinin ortalama bir çalışma temposuyla inşaatı tamamlayabilmesi için ne kadar süreye ihtiyaç duyacağına bakılır. Geri kalan işin ortalama bir çalışma temposuyla zamanında tamamlanması bütün tahminlere göre açıkça olanaksız olarak nitelenebiliyorsa, iş sahibinin direnimden doğan hakları kullanabileceği kabul edilmelidir. Geriye kalan iş, zamanında tamamlanamayacak kadar çok olmalıdır<sup>140</sup>.

“İşi belirli zamanda bitirmesine olanak vermeyecek derecede olursa” biçimindeki anlatımın, borcun ortadan kalkmasına neden olan sonraki olanaksızlıkla bir ilişkisi yoktur: Kalan işin zamanında tamamlanmasının bütün tahminlere göre olanaksız olması, borcu sona erdiren teknik anlamdaki olanaksızlık değildir. Çünkü borcu sona erdiren olanaksızlıkta, inşaatın tamamlanmasının olanaksızlaşması sadece teslim tarihiyle sınırlı değildir. Objektif ve mutlak anlamda inşaatın tamamlanması olanaksızlaşmışsa, TBK. md. 473 değil, olanaksızlığa ilişkin 485 ve 486. maddeler uygulama alanı bulacaktır.

*sözleşmenin bozulması istenemez. Ayrıca, maddede yer almamakla beraber yüklenicinin direngen duruma düşebilmesi için genel hükümlere göre iş sahibi tarafından yükleniciye işe başlaması için uygun bir mehil tanınarak ihtar yapılması da zorunludur. Somut olayda; her iki sözleşmede aksine hüküm yer almadığından inşaat ruhsat alımı arsa sahiplerine aittir. Davalı Naci ve Beşir’in Mustafa’ya pay devri ruhsat alınması koşuluna bağlanmış, daha sonra arsa sahiplerinin muvafakati üzerine Beşir payı devretmiş, Naci ise ruhsat alınma koşulu yerine getirilmediğinden pay devrini yapmamıştır. Davacılar ve uhdesinde pay bulunan diğer davalılarca ruhsat alınmadığı gibi bu konuda yüklenici Mustafa’ya vekaletname de verilmiş değildir. Bundandır ki bir örneği dosyaya giren “tescil istem belgesi” de uhdelere pay geçirilen ilk yüklenicilerle birlikte arsa sahiplerince düzenlenmiştir. Yüklenici Mustafa’dan ruhsatsız hafriyata ve inşaat başlmasını beklemek ve istemek kamu düzeniyle bağdaşmaz. O halde işe başlanılmada gecikmeyle iş sahibi davacıların tutumu arasında nedensellik bağı varlığı açık ve ortadadır. Ruhsat tarihinden itibaren yirmi aylık sürede bitirilmesi öngörülen işin hiç bir girişimde bulunulmadan geçen 68 günlük süreden arta kalan zaman içinde bitirilme olanağı bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulmamış, olanaksız bulunduğu da saptanmış değildir. Tüm bunlar bir yana davalıların edimlerini yerine getirmeleri için kendilerine işe başlanması ihtar edilerek mehil verilmemiş, dava yoluyla doğrudan fesih iradesi karşı tarafa iletilmiştir. Yanların işe başlama ve işin tamamlanma tarihlerini tespit için amaçları bu iki tarih arasında inşaatın bitirilmiş olması esasında toplanmaktadır. Aslıyan üstlenilen edimlerin yerine getirilmesidir. Yüzeysel nedenlerle ve yasada öngörülen koşulların varlığına bakılmaksızın sözleşmelerin bozulması ahde vefa kuralıyla da bağdaşmaz.”*

140 Ayan, 335-337.

O denli gecikilmiş olmalıdır ki, yüklenicinin, bütün tahminlere göre, eseri kararlaştırılan zamanda bitirmesi olanağı bulunmamalıdır. Bu durumda iş sahibi, teslim için kararlaştırılan zamanı beklemek zorunda olmaksızın, sözleşmeyi bozabilir.

Dönme anında işin bir kısmı yapılmış ve iş sahibi o kısmı alıko-yup bu kısmın bedelini ödemesi veya eserin yapılan kısmını kullanma-sı ya da feshin geriye yürürlü olması yüklenici için orantısız derecede ağır sonuçlar doğuracak olması, TBK. md. 473/I'deki durumlarda, iş sahibine, ileriye etkili fesih hakkı vermez. İş kusuruyla yarıda bırakan yüklenici, yapılan kısım başkasının arsası üzerinde olsa bile, o kısmın objektif değerini isteyebilmeli, orantılı ücrette bu değeri aşan kâr payı varsa onu isteyememelidir; ancak işin tamamına yakın kısmı bitirilmiş ve iyiniyet kuralları gerektiriyorsa istisnaen orantılı bir ücret söz konu-su olabilmelidir<sup>141</sup>.

İnşaatın vadeye yetişmesinin güç olması, iş sahibinin sözleşme-den dönme hakkının doğmasına yetmez. Yüklenicinin o ana kadarki işi yürütme hızıyla inşaat vadede bitemeyecek olsa bile şayet faaliyetlerin hızlanması durumunda bu olanağı bulunacaksa, gene de sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacaktır. Ancak somut olayın özellikleri yük-lenicinin çalışmaları ifanın vadeye yetişmesi için gereken düzeye çıkar-mayacağını veya çıkaramayacağını ortaya koyuyorsa, iş sahibi sözleş-me-den dönebilecektir<sup>142</sup>.

141 Erman, dönmenin katı bir biçimde uygulanmamasını savunmaktadır (Arsa Payı Karşılığı, 76): "Eğer inşaatın büyük bölümü bitirilmiş olmasına karşın sözleşmedeki teslim tarihinde tamamlanması olanaklı değilse, iş sahibi tarafından TBK. md. 473/I uyarınca sözleşme geç-mişe etkili olarak ortadan kaldırılmamalıdır. Bu gibi durumlarda zaten teslim tarihinin gelme-sine genellikle kısa bir süre kalmaktadır ve iş sahibinin teslim tarihini beklemeden bu madde hükmünden yararlanarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmek istemesi dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturmaktadır. TBK. md. 473/I hükmüne inşaata başlanmadığı veya devam edilmediği durumlarda, inşaatın sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesini haklı kılacak düzeyde olması durumunda başvurabilir. Bu nedenle, teslim tarihi geldikten sonra yüklenicinin direnmi nedeniyle sözleşmenin bozulmasının ileriye etkili olarak sonuç doğurmasını gerektiren durumların varlığında, arsa sahibinin md. 473/I hükmüne başvurma hakkının bulunmadığının, bunun dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun kabulü gerekir."

142 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 120-121: "Bu tarihler belirlenirken uyulmaması durumunda iş sahi-binin sözleşmeden dönebileceği veya en azından bu anlama gelmek üzere yasal haklarını kullanabileceğine ilişkin sözleşmeye bir hüküm konulmuşsa iş vadeye yetişecek olsa bile

İşin vadede tamamlanamayacağı anlaşılacakla birlikte çok az bir gecikme ile tamamlanması olanaklıysa ve iş sahibi için bu gecikme önemli bir sakınca doğurmayacaksa, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması dürüstlük kuralı yardımıyla önlenebilmelidir<sup>143</sup>.

İş sahibi, sözleşme kurulurken inşaatın vadeye yetişmesinin olanaklı bulunmadığını bilmiş olsa bile, bu gerekçeye dayanmanın koşulları gerçekleştiğinde sözleşmeden dönebilir. İşin vadeye yetişmeyeceğini bilmesi gereken iş sahibi değil yüklenicidir; çünkü işin uzmanı odur. Ancak yüklenici, sözleşme kurulurken, işin vadeye yetişmeyeceği konusunda iş sahibini uyarılmış olmasına karşın iş sahibi onunla yine de sözleşme yapmışsa, iş sahibi işin bu nedenle uzamasına katlanmak zorundadır.

Yüklenicinin TBK. Md. 473/I uyarınca işin yapımında direnime düşmesi için, sözleşmeden doğan yükümlülüğüne objektif olarak aykırı davranması yeterli olup, ayrıca gecikmede kusurlu bulunmasına gerek yoktur. Buna karşılık, bu gecikmeye iş sahibine yüklenebilen bazı engeller neden olmuşsa, md. 473/I hükmünden yararlanması olanaklı değildir. Fıkarda sözü edilen “iş sahibinin kusuru olmaksızın meydana gelen gecikme”den anlaşılması gereken “iş sahibine yüklenmesi olanağı bulunmayan gecikme”dir; yoksa, bu konuda iş sahibinin kusurlu olması da şart değildir. İş sahibinin plan ve projeleri zamanında hazırlamaması, arsanın üzerindeki binayı boşaltmaması, arsa paylarını devretmemesi, yer altı engellerini gidermemesi örnek olarak gösterilebilir. Öte yandan, arsa sahibinin, yüklenicinin işe başlaması ve devam etmesi için hazırlayıcı eylemlere katılması gereken durumlarda, bunları yapmaktan kaçınarak sözleşmeden dönme yoluna gitmesi, dürüstlük kurallarına aykırıdır. İşe başlamadaki gecikmenin iş sahibine yüklenebilir olma-

---

iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı olmalıdır. Sözleşme bu tarihlerin ihlallerine ilişkin hiçbir yaptırım öngörmüyorsa, işin vadeye yetişmesi durumunda, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Ancak bu son olasılıkta, iş sahibinin iş vadeye yetişse bile bu tarihlerin ihlali nedeniyle giderilmesi olanaksız zarara uğradığını kanıtlayarak veya söz konusu gecikme yüzünden somut olayda yükleniciye olan güveninin önemli ölçüde sarsıldığı durumlarda, iş vadeye yetişse bile sözleşmeden dönülebilir.”

143 İBK. 25.1.2004, 3/1.

sı, gecikme nedeninin iş sahibinin faaliyet ve riziko alanında meydana gelmiş olması ve yüklenicinin bunu iş sahibine ihbar etmiş bulunması durumunda söz konusu olur<sup>144</sup>.

İmar mevzuatına aykırı inşaat öngören bir sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenici sözleşmeye aykırı fakat imar durumuna uygun bir inşaat yapmışsa, örneğin dört kattan fazla inşaatın yasak olduğu yerde altı katlı bir bina yapılması kararlaştırılmış ise de yüklenici zorunlu ve eylemli olarak dört katlı bir inşaat yapmışsa, sözleşme geçerli duruma gelmez ve yüklenicinin yaptığı inşaatın iş sahibi için haksız zenginleşme oluşturmasını önlemez. Ancak, işin yapılış aşamasına ve yapının sözleşmedeki oranlarla paylaşılmasına olanak bulunmasına göre, dürüstlük kuralının ve “kısmî butlan” hükmünün kıyasen uygulanmasının, sözleşmenin imar durumuna göre değiştirilerek geçerli tutulması sağlanabilir<sup>145</sup>.

İş sahibinin yapması gereken ara ödemenin miktarı ile durdurulan inşaa faaliyeti arasında bir dengenin bulunması gerekir (TMK. md. 2). Aksi halde inşaat süresinin durmayacağı kabul edilebilir. Buna göre örneğin iş sahibinin geciktirdiği ödemenin miktarının çok önemsiz olmasına karşın, yüklenicinin işi sürdürmesi dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenebiliyorsa, bu durumda artık inşaatın durdurulması hukuka uygun sayılmaz ve bunun sonucu olarak da inşaat süresi uzamaz. Bu nedenle bu hakkın kullanılması konusunda, iş sahibinin geciktirdiği yükümlülüğü ile işin durdurulması durumunda ortaya çıkabilecek zarar karşılaştırılarak yapılacak değerlendirme sonucunda, yüklenicinin işi durdurmasının hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun düşeceği benimsenebiliyorsa, öbür koşullar da gerçekleşmişse, inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir<sup>146</sup>.

144 Erman, 71-72.

145 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 36.

146 Ayan, 122.

## 41 ) ESERİN BOZUK OLMASINDAN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNMEYE SINIRLAMA GETİRİLMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Eserin bozuk olması durumunda, iş sahibi, şu durumlarda sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz: 1) İş sahibi, kullanabileceği veya hakkaniyet gereği kabule zorlanabileceği ölçüde ayıplı eserden dolayı, sözleşmeden dönemez, esersi alıkoyup, ayıp oranında bedelden indirim isteyebilir. 2) Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz (TMK. Md. 475).

Eserdeki kusur veya aykırılıklar sözleşmeden dönmeyi haklı gösterecek derecede önemli değil ise, iş sahibi, eserin onarılmasını veya ücrette indirim yapılmasını isteyebilir; sözleşmeyi bozamaz.

Ücrette indirimin istenebilmesi için, kusur (ayıp) nedeniyle eserin değerinde bir azalmanın meydana gelmiş olması gerekir. Bu kusur eseri değersiz kılmamalı (değerini büsbütün azaltmamalı), eserin yine de bir değeri bulunmalıdır<sup>147</sup>. Amaç, “ayıplı ifa” ile bozulan edimler arası dengenin, eserdeki kıymet noksanına uygun miktarın indirilmesiyle yeniden sağlanmasıdır<sup>148</sup>.

Bedel indirimine esas oluşturacak kusur/bozukluk oranının teslim tarihine göre belirlenmesi gerekir.

Azalmanın miktarı, sözleşmecilerin kararlaştırdıkları fiyata göre değil, kusursuz eserin serbest piyasadaki değerine göre saptanacaktır.

Bozukluk yüzünden eserin değerindeki azalma ile ücrette indirilecek tutarı birbiriyle karıştırmamak gerekir. Ücretten indirilecek tutarın yüksekliği, bozukluk yüzünden eserin değerindeki azalmaya bağlıdır; ama bu iki tutarın birbirine eşit olması, eserin kusursuz değeri ile kararlaştırılmış veya sonradan giderlere göre saptanacak ücretin birbirine

147 Uçar, 188.

148 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 57.

eşit olması durumunda olanaklıdır. Ücretle kusursuz değer, birbirinden farklı olunca, eserin değerindeki azalma ile ücretten indirilecek tutar da birbirinden farklı olur<sup>149</sup>.

Davadan önce var olan eksik ve kusurlu işler bedelinin davanın gecikilerek açılmaması ve zararın artmasına neden olunmaması durumunda dava tarihindeki rayiçlere göre, sonradan ortaya çıkan gizli kusurların da saptandığı keşif tarihindeki değerlere göre bedelinin hesaplanması gerekir.

Eserin bozuk meydana getirilmesinde iş sahibine yüklenebilecek kusurlar belirleyici olmuş ise, bunun ücret indiriminde etkili olması gerekir. Müterafik kusurun düzenlenmesi dürüstlük kurallarına dayanmaktadır. Dürüstlük kuralı da, kendisinin birlikte kusuru bulunan ve bozukluk nedeniyle ücret indirimi hakkını kullanan iş sahibinin değer düşüklüğünün bir kısmını yüklenmesini gerekli kılmaktadır<sup>150</sup>.

Eserin kusurlu/bozuk durumunun piyasadaki değeri, sözleşmelerin sözleşmede kararlaştırdıkları değere eşit veya ondan fazla olsa bile ücrette indirim istenebilir<sup>151</sup>.

Ekonomik açıdan değerli malların olanak ölçüsünde korunması, yıkılmaması, sökülüp dökülmemesi gerekir. Bu nedenle, inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilen eserlerde dönme hakkının sınırlandırılmasının özel bir önemi vardır. İş sahibinin dönme hakkı, eserin özelliğine göre, kaldırılması aşırı zarara neden olmayacaksa söz konusu olur. Bina yüklenicinin arsası üzerinde yapılmaktaysa, TBK. md. 475/III uygulanmaz<sup>152</sup>.

