

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

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ALACAĞIN DEVRİ

Yılmaz GÖNEN

Danışman
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

2006

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devri” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

14.07.2006

Yılmaz GÖNEN

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Yılmaz GÖNEN
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : --
Tez Konusu : İnşaat Sözleşmelerinde Alacağı Devri
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 18.maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OY BİRLİĞİ ile O
DÜZELTME O* OY ÇOKLUĞU O
RED edilmesine O** ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir. O
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi
İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devri
Yılmaz GÖNEN

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

İnşaat tekniğinin ulaştığı seviye ve bir yapının meydana getirilmesinin birbirinden farklı uzmanlıklar gerektiren bir hal alması dolayısıyla; günümüzde inşaat yapım işleri, genellikle salt bu işle uğraşan ve bunu meslek edinmiş müteahhitler tarafından yerine getirilmektedir. Bu sebeple; inşaat işine uzak olan iş sahibi ile müteahhit arasında hukuki ilişki kurulması bir zorunluluk haline gelmiştir. Esasen istisna sözleşmesi niteliğinde olan inşaat sözleşmesi, bu ilişkinin sonucunda ortaya çıkmıştır. Her tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme gibi; inşaat sözleşmesi de taraflar açısından çeşitli borç ve alacaklar doğurmaktadır.

Uygulamada sözleşmenin tarafları; ülkemizin ekonomik koşulları ile kendi ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, bu sözleşmeden doğan alacaklarını üçüncü kişilere satmaktadırlar. Burada yapılan işlem; azınlıkta kalan bazı durumlar haricinde, Borçlar Kanunu 162 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan “alacağın devri” niteliğindedir. Bu işlemler, zaman içerisinde iş sahibi, müteahhit ve alacağı devralan arasında yoğun uyuşmazlıklara sebep ve pek çok yargı kararına konu olmuştur. İnşaat sözleşmesi sıklıkla incelenmiş olmakla birlikte; çokça uyuşmazlığın temelinde bulunan, inşaat sözleşmesinde alacağın devri başlı başına fazlaca ele alınmamıştır.

Bu çalışmada; inşaat sözleşmesi taraflarının, söz konusu sözleşmeden doğan alacaklarını üçüncü kişilere devretmesi incelenmiştir. Çalışmada; inşaat sözleşmesi, bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve alacağın devri öncelikle ele alınmıştır. Sonrasında ise; inşaat sözleşmesinden doğan alacaklar, devrin niteliği, geçerlilik koşulları, tarafların sorumluluğu, mükerrer devir hali ve sözleşmenin geçersiz olmasının sonuçları gibi konular detaylı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler : 1) İnşaat Sözleşmeleri, 2) Alacağın Temliki, 3) Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapım Sözleşmesi, 4) İstisna Sözleşmesi, 5) Sözleşmeler

ABSTRACT

Master Degree Thesis

Assignment of Claims in the Construction Contracts

Yılmaz GÖNEN

**Dokuz Eylul University
Institute of Social Sciences
Department of Private Law
Master Degree Thesis**

On account of the level of the building technique and the need of different specializations in producing a structure, nowadays construction is done by the contractors who labour only with the job as their proficiency is building. For this reason establishing a legal association between the contractor and the business owner who is remote from the job of building becomes a necessity. In consequence the construction contract which is actually an agreement for work, occurs. As all the contracts which fasten an obligation on each party; the construction contract bears various obligations and claims for the parties too.

In practice, the parties of the contract, considering our countries financial circumstances and their own needs, they sell their claims beared from this contract to the third parties. This process, except for the cases in minority, is such as “assignment of a claim” which is arranged by Law of Obligations article 162 and its continuation. In the course of time, the process has caused intense disputes among the contractor, the business owner and the assignee and also has become the subject of a lot of civil jurisdiction. In addition to be analysed frequently, assignment of obligations in the construction contract which underlies a lot of dispute has not been separately discussed.

In this work, the assignment of the parties obligations that beared from the contract in question to the third party is analysed. In addition to this analysis, the contract for construction of plot of land and the assignment of obligations received priority consideration. Finally, the claims beared from the contract, attribute of the assignment, terms of its validity, the liability in contract, repetition of assignment and consequences of the contract's invalidity are analysed in detail.

Keywords: 1) Constuction Contract, 2) Contracts, 3) Assignment of Claims, 4) Agreement of Work, 5) The Contract for Construction of Plot of Land

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ALACAĞIN DEVRİ

| | |
|-------------|-------|
| YEMİN METNİ | ii |
| TUTANAK | iii |
| ÖZET | iv |
| ABSTRACT | vi |
| İÇİNDEKİLER | viii |
| KISALTMALAR | xviii |

| | |
|--------------|----------|
| GİRİŞ | 1 |
|--------------|----------|

BİRİNCİ BÖLÜM İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

| | |
|--|-----------|
| A) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARAFLARI | 3 |
| I) İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler | 3 |
| II) İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği | 6 |
| a. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen, İvazlı Sözleşmedir | 6 |
| b. Kural Olarak Ani Edimli Sözleşmedir | 7 |
| III) İnşaat Sözleşmesinin Tarafları | 9 |
| B) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI | 13 |
| I) Yapı Eseri (İnşaat) Meydana Getirme | 13 |
| a. Yapı Eseri (İnşaat) | 13 |
| b. Meydana Getirme (İnşaa) | 15 |
| II) Ücret (Meydana Getirilen Yapı Eseri İçin Karşılık) | 17 |
| a. Genel Olarak | 17 |
| b. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi | 20 |
| III) Taraflar Arasında Anlaşma | 24 |
| C) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ | 25 |
| I) Kural Olarak | 25 |
| II) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil | 28 |
| a. Tapuya Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil | 28 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| b. | Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar Bakımından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil | 34 |
| c. | Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olması (Hakkın Kötüye Kullanılması Hali) | 38 |
| III) | Devlet İhale Kanunu'na Tabi İşlerde Şekil | 41 |
| IV) | Kamu İhale Kanunu'na Tabi İşlerde Şekil | 43 |
| D) | GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ | 44 |
| I) | Müteahhidin Borçları | 44 |
| a. | Yapı Eseri Meydana Getirme Borcu | 44 |
| 1. | Genel Olarak | 44 |
| 2. | Yapı Eserini Bizzat Meydana Getirme veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu | 45 |
| i. | İşi Bizzat İfa veya Kendi İdaresi Altında Başkasına Yaptırma Borcu | 45 |
| ii. | İnşaatı Başkasına Yaptırma Yetkisi | 46 |
| iii. | Devlet İhale Kanunu'na Tabi İşlerde İnşaatı Başkasına Yaptırma Yetkisi | 49 |
| iv. | Kamu İhale Kanunu'na Tabi İşlerde İnşaatı Başkasına Yaptırma Yetkisi | 51 |
| 3. | Yapı Eserinin Meydana Getirilmesi İçin Gerekli Malzeme, Araç ve Gereçlere İlişkin Borçları | 52 |
| i. | Malzemeyi Sağlama Borcu | 52 |
| ii. | Araç ve Gereçleri Sağlama Borcu | 53 |
| 4. | Genel İhbar Borcu | 55 |
| 5. | İnşaata Zamanında Başlama ve Bitirme Borcu | 56 |
| b. | Yapı Eserini Teslim Borcu | 57 |
| c. | Özen Gösterme ve Sadakat Borcu | 60 |
| d. | Ayıba Karşı Tekeffül Borcu | 62 |
| II) | İş Sahibinin Borçları | 66 |
| a. | Genel Olarak İş Sahibinin Borçları | 66 |
| b. | Ücret Ödeme Borcu | 68 |

İKİNCİ BÖLÜM
ALACAĞIN DEVRİ

| | |
|--|------------|
| A) GENEL OLARAK | 74 |
| B) TANIM VE KAVRAM | 74 |
| C) ALACAĞIN DEVRİNİN KONUSU VE KAPSAMI | 78 |
| I) Genel Olarak | 78 |
| II) Devredilemeyen Alacaklar | 81 |
| a. Kanun Hükmü Uyarınca Devredilemeyen Alacaklar | 81 |
| b. Sözleşme Hükmü Uyarınca Devredilemeyen Alacaklar | 82 |
| c. İşin Niteliği Gereği Devredilemeyen Alacaklar | 83 |
| III) Alacağın Devrinin Kapsamı | 84 |
| D) ALACAĞIN DEVRİNİN ÇEŞİTLERİ | 85 |
| I) Kanuni Devir | 85 |
| II) Kazaî Devir | 87 |
| III) İradi (Rızai) Devir | 91 |
| a. İvazlı Devir | 92 |
| b. İvazsız Devir | 93 |
| E) ALACAĞIN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ | 94 |
| I) Alacağın Devri Bir Hukuki İşlemdir | 94 |
| II) Alacağın Devri Tasarruf İşlemdir | 95 |
| III) Esas Olarak Sözleşmeye Dayalı Bir İşlemdir | 97 |
| IV) Sebebe Bağlı Bir Hukuki İşlemdir | 97 |
| a. Alacağın Devrinin Soyut Bir Hukuki İşlem Olduğu Görüşü | 98 |
| b. Alacağın Devrinin Sebebe Bağlı Bir Hukuki İşlem Olduğu Görüşü | 99 |
| c. Devrin Sebebe Bağlı Bir Hukuki İşlem Olduğunun Kabulü | 102 |
| F) DEVRİN ESASA VE ŞEKLE İLİŞKİN ŞARTLARI | 103 |
| I) Devrin Esasa İlişkin Şartları | 103 |
| a. Olumlu Şartları | 104 |
| 1. Taraflar Fiil (Sözleşme) Ehliyetine Sahip Olmalıdır | 104 |

