

KARAR İNCELEMESİ : KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Yrd. Doç. Dr. Hasan ERMAN

Bu incelememizde YHGK. nun 9.6.1982 tarih ve E. 1979/15-1613, K. 1982/565 sayılı kararı¹ hakkında görüşlerimizi belirtmek istiyoruz.

I. OLAY

Taraflar arasında haricen yapılan ve imzaları Hatay 1. Noterliğince onanmış 18.5.1973 tarihli sözleşmede, davalı müteahhidin davacı arsasına yapacağı apartmanın sözleşmede belirlenen 5 dairesini en geç Aralık 1974 tarihine kadar tamamlayıp davacıya teslim edeceği, buna karşılık davacı arsa sahibi de kendisine verilecek daireler dışındaki bağımsız bölümlere ilişkin arsa payının mülkiyetini davalı müteahhide geçireceği öngörülmüştür.

Sözleşmede belirlenen sürenin dolmasına rağmen, davalının inşaatı tamamlamadığı, 1.020.423,45 liralık iş yapıp inşaatın kaba kısmını bitirdiği saptanmıştır. Davacı arsa sahibi 14.12.1976 tarihli ihtarname ile, sözleşmeden döndüğünü davalıya bildirmiş ve açtığı dava ile aralarında yapılan arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesi uyarınca davalı müteahhidin üstlendiği edimi yerine getirmedeğini ileri sürerek sözleşmenin feshine karar verilmesini istemiştir.

II. YARGI MERCİLERİNİN ÇÖZÜMÜ

1 — Yerel mahkeme :

Davaya bakan Hatay 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 28.6.1978 tarih ve E. 25, K. 309 sayılı kararı ile istek doğrultusunda davanın ka-

1) Bu karar Yargıtay Kararlar Dergisi, C. 8, Ekim 1982, Sayı 10 s. 1382-1394'de yayınlanmıştır.

bulü ile BK. 358 uyarınca sözleşmenin feshine karar vermiştir. Davalının kararı temyiz etmesi sonucu verilen bozma kararı üzerine de eski kararında direnmiştir.

2 — Yargıtay Hukuk Dairesi :

Davalı vekilinin kararı temyiz etmesi üzerine dosyayı inceleyen Yarg. 15. HD. 8.2.1979 tarih ve E. 2333, K. 221 sayılı kararı ile mahkemenin kararını şu gerekçelerle bozmuştur:

a) Eser (istisna) sözleşmesinde erken dönmenin gereklerini saptayan BK. 358'in olayda uygulanması görüşünün yasal dayanağı yoktur. Anılan yasa hükmü, müteahhit işe zamanında başlamaz veya sözleşme gereklerine aykırı olarak işi geciktirir ya da iş sahibinin davranışından ileri gelmeyen gecikme, bütün oranlamalara rağmen müteahhidin eseri kararlaştırılan zamanda bitirmesine engel olacak ölçüde bulunursa, iş sahibinin teslim için belirlenen zamanı beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebileceğini öngörür. Oysa, dava konusu olayda, inşaatın bitim günü diye kararlaştırılan Aralık 1974 günü dolmuş, inşaat tamamlanmamış, böylelikle borçlu temerrüdü gerçekleşmiştir. Görülüyor ki, burada erken dönmeyi kapsayan BK. 358/1'in uygulanması asla söz konusu olamaz.

b) Tam iki yanlı sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını belirleyen BK. 106 uyarınca alacaklıya tanınan seçimlik haklardan biri de sözleşmeden dönmeye ilişkindir. Kural olarak, bu yasa hükmü, istisna sözleşmesi yönünden de uygulama alanı bulur. Ne var ki, iş sahibinin arsasında meydana getirilmiş eserler açısından... sözleşmeden dönme hakkının BK. 360/3 çevresinde sınırlandırıldığının kabulü gerekir. Öyle ki, iş sahibinin arsasında yapılan inşaatın kaldırılması müteahhit için aşırı bir zarar doğuracaksa, bu durumda dönmeye yer yoktur. Dava konusu olayda, davalı müteahhit davacının arsasında inşaat yapmış, kaba kısmı tamamlanmıştır ki, işin değeri 1.020.423 liradır. Burada davalının temerrüde düşmesi, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için yeterli değildir... Öte yandan, sözleşmeden dönmede, BK. 108 uyarınca, yanların birbirlerine verdiklerini aynen geri istemeleri, iş sahibinin arsasına yapılan inşaatın yıkılması sonucunu doğurur ki, yasa koyucu, istisna sözleşmesinde, yıkılmanın müteahhit yönünden aşırı zarar doğurması durumunda aynen geri

vermenin adaletsizliğini gözönünde tutarak, bu koşulun gerçekleşmesiyle sözleşmeden dönme olanağını iş sahibine tanımamıştır.