Bozuk eser iş sahibi için TBK. md. 475/I anlamında kullanılmaz ise, eserin kaldırılmasının yükleniciye vereceği zarar aşırı kabul edilemez. Bina gerçekten çürükse ve bu nedenle yıkılması gerekiyorsa,

---

149 Gürpınar, 102-103.

150 Erman, 140.

151 Aral, 373.

152 Uçar, 180; Turanboy, 173.

projesine uygun yapılmamışsa, teknik yönden kullanılmaya elverişli değilse, beton kalitesi ve mukavemeti yeterli değilse, yıkılıp yeniden yapılmadıkça kullanılamayacaksa, kabule zorlanamayacak kadar kusurluysa vb. böyle bir yapının yıkılmasının yükleniciye aşırı zarar vereceği düşünülemez.

Sözleşmede kararlaştırılmış olan özelliklerin bulunmamasının eserin kabulünü beklenemez duruma getirecek derecede önemli olmaması durumunda iş sahibi ancak ücret indirimi ve onarım isteyebilecektir. Sözleşme ile eserde bulunması kararlaştırılan niteliklere aykırılık dürüstlük kurallarına göre iş sahibi tarafından eserin kabulünü beklenemez bir sonuç yaratmıyorsa, sözleşmeden dönme yoluna gidilemeyecektir<sup>153</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bozukluk nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için sadece eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenemez olması koşulu yeterli olmayıp, TBK. md. 475/III uyarınca yapılan yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açmaması da gerekmektedir. Yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zarar doğuracak olması durumunda iş sahibi ancak bedel indirimi veya eserin onarım ve düzeltilmesini isteyebilir. Eğer yapıdaki bozukluk TBK. md. 475/III kapsamına girecek biçimde önemli nitelikte değilse, ayrıca TBK. md. 475/III'teki koşulun araştırılmasına gerek kalmayacaktır. Buna karşılık yapıda iş sahibinden eserin kabulünün beklenemeyeceği ölçüde önemli bir bozukluğun bulunması durumunda sözleşmeden dönülebilmesi için ikinci bir inceleme yapılması ve yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zararı doğurup doğurmadığının araştırılması gerekecektir<sup>154</sup>.

Bozuk/kusurlu eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracak nitelikte sayılabilmesi için, kusurlu eserin arsa ile birlikteki değeriyle, arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü oranının göz önünde tutulması gerekir. Bu değerlendirme yapılırken, bedel indi-

153 Erman, 131-133.

154 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 133; Tandoğan, II, 183; Turanboy, 173.

riminin yükleniciye vereceği zararın, sözleşmeden dönmenin vereceği zarardan fazla olması gerektiği dikkate alınmalıdır.

İş sahibinin arsasında yapı yapılmasını konu alan inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcunun ifası bozuk da olsa yapıyı bitirmesi ve arsadan çekilerek yapıyı iş sahibinin rahat zilyetliğine bırakması yoluyla edimi yerine getirmesi gerekir. Yani burada teslimsiz ifa edilen bir borç vardır. Bu tarz bir ifaya alacaklının katılması gerekmemektedir. Alacaklı, kendisinin katılması gerekmeyen ifalarda kural olarak borçlunun ifasına engel olamayacaktır. Yapı en ağır biçimde bozuk da olsa, yüklenicinin inşaatı bitirdiğini bildirerek iş sahibinin arsasından çekilmesi üzerine ifa gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda iş sahibi, TBK. md. 475/I uyarınca kabulden kaçınabileceği kadar ağır bir bozukluk olsa bile, artık yükleniciyi direnime düşüremeyecektir. İstemese de ifa gerçekleşmiş sayılacağından, iş sahibi sadece bozukluk nedeniyle sorumluluk kurallarına başvurabilecek ve TBK. md. 475'teki bozukluktan doğan haklarını kullanabilecektir. Bu arada, şayet bozukluk TBK. md. 475/III'de belirtildiği kadar (TBK. md. 475/I'de belirtilenden daha ağır) ise, sözleşmeden dönebilecektir<sup>155</sup>.

Eser (bina, arsa ile veya arsaya bağlı bir yapıyla bütünleyici bir parça oluşturan ve bu yüzden sökülüp “aynen” geri verilmesi olanaksız veya aşırı ölçüde zarar verecek olan her türlü eser) iş sahibinin arsası üzerine kurulmuşsa<sup>156</sup>, iş sahibi sadece orantılı olarak ücretten indirim yapılmasını veya kusurlar önemli bile olsa yükleniciden onarmasını isteyebilir. Ancak, arsa üzerinde yapılan eserin sökülüp kaldırılması çok zarar doğurmalıdır (örneğin sökülüp kaldırma giderlerinin çok yüksek olması veya kusurlu veya kullanılmaya elverişsiz bulunmakla birlikte eserin yararı bakımından iş sahibince sökülüp kaldırılma ile denkleştirilebilecek bir değer taşınması). Her şeyden önce eserin değeri ile arsa değeri arasındaki ilişki, sorunu çözümler. Eser, yüklenicinin arsası üzerinde yapıldığı zaman md. 475/III'teki sınırlama kalkar<sup>157</sup>.

155 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 182-183.

156 Şenocak, 53.

157 Velidedeoğlu/Özdemir, 576.

Yüklenici bozukluğun TBK. md. 475/III kapsamına girdiğini ve bu yüzden sözleşmeden dönülemeyeceğini öne sürüyorsa, bunu kanıtlamalıdır. Yüklenici bunu kanıtlamadıkça, iş sahibi sadece yapının ciddi biçimde bozuk olduğunu (TBK. md. 475/I’ in kapsamına girdiğini) kanıtlayarak sözleşmeden dönebilir<sup>158</sup>.

Eserin kaldırılmasının yüklenici için aşırı bir zarara yol açıp açmadığını yargıç belirler. Yargıç değerlendirme hakkını kullanırken somut olayın koşullarını, özellikle eserin arsaya bağlı olarak arzettiği değerle arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğünü göz önünde tutmalıdır. İş sahibinin arsası üzerine yapılan bina iş sahibinin kullanamayacağı oranda kusurlu ise, sözleşmenin bozulması, binanın yıktırılması, zararları karşılayacak tazminat ödemesi yükleniciden istenebilir<sup>159</sup>.

İş sahibinin, TBK. Md. 475’e dayanarak tazminat da isteyebilir: Tazminat istemine bozukluktan doğan öbür istemlerin yerini almak üzere başvurulamaz. Burada sadece bozukluk sonucu ortaya çıkan zararın ödenmesi düzenlenmiştir. Bozukluk sonucu ortaya çıkan zarar ise, sözleşmeden dönmeye, ücret indirimine veya onarımına karşın giderilemeyen ve uygun nedenini bozukluğun oluşturduğu bir zarardır. Yüklenicinin bu zarardan sorumluluğu kural olarak kusura dayanır ve yüklenici kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bu zarar fiili zarar biçiminde görülebileceği gibi kâr yoksunluğu biçiminde de ortaya çıkabilir<sup>160</sup>. “Tazminat” sorumluluğu için, eserin bozuk olması, iş sahibinin zarara uğraması, bozukluk ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması, yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Yüklenici veya yardımcılarının eserin bozuk meydana getirilmesi dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarından, özellikle eserin teslimini geciktirmelerinden, işlerini görürken özen borcuna uymayarak iş sahibinin başka şeylerini bozmalarından veya kişisel varlıklarını ihlal etmelerinden veya eserin

158 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 186.

159 Tandoğan, II, 183.

160 Yavuz, 292.

kullanılma biçimi konusunda iş sahibini uyarmamalarından doğan zararlar “ayıp sonucu zarar” kavramı dışında kalır<sup>161</sup>.

Yüklenicinin gerekli mesleki bilgiye sahip olmaması, bilgisini gerektiği biçimde kullanmaması, uzmanlığı olmamasına karşın uzmanlığı gerektiren bir eserin meydana getirilmesini üzerine alması, bu konuda uzmanlığı bulunan bir yardımcı kişiden yararlanmaması, uzmanlığını tümüyle iş sahibinin emrine vermemesi eserin kusursuz olarak yapımını engelleyecek durumlar konusunda gerekli koruma önlemlerini almaması, iş sahibini uyarmaması, iş sahibini aydınlatmaması, özen borcunu ihlal etmesi, TMK. md. 2’den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda yüklenici kusurlu sayılır. Doğrudan-dolaylı zarar ayrımı yapmaksızın bozukluk sonucu uğranılan tüm zararların tazmininin yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlanması kimi vakit hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Eserdeki bozukluk dolayısıyla iş sahibinin uğradığı, örneğin bedensel varlığının zarar görmesi gibi bir fiili zarar ile kâr yoksunluğu şeklinde uğradığı bir zarar eşit olarak değerlendirilmemeli ve her iki zarar türünün ödenmesinin de yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlı olduğu düşünülmemelidir. Eserdeki bozukluğun iş sahibinin bedensel değerlerine verdiği fiili/doğrudan zararlar da örneğin, bozuk/kusurlu olarak onarılan bir tırmanma kayışının iş sahibinin sakatlanmasına, tedavi giderlerine yol açması gibi durumlarda, yüklenicinin bir kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın iş sahibinin zararı ödetilmelidir. Çünkü sözleşmenin uzman tarafını oluşturan yüklenicinin bu tür durumları önceden öngörmesi ve gerekli önlemleri alması kendisinden beklenebilir bir davranıştır. Yüklenicinin bu davranış yükümlülüğüne bilerek ya da bilmeyerek aykırı hareketinin yaptırımını da, zararın ortaya çıkmasında kusuru bulunmasa bile, zararı ödemesi olmalıdır. İş sahibinin dolaylı zararlarının tazmininde, yüklenicinin sorumluluğu için onun kusuru aranabilir<sup>162</sup>. Yüklenici kusurlu davranışıyla sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat alacağıının

161 Uygur, VII, 7896.

162 Uçar, 218-221.

doğmasına neden olursa, bozukluk ya da sözleşmeye aykırılıkla uygun nedensellik bağının bulunması zorunludur. İş sahibinin zararı, yerine getirilmeyen edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki farktır<sup>163</sup>.

---

163 13. HD. 24.5.2012, 8370/13478: "TBK. Md. 205/III satıcının, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alıcının diğer her türlü zararlarını ödememekle yükümlü olduğunu öngördüğünden, davacının traktörünün bozuk/kusurlu olması nedeniyle tarlaların 3. Kişilerce ekilmesi nedeniyle yaptığı giderlerden sorumludur. Bunun için davacının gerçek zararı tespit edilmelidir."

## 42) TARAF İRADELERİNİN VE SÖZLEŞMENİN YORUMLANMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (BK. Md. 19/I).

Yorum, bir irade bildirimindeki anlamın belirlenmesidir. Yorumun konusu irade açıklamasıdır. Bunu yaparken, yani bir sözleşmeyi yorumlarken her iki tarafın irade bildirimlerini belirlemek ve onların birbirine uygun olup olmadıklarını incelemek gerekir. Burada önemli olan nokta “söz” değil, “gerçek istek” ve iradedir. Eğer bildirim ile irade birbirine uymuyorsa, iradesini açıklamış olanın durumuna ve ortamın gereklerine göre karar verilir.

Sözleşmenin (veya bildirim) değişik bölümleri, o sözleşmenin tümünden çıkan anlama göre yorumlanır. Sözleşmede çelişki ve gereksiz noktalar bulunmadığı, esas olarak alınmalıdır. Aydınlik olmayan önemli noktalar, sözleşmeyi kaleme almış olan tarafın zararına olarak yorumlanır. Eğer sözleşme bir hukukçu tarafından kaleme alınmışsa, bir deyimlendirmenin doğru olmadığını kabul etmek için ya çok açık bir çelişkinin, ya da bile bile yapılmış bir yanlışlığın karşısında bulunduğunu düşünmek gerekir.

Yazılı biçime bağlı sözleşmelerin yorumu için uygulamada, sözleşme öncesi görüşmeler ve sözleşmenin imzasıyla ilişkili durumlar göz önüne alınmaktadır. Ancak bu, sadece aydınlıktan yoksun bir deyim yorumu söz konusu olunca olanaklıdır. Buna karşılık, sözlü görüşmeler veya başka belirtilere dayanarak yazılı sözleşmenin metnindekinden daha geniş ve kapsamlı bir borcun varlığı kabul edilemez. Böyle durumlarda ticari gelenekler de göz önünde tutulabilir. Ancak taraflardan biri bu gelenekleri bilmiyorsa ve bunu kanıtlarsa bunlara dayanılmaz. Bu konuda birkaç ticari gelenek varsa, kendisine bildirim yapılan tarafa bilinen gelenek tercih olunur.

Aydınlıktan yoksun veya yanlış bir bildirim, karşı tarafın kendisine bilinen duruma ve öğrenim düzeyine göre dürüstlük kurallarınca algılaması gereken anlamda yorumlanır. Karşı taraf, bildirimi, onu yapanın amaçladığından başka türlü anlamış ise, onun (yani karşı tarafın) bu bildirimde vermiş olduğu anlam dikkate alınır.

Bildirimde bulunan kimse ancak yanlış yüzünden sözleşmeyi bozma hakkına sahiptir. Eğer yanlış anlama, karşı tarafın savaşması sonucunda olmuş ise, bildirimi yapanın amaçladığı anlam dikkate alınır. Duruma göre, bildirimde anlamının karşı tarafça açık olarak anlaşılması gerekiyor idiye, kural yine böyledir.

Özel biçime bağlı sözleşmelerde tarafların gerçek iradeleri, kesin olarak sözleşmeden çıkarılmalıdır.

Sözleşmenin yapılması sırasında taraflarca düşünülmemiş olan konuların sonradan belirmesi durumunda, bunların taraflarca belirlenmesi, sözleşmenin yorumu değil, tamamlanmasıdır. Bu gibi durumlarda, yargıç hak ve insaf kurallarına göre karar verir<sup>164</sup>.