| | |
|--|------------|
| 2. Devredenin Alacak Üzerinde Tasarruf Yetkisinin Bulunması Gerekir | 106 |
| 3. Tarafların Karşılıklı İrade Beyanları Birbirine Uygun Olmalıdır | 108 |
| b. Devredilemeyen Bir Alacak Olmamalıdır (Olumsuz Şart) | 109 |
| II) Devrin Şekle İlişkin Şartları | 110 |
| G) ALACAĞIN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI | 112 |
| I) Asıl Alacağın Devralana Geçmesi ve Alacaklının Değişmesi | 112 |
| II) Devredenin Garanti (Tekeffül) Borcu | 113 |
| a. Alacağın Varlığını Garanti (Tekeffül) Borcu | 113 |
| b. Borçlunun Ödeme Gücünü Garanti (Tekeffül) Borcu | 115 |
| c. Garanti (Tekeffül) Borcunun Kapsamı | 116 |
| III) Rüşhan (Öncelik) Haklarının Asıl Alacakla Birlikte Devredene Geçmesi | 116 |
| IV) Fer'i Hakların Devralana Geçmesi | 117 |
| V) Yenilik Doğuran (İnşai) Hakların Devralana Geçmesi | 119 |
| VI) İspat Araçlarını Devralana Teslim Borcu | 119 |
| VII) BK. md. 170'e Göre Ödeme (İfa) Amacıyla Yapılan Devrin Hüküm ve Sonuçları | 120 |
| VIII) Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Devri (Mükerrer Devir) Durumunda Bu Devirlerin Hüküm ve Sonuçları | 121 |
| IX) Devralan İle Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki | 123 |
| a. Borçlunun Eski Alacaklıya İfada Bulunarak Borçtan Kurtulması | 123 |
| b. Borçlunun Def'i Hakları | 126 |
| 1. Def'i ve İtirazlar | 126 |
| 2. Borçlunun Takas Hakkı | 128 |
| c. Borçlunun Ödemeden Kaçınması ve Tevdi Suretiyle Borçtan Kurtulması | 129 |
| H) ALACAĞIN DEVRİNE İLİŞKİN OLARAK SAKLI TUTULAN ÖZEL HÜKÜMLER | 131 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ALACAĞIN DEVRİ

| | |
|--|------------|
| A) GENEL OLARAK | 132 |
| B) MÜTEAHHİDİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ALACAĞI | 133 |
| I) Genel Olarak | 133 |
| II) Müteahhidin Alacağıının Niteliği | 136 |
| III) Müteahhidin Alacağıının (Ücretin) Çeşitleri | 137 |
| a. Genel Olarak | 137 |
| b. Ücretin Sözleşme İle Belirlenmiş Olması | 138 |
| 1. Ücretin Bir Miktar Para Olarak Belirlenmesi | 138 |
| 2. Ücretin Bir Kısım Arsa Payı Mülkiyetinin Nakli Olarak Belirlenmesi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi) | 140 |
| 3. Ücretin Para veya Taşınmaz Mülkiyetinin Nakli Haricinde Bir Edim Olarak Belirlenmesi | 149 |
| c. Ücretin Sözleşme İle Belirlenmemiş Olması | 151 |
| IV) Müteahhidin Alacağıının Muacceliyet (Ödenme) Zamanı | 153 |
| a. BK. md. 364 Düzenlemesi | 153 |
| 1. Ücret Eserin Tesliminde Ödenir | 153 |
| 2. Kısmi Teslim İle Kısmi Ödeme Usulü | 154 |
| b. Aksine Sözleşmeler | 156 |
| c. Müteahhidin Eseri Tamamlamaması | 157 |
| 1. Ücretin Muacceliyetine ve Müteahhide Etkisi | 157 |
| 2. Alacağı Devralan Üçüncü Kişiyeye Etkisi | 159 |
| C) MÜTEAHHİDİN, İŞ SAHİBİNDEN OLAN ALACAĞINI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMEŞİ | 161 |
| I) Genel Olarak | 161 |
| II) Ücretin Bir Miktar Para Olarak Belirlendiği Veya Ücretin Sözleşme İle Belirlenmediği Durumlarda Müteahhidin Alacağını Devretmesi | 162 |
| a. Devrin Niteliği ve Genel Olarak Hükümleri | 162 |
| b. Devir Sözleşmesinin Şekli | 168 |

| | |
|---|-----|
| III) Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağını Devretmesi | 170 |
| a. Genel Olarak | 170 |
| b. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin, İş Sahibinin Maliki Olduğu Arsa Paylarının (Bağımsız Bölümlerin) Satışını Vaad Etmesi Suretiyle Gerçekleştirilmesi | 172 |
| 1. Sözleşmenin zellikleri | 172 |
| 2. Müteahhidin, çnc Kişilerle Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yaparak Alacağını (Kendisine Düşen Arsa Paylarını-Bağımsız Bölümleri) çnc Kişilere Geçirmeyi Taahhüt Etmesi | 174 |
| i. Genel Olarak | 174 |
| ii. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Genel Olarak Hükümleri | 176 |
| iii. Sözleşmenin şekli | 178 |
| 3. Müteahhidin, Alacağın Devri Sözleşmesi İle Alacağını çnc Kişilere Geçirmesi | 179 |
| i. Genel Olarak | 179 |
| ii. Sözleşmesinin şekli | 183 |
| ii-a) Genel Olarak | 183 |
| ii-b) Doktrin ve Uygulamanın Genel Kabulü (Adi Yazılı şeklin Yeterli Olduğu Görüşü) | 184 |
| ii-c) Devredilen Hakkın Taşınmaz Mülkiyetine İlişkin Olması Sebebiyle, Geçerliliği Resmi şekilde Yapılmasına Bağlıdır | 188 |
| iii. Resmi şekilde Sözleşme Düzenlemeye Yetkili Merci | 195 |
| c. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin, Arsa Mülkiyetinin Başlangıçta Müteahhide Geçirilmesi Suretiyle Gerçekleştirilmesi | 196 |
| 1. Sözleşmenin zellikleri | 196 |
| 2. Müteahhidin, Bu Çeşit Sözleşmeden Doğan Alacağını çnc Kişilere Geçirmesi | 198 |
| d. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin, Arsa Paylarının İnşaattaki Aşamaya Göre Müteahhide Geçirilmesi Suretiyle Gerçekleştirilmesi | 200 |

| | |
|---|-----|
| 1. Sözleşmenin Özellikleri | 200 |
| 2. Mülkiyeti Müteahhide Geçirilmiş Bulunan Arsa Payı Açısından | 202 |
| 3. Mülkiyeti Müteahhide Geçirilmesi Vaad Edilmiş Ancak Henüz Müteahhide Geçirilmemiş Arsa Payı Açısından | 203 |
| IV) İş Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İle Müteahhide Nakletmeyi Taahhüt Ettiği Arsa Payını (Bağımsız Bölümleri) Üçüncü Şahıslar Adına Tescil Ettirmesi Halinde Alacağı Devralanın Durumu | 206 |
| a. Müteahhidin Durumu | 206 |
| b. Müteahhitten Alacağı Devralanın Durumu | 210 |
| 1. Alacağı Devralanın, Arsa Paylarını Kazananlara Başvurarak Mülkiyetin Adına Tescilini Talep Hakkı | 210 |
| 2. Alacağı Devralanın, Uğramış Olduğu Zararın Tazminini Müteahhitten Talep Hakkı | 211 |
| 3. Alacağı Devralanın, Uğramış Olduğu Zararın Tazminini İş Sahibinden Talep Hakkı | 213 |
| 4. İş Sahibinin Muvazaalı İşlem İle Arsa Payı Mülkiyetini Üçüncü Kişilere Geçirmesi Durumunda, Alacağı Devralanın Muvazaalı Sözleşmeye Dayanan Tescilin İptalini ve Adına Tescili Talep Hakkı | 215 |
| c. İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmesi | 216 |
| d. Şerhin Etkisi | 217 |
| 1. Müteahhit Açısından Şerhin Etkisi | 217 |
| 2. Alacağı Devralan Açısından Şerhin Etkisi | 218 |
| V) Ücretin Para veya Taşınmaz Mülkiyetinin Nakli Haricinde Bir Edim Olarak Belirlendiği İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi | 220 |
| a. Genel Olarak | 220 |
| b. Ücretin, Esere Karşı Eser Olarak Belirlendiği İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi | 220 |
| 1. Ücretin, Taşınmaz Yapı Eseri Meydana Getirilmesi Şeklinde Belirlenmiş Olması Halinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi | 221 |