3 -- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu :

YHGK. ise 9.6.1982 tarih ve E. 979/15-1613, K. 982/565 sayılı kararında tamamen değişik bir yönden olayı incelemiş ve taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorunu üzerinde durarak şu sonuca varmıştır:

a) ... Görülüyor ki, davalının edimi istisna sözleşmesinin; davacının karşı edimi ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece, taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat yapımı) diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır.

b) Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. O halde, davalının yüklendiği yapı yapma edimi için, BK. nun bu tip sözleşmeyi düzenleyen (355 ve bunu izleyen) maddelerinin uygulanmasına karşılık, davacının arsa payı mülkiyetini davalıya devir borcu yönünden, satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır. (MK. 634, BK. 213, Tapu K. 26, Noterlik K. 60).

c) Hal böyle olunca da, davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya devir borcu için, yasalar da öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır... Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Çünkü burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle ki, gerek mahkeme ve gerekse Yargıtayca doğrudan doğruya gözönünde tutulur.

d) Temyize konu olan olayda, taraflar arasında kurulan ... sözleşme, noterlikçe resen düzenlenmemiş: taraflarca dışarıda yazılıp imzaları Hatay 1. Noterliğince onanmıştır. O halde, az yukarıda yapılan açıklamalara göre, anılan sözleşme hukuken geçerli değildir. Oysa davacının borca aykırılık nedeniyle fesih isteyebilmesi, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmuş olmasına bağlıdır ... Bu nedenle davanın reddine karar verilmeliydi.

e) Öte yandan, olayımızda sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar da taraflarca tamamen yerine getirilmiş değildir. Hal böyle olunca, MK. 2'de ifadesini bulan afaki iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural, ancak, sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir.

4 — Karşı oy yazıları :

Söz konusu YHGK. kararı hakkında görüşümüzü belirtmeden önce, karara muhalif olan üyelerin karşı oy yazılarını da özetlemekte yarar görmekteyiz:

a) *Yargıtay 11. HD. Başkanı İsmail Doğanay'ın karşı oy yazısı*:

aa) BK. 213'te hükme bağlanmış olan gayrimenkûl satış akdi resmi şekle bağlanmamış ve fakat akit hükümleri -dava konusu olayda olduğu gibi- taraflarca kısmen veya tamamen yerine getirilmiş ise, işte o zaman taraflardan birinin resmi şekil noksanlığını beyan etmek suretiyle, kendisinin, o sözleşme ile müzlem tutulamayacağını ileri sürmesi hali, MK. 2'de yer alan objektif iyiniyet kuraları ile bağdaşmaz...

bb) ... Buradaki hükümsüzlük 3. kişileri korumaktan daha çok, sadece tarafları korumak gayesini gütmektedir. Bu itibarla, gayrimenkûl satış akdinin noter tarafından resen düzenlenmemiş olması hali, mutlak butlan sebebi değil, nisbi butlan sebebi olduğu için, hâkim tarafından resen nazarı itibare alınamaz ve ilgililerden birinin bunu ileri sürmesi gerekir...

cc) ...Davalı müteahhit taahhüt ettiği inşaatın % 50'ye yakın bir bölümünü inşa ettiğine göre, artık bundan sonra ne taraflar ve ne de YHGK. (yani hâkim) söz konusu sözleşmenin resmi şekil şartına riayet edilerek yapılmadığı nedeniyle geçersizliğini ileri sürebilir. 3. kişilerin de şekil noksanlığını ileri sürme hakları yoktur. Bu hak münhasıran sözleşmenin taraflarına aittir. Binaenaleyh, taraflardan birisi nisbi butlanı ileri sürmedikçe, sözleşme geçerliliğini korur. Taraflardan birisi geçersizlik iddiasını ileri sürerse, ancak o zaman, sözleşme geriye yürürlü bir biçimde hükümsüz hale gelir. Şayet sözleş-