### YARGI KARARLARI

*Yanlar arasındaki sözleşmenin 2. maddesiyle davalıya ait arsa üzerinde eşit biçimde iki dubleks daire yapılması, bunlardan doğudakinin davalıya, diğerinin davacı yükleniciye ait olması, yükleniciye ait olanın bodrum kısmının bağımsız bölüm olarak tescil edilebilmesi kararlaştırılmıştır. Aksine hüküm bulunmadığına göre, bu durumda arsa payının yarı yarıya taraflara ait olacağına kabulü gerekir. Yükleniciye verilen vekaletnamedeki yetkilerin, o vekaletnamenin dayanağı olan sözleşme koşullarına uygun biçimde kullanılması gerekirken, bu husus bir yana bırakılarak her bir bağımsız bölüm için eşit pay ayrılıp yükleniciye ait dubleks binada yer alan iki bağımsız bölüme 2/3, arsa sahibine ait dubleks binaya da 1/3 pay verilmek suretiyle eşitliğin davacı yararına bozulmuş olması dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz. Bu haliyle ta-*

164 Velidedeoğlu/Özdemir, 41-42.

*puadaki arsa paylarına bakılarak davacı adına kazanılmış hakkın varlığından söz edilemez. O halde; yüklenici tarafından üçüncü şahsa devredilen 1/3 payın da 2/6 paya denk olduğu düşünülerek. geri kalan 1/3'er payda 216 paya dönüştürülüp bunlardan bodrumdaki bağımsız bölüme isabet eden 2/6 payın iptaliyle bunun 1/6'sının bodrum bağımsız bölümünün payı olarak davacı adına tesciline, kalan 1/6'sının ise davalı arsa sahibinin dubleks daire-sine ait 2/6 payına katılarak 3/6 pay olarak arsa sahibi adına tescile karar verilmesi suretiyle eşitliğin sağlanması yerine sözleşmeyle öngörülen eşitliği davacı yararına bozar biçimde verilen karar usul ve yasaya aykırı olmakla bozulması gerekir (15. 15. HD. 20.6.1994, 581/4069).*

---•---

*Uyuşmazlık, eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davacı, yüklenici; davalı, iş sahibidir. Davacı, ücret olarak kendisine devredilecek arsa payını kabul etmiş, karşılığında projesine göre inşaat yapmayı üstlenmiştir. Eser sözleşmesinde aksine hüküm olmadığı sürece işin bedeli teslim zamanında ödenir (TBK. md. 479/1). Yanlar arasında biçimine uygun olarak yapılan 24.9.1987 tarihli sözleşmenin 1. maddesinde; bağımsız bölümlerin paylaşılması kararlaştırılırken, arsada 60/100 payın ferağının inşaatın tamamlanmasından sonra verileceği yazılmış, takip eden 2. maddesinde ise yanların ediminden söz edilirken "sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra" 60 payın devir edileceği kararlaştırılmıştır. Yekdiğerleriyle uyumsuz görülen her iki madde hükmünden yanların gerçek amacının edimlerini karşılıklı ve aynı süre içerisinde yerine getirmek istedikleri sonucuna varmak gerekir (TBK. md. 19). Davacı iddiasına göre, işin % 90'ları aşan oranda -davalının isteği ile yapılan tespit sonucu alınan bilirkişi raporunda ise % 60'ları aşan oranda- ikmal edildiği anlaşılmaktadır. İş sahibinin ifanın yerine getirilmesi için uzun süreye ihtiyaç gösteren sözleşmede işin devamınca yükleniciye gerekli kolaylığı ve özellikle finans bakımından da işin sağlıklı yürüyebilmesini teminen bek-*

lenen dayanışmayı göstermesi dürüstlük kuralı gereğidir (MK. m. 2). O halde, mahkemece mahallinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak işin kalan kısmı nispetinde iş sahibinin garantisi de göz önüne alınarak yapılan işe oranla yüklenicinin bağımsız bölüm satabilip finans kaynağı yaratması ve bu şekilde işi bitirmede kolaylık elde edebilmesini temin için, istemin kısmen kabulüne karar verilmesinin sözleşmenin amacına ve hakkaniyet kuralına uygun düşeceği nin düşünülmemesi ve sözleşmenin 2. maddesine bakılmaksızın 1. maddesi hükmüyle sonuca varılması doğru olmadığından hüküm bozulmalıdır (15. HD. 11.6.1993, 4987/2743).

---•---

Davalıya ait taşınmazın haritası, imar planı ve parselasyonun yaptırılması ve tasdik ettirilmesi işinin üstlenildiği, sözleşme uyarınca edimin yerine getirilip teslim edildiği, karşılığında sözleşmenin 6. maddesi hükmünce parsellerin birlikte satışı sonunda elde edilecek gelirin % 10'una ücret olarak hak kazanıldığı, bunun için arsaların pazarlanması istenildiğinde davalı yanca 6. maddenin tek taraflı feshedildiğinden bahisle talebin reddedildiği ileri sürülerek diğerlerindeki hak saklı kalmak kaydıyla 16 parsel için toplam 24.803.000 TL. ücretin dava tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte tahsili dava edilmiştir.

Davalı cevabında, işin öngörülen sürede yapılmadığını, yolların açılmadığını kararlaştırılan 16 milyon lira ücretin ödendiğini, 6. maddede hükmünün uygulanmasının tamamen kendi ihtiyarında olduğunu, davacı akde aykırı davrandığından bu hükmün uygulanmayacağını bildirip davanın reddini istemiştir.

Mahkemece mahallinde yapılan keşif sonucu bilirkişi kurulunca verilen rapor esas alınarak akdin iki aşamalı olduğu, "istisna akdi" niteliğinde olan bölümde davacı iyiniyet ve güven göstermediğinden, "daha ziyade tellallık akdine uygun düşen" ikinci bölümü davalının tek taraflı fesihte haklı olduğundan bahisle dava reddedilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

*Davada,*

*Davacı arsaların satışından alacağı payın, eser sözleşmesinde işin ücreti olduğunu davalı ise ödenen 16 milyon liranın dışında davacının ücret alacağı kalmadığını, pay verilmesinin satış yapılmasına ve tamamen kendi ihtiyarına bağlı bulunduğunu, davacı işi tam ve zamanında teslim etmediği için sözleşmenin bu hükmünü uygulamaya koymayacağını ileri sürmüştür. Bu haliyle uyuşmazlığın çözümü sözleşmenin 6. maddesince davacıya ödemesi öngörülen payın niteliğine ve fesihte kusurun tayinine bağlıdır.*

*Sözleşmenin yorumu hakimlik mesleğinin gerektiği genel ve hukuki bilgiye bağlı hususlardan olmakla, mahkemece bu konuda bilirkişiye başvurulması yerinde değildir (HMK.m. 266). Alınan mütalaa paralelinde tavsifle, buna göre varılan sonuçta da isabet görülmemiştir. Yorum, kısaca işin esasını ortaya çıkarmaktır. Gerçekte yanların irade beyanının yorumu yapılmaktadır. Federal Mahkeme kararlarında belirtildiği üzere, irade beyanı “gideceği yere vardığı zaman büründüğü şekil içinde yorumlanır” Baskın olan ilke M.K.un 2. maddesinden çıkan güven ilkesidir. Objektif metod tarafların istemlerinin subjektif olarak dikkate alınmasına izin vermez. Sözleşmeyi yapanların o sözleşmeyle varmak istedikleri amaç, hakiki ve müşterek maksatları, gerçek niyetleri bulunmalıdır (TBK. Md. 19/l.) Sözleşme bir bütündür.; tek başına 6. maddenin ele alınmasıyla sağlıklı sonuca varılamaz. Bu ölçülerden hareketle 29.11.1987 günlü sözleşme hükümlerine bakıldığında; davacı yüklenici, davalı iş sahibine ait G... K... Köyü’nde .... parsel sayılı taşınmazın “halihazır haritasını, imar planını, parselasyon planını yaptıracak, tasdik ettirecek, kadastro ve tapu dairelerindeki işlerini bitirecektir”. (m.1). Ayrıca, arz üzerinde kazıkların çakılması, arsalarla plana göre numara verilmesi, ana ve yan yolların açılması da yükleniciye aittir (Ek m. ). Bu işler için arazinin arsaya dönüşümünde tashih harcı dışında tüm masraflar yüklenici tarafından karşılanacak (m.3), yüklenici bu “sarfiya-*

*tında 16.000.000 TL sını hali hazır harita, imar planı ve parselasyon planlarının tasdikini müteakip alacak, diğer sarfiyatı kendisi deklare etmiş olacaktır” (m.4).*

*Buna karşılık; diğer işler bitip, planlar tasdik olduğunda satışlara başlanabilecek” (m.5), arsaların satışı müştereken yapılacaktır... Bu işler için H. O., T. T.’e vekaletname verecek ve “T.T., H. O.’nun tasvip ettiği fiyatlarla sattığı veya kooperatiflere verdiği parsellerin temiz fiyatlarından % 10’unu H.O.’nun veya başkalarının sattığı parsellerden temiz fiyatlarının % 5’ini “emek ve yaptığı sarfiyatlar” karşılığı olarak alacaktır” (m./)*

*Eser sözleşmesinde yüklenici imal ve teslim borcunu yerine getirdiğinde ücretin ödenmesi lazımdır (TBK. Md. 479). Şüphesiz taraflar bu genel kuralı bir yana bırakabilirler. Ücretin her zaman para olması, miktarının başlangıçta belirlenmesi, defaten ödenmesi, teslimle muacceliyet kazanması gerekmez. (Günümüzde sıkça görülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi). Somut olayda da ücret için kendine özgü kurallar getirilmiştir. Masrafların 16 milyon lirayı aşacağı her iki tarafça varsayılmış, davalı planların tasdikini müteakip, -arsaların satışına başlanabileceği tarihte - giderlerin ancak 16 milyon lirasını davacıya ödemeyi, davacı ise diğer giderlerin kendisince yapılmasını kabullenmiştir. Bir kimsenin -üste de masraf yaparak- diğer kimsenin işini ücretsiz yüklenemeyeceği doğal olduğuna göre, toplam ücretin, masrafların bir kesimini karşılamak için verilen 16 milyondan ibaret olduğu söylemek ve bunu kabul etmek mümkün değildir. Bir bütün olan sözleşme hükümleri birlikte ele alındığında davacının edimine karşı masraflar dahil ücret 16 milyon (satıştan % 10) veya (satıştan % 5)’dir. Sözleşmenin 6. maddesi metninde de açıkça vurgulandığı üzere davacının “emek ve sarfiyatı” karşılığını, diğer ifadeyle ücreti belirlemek için kaleme alınmış ve her iki tarafın serbest iradesiyle kabul edilmiştir. Buradaki “emek ve sarfiyat” 1. maddede sayılan işler içindir. Bunun 6. maddeye hasren kabulü halinde; satışı bizzat yarararak emek ve sarfiyatı olacak*

*hallerde yüklenici yararına % 5 fark tanınması;davalının bizzat ya da üçüncü şahıslar vasıtasıyla yaptığı satışlarda, hiç bir emek ve sarfiyatı olmayacak davacıya % 5 pay verilmesi; satışa başlama zamanının belirlenmesine taraflarca ihtiyaç duyulup 5. maddede bunun belirtilmesi; 4. maddede 16 milyonu aşan masrafların yükleniciye ait olacağıın kararlaştırılması hususları izahsız kalır. Her şey bir yana, 6. madde hükmü olmasa, 4. maddedeki koşullarla davacının işi kabul etmesi düşünülemez.*

*Davacı yüklenici edimini yerine getirmiştir. Bilirkişi kurulu raporunda yer alan yolların evsafına ve parsellerin numaralandırılmasına ilişkin hususlar açık ayıplardan olup eserin kabulüne engel nitelikte değildir (TBK. md. 475). Zaten dava açılmazdan önce davalı son kez Gönen Noterliğinden 18.7.1989 gün ve 8874 yevmiye sayısı ile gönderdiği ihbar yazılarında davacının edimini- gecikmeli olarak- yerine getirdiğini kabul etmiş, noksan ya da ayıptan söz etmemiştir. Sözleşmede öngörülen vadede teslim yapılmadığı için davalı akdin feshine gitmemiştir (TBK. Md. 473/I, 123-125) Aksine akdi ilişkiyi devam ettirmiş, gecikmiş ifayı istemiş, sadece cezai şart hakkını saklı tutmakla yetinmiştir. O halde karşı tarafın edimini yerine getirdiğini kabul eden davalının, ücretin miktar ve ödenmesine dair olup serbest iradesiyle kabul ettiği, 6. maddeyi anlaşmanın ruhuna ters düşüğünü gerekçe göstererek iptal ettiğini bildirmesi ve buna dayanak kendi edimini yerine getirmemesi sözleşmenin tek yanlı ihlalidir. Bu tutum ahde vefa ilkesine aykırı olduğu gibi M.K.'un 2 maddesinde yer alan dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz.*

*Öte yandan; arsaların davacı tarafından satılabilmesi davalı tarafından fiyatların tasvibi yapacağı satışlarda yüksek fiyat araması ise, kuşkusuz her iki tarafın yararınadır. Bunun için mevsim, piyasa durumu ve sair koşullara göre pazarlamada uygun zamanın aranması ve olağan süre beklenilmesi doğaldır. Ancak, bunlar neden yapılarak uzun süre satışa yanaşılmaması ya da başka bir sebeple satıştan vazgeçilmesi davacı zararına olup sözleşme*

*hükümleriyle ve amacıyla bağdaşmaz. Davacı 1989 yılının Mayıs ayında edimini yerine getirmiş, ücretin tahsili için satış hususunda 2.6.1989 gün ve 6928 sayılı ihtarnameyle davalıyı uyarılmış, davalı ise 18.7.1989 gün 8874 sayılı ihbarnameyle tek taraflı olarak satıştan pay vermekten vazgeçtiğini bildirmiştir.*

*Mahkemece yapılacak iş; mahallinde bilirkişi kuruluyla keşif yapılarak Haziran 1989'da satışa arzedilse idi taraflar yararına olan fiyatlarla, makul süre içinde davaya konu edilen parsellerden ne kadarının hangi fiyatlarla satılabileceğinin tespit ettirilmesi, "temiz fiyat" deyimine açıklık kazandırılarak buna göre % 5'ten davacı payının hesaplatılması ve taleple bağlı kalınarak hesap edilen miktara hükmedilmesi gerekirken, yazılı nedenlerle davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır (15. HD. 8.4.1991, 4450/1798).*

---.---

*Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi, yapılacak inşaat karşılığı arsa payı geçirimini içerdiğinden Borçlar Hukukunda iki tipli karma bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu sözleşme içindeki istisnaya ilişkin inşaat yapım taahhüdü şekle bağlı olmasına karşın, pay geçirimine ilişkin taahhüdün resmi düzenleme şeklinde yapılması, tarafları ve özellikle bu taahhüdü yapanı koruma amacına yönelik yasal bir önlemdir. Taraflar arasındaki 11.10.1977 tarihinde yapılan arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi haricen düzenlenmiştir. Başlangıçta şekil yönünden geçersiz bulunan bu sözleşmeye dayanarak kendisine teslim edilen 4. kita taşınmaz üzerine yüklenici davalı tarafından inşaatlara başlanmış ve dava tarihine kadar kaba inşaatları tamamlanarak % 50'yi aşan kısmı yapılmıştır. İnşaatın devam eden bu süresi içinde yapılan inşaatın karşılığı olarak ve sözleşme ile davalıya ait olması gereken dairelerin bir kısmının davalıya ve davalının sattığı kişiler adına davacı tarafından tapuda ferağının verildiği anlaşılmaktadır. Bu suretle taraflar, şekle uygun olarak tanzim edilmemiş söz-*

*leşmeyi, edimlerini kısmen ve karşılıklı olarak ifa ederek kendileri için geçerli kabul etmişlerdir. Herkes haklarını kullanmakta dürüstlük kurallarına uymakla yükümlüdür. Bir hakkın sırf gayri zarar eden suistimalini yasa himaye etmez (M.K. 2). Taşınmaz mal geçirimini taahhüt eden ve bu taahhüdünün resmi şekilde yapılmasını öngören yasanın koruması altındaki davacının yükümlendiği tapudaki pay geçirimini kısmen ifa edip, akdin geçerliliğine ilişkin kabulü karşısında, ediminin % 50 yi aşan kısmını ifa eden yüklenicinin, duruşmada savunmasını tevsî ederek sözleşme ile bağılı olmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Davanın devamı sırasında davacının yüklenici davalı ile aralarında ki sözleşmeyi 11.7.1983 tarihinde feshettiğine ilişkin 30.11.1983 tarihli duruşmadaki beyanı bu davanın reddi için neden olamaz. Her dava açıldığı tarihteki durumuna göre incelenir. Davacının açıldığı 4.4.1983 tarihine kadar karşılıklı ve kısmi edimleri ile taraflarca aralarında geçerliliği kabul edilen sözleşmede kararlaştırılan süre içinde işin tamamlanıp teslim edilmesinden dolayı gecikme tazminatı istenmiş olmasına göre, davadan sonra bu akdin feshi, dava konusu talebin incelenmesine mani değildir (15. HD. 30.3.1984, 679/1109).*

### 43 ) DİRENİM (TEMERRÜT) UYARISINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.

Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır (TMK. Md. 117).

Borçlu ancak alacağın ivedili olması durumunda direnime düşürülebilir. Taraflar ödemenin (ifanın) zamanı konusunda bir şey kararlaştırmamışlarsa, alacak doğar doğmaz ivedili olur.

Borçlunun direnime düşürülmesi için, alacağın ivedili (vadesinin gelmiş veya istenebilir) olması ve borçluya bir uyarıda (ihtarname gönderilmesi) gerekir.