| | |
|--|------------|
| 2. Ücretin, Taşınır Yapı Eseri Veya İstisna Sözleşmesine Konu Olabilecek Başka Bir Eserin Meydana Getirilmesi Şeklinde Belirlenmiş Olması Halinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi | 224 |
| c. Ücretin, Diğer Bir Edim Şeklinde Belirlendiği İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi | 225 |
| VI) Devlet İhale Kanunu'na Tabi İşlerde Müteahhidin Alacağını Devretmesi | 227 |
| a. DİK. Kapsamındaki İnşaat Sözleşmeleri | 227 |
| b. DİK'na Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devrine Uygulanacak Hükümler ve Alacağın Devri Sözleşmesinin Şekli | 229 |
| c. Sözleşmeyi Düzenlemeye Yetkili Mercii | 231 |
| VII) Kamu İhale Kanunu'na Tabi İşlerde Müteahhidin Alacağını Devretmesi | 232 |
| VIII) Müteahhit İle Üçüncü Kişi Arasında Kurulan Alacağın Devri Sözleşmesinde İş Sahibinin Durumu ve Sözleşmeye Katılması | 235 |
| D) MÜTEAHHİDİN AYNI ALACAĞI BİRDEN FAZLA KİŞİYE DEVRETMESİ (MÜKERRER DEVİR) | 237 |
| I) Genel Olarak | 237 |
| II) Mükerrer Devir Durumunda Geçerli Olan Alacağın Devri Sözleşmesinin Tespiti | 237 |
| III) Mükerrer Devirde Müteahhidin Sorumluluğu | 239 |
| IV) İş Sahibinin, Sonra Yapılan ve Mükerrer Olması Sebebiyle Geçersiz Bulunan Devir Sözleşmesinin Alacaklısına Karşı Borcunu İfa Etmesi Durumunda Sorumluluğu | 240 |
| V) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Uyarınca, Arsa Payının Geçersiz Devir Sözleşmesinin Tarafı Adına Tescili | 243 |
| a. Kural Olarak | 243 |
| b. Arsa Payı Geçersiz Sözleşmeye Dayanarak Adına Tescil Edilen Kişinin, Arsa Payını İyiniyetli Üçüncü Kişiye Geçirmesi | 245 |
| E) İŞ SAHİBİNİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ALACAĞI | 246 |
| I) Genel Olarak | 246 |
| II) Taşınmaz Yapı Eseri | 247 |
| III) Taşınır Yapı Eseri | 248 |

| | |
|--|------------|
| F) İŞ SAHİBİNİN, MÜTEAHHİTTEN OLAN ALACAĞINI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMESİ | 248 |
| I) Konusunu Taşınmaz Yapı Eserinin Oluşturduğu İnşaat Sözleşmesinde Alacağın Devri | 248 |
| a. Kural Olarak İş Sahibinin İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağı Olan Taşınmaz Yapı Eserini Üçüncü Kişilere Geçirmesi Alacağın Devri Değil Taşınmaz Satımı veya Satış Vaadidir | 248 |
| 1. Genel Olarak | 248 |
| 2. Üçüncü Kişinin Müteahhit İle İlişkisi | 251 |
| b. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan İstisnai Durum | 253 |
| 1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Çeşidi, Özelliği ve İş Sahibinin Bu Tip Sözleşmeden Doğan Alacağı | 253 |
| 2. İş Sahibinin Bu Çeşit Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağını Üçüncü Kişilere Devretmesi | 254 |
| 3. Alacağın Devri Sözleşmesinin Şekli | 255 |
| 4. Sözleşmeyi Düzenlemeye Yetkili Mercii | 257 |
| II) Konusunu Taşınır Yapı Eserlerinin Oluşturduğu İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devri | 258 |
| a. Genel Olarak | 258 |
| b. İş Sahibinin Taşınır Yapıya İlişkin Alacağını Üçüncü Kişilere Devretmesi ve Sözleşmenin Şekli | 261 |
| G) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ HALİNDE ALACAĞI DEVRALANIN DURUMU | 264 |
| I) İnşaat Sözleşmesinin Geçersizliği Halinde Alacağın Devri De Geçersizdir | 264 |
| II) Alacağı Devredenin Sorumluluğu | 265 |
| III) Devredenin Sorumluluğunun Kapsamı | 266 |
| H) YENİ ALACAKLININ (ALACAĞI DEVRALANIN) AYNI ALACAĞI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMESİ | 267 |
| I) TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ALACAĞIN DEVRİ | 271 |

| | |
|--|------------|
| I) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından İnşaat Sözleşmeleri | 271 |
| II) İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devredilmesinin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Durumu | 275 |
| SONUÇ | 277 |
| KAYNAKLAR | 291 |

KISALTMALAR

| | |
|-----------------|--|
| a.g.e. | Adı geçen eser |
| AÜEHF. | Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi |
| AÜEHFD. | Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜSBFD. | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi |
| b. | Bent |
| BATİDER. | Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BK. | 818 sayılı Borçlar Kanunu |
| Bkz. | Bakınız |
| Blm. | Bölüm |
| C. | Cilt |
| Çev. | Çeviren |
| DİK. | 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu |
| E. | Esas |
| f. | Fıkra |
| GÜHFD. | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HAD. | Hukuk Araştırmaları Dergisi (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) |
| HD. | Hukuk Dairesi |
| HGK. | Hukuk Genel Kurulu |
| HUMK. | 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İBK. | İçtihadı Birleştirme Kararı |
| İİK. | 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu |
| İm.K. | 3194 sayılı İmar Kanunu |
| İÜHFM. | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| K. | Karar |
| Karş. | Karşılığı |
| KİhK. | 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu |
| KMK. | 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu |

| | |
|--------------|---|
| MBD. | Manisa Barosu Dergisi |
| md. | Madde |
| N. | Numara |
| NK. | 1512 sayılı Noterlik Kanunu |
| RG. | Resmi Gazete |
| S. | Sayı |
| Sf. | Sayfa |
| Syl. | Sayılı |
| t. | Tarih |
| TD. | Ticaret Dairesi (Yargıtay Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, istisna sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için temyiz dairesidir) |
| TKHK. | 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| TMK. | 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu |
| TpK. | 2644 sayılı Tapu Kanunu |
| Vd. | Ve devamı |
| Vs. | Vesaire |
| Y. | Yıl |
| Yarg. | Yargıtay |
| YD. | Yargıtay Dergisi |
| YDD. | Yargı Dünyası Aylık İctihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi |
| YDK. | 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun |
| YHD. | Yasa Hukuk Dergisi |
| YİBK. | Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararları, Yargıtay Yayınları, Ankara |

GİRİŞ

İnşaat tekniğinin ulaştığı seviye ve bir yapının meydana getirilmesinin birbirinden farklı uzmanlıklar gerektiren bir hal alması dolayısıyla; günümüzde inşaat yapım işleri, genellikle salt bu işle uğraşan ve bunu meslek edinmiş müteahhitler tarafından yerine getirilmektedir. Bu sebeple; inşaat işine uzak olan iş sahibi ile müteahhit arasında hukuki ilişki kurulması bir zorunluluk haline gelmiştir. İşte; inşaat sözleşmesi, bu ilişkinin sonucunda ortaya çıkmıştır. Her sözleşme gibi; inşaat sözleşmesi de taraflar açısından çeşitli borç ve alacaklar doğurmaktadır.

Uygulamada sözleşmenin tarafları; ülkemizin ekonomik koşulları ile kendi ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, bu sözleşmeden doğan alacaklarını üçüncü kişilere satmaktadırlar. Burada yapılan işlem; azınlıkta kalan bazı durumlar haricinde, Borçlar Kanunu 162 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan “alacağın devri” niteliğindedir. Bu işlemler, zaman içerisinde iş sahibi, müteahhit ve alacağı devralan arasında yoğun uyuşmazlıklara sebep ve pek çok yargı kararına konu olmuştur.

Bu çalışmada; pek çok uyuşmazlığın temelinde bulunan, inşaat sözleşmelerinde alacağın devri incelenmiştir. Çalışmamızın Birinci Bölüm’ünde inşaat sözleşmeleri ele alınmıştır. Öncelikle inşaat sözleşmesinin niteliği ve tanımı. Ardından da tarafları ve unsurları ele alınmıştır. Yine bu bölümde; ücret kıstasına göre inşaat sözleşmesi türleri incelenmiştir. Özellikle, uygulamada yaşanan yoğun problem dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri üzerine detaylı olarak durulmuştur. Sözleşmenin türlerine göre geçerlilik şekilleri yine bu bölümde incelenmiş; tapuya kayıtlı olan ve olmayan taşınmazlar üzerinde durulmuştur. Bu bölümde son olarak, inşaat sözleşmelerinin hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

Çalışmamızın İkinci Bölümü'nde ise alacağın devri inceleme konusu yapılmıştır. Alacağın devrinin niteliği ve özellikleri incelenmiş. Devrin esasa ve şekle ilişkin şartları üzerinde çalışılmıştır. Mükerrer devir durumu da yine bu bölümde incelenmiştir. Sonrasında ise devrin hüküm ve sonuçları incelenerek bölüm noktalanmıştır.

Son olarak; Üçüncü Bölüm'de, inşaat sözleşmesinden doğan alacakların üçüncü kişilere devri üzerinde çalışılmıştır. Bu bölüm genel olarak iki kısma ayrılmış olup; müteahhit ve iş sahibi açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Öncelikle müteahhidin alacağı üzerinde detaylı olarak durularak; alacağın niteliği, alacağın türleri, muacceliyet zamanı incelenmiştir. Daha sonrasında ise; ücret türlerine göre inşaat sözleşmeleri ayırımına gidilmiş ve her bir ücret alacağı için alacağın devrinin söz konusu edilebilirliği üzerinde durulmuştur. Yine burada; devir sözleşmesinin alacaklara göre geçerlilik şekli incelenmiştir. Müteahhidin yaptığı mükerrer devirler de burada ele alınarak ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu kısmın tamamlanması üzerine; anılan hususlar iş sahib açısından ele alınarak ikinci kısım da tamamlanmıştır. Sonrasında ise, inşaat sözleşmesinin geçersizliği halinde alacağı devralan üçüncü kişinin durumu incelenerek çalışmamız tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

A) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARAFLARI

I) İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler

İnşaat sözleşmesi ile asıl olarak müteahhit bir yapı (inşa) eseri meydana getirmeyi ve iş sahibi de karşılık bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır. Tarafların yükledikleri edimler ve sözleşmenin kapsamı dikkate alındığında; Borçlar Hukuku açısından “inşaat sözleşmesi”, niteliği itibariyle bir *istisna* (eser) sözleşmesidir. İstisna sözleşmesi Borçlar Kanunu’nun özel bölümünün “İstisna Akdi” başlıklı onbirinci babında olmak üzere, 355–371. maddeleri içerisinde düzenlenmiştir. Ne var ki inşaat sözleşmesi ise Kanun’da ayrıca ve açıkça düzenlenmiş değildir. İnşaat sözleşmesinden, sadece istisna sözleşmesini düzenleyen bazı maddelerde bahsedilmiştir. Esasen inşaat sözleşmesi; istisna sözleşmesinin, uygulamada sıklıkla görülen ve konusu ile ekonomik değeri bakımından önem arz eden bir görünüm şekli, bir türüdür¹. Ancak belirtmek gerekir ki; “inşaat sözleşmesi” tabiri, kanuni bir

¹ **ERTAŞ**, Şeref, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, İzmir, 2001, sf. 80; **EREN**, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996 a, sf. 49; **KAPLAN**, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996, sf. 119; **SELİÇİ**, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, sf. 4; **DAYINLARLI**, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), Ankara, 1988, sf. 7; **ALTAŞ**, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara, 2002, sf. 45; **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987, sf. 3; **GÜRPINAR**, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1998, sf. 5; **KARATAŞ**, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2004, sf. 25; **UÇAR**, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003, sf. 24; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul, 1977, sf. 952; Yarg. İBK., 25.01.1984 t., 83/3 E., 84/1 K.

terim değildir. Bu adlandırma istisna sözleşmesinin sıklıkla görülen bu uygulama şeklini ifade etmek için kullanılmakla beraber, hukuk literatürüne yerleşmiş bulunan bir tabirdir².

Ayrıca düzenleme bulunmayan inşaat sözleşmesinin, Kanun'da açıkça tanımı da yapılmış değildir. Bir türü olduğu istisna sözleşmesinin ise BK. md. 355'de tanımı yapılmıştır. BK md. 355'e göre; "istisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder". İstisna sözleşmesine ait bu tarif, inşaat sözleşmesini de kapsayacak şekilde geniş bir tanımdır. Ancak inşaat sözleşmesi konusu itibariyle istisna sözleşmesinden daha dar kapsamlıdır. Bunu yanı sıra anılan maddede; müteahhidin meydana getirdiği (imal ettiği) eseri, iş sahibine teslim etme borcu açıkça ifade edilmemiştir. Ancak Kanun'un 358, 359, 360, 363 ve 364. maddelerinde teslimden söz edilmektedir. Bu itibarla yasa koyucu teslimi örtülü olarak kabul ve beyan etmiştir denilebilir. Diğer taraftan müteahhidin meydana getirdiği eseri teslim borcu; sözleşmenin niteliğinden ve işin mahiyetinden kendiliğinden doğan bir sonuç olup, müteahhidin borcu eseri tamamlamakla birlikte "teslim etmeyi" de içermektedir³. Bu itibarla; *inşaat sözleşmesi, müteahhidin bir yapı eserinin tamamını veya bir kısmını meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği ve iş sahibinin de karşılık olarak ücret*

(YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 121); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

² **KAPLAN**, a.g.e., sf. 120

³ **EREN**, Fikret, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996 b, sf. sf 72; **BAYGIN**, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999, sf. 27; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 28,124; **ARAL**, Fahrettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2003, sf. 357; **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2002, sf. 451; **ZEVKLİLER**, Aydın, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2002, sf. 327; **KARAHASAN**, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 1, İstanbul, 1997 a, sf. 254; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 2; **SELİÇİ**, 1978, sf. 5; **ARAL**, a.g.e., sf. 326; **ALTAŞ**, 2002, sf. 42; **ERTEN**, M. Ali, Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara, 2000, sf. 85; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 17; **UÇAR**, Ayhan, "İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları", AÜEHFD., AÜEHF'nin 10. Öğretim Yılına Armağan, C. V, S. 1-4, Erzincan, 2001, sf. 513; **BURCUOĞLU**, Halûk, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara, 1990, sf. 287; **UÇAR**, 2003, sf. 35,105; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 987; Yarg. 15. HD. 20.07.2005 t., 04/7112 E., 05/4421 K. (YDD., S. 118, İstanbul, Ekim 2005, sf. 159); **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", GÜHFD., C. 3, S. 1-2, Ankara, Haziran-Aralık 1999, sf. 65

*ödemeyi taahhüt ettiği bir istisna sözleşmesidir*⁴. Tanımdan açıkça anlaşıldığı gibi, BK md. 355'e paralel bir şekilde, inşaat sözleşmesi ile müteahhit bir yapı (inşa) eseri meydana getirerek bunu iş sahibine teslim etmeyi ve iş sahibi de karşılık bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, istisna sözleşmesinin bir görünüm şekli olması sebebiyle inşaat sözleşmesine Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümleri uygulanacaktır. İstisna sözleşmesi ise Borçlar Kanunu'nun özel bölümünün "İstisna Akdi" başlıklı onbirinci babında olmak üzere, 355-371. maddeleri içerisinde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra; inşaat sözleşmeleri ile ilgili olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlüktedir. Gerçekten de DİK. md. 1'e göre; genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin yapım işleri, bu Kanun hükümlerine tabidir. Bu itibarla; Kanun'un kapsamına giren ve 89. maddeye dayanılarak ihalesi Bakanlar Kurulu kararı ile kapsam dışında tutulmamış bulunan, kamu kurum ve kuruluşlarının tarafı bulunduğu bütün inşaat sözleşmelerinde DİK. hükümleri uygulanacaktır.

Ayrıca; DİK'na tabii olarak, idare tarafından müteahhide ihale edilen her türlü inşaat işlerinde uygulanacak genel şartları belirlemek üzere Bakanlar Kurulu Kararı⁵ ile Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) yürürlüğe konulmuştur. İşbu şartname, kural olarak DİK. kapsamındaki tüm inşaat işlerine uygulanacak genel şartları belirlemektedir. Ancak kural bu olmakla birlikte, Kanun'un 2. maddesinde belirtilen parasal sınırı aşmayan inşaat işlerinde uygulanması zorunlu değildir. Aynı şekilde kamu kurum ve kuruluşlarının birbirlerine yaptıracakları yapım ve hizmet işlerinde, bu Şartname'nin hangi hükümlerinin uygulanacağına ilgili kurum ve kuruluşlar aralarında kararlaştırır (md. 2 f. 3). İşte söz konusu bu Şartname,

⁴ **EREN**, 1996 a, sf. 49; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 119; **SELİÇİ**, 1978, sf. 4; **ÖZYÖRÜK**, Sezer, İnşaat Sözleşmesi (Yapısı-Feshi Borçlar Kanunu 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları), İstanbul, 1988, sf. 1; **ALTAŞ**, 2002, sf. 43

⁵ 29.08.1984 t. ve 84/8520 syl. Karar

kapsamındaki inşaat sözleşmelerinin bir parçasını teşkil etmekte olup; sözleşme hükmü olarak aynen uygulanacaktır⁶.

Yukarıda sayıldığı üzere başlangıçta çok geniş uygulama alanı bulunan DİK'nun uygulama alanı, 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile büyük ölçüde daraltılmıştır. Gerçekten de KİhK. md. 68'e göre; bu Kanun kapsamına giren işlerin ihalelerinde DİK. hükümleri ile diğer kanunların DİK'na istisna getiren hükümleri uygulanmaz. Aynı şekilde kapsamı dâhilindeki işlerde diğer kanunların, KİhK'na uymayan hükümleri de uygulanmaz.

Kamu İhale Kanunu, esas itibariyle kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektedir. Kanun'un 2. maddesinde oldukça geniş bir şekilde sayılan idarelerin, kullanımlarında bulunan her türlü kaynaklarından yapacakları inşaat işlerine ait ihaleleri KİhK'na tabiidir. Kanun'un kapsamı oldukça geniş tutulmuş olmakla birlikte, 3. maddesinde kapsam dışında kalacak istisnalar da belirtilmiştir.

Diğer taraftan; KİhK'na tabi ihaleler ile ilgili yapılacak sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kabul edilerek yürürlüğe konulmuş olup; kapsamı dâhilinde bulunan inşaat sözleşmelerinde söz konusu Kanun hükümleri de uygulanacaktır.

II) İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

a. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen, İvazlı Sözleşmedir

Tarafların her ikisinin de diğer tarafa karşı asli bir borç yüklendiği; yani bir tarafın ediminin diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığı olduğu hallerde “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme” söz konusudur. Edimler arasında tam bir karşılıklılık

⁶ BAYGIN, a.g.e., sf. 5; OLGAÇ, 1967, sf. 449; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2005, sf. 26; TANDOĞAN, 1987, sf. 35; OLGAÇ, 1977, sf. 888; ARAL, a.g.e., sf. 333; YAVUZ, 2002, sf. 451; ŞİMŞEK, a.g.e., sf. 191

ve sıkı bir bağ vardır. Bu tip sözleşmelerde edimler birbirleriyle değiştirilmektedir. Yani taraflar, birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçludurlar⁷.

İnşaat sözleşmesi ile müteahhit, bir yapı eseri meydana getirmeyi ve iş sahibi de buna karşılık olarak ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. İnşaat sözleşmesi ile tarafların her ikisi de borç altına girmekte ve sözleşmenin amacı da, söz konusu edimlerin birbirleri ile değişimidir. Söz konusu bu borçlar, her iki tarafın asli edimini oluşturmakta ve tarafların asli edimleri ise inşaat sözleşmesinin esaslı unsurlarını meydana getirmektedir. Bu itibarla; inşaat sözleşmesi niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen ve ivazlı bir sözleşmedir⁸.

b. Kural Olarak Ani Edimli Sözleşmedir

İstisna sözleşmesinin ve tabi ki inşaat sözleşmesinin ani edimli mi, yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu hususu doktrin ve yargı kararlarında sıkça tartışılmıştır. Bir görüşe göre; eserin meydana getirilmesi zamana yayılmıştır ve müteahhit, sonucun gerçekleştirilmesi yanında sonucun gerçekleştirilmesine yönelik faaliyet gösterme borcu altındadır. Anılan sebeple bu sözleşme, sürekli borç ilişkisi doğurmaktadır⁹.