2) Kararı özel hukuk yönünden incelediğimizden, usul hukuku yönünden yapılan eleştirileri atlamış bulunuyoruz.

me -kısmen veya tamamen- yerine getirilmiş ise, o zaman da, taraflardan birinin geçersizlik iddiasında bulunması hali hakkın suistimalini teşkil eder...

b) Yargıtay 11. HD. Üyesi Yavuz Okçuoğlu'nun karşı oy yazısı:

aa) ... Karma sözleşmelere, içerdiği sözleşme türlerinden hangisine ait hükümler uygulanacaktır veya tamamıyla ayrı hükümlerin mi uygulanması gerekecektir sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda çeşitli nazariyeler mevcut olmakla beraber Türk öğretisinde yaratma (kıyas) nazariyesinin benimsendiği anlaşılmaktadır... Bu yüzden hâkim, karma akdin gayesini ve tarafların karşılıklı menfaatlerini adilâne bir şekilde nasıl bağdaştırabileceğini gözönünde tutarak karma akdin unsurlarının ait olduğu tiplere dair hükümleri kıyasen karma akde tatbik etmeli, icabında bir tipe ait çözüm yolunu tercih eylemeli yahut çeşitli unsurlara ait hükümlerin hepsini bir tarafa bırakarak borçlar hukukunun genel esaslarını uygulama yoluna gitmeli, böylece bir sonuca varmak mümkün değilse örf ve âdet hukukuna başvurmalı, bundan da bir sonuç çıkaramazsa kendisi kanun koyucu imiş gibi bir kural koymalıdır. Bu nazariye MK. 1'deki esaslara da uygundur... YHGK.nun... kabul biçim, yukarıda belirttiğimiz Türk öğretisinde benimsenen yaratma (kıyas) nazariyesine aykırı olarak, birleştirme (tertip) nazariyesinin benimsenmesi sonucunu doğurduktan başka, sözleşme tiplerinin basit bir toplamından ibaret bulunmayan, bunların bir sentezinden ibaret olan karma akdin tarif edilen niteliğine ve ayrıca Türk hukuk sistemine de aykırıdır.

bb) ... BK. 18 hükmü ve dolayısıyla objektif yorum esası gözönüne alınarak arsa karşılığı inşaat yapma (eser) sözleşmesinin tümü ve memleketimizdeki uygulaması gözönüne alındığında, eseri meydana getiren müteahhitlerin % 99'unun gerçek amaçlarının karşı edim olarak arsa payı veya daire almak olmadığı gözlenir... Müteahhidin ivaz olarak arzu ettiği, daireler değil, dairelerin satış bedelidir, yani paradır. O halde, bu cins sözleşmelerde iş sahibinin borcunu taşınmazın mülkiyetinin devri olarak kabul etmek ve bînetice bunu şekle bağlamak ve şekil yerine getirilmeyince de sözleşmeyi geçersiz saymak doğru değildir.

cc) Kaldı ki, bir an için karşı edimi oluşturan arsa payı veya dairelerin devrine ilişkin iş sahibine ait borç, şekil noksanlığı se-

bebiyle geçersiz olarak kabul edilse dahi, bu, eser sözleşmenin tümünün geçersizliğini gerektirmez... Bu durumda bedeli önceden kararlaştırılmamış ve fakat geçerli bir eser sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir...

c) *Yargıtay 11. HD. Üyesi İrfan Dönmez'in karşı oy yazısı:*

aa) ... Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tarafların amacı doğrultusunda yorumlandığında, tarafların karşılıklı istek ve iradeleri, taşınmaz alım satımını hedef almayı, aslında arsa üzerinde kat karşılığı bina yapılması, inşaatın müteahhit tarafından tamamlanması halinde binanın dairelerinden bir kısmının arsa sahibine teslimi ve geri kalanın da müteahhit tarafından başkalarına satılarak kazanç sağlanması amacına yönelik bulunmaktadır... Böyle olunca bu sözleşmeyi aynı zamanda taşınmazın satış vadi veya satış olarak kabule ve şekil şartı aranmaya da imkân yoktur. Bu şartlı bir sözleşmedir ve aslolan inşaatın yapılması ve her iki tarafın bundan yararlanmasıdır.