Uyarı (ihtar);

- a. Vadesi gelmiş (istenebilir) bir edimin yerine getirilmesi için alacaklı tarafından borçluya yapılan bir çağrıdır.
- b. Herhangi bir biçime bağlı değildir.
- c. Yöneltilmesi gerekli bir işlemdir ve borçluya ulaştığı andan başlayarak geçerli olur.
- d. Konusu belirli bir borcun ödenmesine ilişkin bulunacak ve bu borcun içeriğine tam olarak uyacaktır.
- e. Ana borçtan daha çok bir istek için söz konusu ise, gerçek borç miktarı için geçerlidir.
- f. Temsilci tarafından veya temsilciye karşı da yapılabilir.

Uyarının yeri ve zamanı yasayla belirlenmediğinden, dürüstlük kuralları ve tarafların çıkarları göz önünde bulundurularak, her zaman ve yerde yapılabilir. Eğer her iki tarafın çıkarı eşit ise, alacaklının çıkarına öncelik verilir.

Aşağıdaki durumlarda ihtarname göndermeye gerek yoktur:

- a. Borçlu ihtara gerek bulunmadığını kabul etmişse.
- b. Borçlu alacaklıyı bundan müstesna tutmuşsa.
- c. Borçlu borcu ödemek istemediğini alacağın ivedili duruma gelmesinden sonra kesin olarak alacaklıya bildirmişse.
- d. Borçlu edimin ne zaman yerine getirileceğini yalnız kendisi bilmekte ise ve özellikle yerine getirmeyi alacaklının bulunmadığı bir zamanda gerçekleştirmeyi yükümlenmişse.
- e. Taraflar, sözleşme ile, ödeme için(kesinlikle belirlenebilecek veya takvimde saptanabilecek biçimde) belirli bir gün saptamışlarsa.

İhtar, yöneltilmesi gerekli tek yanlı bir bildirimdir. Bu, ya hemen ya da ya da daha sonraki bir zamanda olmak üzere, ödeme gününü saptar. Bildirim de, ihtar gibi hiçbir biçime bağlı değildir ve dürüstlük kurallarına uyulmak koşuluyla, her zaman ve her yerde yapılabilir. Bunun sonucunda da direnime düşme olgusu ödeme gününün gelmesiyle ve hiçbir uyarıya gerek kalmaksızın oluşmuş olur. Bununla birlikte bunun için, bildirim zorunluluğunun yasa ile değil tarafların iradesiyle konulmuş olması gerekir; fakat bununla öngörülmüş olan bir bildirim sözleşmede de açıkça kararlaştırılmışsa, bu bildirim dahi direnimin sonuçlarını doğurur<sup>165</sup>.

Borçlunun kusuru, direnime için bir koşul değildir. Bununla birlikte, bu kusur, direnimin, TBK. 118, 119 ve 122. Maddeleri uyarınca doğan sonuçlarında dikkate alınır.

165 Velidedeoğlu/Özdemir, 237: "Davacı yüklenicinin, eseri, davalı iş sahibine teslim etmekle sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eserin parası istenebilir duruma gelir. Fakat direnime faizinin, davalının direnime düşürüldüğü günden hesaplanması gerekir" (15. HD. 23.3.1978, 598/602).

Alacaklının direnimi söz konusu ise (TBK. Md. 106 vd.) borçlunun direnimi söz konusu olamaz.

Borçlunun direnimi her zaman, onun yükümlülüklerine aykırı davranması demektir.

Borçlunun direnimi ancak edimin yerine getirilmesi olanaklı bulunduğu sürece var olabilir. Borçlu borcunun direniminden doğan borçlarla birlikte, yöntemine göre öder veya ödemeye sunarsa, direnim durumu sona erer.

Aşağıdaki durumlarda direnim sona erer:

- Edimin yerine getirilmesi olanaksız duruma gelmişse,
- Borç silinmişse (ibra edilmişse),
- Bir savunma hakkının doğması dolayısıyla borçlu edimi yerine getirmekten yükümlü bulunmuyorsa
- Borçluya bir süre tanınmışsa.

Direnim sona ermiş olsa bile onun hukuksal sonuçları geçerli kalır.

#### 44 ) AKDİ SORUMLULUKTA KUSURUN BELİRLENMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşmenin ihlali (olanaksızlık, direnir, gereği gibi yerine getirmeme) ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Böylece sözleşmenin ihlali, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği bakımından elverişli olmalıdır.

Borçlu, sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmelidir. İşte, bu çalışmanın konusu olan “kusur”, bu kusurdur.

Sözleşmenin ihlalinden bir sorumluluğun doğması için, ihlal edenin kusurlu olması gereklidir.

Sözleşmenin ihlalinden doğan sorumlulukta kusur, borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşıyan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçimidir. Bu anlamda kusur, borçlunun örnek borçlu tipine oranla özen eksikliği, davranış yanlışlığıdır. Benzer işlerde benzer kişiler tarafından gösterilmesi gerekli özeni göstermeyen borçlu ilke olarak kusurludur. Makul ve dürüst bir borçlunun benzer işlerde göstereceği özene bakılır. Borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi, yüklenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriğine, mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul ve dürüst, orta düzeydeki objektif bir borçlu tipinin bu tür ilişkilerde göstereceği özenin derecesine göre belirlenir. Objektif borçlu tipinin farazi davranışından sapan her davranışı, özensiz ve kusurlu bir davranıştır. Ancak bazı durumlarda, borçlunun bilgi ve yetenekleri, objektif tipin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün olduğu takdirde, borçlunun bilgi ve yetenekleri esas alınır. Öte yandan, alacaklı kimi durumlarda sözleşme yaptığı sırada borçlunun sahip olduğu bilgi ve yeteneklerin tamamını veya bir kısmını bilebiliyorsa, borçlunun göstereceği özenin derecesi, alacaklının sahip olduğu bu bilgiler göz önünde tutularak saptanacaktır. Ayrıca, borçlunun göstereceği özenin derecesi, her sözleşme ilişkisinin ve so-

mut olayın özellikleri, dürüstlük kuralı, iş çevrelerindeki görüşler göz önünde tutularak belirlenmelidir<sup>166</sup>.

Borçlu, kişisel yeteneksizlik, bilgisizlik, yaşlılık, dalgınlık ve yorgunluğunu, karakter zaafını, zekâ düzeyini, hastalık veya benzer durumlarını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık alacaklı, borçlunun kişisel ve mesleki durum ve düzeyini ve özellikle bu konudaki eksikliklerini bilerek ve bunları kabul ederek sözleşme yapmışsa, bunlar mazeret sayılabilir; borçlu bunları ileri sürerek kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabilir<sup>167</sup>.

Akdi sorumlulukta kusurun türü ve derecesi büyük bir önem arz etmez. Borçlu, ilke olarak her türlü kusurundan sorumludur (TBK. Md. 114). Borçlunun sorumluluğunun doğması için en hafif kusur dahi yeterlidir. Borçlunun kusurunun hafifliği, tazminattan indirim nedeni olarak değer taşır. Ayrıca sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde işin özel niteliği de rol oynar. Örneğin, iş borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif takdir olunur.

---

166 Tunçomağ, 809; Eren, III, 231-232; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1170.

167 Eren, III, 232.

## 45) VARMASI ZORUNLU BİR İRADE AÇIKLAMASINA ENGEL OLMADA DÜRÜSTLÜK KURALI

Sonuç doğurması için muhataba ulaşması yeterli ve zorunlu olan irade açıklamasına da değinmeliyiz: Ulaşması zorunlu bir irade açıklaması, kendisine yöneltilmesi gereken kimse (muhatap) tarafından gerek sözlü bir beyandan kaçınmak gerek yazılı bir beyanın ulaşmasına engel olmak, söz gelimi, kendisine gönderilen bir mektubu reddetmek suretiyle hükümsüz bırakılabilir. Bu durumda irade açıklaması asla sonuç doğurmaz; burada iradesini açıklayan kimsenin eğer ısrar ediyorsa açıklamaya yeniden girişmesi gerekir. Fakat diğer tarafın hareket biçimi dolayısıyla irade açıklaması belirli bir süre içinde yapılmadığı takdirde, işbu keyfiyetten beyan sahibi için hiçbir zarar meydana gelmez. Beyanın zamanında muhataba ulaşmasına dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer tarafça engel olunmuş ise, gecikmiş beyan TMK. Md. 2 uygulanarak zamanında ulaşmış sayılabilir. Eğer muhataba ulaşmasına tamamen diğer tarafın hareketi engel olmuş ise, beyan sahibi süre bitmesine karşın beyanını yineleyebilir; fakat beyan sahibi beyanın ulaşmadığını bildiği andan başlayarak bunu yapmakla yükümlüdür; aksi halde beyanı korumak kast ve niyetinde olmadığı kabul olunacaktır. Bununla birlikte, beyanın geç ulaşması veya hiç ulaşmaması, karşı tarafın kişiliğine (şahsına) yönelik nedenlerden meydana gelmekle birlikte karşı tarafı dürüstlük kurallarına aykırı davranması dolayısıyla kınamak olanaklı değilse, yine beyan sahibinin yararına sürenin uzatılmasını kabul etmek veya hiç olmazsa beyan sahibinin sonuçlanmayan beyanını derhal tekrar etmesine izin vermek hakkaniyete uygun düşecektir. İrade açıklamasının (beyanın) muhataba ulaşmasına gerek bulunması, beyanın taşınmasına/ulaşmasına bağlı doğal tehlike ve hasarların beyan sahibine ait olmasındandır. Fakat diğer tarafın kusurlu olmayan bir hareketinden doğmuş olsa bile, önceden öngörülemeyen ağırlaşma, beyan sahibine yüklenemeyecektir<sup>168</sup>.

168 Von Thur (Edege Çevirisi), 166.

### III) HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Sözleşmeciler haklarını kötüye kullanmamalıdır, çünkü hukuk kötüye kullanılan hakkı korumaz.

Hakkın kötüye kullanılmış olduğunu kabul etmek için hakkın amacına aykırı olarak kullanılması ve hakkı kullananın bu kullanmadan çıkarının olmaması gerekir.

Kullanan için yararı olmayan bir hakkı kullanma, çelişkili davranışlar, çıkarlar arasında büyük oransızlık, dikkatsizce hak kullanma, daha sonra geri verilecek şeyi isteme, bir sözleşmenin özellikle biçim eksikliğine dayanan geçersizliğini haksız olarak ileri sürme, işlem temelini sarsılması veya çökmesinden yararlanma, ahlaka ve sözleşmeye aykırı durumdan hileli yararlanma, yasadan ve sözleşmeden doğan hakkın kötüye kullanılması ve benzeri durumlar hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan amaç dışı, amaca aykırı hak kullanılmasıdır.

Sözleşmecilerden birinin yasanın kendisine tanıdığı bir hakkı kullanması TMK. md. 2/II kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, iş sahibi inşaatın süresinde tamamlanmadığını öne sürerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak bozulmasını istemiştir. Teslim tarihinde inşaatın tamamlanma oranı %77 ise, iş sahibi sözleşmeyi geçmişe etkili olarak bozabilir. Sözleşmeye uygun davranılması durumunda sözleşmeyi bozma yetkisi yasadan doğan bir hak olup hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez<sup>169</sup>.

“Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” İnşaat Hukukunda geniş uygulama alanı bulmaktadır. Örnek verelim:

- İnşaat tamamlanıp kiraya verilmesi aşamasında bulunmasına karşın, yüklenicinin teslimden kaçınması TMK. md. 2 ile bağdaşmaz.
- TBK. md. 480/II’de geçen “önceden tahmin edilememe” ve “olağanüstü olma”, birbirlerine bağlı kavramlardır; bir olay ne kadar olağanüstülük niteliğini taşıyorsa öngörülmesi de o kadar güç

169 15. HD. 1.10.2004, 4730/4801.

olur. Hatta öngörülemez, olayın olağanüstü niteliğinin bir unsuru sayılabilir. Öngörülemezliğin mutlaka olayın kendisine ait olması gerekmez; olayın etkilerinin olağanüstü önemde olacağından önceden kestirilememesi de yeterlidir. Dürüstlük kuralı (TMK. md. 2/I), bu gibi olayların ortaya çıkması kabul edildiği takdirde sözleşmenin yapılmamasını gerektiriyorsa, TBK. md. 480/II'nin uygulama alanına giren bir durumun varlığı söz konusu olacaktır<sup>170</sup>.

- İnşaatın gerek tamamı, gerekse kısmen yok olması durumunda, yüklenici varolan sözleşme koşullarına uygun olarak inşaatı yeniden yapmayı veya kalan kısmı tamamlamayı önermişse, iş sahibinin sözleşmenin sona erdiğinden söz ederek bu öneriyi reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırıdır<sup>171</sup>.
- Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa bile, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için tarafların karşılıklı anlayış içinde bulunması ve dürüstlük kuralına (TMK. md. 2) uygun biçimde davranmaları esastır<sup>172</sup>.
- Mevzuat değişikliğinin sözleşmeyi ve sözleşmecileri etkilediği durumlar da olabilir. Örneğin, sözleşmede on daire yapılması ve bunların dördünün iş sahibine ait olacağı kararlaştırılmışken, imar mevzuatındaki değişiklik nedeniyle ancak sekiz daireye izin veriliyorsa ve yüklenici, iş sahibine yine dört daire vermeyi önermişse, iş sahibinin olanaksızlık gerekçesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi olanaklı olmamalıdır<sup>173</sup>.
- Sözleşmede öngörülen edimler yerine getirildikten sonra şekil ile

170 Tandoğan, II, 240 vd., Yavuz, 538.

171 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 61.

172 15. HD. 30.5.1994, 5125/3380.

173 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 62.

ilgili kurallara uyulmadığının ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.

- Sözleşmenin taraflarından birisi, o sözleşmenin yerine getirileceği konusunda o güne kadar süregelen davranışlarıyla karşı tarafa, sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin biçim yönünden geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır.
- Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davası kural olarak kabul edilemez. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanunu'na bağlı olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını ödemesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına karşın satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması durumlarında, olayın özelliğine göre yargıç TMK. md. 2 gözetilerek açılan tescil davasını kabul edebilir<sup>174</sup>.
- İş sahibi yapı kullanma izni alınmamış olmasına karşın daireleri kullanmaya başlamışsa, yapıyı teslim aldığı ve artık yükleniciyi direnime düşüremeyeceği kabul edilmelidir; meğer ki iş sahibi bir önkoşul koymuş olsun. Öte yandan arsa sahibinin daireleri teslim almaması veya önkoşulla teslim alması durumunda da, direnime sonuçlarının uygulanması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturabilir. Örneğin sadece yapıdaki önemsiz kusurlar nedeniyle veya yüklenicinin Belediyeye başvurmayı ihmali yüzünden yapı kullanma izni alınmamışsa direnime kurallarının uygulanması yoluna gidilmemek gerekir. Ayrıca, onaylı projesine uygun olarak yapı tamamlanmış ve yapı kullanma izni için Belediyeye

174 İBK. 30.9.1988, 2/2.

başvurulmuş olmasına karşın, Belediyenin savaşklaması yüzünden yapı kullanma izni alınamaması direnim kurallarının uygulanmasını gerektirmez. Ancak burada Belediye, örneğin projenin hatalı olarak onaylandığı gerekçesiyle yapı kullanma izni vermemekten kaçınıyorsa, sorun dürüstlük kuralları ve çıkarlar dengesi göz önüne alınarak çözümlenmelidir. Bir kere, yüklenici, projenin bu biçimde hatalı olarak onaylanmasını sağlamışsa ya da bu durumu biliyorsa yapı kullanma izninin verilmemesi, hakkında direnim kurallarının uygulanmasını gerektirir. Öte yandan, bu iznin verilmemesi ileride dairenin kullanılmasını engelleyecek bir sonuca dönüşecek nitelikte ise, başka bir anlatımla iş sahibinin daireyi teslim almaktan kaçınması haklı sayılabilirse, yine direnim kurallarının uygulanmasının kabul edilmesi gerekir. Aksi durumda, yani gerek iş sahibinin daireleri kullanmaya başlaması, gerekse teslim almaması veya önkoşulla teslim alması, fakat yapı kullanma izninin alınmamasının direnim sonucunu doğurmaması durumlarında, yüklenicinin sözleşmeden doğan yapı kullanma izni almak borcunun devam ettiği kabul edilmelidir<sup>175</sup>.