Bir diğer görüş ise müteahhidin sonucu gerçekleştirme borcu altına girdiği ve sonucu gerçekleştirmeye yönelik hareketlerin zamana yayılmasının sözleşmenin

⁷ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2003, sf. 194; **YAVUZ**, 2002, sf. 450; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 19; **UYGUR**, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 1, Ankara, 2003 a, sf. 460; **REİSOĞLU**, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2004, sf. sf 44; **ALTAŞ**, 2002, sf. 43; **HAVUTÇU**, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, sf. 4; **AKINTÜRK**, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri), İstanbul, 2001, sf. 255; **UÇAR**, 2001, sf. 513; **ALTAŞ**, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, sf. 226; **YALÇINDURAN**, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000, sf. 43

⁸ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81; **EREN**, 1996 a, sf. 51; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 119; **OLGAÇ**, Senai, Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Kazaî ve İlmi İçtihatlara Göre), C. 1, İstanbul, 1967, sf. 449; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 2; **YAVUZ**, 2002, sf. 452; **ARAL**, a.g.e., sf. 326; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 19; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 63; **UYGUR**, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 6, Ankara, 2003 b, sf. 7451; **ALTAŞ**, 2002, sf. 43,49; **HAVUTÇU**, a.g.e., sf. 5; **AKINTÜRK**, a.g.e., sf. 255; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 11; Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

⁹ **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 50 vd.,59; **ERMAN**, Hasan, "Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi", İÜHF.M., C. L, S. 1-4, İstanbul, 1984, sf. 512, 517

niteliğini değiştirmeyeceğini kabul ederek; sözleşmenin ani edimli olduğunu ileri sürmektedir¹⁰.

Son olarak; bu sözleşmenin bazı özellikleri ile ani edimli ve bazı özellikleri ile de sürekli borç ilişkisi özelliklerini bir arada yansıttığını ve bu sebeple sözleşmenin, her iki tipin bir birleşimi olduğunu ileri süren bir görüş de ortaya çıkmıştır¹¹.

İnşaat sözleşmesi ile müteahhit, sözleşmenin konusunu oluşturan yapıyı meydana getirerek iş sahibine teslim etmeyi borçlanmıştır. Müteahhit, yaptığı çalışma ile ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi mümkün olan *sonucu* borçlanmaktadır. Yani müteahhit bir iş görme sonucunu borçlanmaktadır. Müteahhidin bu borcu bir edim fiili değil, edim sonucudur¹². Müteahhidin belirli veya belirsiz bir süre boyunca devam eden bir ifa borcu bulunmamaktadır. İnşaat işlerinde borçlanılan eserin meydana getirilmesi yani müteahhidin ifaya yönelik hareketleri genellikle uzunca bir zaman almaktadır. Ancak bu durum, ifanın bu süre boyunca devam etmesi sonucunu doğurmaz. Bu sebeple; inşaat sözleşmesi niteliği itibariyle “ani edimli” bir sözleşmedir¹³.

¹⁰ **SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, sf. 26; **ARAL**, a.g.e., sf. 326; **YAVUZ**, 2002, sf. 452; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 58; **ALTAŞ**, 2002, sf. 50; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7447 (Yazar; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ise ani edimli ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme karışığı olduğunu belirtmektedir); **BAYGIN**, a.g.e., sf. 21 (Yazar; sözleşmenin kural olarak ani edimli olduğunu ifade ederken, bu durumun dürüstlük kuralı ile açıkça çatıştığı hallerde, dürüstlük kuralına (TMK. md. 2) uygun hareket edilmesi gerektiğini de belirtmektedir); **ÖZ**, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte), İstanbul, 1989, sf. 20 vd. (Yazar; sözleşmenin kural olarak ani edimli olduğunu ancak arsa payı karşılığı ve ard arda eser teslimi borcu doğuran istisna sözleşmelerinin ise sürekli borç ilişkisi doğurduğunu belirtmektedir.)

¹¹ **EREN**, 1996 a, sf. 52; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 121; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 4; “İnşaat sözleşmeleri geçici sürekli karmaşığı bir özellik taşımaktadır”; Yarg. İBK., 25.01.1984 t., 83/3 E., 84/1 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 121)

¹² **BAYGIN**, a.g.e., sf. 8; **ARAL**, a.g.e., sf. 327; **YAVUZ**, 2002, sf. 445; **SELİÇİ**, 1978, sf. 5; **DUMAN**, İlker Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2005, sf. 30; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7452; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 2; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 1; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 63; **ALTAŞ**, 2002, sf. 41; **OZANOĞLU**, a.g.e., sf. 64

¹³ **EREN**, 1996 a, sf. 52; **KAPLAN**, a.g.e., sf.121; **BAYGIN**, a.g.e., sf.21; **OZANOĞLU**, a.g.e., sf.64

Ancak; eserin meydana getirilmesi borcu, teslimden önce de taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkinin kurulmasına neden olmaktadır¹⁴. Ayrıca inşaat işlerinde; bir yapının inşa edilerek tamamlanması zamana ihtiyaç gösterir. Hatta inşaatın büyüklüğüne veya kamu inşaatlarında ödenek durumuna bağlı olarak inşaat süresi uzun yıllara yayılabilmektedir. Bu sebeple sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğurduğu kuralına sıkı sıkıya bağlı kalmak dürüstlük kuralına aykırı ve ihlal edecek şekilde sonuçlar doğurabilir. Arz ve izah edilen nedenle inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu kanısı ile birlikte; uyuşmazlık konusuna ani edimli borç ilişkilerine ait kuralların uygulanmasının dürüstlük kuralı ile açıkça çatıştığı durumlarda, olayın oluş şekline ve uyuşmazlık konusuna göre sürekli borç ilişkilerine ait kuralların dahi uygulamasına izin verilmelidir¹⁵.

Yargıtay ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından, bu sözleşmenin “geçici-sürekli karmaşığı” niteliğinde olduğunu kabul ederek; uyuşmazlığın giderilmesinde dürüstlük kuralı ile yanların müşterek amaç ve çıkarlar dengesinin göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermiştir¹⁶.

III) İnşaat Sözleşmesinin Tarafları

İnşaat sözleşmesinin tarafları, “iş sahibi” ve “müteahhit”tir. İş sahibi, taşınmaz bir yapı eserinin (inşaatın) yapımını ısmarlayan kişidir. Müteahhit ise ısmarlanan ve inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmaz yapıyı yani inşaatı

¹⁴ EREN, 1996 a, sf. 52; SELİÇİ, 1978, sf. 19

¹⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 21

¹⁶ “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, *istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde*; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yapılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, *inşaat sözleşmeleri “geçici-sürekli” karmaşığı bir özellik taşımaktadır*” Yarg. İBK., 25.01.1984 t., 83/3 E., 84/1 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 121); “... arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı özellik taşırlar. Dairemizin uygulaması da öteden beri bu yoldadır. Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması dürüstlük kuralına (TMK. md. 2) uygun biçimde davranmaları esastır. Çıkan çekişmenin giderilmesinde de işin teknik yönü bakımından bilirkişiye başvurulması bir yana bırakıldığında değerlendirmenin öncelikle dürüstlük kuralı gözetilerek yanların müşterek amacına ve çıkarlar dengesine uygun yapılması gerekir” Yarg. 15. HD. 30.05.1994 t., 93/5125 E., 94/3380 K. (GÜRPINAR, a.g.e., sf. 4)

yapmayı ve iş sahibine teslim etmeyi yüklenen kişidir¹⁷. Doktrinde¹⁸ olduğu gibi; yargı kararlarında¹⁹ da kimi zaman iş sahibine “ısmarlayan” veya “yapı sahibi” ve müteahhide ise “yüklenici” veya “ısmarlanan” denildiği görülmektedir.

İş sahibi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir²⁰. Bir arsa sahibi gerçek kişinin, maliki bulunduğu arsasına bina inşa ettirmesi durumunda inşaat sözleşmesinin tarafını gerçek kişi iş sahibi oluşturmaktadır. Tüzel kişi iş sahibinin ise, niteliği bakımından birkaç farklı şekillerde olduğu görülmektedir. Bu bağlamda; özel teşebbüse ait bir şirket iş sahibi olabileceği gibi, özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket eden bir kamu kuruluşu da sözleşmenin iş sahibi tarafında yer alabilmektedir. Bunların yanı sıra; kâr amacı gütmeksizin tamamıyla kamu hizmeti gören kamu kurumları dahi iş sahibi olabilir ki; Karayolları Genel Müdürlüğü’nün örneğin bir otoban inşasını bir veya birden fazla müteahhide yaptırması böyledir²¹. 3194 syl. İmar Kanunu’nun 5. maddesinde *yapı* kavramı tanımlanmıştır. İşte bu tanımda da yukarıda belirtilen ayrıma göre yapılar, “resmi” ve “özel” inşaat olmak üzere ayrılmışlardır. Buna göre; resmi yapı, genel, katma ve özel bütçeli idarelerle il özel idaresi ve belediyeye veya bu kurumlarca sermayesinin yarısından fazlası karşılanan kurumlara ait olan ve bir kamu hizmeti için kullanılan yapılara denilir. Özel yapı ise; resmi yapı kapsamı dışında kalan gerçek ve tüzel kişilere ait olan yapılara denilir²².