bb) Müteahhit edimini yerine getirdiği halde arsa sahibi edimini yerine getirecek ve taşınmazın satış vaadi veya satışı yoluna gidecek ve ancak o zaman bu son muamelede elbette şekil şartı aranacaktır. Fakat, müteahhit temerrüde düştüğü halde ve inşaat yarıya geldikten sonra arsa sahibine karşı (aramızdaki sözleşme zaten geçersizdi, hiçbir suretle sorumlu değilim) diyemez ve geçersizliğini ileri sürdüğü böyle bir sözleşmeye dayanarak aylarca inşaata devam etmiş olması da hiçbir şekilde MK. 2'ye, yani iyiniyet kurallarına uygun düşmez.

III. OLAYIN ÇÖZÜMÜ

Görüldüğü gibi, söz konusu olayda yargı organının çeşitli kademeleri birbirinden tamamen farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Bu nedenle, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini ve bunun sonuçlarını belirtmek ve böylece bir çözüme varmak gerekir.

1 — Sözleşmenin hukukî niteliği :

Olaya konu olan 18.5.1973 tarihli sözleşmeye göre, müteahhit iş sahibinin arsası üzerine bir bina inşa edecek ve bu binanın 5 dai-

resini arsa sahibine Aralık 1974 tarihine kadar teslim edecek, buna karşılık arsa sahibi de kendisine teslim edilecek daireler dışındaki bağımsız bölümlere isabet edecek arsa payının mülkiyetini müteahhide devredecektir.

Uygulamada çok rastlanan bu tür sözleşmeler, tarafların karşılıklı edimleri gözönüne alınarak, karma sözleşme niteliği taşımaktadır. "Arsa payı karşılığı kat yapımı" denilen bu sözleşmelerde, müteahhidin edimi belirli katların yapımı ve teslimidir. Bu nedenle istisna (eser) sözleşmesi niteliğindedir. Buna karşılık arsa sahibi ise, mâliki bulunduğu arsanın kararlaştırılan belirli paylarını müteahhide devretmekle yükümlüdür: bu nedenle de bir taşınmaz satım vaadi veya satımı sözleşmesi söz konusudur³.

Bunun sonucu olarak, kural olarak, bu karma sözleşmeye tarafların yükümlendikleri edimlere özgü kurallar doğrudan uygulanır. Ancak, uygulanan değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar arasında çatışma olduğu takdirde, hakkaniyete uygun şekilde hareket edilir; yani tarafların karşılıklı menfaatlerine göre uygun olan çözüme varılır⁴.

Demek ki, arsa payı karşılığı kat yapımı, müteahhidin kendi malzemesi ile bina yapmayı üstlenmesine karşı, arsa sahibinin arsanın bir bölümünün mülkiyetini müteahhide geçirmesidir⁵.

Bu tanımdan çıkan sonuç şu olmaktadır: arsa mâlikinin edimini yerine getirmesi, yani arsanın bir bölümünün mülkiyetini müteahhide geçirmesi, tapu memuru önünde resmi senedin düzenlenmesi ve tescil ile sağlanabilir. Buna karşılık, müteahhidin binayı yapmak ve belirlenen katları arsa sahibine teslim etmek borcunun yerine getirilmesi için herhangi bir şekil şartına gerek bulunmamaktadır.

2 — Sözleşmenin şekli :

YHGK. kararında kabul edilen görüşe göre, "arsa payı karşılığı kat yapımı" sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunludur. Çün-

3) ERMAN, H., İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller - BK. 365/2 (Doktora tezi), İstanbul 1979, s. 23; KARAHASAN M.R., Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975, s. 1074; SELİÇİ Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 11.

4) Yarg. 15. HD., 12.2.1974 tarih ve E. 26, K. 111 sayılı kararı (YKD. 1975, s. 104).

5) KARAHASAN M.R., a.g.e., s. 1125.

kü, müteahhidin eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, arsa sahibinin pay mülkiyetini devir borcu için, kanunda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı şarttır. Olaya konu olan sözleşme, resmi şekilde yapılmadığından, sözleşme tümü ile geçersizdir ve tarafları bağlamaz⁶.