- İş sahibinin, yüklenicinin inşaaata başlaması ve devam etmesi için hazırlayıcı eylemlere katılması gereken durumlarda, bunları yapmaktan kaçınarak sözleşmeden dönme yoluna gitmesi, dürüstlük kurallarına da aykırıdır<sup>176</sup>.
- Borçlunun edimini yerine getirmede direnime düşmesi durumunda, alacaklı edimin yerine getirilmesini ve gecikme tazminatını her zaman isteyebilir; alacaklının gecikmeli olarak aynen ifayı tercih etmesi müterafık kusur veya hakkın kötüye kullanılması sayılamayacaktır<sup>177</sup>.
- TBK. md. 473/I gereğince sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilebilmesi dürüstlük kurallarının bunu haklı kıldığı durum-

175 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 66-67; Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 169-170.

176 Erman, Ara Payı Karşılığı, 72.

177 HGK. 9.10.1991, 340/467.

larda kabul edilebilir. İnşaatın büyük bölümü bitirilmiş olmasına karşın sözleşmede belirtilen teslim tarihinde tamamlanması olanaklı değilse, zaten teslim tarihinin gelmesine kısa bir süre kaldığı için, md. 473/I hükmünden yararlanarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmek dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Başka bir anlatımla, teslim tarihi geldikten sonra yüklenicinin direnimi nedeniyle sözleşmenin ileriye etkili olarak sonuç doğurmasını gerektiren durumlar varsa, iş sahibinin TBK. md. 473/I'e başvurması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur<sup>178</sup>.

- Yüklenici teslim tarihinde %90 ve üzerinde inşaatı tamamlamışsa, dürüstlük kuralları böyle bir sözleşmenin ancak ileriye etkili bozulmasını gerektirir. İnşaatın getirildiği düzey %90 ve üzerindeyse ve iş sahibi tarafından teslim alınıp kendisine düşen bağımsız bölümler üçüncü kişilere kiralanmışsa, sözleşmenin geriye etkili olarak bozulmasının istenmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz<sup>179</sup>. İnşaat bu düzeydeyse, yüklenici yaptığı imalatın para olarak değeri yerine, inşaatı getirdiği düzeye uygun oranda karşılaştırılan arsa payının devrini isteyebilir.
- Sözleşmede öngörülen niteliğin eserde bulunmaması onu daha kullanışlı veya objektif yönden daha elverişli duruma getirirse de yine bozuk bir eser söz konusudur. Ancak, bu durumda iş sahibinin bozukluk nedeniyle sorumluluk kurallarından yararlanmak istemesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir<sup>180</sup>.
- Sözleşmede özel bir kullanma biçimi öngörülmüş ve buna ilişkin nitelikler belirtilmişse, bu nitelikleri taşımayan eserin karine olarak kullanılmaz durumda olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda dürüstlük kurallarının da göz önüne alınması gerektiğinden, her

178 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 76.

179 15. HD. 8.5.2002, 139/2397. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.3.2004 gün ve 4328/1320 sayılı kararında, %86 olan tamamlanma düzeyini çok düşük bulmakta ve direnime düşen yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanamayacağını kabul etmiştir.

180 Tandoğan, II, 163-164; Erman, Arsa Payı Karşılığı, 110.

somut olayın bu kurallar içinde değerlendirilmesi yoluna gidilmelidir<sup>181</sup>.

- Bozuklukta iş sahibinin katkısı olmuşsa, açılacak ücrette indirim davasında, onun bu ortak kusurunun dikkate alınması dürüstlük kurallarının gereğidir.
- İş sahibinin onarım üzerine elde edeceği yarar ile yüklenicinin onarım giderleri arasında açık bir oransızlık varsa, giderlerin aşırı olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, iş sahibinin elde edebileceği yarar karşısında, yükleniciden bozukluğu gidermesini beklemek dürüstlük kurallarına göre haklı görülmezse, giderlerin aşırılığından söz edilecektir. Bozukluğun giderilmesi aşırı gideri gerektirmesine karşın iş sahibinin bu konudaki ısrarı dürüstlük kurallarına aykırı düşüyorsa, bu konuda yükleniciye itiraz hakkı tanımak gerekir.
- Teslim tarihi dolmasına karşın inşaatın ancak %77'si tamamlandığı için iş sahibinin sözleşmeden dönmesi hakkın kötüye kullanıldığı biçiminde yorumlanamaz. Çünkü bu gibi durumlarda sözleşmeden dönme hakkı iş sahibine hukuk tarafından tanınmıştır. İş sahibinin hukukça tanınmış bir hak veya yetkiyi kullanması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez<sup>182</sup>.

Fazla inşaatın yapıldığı durumlarda, arsa sahibinin sözleşmeye ve projesine uygun olarak bağımsız bölümlerin teslim edilmesini isteyebileceği açıktır. Fakat iş sahibinin sözleşmeye ve projesine uygun olarak eserin teslimini istemesinin dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşımaması gerekir. Her biri projesinden bir metre kare daha geniş olan ve elli bağımsız bölümden oluşan bir apartmanın projesine uygun olarak teslim edilmesini beklemek dürüstlük kuralına (TMK. md. 2) aykırı olabilir<sup>183</sup>.

181 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 131.

182 15. HD. 1.10.2004, 4730/4801.

183 Gökyayla, 87.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı kamu düzeni ile ilgili olduğundan;

- Taraflar yargılamanın her aşamasında öne sürebilirler. Davanın yanlarından birinin (hakkın kötüye kullanılması yasağı) itirazına dayanabilmesi için, karşı tarafın onayına gerek yoktur; savunmanın genişletildiği savunması etkili olmaz.
- Taraflar öne sürmese bile, yargıç görevinden ötürü göz önünde bulundurulur.
- Savunma (def'i) değil, itirazdır.
- Bir sözleşmecinin;
  - Hakkın kullanılmayacağı güvenini uyandırması;
  - Karşı tarafı oyalayarak zamanla sınırlı bir hakkını kullanılmasını önlemesi;
  - Önceden var olan bir geçersizliğe veya haksızlığa çıkarı sona erince itiraz etmesi;
  - Bir hakkı uzun süre kullanmadığı için karşı tarafta uyandırılan güven nedeniyle artık kullanılamaması;
  - Sözleşmenin kurulacağı yönünde karşı tarafta uyandırdığı güvene aykırı davranması;
  - Yetkisini geri aldığı temsilcinin yetkisiz işlem yapmasına yol açması ve uyandırılan güvene aykırı davranması durumunda, başka bir anlatımla, karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra, davranışını değiştirmek veya yeni ve fakat öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunması ve karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokması vb. hukuk düzenince korunmaz.

Karşı tarafın güvenini boşa çıkarmak, sonraki davranışı ile önceki davranışını ve sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Biçime aykırı yapılan bir sözleşme kesin geçersizdir (butlandır).

Biçime uyulmadan yapılmış bir sözleşmeyi yerine getirmesi karşı taraftan istenemeyeceği gibi; biçim eksikliğini bilerek yapılan ifanın geri verilmesi de istenemez. Edimler yerine getirildikten sonra sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Teslim edilen eserin teknik bakımdan kusursuz olması, eksik niteliğe rağmen sözleşme konusu eserle aynı biçimde kullanılabilir derecede bulunması veya değer taşıması bozuk sayılması gereğini ortadan kaldırmaz. Sözleşmede öngörülen niteliğin eserde bulunmaması onu daha kullanışlı veya objektif yönden daha değerli duruma getirirse de yine kusurlu bir eser söz konusudur. Ancak, bu durumda arsa sahibinin TBK. md. 475'teki haklardan yararlanmak istemesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir. Yapıda belli niteliklerin bulunması karşılaştırılmış olsa bile, bu nitelikler yapının özgülendiği amacı gerçekleştirmeye uygun değilse veya yapının kullanılabilirliğini engelliyorsa, bunların bulunmaması sözleşmenin bozuk hükümlerinin uygulanmasını doğurmaması gerekir. Bu durumda, tarafların sözleşmenin kurulması anında bu çelişkiyi bilselerdi, dürüst ve makul kişiler olarak neyi kararlaştıracakları saptanarak çözüme varılmalıdır<sup>184</sup>.

Hakkın kötüye kullanımı haliyle hak sahibinin elde etmek istediği yararları elde edemeyeceğidir. Haklar belirli bir yararın korunması, savunulması veya gerçekleştirilmesi için kullanılır. Yarar, bir dava konusu olarak benimsenir.

Sözleşmede işin uzaması durumunda iş sahibine tek yanlı olarak fesih hakkı tanıyan bir hüküm bulunsa bile, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden çok kısa sayılabilecek bir sürede ortada haklı neden yokken ve yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmesinden sonra sözleşmeyi bozması (TBK. md. 484 olduğu gibi yasanın tanıdığı ayrı durumlar dışında) hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, hukuktan koruma görmeyecektir<sup>185</sup>.

184 Erman, 110.

185 11. HD. 23.12.2005, 14742/12767.

Bir sözleşmenin kurulmasında, koşullarının değiştirilmesinde ve sonuçlarını doğurmasında irade bildirimleri önemlidir. İrade açık olarak bildirilebileceği gibi, örtülü biçimde de bildirilebilir. Örtülü bildirmenin içinde “susma” önemlidir. Kural olarak, susan, olumlu veya olumsuz irade bildiriminde bulunmuş olmaz. İstisnaen, olayın özelliği ile durum ve koşullar açısından, susan kişinin TMK. md. 2’de yer alan dürüstlük kuralı gereğince olumlu, etkin bir davranışta bulunması gerekebilir. Burada, durum, karşı taraf açısından incelenecektir: O kendisine bilinen, bilinebilen bütün durum ve koşulları TMK. md. 2’deki dürüstlük kuralı ışığı altında değerlendirerek, öbür tarafa olumlu bir bildirimde bulunmak istemiyorsa yanıt vermesi sonucuna varmış olmalıdır. Bu gibi durumlarda susma, kural olarak, kabul anlamına gelecektir. Susan kişinin yanıt verme yükümlülüğünün kaynağı, öbür yanın, içinde bulunulan durum ve koşullara göre, onun susmasını kabul olarak anlamak yetkisine sahip olmasıdır.

30.11.1955 gün ve 14/20 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu durum şöyle vurgulanmıştır: “*Susma ile iradenin bildirildiği birçok durum vardır. Kanunen cevap verme veya bir müracaatta bulunma mecburiyeti olmamakla beraber **objektif hüsnüniyet kaidesi** icabı olarak cevap verme veya müracaatta bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde bu mükellefiyetin yerine getirilmemesine ve bu suretle tercih olunan susma’ya belirli sonuçlar bağlamak gerekir.*”

Susan ne düşünürse düşünsün, karşı taraf “güven kuramı ilkeleri gereğince onu bir irade bildiriminde bulunmuş farzetmeye yetkili olduğu zaman, örtülü bir irade bildiriminden söz edilebilir. Susan tarafın, susmanın kendisine örtülü bir irade bildirimini olarak bağlanmasına yol açan olguları (durum ve koşulları) bilmesi, hiç değilse bilebilecek durumda olması gerekir. Ancak bu durumdadır ki, onun susmasının karşı tarafça haklı olarak (kabul) diye anlaşılabilmesinin farkına varması, bağlanmak istemiyorsa olumsuz karşılık vermek, itiraz etmek olanağını kazanması söz konusu olabilir. Susan kişiyi bir beyanda bulunmuş sayabilmemiz için, onda ya bildirme iradesi veya bilinci bulunmalı (yani

söz konusu edilgin tutumu ile karşı tarafta bir irade bildiriminde bulunduğ u yolunda haklı bir kanaat uyandırdığ ının farkında olması), hiç değı lse, o böyle bir bilinçten yoksun olsa bile, bu sonuca varılmasını olanaklı kı lan olguları (durum ve koş ulları) bilmeli, bilebilmeli ve buna rağmen gerekli ö zeni gösterip susmasının karşı tarafta nasıl yorumlanacağı nın farkına varmaması, onun açısından bir ihmal oluşt urulmalıdır<sup>186</sup>.

Yüklenici, ticari amaçlı binalar yapıp bağı msız bölümler halinde satış yapan iş adamıdır. Yüklenicinin satış vaadi sözleşmesi yaptı ğ ı alıcıdan daire bedelini aldı ğ ı halde, bu daireyi başka bir kimseye devir ve temlik etmesi dürüstlük kurallarıyla bağ daş mayacaktır. Yüklenici alıcıdan aldı ğ ı satış parasını geri vermekle yetinemez, ayrıca alıcının zararlarını da ö demek zorundadır. Yüklenicinin alıcıya başka daire önermiş olması, her durum ve koşulda alıcının zararını karşı lamaya yetmeyebilir. Alıcının zararı, özellikle yüksek enflasyonun egemen oldu ğ u dönemlerde daha çok olabilir.

Ö zetleyelim: **a)** Hak sahibi hakkını zamanında kullanmalıdır. **b)** Hak sahibinin hakkını zamanında kullanmasına objektif olarak onda güven uyandıracak davranış larda bulunarak engel olunmamalıdır. **c)** Hak sahibi hakkını sosyal amaçları dışında kalan başka çıkarları ve sonuçları elde etmek amacıyla kullanmamalıdır. **D)** Hak sahibi, kendisinin iş ine yaramayan bir hakkı, karşı tarafa zarar vermek amacıyla kullanmamalıdır. Bir kimse yasalarca tanınmış bir hakkı kullanmadıkça onun bu hakkı kötüye kullandı ğ ından söz edilemeyecektir. Bir hak kullanımı kullananın iş ine hiç yaramadı ğ ı veya çok az yaradı ğ ı halde, başkasını zarara sokmuş sa veya zarar tehlikesi meydana getirmiş se “hakkın kötüye kullanıldı ğ ından” söz edilebilir.

### YARGI KARARLARI

*Sözleşme bozulmakla tarafların birbirlerine verdiklerini iade etmeleri gerekir. Sözleşmenin 11. maddesinde akdin süresinde yerine getirilmemesi durumunda yüklenicinin inş aattan hiçbir şey*

186 Kocayusufpaş aoğ lu, 159-161.

*isteyemeyeceğine ilişkin kuralın yüklenicinin iktisaden mahvına neden olacak kadar ağır olması nedeniyle geçerliliği yoktur Ne var ki, feshin sonucuna bağlı olarak davalının yaptığı inşaatın tamamlanma oranına göre hak ettiği bedelin kendisine ödenmesi ya da inşaatın düzeyine göre hak etmiş ise tapuya hak kazanması gerekir. Mahkemece sözleşmede belirtilen seviyelerle yükleniciye hak ettiği tapuların intikal ettirildiği belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de; yüklenicinin bedel yerine tapuya hak kazanabilmesi, sözleşmede kendisine düşen vecibeleri yerine getirmesine bağlı olup, işin yarım kalması halinde yükleniciye tapu verilebilmesi talebi; olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda ve TMK. md. 2. hükmünün haklı gösterilmesi halinde “Yargıtay İBK’nın 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı kararına” göre değerlendirilmelidir. Yani mahkemece öncelikle inşaatın terk edildiği tarihteki durumuna göre fiziksel oranının belirlenmesi ve inşaatın geldiği seviye yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararına göre tescile hak kazandırıyor buna göre verilen tapular da dikkate alınarak ne miktarda iptalinin gerektiği, yüklenicinin yaptığı iş, iyi niyet kuralları ve fiziki orana göre tescile hak vermiyorsa bu durumda davanın açılmasından sonra 4 no.lu dairenin davalı M. tarafından dava dışı T.’a satılması da gözetilerek ve HMK’nın 125. md. uyarınca işlem yapıp, T.’in açıp kazandığı tescil davasında, davacı arsa sahibinin taraf olmadığı ve bu itibarla tescile ilişkin hükmün davacıyı bağlamayacağı da nazara alınarak “davanın T.’a yöneltilmesi durumunda” delillerin toplanıp sonucuna uygun bir karar verilmelidir (15. HD. 7.4.1997, 248/1891).*

— . — . — .