Ayrıca; sözleşmenin iş sahibi tarafı, tek bir kişi olabileceği gibi birden çok kişiden de oluşabilir. Özellikle inşaat yapılacak arsanın paylı mülkiyete konu olduğu

¹⁷ BAYGIN, a.g.e., sf. 6 vd.; EREN, 1996 a, sf. 50; OLGAC, 1967, sf. 445; KARATAŞ, a.g.e., sf. 22; YAVUZ, 2002, sf. 445; KARAHASAN, 1997 a, sf. 63; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 13; KAPLAN, a.g.e., sf. 121; ALTAŞ, 2002, sf. 41; DAYINLARLI, 1988, sf. 15 vd.; UÇAR, 2001, sf. 513; UÇAR, 2003, sf. 23

¹⁸ DUMAN, a.g.e., sf. 25; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; KAPLAN, a.g.e., sf. 121; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 255; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 952

¹⁹ Yarg. 15. HD. 23.01.1992 t., 2792 E., 157 K.; Yarg. 15. HD. 23.01.1976 t., 5054 E., 262 K. (KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 2, İstanbul, 1997 b, sf. 1692, 1765); Yarg. 15. HD. 20.07.2005 t., 04/7112 E., 05/4421 K. (YDD., S. 118, İstanbul, Ekim 2005, sf. 159)

²⁰ BAYGIN, a.g.e., sf. 6; EREN, 1996 a, sf. 50; KARATAŞ, a.g.e., sf. 22; KAPLAN, a.g.e., sf. 121; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; UÇAR, 2003, sf. 28

²¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 6; KAPLAN, a.g.e., sf. 121; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; UÇAR, 2003, sf. 29

²² ABACIOĞLU, Muhittin, İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması (Açıklamalı-İçtihatlı), Ankara, 2001, sf. 48

durumlarda; iş sahibinin birden çok kişinin birlikteliği ile teşekkül ettiği görülmektedir²³.

İnşaat sözleşmesinin diğer tarafı olan müteahhit de, iş sahibi gibi, gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir²⁴. Basit bir onarım işinde yahut küçük çaplı bir inşaatın meydana getirilmesinde, kendi emeği ile bu yapıyı meydana getirmeyi bağımsız olarak borçlanan zanaatkâr, inşaat sözleşmesi kapsamında gerçek kişi müteahhidi teşkil eder. Ancak; yukarıda belirtildiği gibi müteahhit, tüzel kişi de olabilir. Ülkemizde özellikle, limited ve anonim şirket şeklinde olduğu görülmekle birlikte; bunlarla sınırlı değildir. Bunların yanı sıra, yapımı birbirinden farklı uzmanlıklar ve yoğun işgücü ile çok büyük sermaye gerektiren bazı büyük inşaatların yapımında; örneğin köprü, baraj, tünel gibi inşaat işlerinde sıklıkla görüldüğü gibi birbirinden bağımsız gerçek ve/veya tüzel kişi müteahhitlerin, adi ortaklık şeklinde örgütlenmesi dahi mümkündür. 'Joint venture' ve 'konsorsiyum', adi ortaklık şeklinde oluşturulan birlikteliklerin uygulamada en çok görülen hallerindedir²⁵. Adi ortaklık şeklinde örgütlenme durumunda inşaat sözleşmesinin içeriğine göre, bütün ortaklar işin yapım ve tesliminden müşterek ve müteselsilen sorumlu olurlar²⁶. Fakat sözleşme ile aksi yönde hüküm getirilerek, her bir ortağın işin belli bir bedeli oranında ya da belli kısımlarının yapım ve tesliminden sorumlu olacağı dahi kararlaştırılabilir²⁷.

Müteahhit, belirli bir ücret karşılığında iş sahibine karşı inşaatın bütününe yapım ve teslimini üstlenebileceği gibi; bir başka müteahhitle yapılan sözleşme uyarınca o müteahhide karşı da inşaatın yapımını üstlenebilir. İnşaat sözleşmesi ile iş

²³ Yarg. 15 HD 24.01.1994 t., 1676 E., 259 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1592)

²⁴ BAYGIN, a.g.e., sf. 7; EREN, 1996 a, sf. 50; SELİÇİ, 1978, sf. 18; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 14; KARATAŞ, a.g.e., sf. 22; DUMAN, a.g.e., sf. 31; KAPLAN, a.g.e., sf. 121; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; UÇAR, 2003, sf. 25; AKKANAT, Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, 2000, sf. 6

²⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 7; EREN, 1996 a, sf. 50; SELİÇİ, 1978, sf. 18; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 15; KARATAŞ, a.g.e., sf. 90; UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 7, Ankara, 2003 c, sf. 7616; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; YAVUZ, 2002, sf. 465; TANDOĞAN, 1987, sf. 96; KAPLAN, a.g.e., sf. 121; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; UÇAR, 2003, sf. 25; AKKANAT, a.g.e., sf. 6

²⁶ SELİÇİ, 1978, sf. 18; KARATAŞ, a.g.e., sf. 90; UYGUR, 2003 c, sf. 7616; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; TANDOĞAN, 1987, sf. 98; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; UÇAR, 2003, sf. 25; AKKANAT, a.g.e., sf. 25, 28

²⁷ BAYGIN, a.g.e., sf. 7; UYGUR, 2003 c, sf. 7616; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; TANDOĞAN, 1987, sf. 98; DAYINLARLI, 1988, sf. 15

sahibine karşı inşaatın tamamını veya bir kısmını yapmayı üstlenen kimseye, “*asıl (üst-genel) müteahhit*” denir. Mevcut bir inşaat sözleşmesine dayanarak asıl müteahhidin yapımını üstlendiği inşaatın tamamını ya da bir kısmını yapmayı, asıl müteahhide karşı üstlenen kişiye ise “alt müteahhit” veya “taşeron” denilmektedir²⁸. Bu gibi durumlarda asıl müteahhit ile taşeron arasında yapılan sözleşme dahi niteliği itibariyle bir istisna sözleşmesidir. Ancak burada taşeron, edimin tamamlanarak teslimi borcunu asıl müteahhide karşı üstlenmiştir. Yani taşeron ile esas iş sahibi (esas inşaat sahibi) arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır²⁹. Alt müteahhit tarafından ayrıca ve açıkça taahhüt edilmiş olmadıkça, esas iş sahibine karşı işin tümünden asıl müteahhit sorumludur³⁰. Alt müteahhit, bağımsız ifa yardımcısıdır³¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki; iş sahibi, belli bir kişiyi inşaat işlerinin yönetimi ile de görevlendirebilir. Örneğin; iş sahibinin yapımını kendisinin üstlendiği bir inşaat şantiyesinin başına bir mühendis veya mimar getirmesi durumu, yahut bir inşaat sözleşmesi uyarınca inşaatın yapımının bir müteahhide verildiği durumlarda, inşaat işleri ile ilgili olarak yerine ilgilenmesi için bir mühendis ya da mimarın iş sahibi tarafından görevlendirilmesi durumları böyledir. Bu hallerde; iş sahibi ile söz konusu kişiler arasındaki ilişki inşaat (istisna) sözleşmesi olmayıp; vekâlet sözleşmesidir³². Ancak; iş sahibi bütün sorumluluğu taşıyarak kendisine bağlı

²⁸ EREN, 1996 a, sf. 50; SELİÇİ, 1978, sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 31; KARATAŞ, a.g.e., sf. 89; TANDOĞAN, 1987, sf. 78 vd.; KARAHASAN, 1997 a, sf. 209; UYGUR, 2003 c, sf. 7612; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 330; KAPLAN, a.g.e., sf. 121; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; UÇAR, 2003, sf. 26; AKKANAT, a.g.e., sf. 3, 8; YALÇINDURAN, a.g.e., sf. 25, 44; ÖZ, a.g.e., sf. 10; CAN, Mertol, “Yeni Medeni Kanun’un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, GÜHFD., C. 8, S. 1-2, Ankara, Haziran-Aralık 2004, sf. 53

²⁹ SELİÇİ, 1978, sf. 17; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 15; BAYGIN, a.g.e., sf. 22; EREN, 1996 b, sf. 65; DUMAN, a.g.e., sf. 44; KARATAŞ, a.g.e., sf. 91 vd.; TANDOĞAN, 1987, sf. 77; KARAHASAN, 1997 a, sf. 210; UYGUR, 2003 c, sf. 7612; ARAL, a.g.e., sf. 340; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 330; YAVUZ, 2002, sf. 465; AKKANAT, a.g.e., sf. 10; YALÇINDURAN, a.g.e., sf. 25; ÖZ, a.g.e., sf. 10; CAN, a.g.e., sf. 53; Alt müteahhitlik sözleşmesinin de niteliği itibariyle bir istisna sözleşmesi olduğu ve asıl iş sahibi ile alt müteahhit arasında sözleşme ilişkisi kurulmadığına dair bkz. Yarg. 4. HD. 15.09.1980 t., 8100 E., 9498 K. (UYGUR, 2003 c, sf. 7667 vd.)