Bu görüş kabul edilecek olursa, resmi şekilde yapılmayan "arsa payı karşılığı kat yapımı" sözleşmeleri şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olacak ve bunun sonucu olarak, sözleşme başlangıçtan beri geçersiz olduğundan, taraflar verdiklerini geri alacaklardır. Oysa, sürekli bir borç ilişkisi meydana getiren istisna sözleşmelerinde⁷, sözleşmenin başlangıçtan beri geçersiz sayılması hakkaniyete uygun düşmediği gibi, uygulama bakımından da zorluklar yaratacaktır. Çünkü, o zamana kadar yerine getirilmiş edimlerin bir kalemde silinip atılması ve tarafların sözleşme öncesi durumlarına getirilmesi adalet duygusunu zedelediği gibi, çoğu kez yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi de olanaksızdır.

YHGK. sözleşmeyi geçersiz saymakla, bu sözleşmenin geçerliliğine inanarak bir kısım edimlerini yerine getirmiş olan müteahhide sadece o zamana kadar yerine getirdiği edimleri geri istemek imkanı tanımaktadır. Oysa, olaydan anlaşıldığına göre, sözleşmede öngörülen süre geçirilmiş olsa bile, inşaatın % 50'si bitirilmiş durumdadır. İş sahibi bakımından da inşaatın tamamlanması, onun yıkılarak arsanın yeni bir müteahhide verilmesi ve yeniden inşasından gerek zaman açısından gerek maddi yönden daha elverişli olacaktır.

Oysa, bu tür sözleşmelerde, yukarıda da belirttiğimiz gibi, gerek istisna sözleşmesinin gerekse satım sözleşmesinin unsurları bulunmaktadır. Bu durum karşısında şekil yönünden sözleşmenin geçerliliği için bu sözleşmelerden yalnızca birini gözönüne almak uy-

6) Doktrinde de bu görüşte olan hukukçular vardır. Tunçomağ bu konuda şöyle demektedir: "Satımı teşkil eden kısmın geçerli olması için resmî şekilde yapılması gerekli ve geçerli bir satım bulunmadıkça tarafların amaçlarına ulaşabilmeleri olanaksız olduğundan, sözleşmenin tamamen resmî şekilde yapılması gerekir" (TUNÇOMAĞ K., Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 504).

7) Bu konuda doktrindeki tartışmalar için bk. ERMAN H., a.g.e., s. 9-11. Ayrıca, YİBBGK. nun 25.1.1984 tarih ve E. 983/3, K. 984/1 sayılı kararı için bk. RG. 27.2.1984 - 18325 sayı. Bu İçtihadı Birleştirme Kararı hakkındahi görüşlerimiz için bk. ERMAN H., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, İBD. Cilt 58, Sayı 4-5-6, Nisan-Mayıs-Haziran 1984, s. 209-223.

gun olmaz. Karma nitelikteki bu sözleşmeye⁸, kural olarak, kendisini oluşturan sözleşme türlerinin hükümleri uygulanır. Ancak, bu kurallar arasında bir çatışma söz konusu olduğu takdirde tarafların karşılıklı menfaatleri gözönüne alınarak hakkaniyete uygun olan bir çözüme varmak gerekir.

Olayda, iş sahibinin edimini içeren satım sözleşmesi resmi şekilde yapılmadığından, bunun sonucu olarak müteahhit kararlaştırılan arsa payının mülkiyetini üzerine geçirtemeyecektir⁹. Ancak, burada BK. 18 uyarınca, tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekir. Bu tür sözleşmelerde müteahhidin gerçek amacı belirlenen arsa paylarının mülkiyetini üzerine almak değil, fakat bunların satışından elde edilecek para olmaktadır. Bu nedenle, bizce, bu durumda sözleşmede kararlaştırılan arsa payı paraya dönüştürülerek, bu bedelin eserin karşılığı olduğu sonucuna varmak uygun olur¹⁰. Olayda tarafların karşılıklı iradeleri yorumlandığında, müteahhidin meydana getirdiği eserin karşılığı olarak kendisine devredilecek arsa payına düşen daireleri değil, fakat bunların satışından elde edi-