*Yanlar arasındaki sözleşmenin 2. maddesiyle davalıya ait arsa üzerinde eşit biçimde iki katlı daire yapılması, bunlardan doğudakinin davalıya, öbürünün davacı yükleniciye ait olması, yükleniciye ait olanın bodrum kısmının bağımsız bölüm olarak tescil edilebilmesi kararlaştırılmıştır. Aksine hüküm bulunmadığına göre, bu*

*durumda arsa payının yarı yarıya taraflara ait olacağıın kabulü gerekir. Yükleniciye verilen vekâletnamedeki yetkilerin, o vekâletnamenin dayanağı olan sözleşme koşullarına uygun biçimde kullanılması gerekirken, bu husus bir yana bırakılarak her bir bağımsız bölüm için eşit pay ayrılıp yükleniciye ait iki katlı binada yer alan iki bağımsız bölüme 2/3, arsa sahibine ait iki katlı binaya da 1/3 pay verilmek suretiyle eşitliğin davacı yararına bozulmuş olması dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz. Bu durumuyla tapudaki arsa paylarına bakılarak davacı adına kazanılmış hakkın varlığından söz edilemez. Sözleşmeyle öngörülen eşitliği davacı yararına bozar biçimde karar verilmemelidir (15. HD. 20.6.1994, 581/4069).*

---•---

*Taraflar arasında imzalanan 10.09.1999 tarihli sözleşmeyle davalı kooperatif, davacıya ait A. Mahallesi ... pafta ... ada ... parselde kayıtlı arsa üzerine bina yapımını, 2. kattaki ... ve ... nolu daireleri davacıya vermeyi yükümlenmiş, karşılığında kooperatife ait dairelerin tapularının devredilmesi kararlaştırılmıştır. Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmiş, alınan bilirkişi raporunda inşaatın seviyesi belirtilmeden kira kaybı hesabı yapılmıştır. Kooperatife tapuda henüz pay devredilmiş değildir. Görülüyor ki, bu sözleşmeyle yüklenici bir inşaat yapmayı, arsa sahibi de buna karşılık arsa payı devri suretiyle bedeli ödemeyi yükümlenmiştir. Karma akit niteliğinde yapılan bu sözleşmelerde iki ayrı hukuki müessese vardır. Birisi, geçerliliği şekle bağlı olmayan inşaat yapım ( eser sözleşmesi ), diğeri ise kamu düzeni bakımından resmi şekilde yapılmadıkça hüküm doğurmayan, taşınmaz malda pay devridir. Taşınmaz malda mülkiyetin devrini içeren sözleşmelerin, Türk Medeni Kanunu'nun 706, Borçlar Kanunu'nun 237, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmi biçimde yapılması zorunludur. Kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin kuralları emredici nitelikte olduğundan hakim görevi*

*gereği kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Sözleşme şekil eksikliği yönünden geçersiz olunca buna dayanılarak herhangi bir istemde bulunulamaz. Ne var ki sözleşme büyük ölçüde yerine getirilmiş ise, geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olup iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz ( TMK. 2. md. ). Dairemizin yerleşen uygulaması da bu yöndedir. O halde mahkemece yapılacak iş, inşaatın getirildiği seviyenin bilirkişiden ek rapor alınarak saptanması, eserin tümüne yakın bölümü tamamlanmış ise davanın şimdiki gibi kabulü, aksi takdirde yukarıda açıklanan nedenlerle reddine karar vermek olmalıdır (15. HD. 22.6.2006, 3112/3819).*

---.---

*Türk Medeni Kanununun 706, Borçlar Kanununun 237. ve Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca tapuda kayıtlı taşınmazların satışı resmi biçim koşuluna bağlıdır. Başka bir ifadeyle tapulu yerin adi yazılı sözleşmeyle satışı geçersizdir. Ne var ki, 30.9.1988 tarihli ve 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile buna istisna getirilmiştir. Anılan İçtihadı Birleştirme Kararında 'Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcunu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan tescil davası kural olarak kabul edilemez; bununla birlikte kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satışına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan, tarafların bağımsız bölüm satışında 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, Medeni Kanunun 2 inci maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir.' denmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararında sözü edilen satışlar, kendi taşınmazı üzerine bina yapıp satan diğer bir anlatımla 'yap-satçı' olarak tabir edilen kişilerin yaptıkları bağımsız bölümlerin inşaat aşamasındaki harici satışları ile yine arsa payı*

*devri karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin kendi payına düşen bağımsız bölümlerin inşaat aşamasındaki harici satışları olup, arsa sahibi konumunda olan kişilerin arsa payı karşılığı yükleniciye yaptırdıkları binada arsa sahibinin bağımsız bölüm ya da arsa payı satışında yine resmi biçim koşulu aranmaktadır (14. HD. 3.7.2006, 6394/7837).*

---.---

*Davacının dayandığı 24.09.1998 tarihli `taksitle konut tahsis sözleşmesi` başlıklı sözleşmede B. ili D. İlçesi .../... parselde kayıtlı ... blok ... . kattaki .... numaralı bağımsız bölümün satışı kararlaştırılmıştır. Satılan bağımsız bölüm konuttur. Ne var ki, sözleşmeyi satıcı sıfatı ile imzalayan davalı şirketin bu sözleşmede hangi amaçla hareket ettiği açık değildir. Davalı şirket ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan tüzel kişi ise, başka bir anlatımla, yüklenici sıfatıyla veya aynı zamanda arsa sahibi olmakla birlikte yüklenici sıfatını öne çıkartarak bir malı mesleki faaliyeti kapsamında davacıya satmış ise bu tür bir hukuki işlem Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununun 3. maddesi kapsamında kalacağından aynı Yasanın 23. maddesine göre eldeki davaya tüketici mahkemesi bakar. Ancak, satıcı olan davalı mesleki faaliyeti olmaksızın üzerinde kayıtlı bir taşınmaz harici sözleşme ile davacıya satmış ise bu satış işleminden kaynaklanan davanın tüketici mahkemesinde görülme olanağı yoktur. Öncelikle kamu düzeninden olan ve resen gözetilmesi gereken görev hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.*

*Bu nedenle, hem davacı ve hem de davalı şirket yetkilileri HMK'nın 169 ve 173. maddeleri hükmünce isticvab edilmeli, 24.09.1998 tarihli sözleşmedeki satıcı şirketin bu satışı ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında yapıp yapmadığı gerek duyulursa, tarafların delilleri de toplanarak açıklığa kavuşturulmalıdır.*

*Mahkemece yeterli deliller toplanmadan karar gerekçesinde*

*bir yandan davalının müteahhit olmadığı kabul edilmişken diğer yandan davaya tüketici mahkemesi olarak bakılması bir çelişkidir.*

*Diğer taraftan, yapılacak araştırma ve inceleme sonucu davalı şirketin satışı ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında yüklenici sıfatı ile yaptığı anlaşılırsa 30.09.1988 tarih 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince her ne kadar tapuda kayıtlı bir taşınmaz mülkiyet naklinin Türk Medeni Kanununun 706 ve Borçlar Kanununun 237. maddelerince biçimine uygun sözleşme ile yapılması gerekirse de Kat Mülkiyeti Kanununa tabi bir bina-dan bağımsız bölüm satın alınması durumunda alıcı tüm borç-larını ifa ederek taşınmazı da teslim alıp kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyet devrine yanaşmaması halinde satışın geçersizliğini ileri sürmek Türk Medeni Kanunun 2. maddesi ile hükme bağlanan iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağından adi yazılı satışa değer vermek gerekir. O yüzden mahkemece yapıla-cak araştırma sonucuna göre de 30.09.1988 tarih 2/2 sayılı Yar-gıtay İçtihadı Birleştirme Kararının olayda uygulanmayacağı da düşünölmelidir (14. HD. 27.3.2007, 2043/3316).*

---.---

*Yanlar arasında adi yazılı şekilde düzenlenen arsa payı karşılı-ğı inşaat sözleşmesi tapuda pay devrini de içerdiğinden MK'nun 634, TBK'nun 237, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri gereğince geçerli hale gelebilmesi için resmi şekil-de yapılması gerekli olup, sözleşme bu nedenle geçersiz ise de inşaatın ikmal edilmesi veya bu sözleşmeye güvenerek öncesinde veya sonrasında tapuda pay devri yapılması halinde geçersizlik iddiasının ileri sürülmesi iyi niyet kurallarına aykırı kabul edilir. ( YİBK, 30.09.1988 T, 1987/2 E 1988/2 K. sayılı ) Dosya kapsa-mından davacının taşınmazını davalı kooperatife tapuda yapı-lan 09.07.2009 tarihli satış işlemiyle devrettiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla artık sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi MK'nun 2. maddesindeki iyiniyet kurallarına aykırıdır.*

*Bunun yanında davacı, itirazın iptali istemine dayanak yaptığı icra takibinde 50.000,00 TL asıl alacak için takibe geçtiği halde, dava dilekçesinde 10.000,00 TL üzerinden itirazın iptalini ve alacağın tahsilini talep etmiştir. Mahkemece, bu husus davacıya açıklattırılıp davasının alacak mı, itirazın iptali davası mı olduğu sorulmalı, deliller de değerlendirilerek, sonucuna uygun bir karar verilmelidir (23. HD. 13.7.2012, 2227/4932).*

---.---

*Davacı ile davalı ve dava dışı arsa malikleri arasında imzalanan 26.6.2004 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi haricen düzenlenmiş olup, yasal biçimde düzenlenmediğinden geçersiz ise de sözleşme konusu arsanın tapu kaydının davalıya devredilmesi ve inşaatın iskanının alınarak tamamlanmış olması sebebiyle bu aşamada sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz ( T.M.K.2. md. ). Yine sözleşmede ve tapu kaydında davacı dışında arsa malikleri bulunduğundan T.M.K.nın 692. maddesince sözleşmenin feshi istemine ilişkin bu davada diğer maliklerin de yer alması zorunludur. Ne var ki inşaatın yargılama sırasında iskan ruhsatı alınarak tamamlandığı anlaşılmalı diğer maliklerin davada yer alması da keza bu aşamada sonuca etkili görülmemiştir. Her ne kadar davacı, inşaatın sözleşmeye uygun yapılmadığını ileri sürerek iptalini istemiş ise de yargılama aşamasında inşaatın tamamlanarak 21.5.2009 tarihinde iskan ruhsatının alındığı anlaşılmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere sözleşmenin iptali gerekmediğinden varsa davacının sözleşmeye aykırı imalat sonucu uğradığı zararlarını isteyebileceğinden ve eldeki davada da buna ilişkin talep de bulunmadığından sözleşmenin iptali isteminin reddine, ancak inşaatın yargılama aşamasında tamamlanması sebebiyle davanın açılmasına davacının sebebiyet vermediği gözetilerek yargılama giderlerinden davacı sorumlu tutulmadan davanın tümüyle reddine karar verilmesi gerekir (15. HD. 31.5.2011, 1079/3196).*

---.---

*Dava konusu olayda yetkisiz kişi tarafından imzalandığı ve geçersiz olduğu ileri sürülen sözleşme adı yazılı şekilde imzalanmış olduğundan mahkemece de kabul edildiği gibi kural olarak tarafları bağlamaz ise de, bu sözleşmeye dayanılarak 1998 yılında başlayan inşaat dava tarihine kadar 9 yıl süreyle ihtilâfsız bir şekilde sürdürülmüş ve %90 seviyelerine kadar getirildiği savunulmuştur. Bunun dışında yanlar arasında teati olan yazışmalarda sözleşmeye bağlı kalınmış, davacı arsa sahibine verilmesi gereken bağımsız bölümler belirlenmiş, özellikle 22.02.2003 tarihli genel kurulda olduğu gibi, 24.11.1998 tarihli sözleşme uyarınca işin yürütüldüğü ve bundan sonra da bu sözleşmeye bağlı kalınacağına dair kararlar alınmıştır. Bu kadar uzun süre geçtikten ve sözleşme genel kurulca benimsendikten sonra akdin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olup TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz (15. HD. 13.4.2009, 6271/2151).*

#### IV) DOĞRULUK VE GÜVEN KURALLARININ UYGULANMASINDA YARGICIN ROLÜ

Yargıç doğruluk ve güven kurallarını kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür. Sözleşmecilerden birinin doğruluk ve güven kurallarına aykırı davrandığı yolunda bir sav veya savunmada bulunup bulunmadığına bakmaksızın yargıcın bu kuralları uygulaması gerekir.

Yargıç, sadece doğruluk ve güven kurallarına açıkça yollama yapılan durumlarda değil, hukuki ilişkinin niteliğinin bunu gerektirmesi durumunda bile bu kurallara uyulup uyulmadığını kendiliğinden göz önünde tutacaktır.

Yasa koyucu, kişilerin haklarını kullanırken başvurabilecekleri, dürüstlüğe aykırı ve önceden düşünülemez her türlü davranışlarına engel olabilme, sonuçlarını ortadan kaldırabilme ve değerlendirebilme, kısaca hakların kullanılmasını kontrol edebilme yetkisini geniş bir takdir hakkı ile yargıca vermek istemiştir. Yargıç, değerlendirilmesi söz konusu olan bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığına karar verirken, toplumun genel (objektif) anlayış ve değer yargılarını dikkate alacaktır; kullanılan hakkın tanınması ve korunmasındaki amacı gözetecektir; toplum düzeninin ve huzurunun devamı için hak sahibinin hakkını kullanırken başkalarının haklarına saygılı olmakla da yükümlü olduğunu göz ardı etmeyecektir.

İnşaat Sözleşmesinin kurulmasında, yorumlanmasında, tamamlanmasında ve yeni koşullara uydurulmasında doğruluk ve güven ilkesinin önemi büyüktür. Bir irade beyanının muhatabı olan bir kimse bu beyana dürüst, iyi niyetli, orta zekâlı makul bir kimsenin verebileceği anlamı vermelidir. Bir başka deyişle beyan sahibi doğruluk ve güven kuralları uyarınca beyanının iş hayatında nasıl anlaşılacak idiye o yolda anlaşılmasını ve işlem görmesini hoş görmek zorundadır. Bir başkasına herhangi bir bildirimde bulunan kimse, muhatabın onu anladığı biçimde yaptığı irade açıklamasının sonuç doğuracağını benimsemek zorundadır. Taraflarından birine göre bir beyanın farklı bir anlamı varsa,

iradeler arasında bir uygunluk yoktur. Bununla birlikte, muhatabın bilebildiği veya bilebileceği koşullara göre sözleşmenin kurulmuş olacağı da kabul edilebilir. Burada muhatabın güveni korunur. Yorumla sözleşmenin konusu genişletilemez. Yorum taraf iradelerine aykırı, çelişkili ve onları değiştirici olmamalıdır. Yorumla gerçek veya gerçeğe yakın taraf iradesi araştırılacaktır.

İnşaat sözleşmesi yorumlanırken tarafların gerçek ve ortak amaç ve iradelerinin ne olduğu araştırılacaktır. Sözleşmecilerin kullandıkları sözcüklerin öbür tarafça bilinmeyen özel anlamı değil; fakat bu sözcüklerin gerçek ve ortak amaçlarına göre taşınması gereken anlamlarını araştırmak gerekir. Sözleşmecilerin kullandıkları sözcüklerin teknik ve bilimsel anlamı değişik olabilir. Doğruluk ve güven ilkesi gereğince sözcüklerin genel olarak kabul edilen anlamı ifade ettiği kabul edilir. Sözleşmenin özünün yorumlanması gerekebilir; bu durumda sözleşmenin bütününden çıkan anlam araştırılacaktır. Sözleşme bir bütün olarak ele alınacaktır. Sözleşme hükümlerinden her birinin ötekiyle olan bağlantısı göz önünde tutulacaktır.