³⁰ DUMAN, a.g.e., sf. 31; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 15; TANDOĞAN, 1987, sf. 84 vd.; ARAL, a.g.e., sf. 341; YAVUZ, 2002, sf. 467; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; YALÇINDURAN, a.g.e., sf. 25

³¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 22; EREN, 1996 b, sf. 65; OLGAÇ, Senai, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Kazâî ve İlmi İçtihatlarla), Ankara, 1977, sf. 893; KARATAŞ, a.g.e., sf. 89; TANDOĞAN, 1987, sf. 77; ARAL, a.g.e., sf. 340; YALÇINDURAN, a.g.e., sf. 50; CAN, a.g.e., sf. 53

³² BAYGIN, a.g.e., sf. 6; YAVUZ, 2002, sf. 445; OLGAÇ, 1977, sf. 889; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 975; Yarg. İBK. 06.07.1964 t., 37 E., 40 K. (OLGAÇ, 1967, sf. 451)

olarak mühendis ya da mimar çalıştırması durumunda ise aradaki ilişki hizmet sözleşmesi olmaktadır³³.

B) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

I) Yapı Eseri (İnşaat) Meydana Getirme

a. Yapı Eseri (İnşaat)

Yapı eseri, inşaat sözleşmesi ile müteahhidin yapımını borçlandığı edimdir. İstisna sözleşmesini düzenleyen Borçlar Kanunu md. 355’de, sözleşmenin “bir eser meydana getirme” unsurunu ifade etmek için “bir şey imali”nden söz edilmiştir. İstisna sözleşmesi ile müteahhit, yaptığı çalışma ile ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi mümkün olan *sonucu* borçlanmaktadır. Yani müteahhit bir iş görme sonucunu borçlanmaktadır. Müteahhidin bu borcu bir edim fiili değil, edim sonucudur. İşte müteahhidin istisna sözleşmesi ile borçlandığı ve Kanun’da bir şey imali diye geçen sonuç, müteahhidin çalışması sonucu ortaya çıkan eserdir³⁴.

Bugün için genel olarak kabul edildiği şekliyle; istisna sözleşmesinin konusunu teşkil eden eser kavramına, insan emeğinin mahsulü olup hukuki bir bütün halinde mana ifade eden ve iktisadi değer taşıyan maddi ve gayri maddi her şeyin dâhil olduğu yönündedir³⁵. Her ne kadar BK. md. 355’e göre istisna akdinin konusunu oluşturan eserin gayri maddi olabileceği hususu zaman içerisinde doktrinde tartışılmış olsa da; inşaat sözleşmeleri açısından bu tartışmaya girmeye gerek yoktur.

³³ KARAHASAN, 1997 a, sf. 65; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 975

³⁴ BAYGIN, a.g.e., sf. 8; ARAL, a.g.e., sf. 327; YAVUZ, 2002, sf. 445; SELİÇİ, 1978, sf. 5; DUMAN, a.g.e., sf. 30; UYGUR, 2003 b, sf. 7452; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 2; TANDOĞAN, 1987, sf. 1; KARAHASAN, 1997 a, sf. 63; ALTAŞ, 2002, sf. 41,51; DAYINLARLI, 1988, sf. 7; ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 1999, sf. 303; UÇAR, 2003, sf. 30; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 952; ÖZ, a.g.e., sf. 3; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 64

³⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 8; OLGAÇ, 1967, sf. sf 446; TANDOĞAN, 1987, sf. 2 vd.; YAVUZ, 2002, sf. 445 vd.; UYGUR, 2003 b, sf. 7452; ARAL, a.g.e., sf. 327.; OLGAÇ, 1977, sf. 885.; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARAHASAN, 1997 b, sf. 62; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 320; ALTAŞ, 2002, sf. 54; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 255; DAYINLARLI, 1988, sf. 7; ÖNEN, a.g.e., sf. 303

Zira inşaat sözleşmesinin konusunu ‘inşaat’ oluşturur. İnşaattan amaç, yani müteahhidin üstlendiği edim, bir “yapı (inşa) eseri”nin kısmen veya tamamen meydana getirilmesidir³⁶.

3194 sayılı İmar Kanunu’nun 5. maddesine göre; “Yapı, karada ve suda daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteahhrik tesislerdir”. Kanun’un aynı maddesinde “bina” ise, “Kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların için girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılarıdır” şeklinde tarif edilmektedir.

Kamu İhale Kanunu md. 4’e göre; inşaat işleri, “bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat” şeklinde tanımlanmaktadır.

Görüldüğü gibi; BK md. 355’te düzenlenen istisna sözleşmesinde “bir şey imali” şeklinde söz edilen tanım içerisinde yukarıda belirtilen yapı eserlerini almakta ise de; inşaat sözleşmesinin konusunu bundan daha dar şekilde sadece yapı eserleri meydana getirir. Bu bağlamda inşaat sözleşmeleri için *eser*; barınma, saklama, ulaşım, alt yapı gibi çok çeşitli ihtiyaçları karşılamak üzere inşa edilen, toprakla doğrudan veya dolaylı bağlantısı bulunan ve insan eli ürünü olan yapı eserlerinden oluşmaktadır³⁷.

Tanımda da görüldüğü gibi, taşınmaz yapı eserleri (inşaat) insan ihtiyaçlarına uygun olarak her çeşit binanın yanı sıra köprü, baraj, otoyol, iskele, doğalgaz naklini sağlayan yeraltı boru iletim hattı, elektrik iletimini sağlayan yer üstü nakil hattı,

³⁶ SELİÇİ, 1978, sf. 6; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; KARATAŞ, a.g.e., sf. 25; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 1; EREN, 1996 a, sf. 55; BAYGIN, a.g.e., sf. 182

³⁷ EREN, 1996 a, sf. 53; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 14; TANDOĞAN, Halûk, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, sf. 312; BAYGIN, a.g.e., sf. 182; ERTEN, a.g.e., sf. 7

kanalizasyon şebekesi gibi yapıları dahi kapsamaktadır. Yani inşaat, maddi nitelikteki ve insan eli ürünü olan her türlü yapı eserini ifade etmektedir³⁸. Bu itibarla bir kaya bloğu, bir tepe, bir akarsu gibi doğal nesnelere yapı eseri kavramının dışında kalmaktadır. Ancak; doğal nesnelere insan eli ile bir düzenleme getirilmesi, söz konusu nesnelere değişikliğe uğratarak şekil verilmesi hallerinde bunlar dahi yapı eseri niteliği kazanırlar. Bir tepenin içinden geçmek üzere tünel açılması ya da akarsu için kanal açılması, taş ocakları kurulması veya kaya bloklarından bir dolgu baraj yapılması halleri böyledir³⁹.

Son olarak; yapı eseri, taşınmaz (sürekli-daimi) olabileceği gibi taşınır (geçici) da olabilir. Bu anlamda; devamlı surette kalmak üzere toprağa bağlı olarak yapılan her çeşit binalar, yol, tünel, kanalizasyon, elektrik gibi yeraltı ve yerüstü yapı eserleri taşınmaz (sürekli) inşaatır. Kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan yapı eserleri ise taşınır (geçici) inşaatı oluşturmaktadır. Bu tip yapılar TMK. md. 728’de “taşınır yapılar” madde başlığı altında hükme bağlanmıştır. Geçici yapılara örnek olarak; kulübe, büfe, şantiye binası, seyirciler için kurulmuş geçici tribün gibi yapı eserleri gösterilebilir⁴⁰.

b. Meydana Getirme (İnşaa)

Müteahhidin inşaat sözleşmesi ile üstlendiği edim, bir yapı (inşa) eserinin “meydana getirilmesi”dir⁴¹. Yani müteahhit hâlihazırda mevcut olan ya da kendi faaliyeti bulunmaksızın gerçekleştirilecek olan bir eseri sağlamayı değil, sözleşmenin konusunu oluşturan yapı eserini kendi faaliyetleri sonucunda ortaya çıkartmayı taahhüt etmektedir⁴². Bu anlamda; “inşa etme”, “yapma”, “meydana getirme”

³⁸ EREN, 1996 a, sf. 53; KARAHASAN, 1997 a, sf. 64; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 14; ERTEN, a.g.e., sf. 7, 14; ÖNEN, a.g.e., sf. 303

³⁹ ERTEN, a.g.e., sf. 8, 17

⁴⁰ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 330; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 797; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 411; EREN, 1996 a, sf. 54; ABACIOĞLU, a.g.e., sf. 48; BAYGIN, a.g.e., sf. 182 vd., ERTEN, a.g.e., sf. 16

⁴¹ SELİÇİ, 1978, sf. 6; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; KARATAŞ, a.g.e., sf. 25; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 1; EREN, 1996 a, sf. 55; BAYGIN, a.g.e., sf. 6 vd.; OLGAC, 1967, sf. 445; YAVUZ, 2002, sf. 445; KARAHASAN, 1997 a, sf. 63; ALTAŞ, 2002, sf. 45; DAYINLARLI, 1988, sf. 7

⁴² BAYGIN, a.g.e., sf. 12; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 2; ALTAŞ, 2002, sf. 45; ÖZ, a.g.e., sf. 8

sözcükleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. BK. md. 355’de meydana getirme, “imal etmek” ifadesi şeklinde yer almaktadır.

Meydana getirme kavramı, ilk olarak daha önce izah edilen nitelikte bir yapıyı baştan sona yapmayı nitelemektedir. Yani inşaat yapma, her şeyden önce yeni ve başlı başına bir bütünlük arz eden bir yapı eseri ortaya çıkartmayı ifade eder⁴³. Yeni bir bina, köprü, tünel vs. yapımı yeni bir yapı meydana getirmeye örnektir.

Meydana getirme kavramı yeni bir yapının ortaya çıkartılmasını öncelikle ifade etmekle birlikte bununla sınırlı değildir. Meydana getirme; bir yapı ile bütünleşecek şekilde yapılan kısmi inşaat işlerini de kapsar. Bu itibarla; mevcut bir yapıya ilave veya mevcut bir yapıda değişiklik ya da onarım yapmayı da kapsar⁴⁴. İm.K. md. 5’de bulunan “yapı” tanımında da bu husus yapı eserlerinin “inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Bu durum KİhK. md. 4’te bulunan “yapım” kavramının tanımında da “her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini ifade eder” şeklinde yer almıştır.