-
- 8) Karma sözleşmeler konusunda fazla bilgi için bk. KUNTALP E., Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- 9) Ancak, şekil eksikliği bulunan ve buna rağmen yerine getirilen sözleşmenin, şekil bozukluğu nedeniyle hükümsüz olduğunu taraflardan birinin ileri sürmesi halinde, bu iddianın hakkın kötüye kullanılması durumunu doğurup doğurmayacağı mahkemece re'sen incelenmek gerekir ve hakkın kötüye kullanılması hali varsa, yerine getirilen sözleşmenin hükümsüzlüğü iddiasının reddine karar vermek gerekir. Bu husus gerek Türkiye Yargıtayı, gerek İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Bk. YHGK., 11.3.1953 tarih ve E. 2, K. 9 sayılı (TİK. 1953/7, s. 204); YHGK., 2.11.1955 tarih ve E. 2/42. K. 50 sayılı (ÖMERBAŞ L./ÇETİNTAŞ S., Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları, 1955 - 1959, C. III, Ankara 1960, s. 249); YHGK., 11.1.1964 tarih ve E. 2/953, K. 640 sayılı (AD. 1965, s. 943); YHGK. 24.4.1968 tarih ve E. 966/2-583, K. 278 sayılı (İKİD. 1968/8, s. 6236) kararlar. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için Bk. JdT 1946 I 386; 1953 I 239; 1961 I 559; 1964 I 566; 1967 I 341.
- 10) Hukukî muamelelerin tahvil yolu ile geçerli sayılması konusunda ayrıntılı bilgi için bk. KANETİ S., Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi "Tahvili", İstanbul 1972, s. 226 vd.; SUNGURBEY İ., Medenî Hukuk Sorunları, C. I, İstanbul 1973, s. 18-52.

lecek satış bedelini istediği ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin yapıldığı zamanda, inşa edilecek binanın belirlenen payının değeri önceden belli olmadığı için de, ortada taraflar arasında takribi ücretle yapılmış bir istisna sözleşmesi var demektir¹¹. Eser karşılığı olan ücret, BK. 366 uyarınca yapılan binanın belirlenen payının tesbit edilecek değerine ve müteahhidin yaptığı harcamalara göre saptanmak gerekir¹². Olaya konu olan sözleşmeyi istisna sözleşmesi olarak ve müteahhidin meydana getireceği eserin karşılığını yapılacak binanın belirlenen dairelerinin satış bedeli olarak kabul ettiğimiz takdirde, istisna sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmaması nedeniyle, sözleşmeyi geçerli saymak mümkün olacaktır¹³.

-
- 11) İstisna sözleşmelerinde ücretin saptanma şekilleri konusunda bilgi için bk. ERMAN H., a.g.e., s. 59 vd.
- 12) ERMAN H., a.g.e., s. 24. Yarg 15. HD., 1.10.1974 tarih ve E. 1030, K. 906 sayılı kararda da resmî şekilde düzenlenmemiş "arsa payı karşılığı kat yapımı" sözleşmeleri hakkında aynı sonuca varılmıştır. (Bu kararın tam metni için bk. KARAHASAN M.R., a.g.e., s. 1140-1141 veya 1153-1154).
- 13) Burada şu hususu da ayrıca belirtelim ki, eğer sözleşme iş sahibinin edimi gözönüne alınarak taşınmaz satımı olarak kabul edilirse ve sözleşme resmî şekilde yapılmamışsa, Yargıtay 11. HD. Başkanı İsmail Doğanay'ın buradaki şekil eksikliğini nisbî butlan olarak nitelendirmesi görüşüne iştirak etmemekteyiz. Bu konuda şekil eksikliğinin nisbî butlan sonucu doğurduğunu ve bu nedenle ancak taraflarca ileri sürülebileceğini, mahkemece re'sen gözönüne alınamayacağını kabul eden hukukçular mevcuttur. (AKİPEK J., Türk Eşya Hukuku, 2. Kitap, Ankara 1973, s. 107-108; KARTAL B., "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi —III—", Yargıtay Dergisi, C. 9, Ekim 1983, Sayı 4, s. 560 vd.; TANDOĞAN H., "Les Problèmes Concernant la Forme de la Vente Immobilière en Droit Turc", La Forme dans les Actes Juridiques, Travaux de la 5ème Semaine Juridique Turco - Suisse, Journées d'Istanbul, İstanbul 1976, s. 233 vd.; SCHÖNLE, "L'Inobservation de la Forme Authentique dans le Vente Immobilière", La Forme dans les Actes Juridiques, Tra. 5. Sem. Jud. Turco - Suisse, s. 207 vd.).