Sözleşmenin yanlara tanıdığı haklar ve yüklediği borçlar ancak doğruluk ve güven kurallarının kabul ettiği ve izin verdiği ölçüde benimsenebilir.

Yorum yoluyla varılan sonucun doğruluk ve güven ilkesiyle bağdaşır olması gerekir.

Yargıç hakkın kötüye kullanımı yasağına ilişkin kuralın ikincil bir kural olduğunu ve tamamlayıcı ve düzeltici bir işlevi bulunduğunu gözden kaçırmamalıdır<sup>187</sup>. Somut uyuşmazlık konusunda bir yasal dü-

187 İBK. 22.3.1996, 5/1 (Muhalefet şerhi): "Yargıç, önüne gelen olayda hukukun ne dediğini saptarken, herkese ve bu arada kendisine karşı da uzak duracak; kişiler üstü ve yansız olacak, kişisellikten arınacaktır. Herkesin yasa önünde eşitliğini sağlayan yansızlık; yasanın herkes için eşit uygulanmasını sağlayan kişisellikten arınmışlık ilkeleri gereğince, yargıç, yazılı hukuku, iyi kötü ayırımı yapmadan, nesnel bir mantıkla uygulamak zorundadır. Yargılama ve yargı kararları kişisel görüş, inanç ve duyguların aracı olamaz. Yargıçlar, yasallık ilkesi gereğince, "Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun düşen kanılarına" göre hüküm kurarlar (Anayasa, md.138/1 ).Yargıç, yasanın üstüde değil, içindedir. Yorum kurallarına göre uygulama yapar. Halk adına yargılamada egemenliğin kullanım biçimi ancak böyle olur. Yargıç,

zenleme veya genel olarak bir hukuk kuralı varsa TMK. 2'ye başvurulmayacaktır. Başka bir anlatımla, hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek veya kötüye kullanmanın sonuçlarını giderecek özel bir yasa kuralı varsa öncelikle bu kurala göre hakkın kötüye kullanılmasının sonuçları belirleyecektir. TMK. md. 2 kuralı son çaredir. Bu nedenle, her uyuşmazlıkta konuya ilişkin hukuk kurallarını uygulamayarak dürüstlük kurallarına başvurmak hukuki güvenliğe zarar verebilir. Önce özel hükümü uygulamak, genel kuralları fevkalade zorunlu durumlarda sadece tamamlayıcı ve düzeltici biçimde uygulamak gerekir. Ancak TMK. md. 2'ye başvurmanın koşulları oluşmuşsa, yargıç, bu hükmün düzeltici, tamamlayıcı ve denkleştirici işlevinden yararlanmaktan çekinmeyecektir.

### YARGI KARARLARI

*Davacı yüklenici ile davalı arsa sahibi arasında düzenlenen... tarihli adi yazılı kat karşılığı inşaat sözleşmesinde davalıya ait arsa üzerinde bir bodrum, bir zemin üzerine beş normal ve bir çekme kat inşa edileceği ve bodrum katta bir dükkân, zemin katta bir dükkân, ikinci katın tamamı, üçüncü katın ön cepheye bakan dairesi, dördüncü beşinci katın arkaya bakan birer dairesinin arsa sahibine verileceği geriye kalan dükkân ve dairelerin yükleniciye kalacağı kararlaştırılmıştır. Ancak, inşaatın onaylı projesinde bir bodrum ve bir zemin kat üzerine bir normal kat olarak yapıla-*

hukuk anlayışına uymayan bir yasayı, bilimsel bir incelemede elbette eleştirebilir. Eleştirilirdir de. Bu onun hukuka, topluma ve insanlığa karşı görevidir. Ancak, yargılama etkinliği bilimsel etkinlik değildir. Metne titreyen ellerle yaklaşması gereken bir yargıcın yapabileceği tek şey, yasal metni, yasanın nesnel istencine göre darlaştırarak, genişleterek yorumlamak ve uygulamaktır. Revizyona uğratmak değildir. Olan hukuktan, olması gereken hukuk çıkartılamaz. Sokrates'ten bu yana bilinen ve binlerce kez vurgulanan gerçek şudur: "Yasalara, yasa oldukları için saygı gösterilir, doğru oldukları için değil." Eğer, politik güdülerle yasalar uygulanmaz ya da revizyona uğratılarak uygulanırlarsa, erkler ayrılığından ve hukukun üstünlüğünden değil, yargı ve yargıçların üstünlüğünden; demokrasiden değil, dikastokrasiden ( yargıçlar hükümetinden ) söz edilir. Yargıçlar hükümeti deyişi de, ilk kez, bu tür kaygılarla hükümler kuran yargıçların bulunduğu ülkelerde ortaya çıkmıştır. Bu yüzden gerekçesinde "iğreti tutkuların esinlenmiş yasanın korkunç sonuçlarından", "yazılı hukukun ölçü tanımaz istisna" getirdiğinden söz eden, ticari kira ile ilgili yasayı eleştiren yargı kararlarının kesinleşmesine, izin verilemez."

cağı gösterilmiş ise de; yukarıda açıklanan ek katların yüklenici tarafından sözleşme doğrultusunda yapıldığı ve taraflar arasında sözleşmeye uygun olarak paylaştırıldığı, taraflara düşen bağımsız bölümlerin teslim edildiği... tarihli ek sözleşmede belirtilmiş ve davacı yüklenicinin onaylı projesini ve iskân ruhsatını alması halinde arsanın... Payının tapuda yükleniciye devir ve temlik edileceği de ilk sözleşmede kararlaştırılmıştır. Bu durumda davacı yüklenicinin, sözleşme gereğince inşaatı tamamen yapıp bitirdiği ve davalı arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri teslim ettiği anlaşılmakta ise de; inşaatın bu haliyle henüz tasdikli projesinin yapılmadığı ve iskân ruhsatının da alınmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmeye göre, inşaatın tasdikli projesini ve iskân ruhsatını almak davacı yükleniciye aittir. Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de, yüklenici sözleşmeyle öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek TMK. md. 2'deki iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz. Ne var ki davacı yüklenici de tapu hissesinin devir ve temlikini isteyebilmesi için sözleşmede öngörülen tasdikli projeyi yaptırmak, iskân ruhsatını almak ve kat irtifakını kurmak edimlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Öyleyse mahkemece, davacı yükleniciye bu edimlerini yerine getirebilmesi için mehil verilmesi davalı iş sahibinin bu konuda davacı yükleniciye yardımcı olması ve bundan kaçındığı takdirde mahkemece davacıya mehil ile birlikte bu işlerin yapılması için yetki verilmesi, böylece sözleşmenin ifasının sağlanması verilecek uygun mehil içerisinde anılan yükümlülükler yerine getirildiği takdirde dava konusu payın davacı adına tapuya tesciline karar verilmesi, tersi durumda, yani inşaatın mevcut durumuna göre ruhsat alınmasının mümkün olmadığı anlaşıldığı takdirde, ne şekilde ruhsat alınabileceğinin belediyeden sorulması ve gerektiğinde mahallinde bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak inşaatı nasıl ruhsat alınabileceği saptanarak, davacı yükleniciye ruhsat alınabilecek hale getirmesi için mehil ve-

*rilmesine ve böylece yapılacak inceleme ve araştırma sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir (15. HD. 7.2.1995, 3473/587).*

---.---

*Kural olarak kat karşılığı inşaat ve taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinin resmi biçimde ve resmi memur önünde doğrudan [resen] düzenlenmesi gerekir. Daha açık bir deyimle tapulu taşınmazlarda yapılacak inşaat karşılığı olmak üzere belli bir payın yüklenici adına veya onun önereceği kişilere geçirilmesini öngören bağitlar iki tipli karma bir sözleşme niteliğinde olup, yüklenicinin yapı yapmak edimi belli bir şekle bağlı değil ise de, pay mülkiyetinin yüklenici üzerine veya emrine teselli koşulu, ancak resmi bir senedin düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Anılan yasanın buyurucu hükümlerine göre karşılıklı yükümlülükler resmi memurun doğrudan düzenleyeceği belgede kabul ve ikrar olunmadıkça arsa sahibinin edimini yerine getirmesi istenemez.*

*Ne var ki, olayda olduğu gibi eserin tümüne yakın bölümü tamamlanmış, bir kısım bağımsız bölümlerin oturma izni alınmış ve yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerden bazıları yüklenicinin önerisine uygun olarak üçüncü kişiler adına tapuda ferağ işlemi yerine getirilmiştir. Böylece geçersiz sözleşme ifa edilmiş olup, eksik ve kusurlu işlerle ilgili ayrıntılar (feri nitelikteki haklar), taraflar arasında uyuşmazlık konusu yapılmıştır. Bu durumda geçersiz olmakla beraber, uzun süre sözleşmenin yerine getirileceği konusundaki davranışıyla yükleniciye güven vermiş bulunan arsa sahiplerinin bundan böyle sözleşmenin geçersiz olduğu yolunda bir savunma (def'i) ileri sürmeleri, TMK'nın 2. maddesinde öngörülen objektif iyi niyet ilkesi ile bağdaşamaz. Kişisel açıdan ise, bir hakkın sırf başkasını zarara uğratmaya yönelik bir davranış olur.*

*İş sahibinin pay devri borcu ile yüklenicinin eksik ve ayıplı işlerden doğan borcunun karşılıklı olarak göz önünde tutulmaları ve birlikte ifanın gerçekleştirilmesi amaca uygun düşecektir.*

*Mahkemece yapılacak iş uzman bilirkişiler aracılığı ile yerinde inceleme yapılarak davacı yüklenicinin davalı arsa sahiplerine vermesi gereken ve uyuşmazlık konusu bulunmayan bağımsız bölümlerle, ortak yerlerde mevcut kusurlu ve eksik işleri saptamak, bunların yapıldığı tarihteki parasal değerleri biçilmek ve davalı arsa sahiplerine ait daire ve iş yerlerini düşen değerlerin tamamı ile ortak yerlerdeki noksan ve kusurlu işlerden davalıların payına düşen miktarının parasal değeri olan tazminatın davacı yükleniciden alınarak davalı arsa sahiplerine ödenmesine ve davacıya düşen dava konusu bağımsız bölümlerin davacı adına tesciline ve bunların aynı anda yerine getirilmesine karar vermektir ibarettir (15. HD. 12.11.1981, 2098/2240).*

---.---

*Yüklenicinin, eser sözleşmesi uyarınca yaptığı inşaatların bedeli olarak, bağımsız bölümler hak edebilmesi için, edimini tam olarak yerine getirmiş olması, başka bir anlatımla, binayı yapıp arsa sahiplerine teslim etmiş bulunması gerekir. Aksi halde, sözleşmenin geriye etkili feshi sonucu, daha önce avans niteliğinde yükleniciye geçirilmiş olan tapu kayıtları, somut olayda olduğu gibi, iptal edilerek, tekrar arsa sahipleri adına tescil edilir. Hatta yükleniciden, yapılmakta olan inşaatın bağımsız bölüme ilişkin arsa payı alanlar bile, bu nedenle iyi niyet savunmasında bulunamaz ve üzerlerindeki tapu kayıtlarının iptaline yasalar engel olamaz.*

*Tapu kayıtlarının her türlü takyidattan arındırılmış olarak arsa sahiplerine iadesi gerekeceğinden, davalı üçüncü kişiler yönünden de davanın kabulü ile inşaat teminat ipoteğinden sonra konulmuş olan dava konusu hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi yerine, yazılı gerekçeyle karar tesisi doğru değildir (15. HD. 30.3.1998, 406/1259).*

---.---

*Yanlar arasındaki sözleşmenin 4. maddesinde, inşaatın süresinde bitmemesi halinde aylık 300 Amerikan doları cezai şart ödeneceği, bunun 3 ay için olup, yine teslim edilmezse cezai şartın iki katı yani aylık 600 Amerikan doları olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Davacı, asıl davada 9840 ABD Doları birleşen davada 17140 ABD dolarının faiziyle alınmasını istemiş, mahkemece, her ne kadar davalı tacir sayıldığından ve iş ticari nitelikte olmakla TBK. 182/son maddesi uyarınca indirim yapılamayacağı düşünülmüşse de, döviz fiyatlarında beklenmeyen oranda ve umulmayan ölçüde aşırı artış nedeniyle TMK'nın 4. maddesi uyarınca takdir hakkı kullanılarak cezai şartın birleşen davada 10.000 ABD dolarlık kısmı hüküm altına alınmıştır. TTK. 22 ve TBK. 182/son maddeleri uyarınca tacir olan davalı şirketin cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvını gerektirecek ölçüde ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal olunabilir. Bu husus taraflar veya yargıcın öznel görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin ortalama görüşlerine göre belirlenmeli ve değerlendirilmelidir. Bununla birlikte adap ve ahlâka aykırılığın belirlenmesi bir hukuk sorunudur, bu da mahkemeye ait bir görevdir. Bu görev yerine getirilirken, iktisadi durumun tahlilinde özel bilgisi olan bilirkişiden yararlanılabilir. Somut olayda iktisaden mahvı gerektiren bir durum yoktur. TTK. md. 18/II her tacire ticaretine ait bütün etkinlik ve çalışmalarında basiretli bir işadamı gibi hareket etmek yükümlülüğünü yüklemektedir. Durumun gereğine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet savında bulunamaz (15. HD. 28.3.2002, 1188/1472).*

---.---

*Doğan bir hakkın tapu siciline şerh edilmemiş olması, varlığını ortadan kaldırmaz. Davacı belediye 8 yıl gibi uzun bir süre geçmesine karşın bu hakkı tapu siciline şerh ettirmemiştir. Zorunlu*

*gördüğü şerhi iyi niyetinin bir gereği olarak kararın alındığı 1969 yılında tapu siciline verdirebilir ya da davalı tarafından, yerine getirilmesini isteyebilirdi. Kendisinin de giderebileceği biçim eksikliğinden, sekiz yıl sonra bu dava ile yararlanmaya kalkışması iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz (1. HD. 25.12.1981, 13206/14956).*

---.---

*Bir sözleşmenin yanlar arasında bir hukuksal ilişki kuran ve sözleşmeyi, görüşmeye girişen taraflar bu ilişkide dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler (TMK. md. 2). Bu yükümlülük, sözleşmenin yapılması konusunda ciddi bir niyetle görüşmeye katılmayı gerekli kılar. Örneğin, uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi kira sözleşmesini kurmamaya kararlı olmak üzere müzakereye girişen ve teklifte (öneride) bulunan davalı Abdullah'ın eylemi dürüstlük kuralına aykırı davranış olarak nitelendirilmelidir. Buradan hareketle sözleşmenin yapılmaması yüzünden davacı İdarinin uğradığı zararların tazmin ettirilmesi gereği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere taraflar arasında kurulmuş geçerli bir kira sözleşmesi bulunmamaktadır (3. HD. 15.9.1997, 6603/8864).*

## V ) SONUÇ

Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan dürüstlük kuralını düzenleyen TMK. md. 2, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini, bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanamayacağını öngörmüştür.

Doğruluk, dürüstlük ve güven kuralı; bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, bir toplumda genellikle benimsenen ahlak anlayışına, örf ve adet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranmayı, kullanılan hakla ilgili olan başka hak sahiplerinde veya borç ilişkisinin diğer tarafında bulunanlarda varlığı olağan olan güven duygusunu zedelememeyi gerekli görür<sup>188</sup>.

Doğruluk ve güven kuralları toplumca “zorla benimsetilmiş” “kişilerin dışında oluşmuş” davranış kurallarıdır. Bunlara uygun davranılıp davranılmadığının saptanmasında, tarafların kendi anlayışlarına, kişisel düşüncelerine veya ruhsal davranışlarına bakılmaz. Çünkü doğruluk ve güven kuralları bir bakıma teamüllerin, ahlaki esasların, iş ilişkilerinde uyulan başka kuralların bir bileşkesinden başka bir şey değildir.

Doğruluk ve güven kuralları, hukuk kurallarının önemli bir tanımlayıcısı ve açıklayıcısıdır.

Doğruluk ve güven kuralları hukukun en genel ve en son değerlerine yollama yapar; hukuk kurallarının işleyişinde etik değerleri etkili kılar, bu nedenle de yasakoyucunun bir kural öngörmediği yerlerde uygulanabilir.

Yargıç sözleşmedeki boşlukları tamamlarken kendisini tarafların yerine koyarak soruna onlar açısından bakacak; sözleşmenin amacı-

188 HGK. 17.9.1997, 460/651: “Tarafların yaptığı akitte, önceden açık veya kapalı olarak koşulların olağanüstü ölçüde değişmesi işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde, adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak “akdi uyarılma” benimsenmiştir. Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır, uyarılma daima yardımcı çözüm olarak düşünülmelidir. Karar verilirken, sözleşmeye yönelik ve bağlantılı değerlendirmeler yapılmalı, özellikle tarafların farazi iradeleri yani taraflar sözleşmede açık kalmış hukuki meseleyi sözleşmenin intikadi sırasında düzenlenmiş olsalardı, doğru ve makul düşünen taraflar olarak neyi kararlaştırabileceklerinin tespitine önem verilmelidir.”

nı ve anlamını araştırarak; sözleşmecilerin anlaşmaya varamadıkları yan noktaları belirleyecek ve sözleşmedeki boşlukları doldurulacaktır; bunu yaparken, doğruluk ve güven kurallarını göz önünde tutacaktır.

Dürüstlük kuralının işlevi, yazılı hukukun eksikliklerini tamamlamak, tüm hakların sınırlarını belirlemektir.

Doğruluk ve güven ilkesi uygulanırken, yasa kuralları ihmal edilmeyecek, hukuka güven sarsılmayacak, keyfiliğe yol açılmayacaktır. Yargıç, dürüstlük kuralını, somut bir haksızlığı ve açık bir hakkaniyet ihlalini belli bir olayda önlemek için kullanacak; genel ve soyut uygulamadan kaçınacaktır.

Doğruluk kuralının uygulanmasında kesin sınırlar koymaya olanak bulunmadığından, her olayın özelliği göz önünde bulundurulacaktır<sup>189</sup>.

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan edimlerin yerine getirilmesi ve verilen sözün tutulması temel ilkedir. Bir örnek verelim: Sözleşmelerin yapılması sırasında göz önünde tutulamayan veya düşünülemeyen nedenlerden ötürü önceden öngörülemeyen koşullardaki değişimler tarafların edimlerini kısmen veya tamamen etkilemişse, sözleşmenin kuruluşta öngörülememiş yeni koşullara uydurulması gerekebilir. İşlem temelini çökmüş olduğunu kabul etmek için, edim ile karşı edim arasında katlanılmaz dengesizlik olmalıdır: Edim ve karşı edim arasındaki dengeyi bu ölçüde bozan nedenlerden ötürü eser sözleşmesinin yerine getirilmesi taraflar için çekilmez veya yıkım oluşturabilecek nitelikte ise, doğruluk ve güven kurallarının izin verdiği ölçüde, borç ilişkisi kısmen değiştirilecek veya tamamen ortadan kaldırılacaktır. Borcun yerine getirilmesini istemek ve borçluyu bu konuda zorlamak doğruluk ve güven kurallarının kabul edemeyeceği ölçüde borçlu açısından yıkım oluşturmuşsa “*clausula rebus sic stantibus*” ilkesi uygulanarak sözleşme yeni koşullara uydurulabilecektir. Böylece taraflar arasında hukuki ilişkiye yeni bir biçim verilmesi doğruluk ve güven ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olarak gerçekleştirilir. Bu gibi durumlarda doğruluk ve güven kuralları borcun yerine getirilmesinde borçlunun tutumunun değerlendirilmesine olanak veren birer dayanak oluştururlar.

---

189 İBK. 3.11.1980, 3/2.



## KAYNAKÇA

- Adnan Tuğ: Türk Özel Hukukunda Şekil, Mimoza Yayınları, Konya-1994.
- Ahmet Kılıçoğlu: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara-2005.
- Andreas von Thur: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, (Çvr. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No. 15, Ankara-1983.
- Atalay Özdemir: Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi, Turhan Kitabevi, Ankara-2004
- Aydın Aybay: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul-1984.
- Aydın Zevkliler: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ank.-1998.
- Ayhan Uçar: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayınları, Ankara-2003.
- Ayşe Arat: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin Yayınları, Ankara-2006
- Ayşe Havutçu: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir-1995.
- Baki İlkay Engin: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara-2002.
- Bilal Kartal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara-1993.
- Cafer Ergen/Veli Böke: Kaçak Yapı, Seçkin Yayınları, Ankara-2006.
- Cengiz Kostakoğlu: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul-2005.
- Cevdet İlhan Günay: Cezai Şart, Turhan Kitabevi, Ankara-2002.
- Cevdet Yavuz: Borçlar Hukuku Dersleri /Özel Hükümler, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul-2001.
- Damla Gürpınar: Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir-2006.
- Diñer Gönen: Yapım İşlerinde Fiyat Farkı Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara-1994.
- E. Dayanıklı/S. Kısa: Faiz Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.
- Efrail Aydemir: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara-2009.
- Emre Gökyayla: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009.
- Erdal Özsunar: Roma ve Türk Hukukunda Hata, Turhan Kitabevi, Ankara-2005.

- Erzan Erzurumluoğlu: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara-1970.
- Fahrettin Aral: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.
- Feyzi N. Feyzioğlu: Borçlar Hukuku, Hususi Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul-1970.
- Fikret Eren: Borçlar Hukuku, 3 Cilt, Beta Yayınları, İst-1994.
- Fikret Eren: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, AÜHFY, Ankara-1975.
- Gökhan Dirican: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2007.
- Gülşah Öztürk: İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, Ankara-1998.
- Gülşah Vardar: Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Yolu Dışında Kalan Yollarla Aşılması, Kazancı Hukuk Dergisi, sayı: 59-60, sf. 58 vd.
- Halil Akkanat: Taşeronluk Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İst.-2000.
- Halil Kalabalık: İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003
- Haluk Burcuoğlu: Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İst.-1995.
- Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul-1989.
- Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Evrim Yayınları, İstanbul-1988.
- Haluk Tandoğan: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara-1961.
- Hasan Erman: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul-2007 (Arsa Payı Karşılığı olarak geçecektir).
- Hasan Erman: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul-1979.
- Hayri Domaniç: Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. md. 105 ve Diğer Hükümler, İstanbul-1990.
- Herman Becker: Borçlar Kanunu Şerhi (Çvr. Suat Dura), Yargıtay Yayınları No. 24.
- Hüseyin Altaş: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara- 2002.
- Hüseyin Hatemi/RonaSerozan/Abdülkadir Arpacı*: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul-1992.
- Hüseyin Altaş: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara-2002.
- İbrahim Kaplan: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara-1987.
- İlhan Uluşan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, Kazancı Yayınları, İstanbul-1984.

- İlker Hasan Duman, İnşaat Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2013.
- Kemal Dayınlarlı: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Yayınları, Ankara-1988.
- Kemal Oğuzman/Kenan Tunçomağ*: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç İlişkileri, İstanbul-1974
- Köksal Kocağa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, TBB Dergisi, Kasım-Aralık 2009, sf. 86 vd.
- Köksal Kocaoğlu: Cezai Şart, Ankara 2003.
- Lütfi Dalamanlı: Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, Ankara-1971.
- Mehmet A. Tutumlu: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara-2008.
- Mehmet Altunkaya: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara-2005.
- Mehmet Karaca, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Muaz Ergezen: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara-2007.
- Muhittin Abacıoğlu: İmar Kanunu ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınları-1994
- Mustafa Dural: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul-1976.
- Naim İnan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara-1979.
- Nami Barlas: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü İstanbul-1992.
- Necip Kocayusufpaşaoğlu: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, İstanbul-1968.
- Nevzat Koç: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK. md. 58), Ankara-1990.
- Nevzat Koç: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, DEÜ Yayınları, Ankara-1992.
- Özer Seliçi: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul-1977.
- Özer Seliçi: İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul-1978.
- Sanem Aksoy Dursun: Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-20082.
- Sendi Yakuppur: Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, XII LEVHA yayınları, İstanbul 2009.

Serkan Ayan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara 2008

Seyfullah Edis: Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara-1963.

Süleyman Yalman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

Şafak Güleç: Eser Sözleşmesinin Beklenmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Şener Akyol: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul-1995.

Tamer İnan: Borca Aykırılık ve Sonuçları, Kazancı Yayınları, İstanbul-2004.

Tekinay/Akman/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul-1993.

Turan Şahin: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara 2012

Turgut Akıntürk: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler/Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul-2001.

Turgut Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul-2000.

Turgut Öz: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınları, Ankara-2006.

Turgut Öz: İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul-1989.

Turgut Öz: Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul-1990.

Turgut Uygur: Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. V, Ankara-1995.

Türker Yalçınduran: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara-2000.

Vedat Buz: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin yayınları, Ankara-1998.

Veysel Başpınar: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara-2004.

Yasemin Işıқтаç: Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet, Filiz Kitabevi İstanbul-2004.

Zarife Şenocak: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara-1995.

Zarife Şenocak: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara-2002.

## YAZARIN YAYIMLANMIŞ ÇALIŞMALARI

### A. KİTAPLAR

- Karşılaştırmalı Türk Anayasa Hukuku (İstanbul - 1985)
- Anayasa Sözlüğü (İstanbul - 1996)
- Cumhuriyet ve Nitelikleri (İstanbul - 1996)
- Hukuk Devleti (İstanbul - 1997)(İstanbul-2004)
- 82 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet (İstanbul - 1997)
- Sosyal Devlet (İstanbul - 1997)
- 82 Anayasasında Cumhurbaşkanı (İstanbul - 1997)
- Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (İstanbul 2005)
- İnşaat Hukuku (1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul-2006; 2., 3., 4. ,5. ve E 6. Baskı, Seçkin Yayınları).
- 100 Soruda İnşaat Hukukuna Giriş (İstanbul Barosu Yayını, İstanbul-2011).
- İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kurallarının Önemi, İBY, İstanbul-2013.
- İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusurun Önemi, İBY, İstanbul-2013.

### B. SÜRELİ YAYINLAR

“YENİ ADALET DERGİSİ”  
(Yargı ve Hukuk Dergisi)

### C. MAKALELER

#### Yargıtay Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

1. Kamu Görevlilerinin Giderim Sorumluluğu, Ocak - Nisan 1988.
2. Yargıçlık Üstüne, Ocak 1985.
3. Kanunsuz Emir, Ocak - Nisan 1987.
4. “Genel Ahlakın Korunması Gerekçesiyle Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, Temmuz 1999.

**Terazi Hukuk Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

5. İnşaat Hukuku Sorunlarında Şerhlerin Kaldırılması, Ekim 2011, sf. 49 vd.

**Adalet Bakanlığı Adalet Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

6. Hukuk Mahkemelerinde Tarafların Sorgusu, Haziran 1985.
7. Tanıklık, Temmuz 1984.

**Bursa Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

8. Kamu Düzeni Gereğiyle İnsan Haklarının Sınırlanması, 1999/3.
9. Batı Demokrasisi, 1999/7.

**Antalya Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

10. Yasa Devleti- Hukuk Devleti, 1997/6.
11. Yasa Gücünde Kararname, Ocak 1998.
12. Yayımlanmamış Yasa Olur mu, 1998/10.
13. Erzurum Kongresi, 1999/10.
14. Atatürk: "Devrim Savcıları", 200/7.
15. Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu, 2000/10.
16. Yasayı Eleştirmek Suçu, 2001/1.
17. İşkencenin Önlenmesinde Hekimlerin Rolü,. 2001/2.
18. Milli Güvenlik Kurulu, 2001/3.
19. Sade Vatandaş Anayasa Mahkemesinde Doğrudan Dava Açabilmelidir, 1992/9.

**Denetim Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

20. Memurların Anayasaya Bağlılık Borcu, s.31.
21. Demokratik Toplum Düzeni, s. 44.
22. Memurların Disiplin İlkeleri ve Güvencesi, s.22.
23. Çağdaş Hukuk, s.34.

**Manisa Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

24. Bilirkişi Raporlarının Mahkemelerin Bağımsızlığına Etkisi, s.19.
25. Dilekçe Hakkı, s.18.
26. Cevap ve Düzeltme Hakkı, s. 21.

**Yeni Adalet Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

27. Silahlı Kuvvetleri Kullanma Yetkisi, s. 1990/9.
28. Atatürk'ün Vasiyeti, s.1991/6.
29. Tutuklama Hastalığı, s. 1990/9.
30. Atatürk Devrimlerinin Yasa ile Korunması, s.1991/1.
31. Anayasaya Uygunluk Denetiminde Mahkemelerin Etkinliği, s.13.
32. YÜCE DİVAN, s.991/3.

**Ankara Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

33. Her Şey Çocuklar İçin, 1999/2-3.
34. Avukatların Reklam Yasağı. 1992/3.

**Yeni Türkiye Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

35. Hakem Mahkemeleri, s.10.

**Barolar Birliği Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

36. Türk Yurttaşlığının Anayasal Çerçevesi, 2001/3.
37. Devletin Ulusu ve Bölünmez Bütünlüğü ve Bu Gerekçe ile Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, 2001/2.
38. Anlatım Özgürlüğü, 1999/2.
39. "Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde" Kanunlar Yetkili Kılınan Merciin Emriyle Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, 1999/3.
40. Anayasa Mahkemesi Üyeliği Profili, 2000/3.
41. "Halkı Birbirine Düşürmek" Suçu, 2001/1.
42. Azınlık Hakları ve Lozan Anlaşması, Mart-Nisan 2005, sf. 307.

43. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu, Eylül-Ekim 2011, sf. 403 vd.
44. Yükleniciden Cebri İcra Yoluyla Bağımsız Bölüm Kazanan Kişinin İyi Niyetinin Korunması, Ocak-Şubat 2012, sf. 411 vd.
45. İnşaatın Yasallık Kazanması İçin Mahkemenin Tarafalara Süre ve Yetki Vermesi, Temmuz-Ağustos 2013, sf. 455 vd.

#### **İstanbul Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:**

46. Savcının Müzakereye Katılması, Ekim 1983.
47. Atatürk İlkeleri ve Hukuk Devrimi, .1981/10.
48. Hukuk Yargılaması Sorunları, 1983/7.
49. Siyasi Parti Özgürlüğü, Eylül 1998.
50. Tutuklu Hakları-Hukuk Devleti, 1999/4.
51. Anayasa Mahkemesinin Vazgeçilmezliği, Şubat 2006, sf. 615 vd.
52. Sözleşme İle Sorumluluktan Kurtulma (Sorumsuzluk Anlaşması), Eylül-Ekim 2011, sf. 243 vd.
53. Yükleniciden Alacağı Bulunan Üçüncü Kişinin Arsa Sahibi Aleyhine Tapu İptal ve Tescil Davası Açması, Mart-Nisan 2012, sf. 248.
54. Binalarda Yapım ve Bakım Eksikliğinden Sorumluluk, Mart-Nisan 2013, sf. 224.
55. İnşaat Devam Ederken Yürürlüğe Giren Yeni İmar Planında Kat Sayısının Azaltılması, Yükleniciye Paylaşımın Yeniden Yapılmasını İsteme Hakkı Verir mi?, Temmuz-Ağustos 2013, sf. 115 vd.