Oysa, BK. 11/2 şekil eksikliğinin yasal sonucunu göstermiş bulunmaktadır. Kanunda öngörülen şekil şartına uyulmamışsa, yapılan sözleşme hükümsüzdür ve bu husus taraflarca ileri sürülmemiş dahi olsa mahkemece re'sen gözönüne alınır. (TUNÇOMAĞ K., Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hüküm-

3 — Borçlunun temerrüdü :

Olaydaki sözleşmeyi takribi ücretle yapılmış bir istisna sözleşmesi olarak nitelendirince, müteahhidin sözleşmede belirtilen süre içinde edimini yerine getirmemesi halinde, gerekli şartlar yerine getirilmek koşuluyla, borçlu temerrüdü meydana gelmektedir.

Bilindiği gibi, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları BK. 106 uyarınca düzenlenmiştir. Bu maddede alacaklıya tanınan üç seçimlik haktan biri de sözleşmeden dönmeyle ilişkindir. Buna göre, alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmek koşulu ile sözleşmeden dönebilir. Bunun sonucu olarak da, taraflar arasındaki sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve bu nedenle yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi söz konusu olmaktadır¹⁴.

Oysa, sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kalkması gerek tarafların menfaati, gerek uygulama zorluğu ve gerekse adalet duygusu bakımından yerinde olmamaktadır¹⁵. Bu nedenle, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde,

ler, İstanbul 1976, s. 236; TEKİNAY S.S., Borçlar Hukuku, 4. Bası İstanbul 1979, s. 111; FEYZİOĞLU F.N., Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, C. I. 2. Bası, İstanbul 1976, s. 307 ve 341; REİSOĞLU S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 1983, s. 37); YİBK. 12.4.1944 tarih ve E. 14, K. 13 sayılı karar için bk. RG. 5765; İsviçre Federal Mahkemesinin kararı için bk. JdT 1979 I 18.

- 14) Bazı hukukçular sözleşmeden dönme halinde yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesinin mevcut borç ilişkisine dayandığını, bu borç ilişkisinin sona ermeyip muhtevasının değiştiğini kabul etmektedirler. (SELİÇİ Ö., Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1972, s. 210; SEROZAN R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1973, s. 121).
- 15) Tarafların menfaatine aykırıdır, çünkü sürekli borç ilişkilerinde yerine getirilmiş olan edimlerin varlıklarını koruyacakları hakkında güven duygusu en önemli etkidir. Taraflar, sözleşme süresince yerine getirdikleri edimlerin geçerliliği konusunda emin olamadıkları takdirde, bu tür süreli sözleşmeleri yapmaktan kaçınacaklardır. Bu nedenle, Roma Hukukundan gelen "quieta non movere - olanın olduğu gibi korunması" prensibi, sürekli sözleşmelerde esas kuraldır. Diğer taraftan, uygulama bakımından da zorluklarla karşılaşılacaktır. Çoğu kez, yerine getirilmiş

sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran dönme sonucu kural olarak uygulanmaz. Dönme ani edimli sözleşmelerde geçerli olmaktadır. Sürekli sözleşmelerde ise yalnız ifa safhasına geçilmeden önce dönme söz konusu olabilir.

Bu açıklamalardan çıkan sonuca göre, sürekli sözleşmelerde kural olarak sözleşmenin feshi sonucu ortaya çıkmaktadır. Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye doğru sona erdiren (ex nunc), bir bozucu yenilik doğuran hak ya da işlemdir. Bu nedenle, feshe kadar yapılmış olan işlemler, yerine getirilmiş edimler varlıklarını korumakta ve geçerli olarak kalmaktadırlar^{16, 17}.

Biz, istisna sözleşmesinin sürekli sözleşmelerden sayılması gerektiği kanısında olduğumuzdan, bu tür sözleşmelerde kural olarak sözleşmeden dönme sonucunun değil, fesih sonucunun gerçek-

edimlerin geri verilmesi olanaksızdır; böyle bir imkân olsa bile, edimlerin geri verilmesini istemek özellikle ekonomik bakımdan yetersiz kalmakta ve birçok hesap işlerini gerektirdiğinden oldukça zorlaşmakta, Federal Mahkemenin de belirttiği gibi (JdT 1952 I 495), "pratik bakımdan doyurucu olmayan sonuçlar doğurmaktadır". Ayrıca, hakkaniyet de bu sonucu gerektirmektedir. Çünkü taraflar o zamana kadar edimlerini tam bir sadakatla yerine getirmişlerdir. Bundan sonra, tüm bu yapılanları bir kalemde silip atmak ve tarafları sözleşme öncesi durumlarına getirmek adalet duygusunu zedelemektedir. Sürekli bir borç ilişkisinin geriye etkili olarak (ex tunc) sona erdiğini kabul etmek bu bakımdan uygun değildir. (ERMAN H., a.g.e., s. 104-105).

- 16) Fesih ile dönme arasındaki farklar için bk. ERMAN H., a.g.e., s. 104 vd.; l'HUILLIER L., La Notion du Droit Formateur en Droit Privé Suisse, Genève 1947, s. 164 vd.; l'HUILLIER L., Droit Formateur (FJ. 15.3.1948, No. 862).
- 17) Yargıtayımızın bu sonucu kabul eden kararları mevcuttur. YHGK. 16.1.1971 tarih ve E. 969/T-385, K. 14 sayılı (İKİD., Yıl 11, Kasım 1971, Sayı 131, s. 670-672); Yarg. 4. HD. 30.10.1958 tarih ve E. 5802, K. 7150 sayılı (OLGAÇ S., İlmî ve Kazaî İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. II, 2. Bası, İstanbul 1970, s. 1113-1114, No. 5). İsviçre Federal Mahkemesi de 23.10.1970 tarihli kararında "mimarın edimini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, sözleşmeyi fesheden alacaklı, mimara yine de o ana kadar yerine getirilmiş edimlerin sözleşmede kararlaştırılmış karşılığını ödemek zorundadır" demiştir (SJZ. 68/1972, s. 222, No. 105). Ayrıca bk. YİBBGK., 25.1.1984 tarih ve E. 983/3, K. 984/1 sayılı karar (RG. 27.2.1984 tarih ve 18325 sayı).

leştğini kabul etmekteyiz. Kaldı ki, BK. nun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümleri birlikte incelendiğinde, bu sözleşme türüne sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin olan kuralların uygulanmış olduğunu görmekteyiz. Örneğin, eserin ayıplı olması halini düzenleyen BK. 360/3 uyarınca, istisna sözleşmesinde yapılan eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da, kaldırılması ve yıkılması ağır bir zararı doğuracak ise, iş sahibi ancak noksan nisbetinde fiyatın indirilmesini ve eserin düzeltilmesi büyük bir masrafı gerektirmiyorsa müteahhide bunu yaptırtmak imkanına sahiptir¹⁸.

IV. SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerden ötürü, "arsa payı karşılığı kat yapımı" sözleşmeleri karma nitelikte sözleşme oldukları için, resmi şekilde yapılmamış olsalar bile, iş sahibinin edimi sözleşmede belirlenen arsa payının parasal değeri olarak kabul edilerek, takribi ücretle yapılmış bir istisna sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

Sözleşme, böylece geçerli hale gelince, müteahhidin edimini belirlenen süre içinde yerine getirmemesi halinde borçlu temerrüdü gerçekleşir. Ancak, istisna sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden oldukları için, kural olarak, bu sözleşmelere, tarafları sözleşme öncesi durumlarına getiren ve yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi sonucunu doğuran dönmenin değil, fakat sözleşmeyi ileriye doğru sona erdiren ve yerine getirilmiş edimlerin varlıklarını korumalarını sağlayan fesih sonucunun uygulanması gerekmektedir.

Bu nedenlerle, YHGK. nun incelediğimiz kararına katılmak mümkün değildir.

18) Bu konuda fazla bilgi için bk. BECKER (çev. DURA), "Eser (İstisna) Sözleşmesi —III—", Yargıtay Dergisi ,C. 9, Ekim 1983, Sayı 4, s. 540-544; SELİÇİ Ö., Müteahhidin Sorumluluğu, s. 156 vd.