Aynı yönde olmak üzere; DİK’nun 4. maddesine göre de *yapım*, “her türlü inşaat, ihzarat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj işlerini ifade eder” denilmektedir. Bu itibarla; daha önceden yapılmış mevcut bir yapının büyütülmesi genişletilmesi, şekil ve kullanım alanının değiştirilmesi de inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Örneğin mevcut bir binaya yeni bir kat ilave edilmesi ya da daha önce galeri şeklinde (iç duvarları

⁴³ EREN, 1996 a, sf. 56; BAYGIN, a.g.e., sf. 13; OLGAÇ, 1977, sf. 886; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 22; KARAHASAN, 1997 a, sf. 69; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1970, sf. 320; SELİÇİ, 1978, sf. 6; ARAL, a.g.e., sf. 331; YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2004, sf. 278; KAPLAN, a.g.e., sf. 120; ALTAŞ, 2002, sf. 45; ÖNEN, a.g.e., sf. 303; ÖZ, a.g.e., sf. 80

⁴⁴ EREN, 1996 a, sf. 56; BAYGIN, a.g.e., sf. 182; OLGAÇ, 1977, sf. 886; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 22; KARAHASAN, 1997 a, sf. 69; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1970, sf. 320; SELİÇİ, 1978, sf. 6; ARAL, a.g.e., sf. 331; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 320; KAPLAN, a.g.e., sf. 120; YAVUZ, 2004, sf. 278; ALTAŞ, 2002, sf. 45; DAYINLARLI, 1988, sf. 8; ÖNEN, a.g.e., sf. 303; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 955; ÖZ, a.g.e., sf. 80; Yarg. 4. HD. 01.06.1978 t., 2220 E., 7342 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1190)

olmaksızın) inşa edilmiş bir büronun, odalara bölünmesi böyledir. Belirtmek gerekir ki bu şekilde yapılan inşaat ile meydana gelen yapının, eskisinden daha yeni veya özel bir şeklinin olması ya da değerinin artması şart değildir; önemli olan husus tarafların anlaşması veya olağan alış-veriş hayatına göre eskisinden değişik bir eserin ortaya çıkmasıdır⁴⁵.

İnşaat sözleşmesinin konusunu mevcut bir yapının yıkılması da oluşturabilir⁴⁶. DİK. md. 4'te ve KİHK. md. 4'te yapılan tanımlarda *yıkmanın* da "yapım" kapsamında olduğu hükme bağlanmıştır. Bir binanın yıkılarak ortadan kaldırılması böyledir.

İnşaat sözleşmesi kapsamında inşaat; bir yapının tamamı olabileceği gibi sadece bir kısmını da kapsayabilir. Yani, bir yapı eserin tamamını meydana getirmek olduğu kadar, bir parçasını meydana getirmek de inşaat sözleşmesi kapsamındadır⁴⁷. Örneğin; Karayolları Genel Müdürlüğü (KGM)'nün bir otoyol inşaatını parçalara bölerek farklı müteahhitlere inşa ettirmesi durumunda, her bir müteahhitle iş sahibi (KGM) arasında akdedilen sözleşme inşaat sözleşmesi niteliğindedir.

II) Ücret (Meydana Getirilen Yapı Eseri İçin Karşılık)

a. Genel Olarak

İstisna sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. İstisna sözleşmesinin asli unsurlarından biri, iş sahibinin, meydana getirilecek eser karşılığı olarak müteahhide bir ücret (karşılık, karşılık bedel) ödemeyi taahhüt etmesidir. Diğer bir anlatımla, bir eser imalinin istisna sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, imal karşılığında bir

⁴⁵ OLGAÇ, 1967, sf. 446; TANDOĞAN, 1987, sf. 22; TANDOĞAN, 1970, sf. 320; ALTAŞ, 2002, sf. 45; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 955

⁴⁶ EREN, 1996 a, sf. 56; OLGAÇ, 1967, sf. 447; DUMAN, a.g.e., sf. 30; TANDOĞAN, 1987, sf. 22; KARAHASAN, 1997 a, sf. 69; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1970, sf. 320; ARAL, a.g.e., sf. 331; YAVUZ, 2004, sf. 278; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; KAPLAN, a.g.e., sf. 120; BAYGIN, a.g.e., sf. 13; ALTAŞ, 2002, sf. 45; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 955; ÖZ, a.g.e., sf. 8

⁴⁷ EREN, 1996 a, sf. 56; OLGAÇ, 1967, sf. 446; BAYGIN, a.g.e., sf. 182

ücretin taahhüt edilmiş olması gerekir⁴⁸. Bir ücret karşılığı olmaksızın eser meydana getirilmesinin taahhüt edildiği durumlarda ise hukuki ilişki eser sözleşmesi olamayacaktır. Bu durumda sözleşmenin hükümleri ve tarafların amacı doğrultusunda bir vekâlet sözleşmesi ya da isimsiz (karma) bir sözleşme söz konusu olur⁴⁹.

Ücret, istisna sözleşmesinin sıkça görülen bir türü olan inşaat sözleşmesinin de asli unsurlarından birini oluşturmaktadır⁵⁰.

Taraflarca, meydana getirilecek inşaat karşılığında ücret ödenmesi kararlaştırılmış olması yeterli ve gereklidir. Yoksa ücretin şekil ve miktarının da açıkça tayin edilmiş olmasına lüzum yoktur. Hatta ücret ödeneceği kararlaştırılmasının yanı sıra, ücret miktarının belirlenebilir kılınmış olmasına dahi gerek yoktur. Ücret miktarının belirlenmemiş olduğu inşaat sözleşmelerinde; hâkim, BK. md. 366 hükmü uyarınca ücreti belirleyecektir⁵¹. Gerçekten de BK. md. 366'ya göre; “evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir”. Madde hükmünden ücretin, inşaatın kıymetine ve müteahhidin inşaat giderlerine göre saptanabileceği ve ücretin miktarının sözleşmenin asli unsuru olmadığı açıkça anlaşılmaktadır⁵².

⁴⁸ EREN, 1996 a, sf. 56; BAYGIN, a.g.e., sf. 14; OLGAÇ, 1967, sf. 448; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 24; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; KARAHASAN, 2002, sf. 68; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; KAPLAN, a.g.e., sf. 125; ALTAŞ, 2002, sf. 43; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, 1988, sf. 11; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁴⁹ EREN, 1996 a, sf. 56; BAYGIN, a.g.e., sf. 14; TANDOĞAN, 1987, sf. 24; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; KARAHASAN, 2002, sf. 68; ALTAŞ, 2002, sf. 43; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, 1988, sf. 11; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁵⁰ DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; KARAHASAN, 1997 a, sf. 70; KAPLAN, a.g.e., sf. 125; EREN, 1996 a, sf. 56; BAYGIN, a.g.e., sf. 14; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23

⁵¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 15; OLGAÇ, 1967, sf. 448; DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 26; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; YAVUZ, 2002, sf. 486; KAPLAN, a.g.e., sf. 128; ALTAŞ, 2002, sf. 45; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, 1988, sf. 12; ÖNEN, a.g.e., sf. 303; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁵² “Şu durumda, iş bedelinin... kararlaştırılmamış veya takribi surette kararlaştırılmış olduğunun kabulü gerekir ve bu hallerde artık iş bedeli yapılan işin değeri ve yüklenicinin masrafına göre belirlenmelidir” Yarg. HGK. 30.10.2002 t., 15-794 E., 859 K. (MEYDAN, Nihat / YAPAL, Fadime, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları 2002-2003-2004, İstanbul, 2005, sf. 505 vd.); “Sözleşmelerinde işin bedeli kararlaştırılmadığına göre, BK. 366. madde hükmü gereğince, işin yapıldığı tarihteki rayiç bedellere göre istihkakın saptanması gerekir” Yarg. 15. HD. 08.03.1990 t., 3781 E., 1057 K. (UYGUR, 2003 b, sf. 7468)

Taraflar, meydana getirilecek yapı eseri karşılığında ücret ödeneceğine dair açıkça anlaşabilecekleri gibi örtülü olarak da anlaşmaya varabilirler. İnşaatın, hal ve şartlar ile hayatın olağan seyrine göre yalnızca ücret karşılığı meydana getirilebileceğinin; yani karşılığın varlığının tabii sayılacağı durumlarda ücret ödenmesi örtülü olarak kararlaştırılmış sayılır. Genellikle meslek sahipleri ile zanaatkarların gördükleri işlerin ücret karşılığı olduğu söylenebilir⁵³.

Ücret, bir miktar para olarak belirlenebilir. Bu miktarın hesaplanmasında karşılık, götürü, toptan gibi değişik hesap şekillerinin kabul edilmesi mümkündür⁵⁴. İnşaat için maktu bir miktar belirlenebileceği gibi; inşaatın çeşitli işleri için ayrı ayrı da ücret belirlenebilir. Bunların yanı sıra ücretin, değeri belli eden birimlere göre de kararlaştırılması mümkündür. Örneğin; çalışılan gün sayısına veya çalışma saatlerine göre hesap edilmesi ya da yapılan hafriyatın metreküp üzerinden ücretlendirilmesi böyledir⁵⁵.

Ücret bir miktar para olarak belirlenebileceği gibi, taraflarca başka şekillerde de ödenebileceği kararlaştırılabilir. Yani karşı edimi mülkiyetin nakli⁵⁶, hizmet⁵⁷, kira⁵⁸ veya başka bir eser gibi edimler de oluşturabilir. Yapılan inşaat karşılığı ücret olarak, iş sahibinin de başka bir eser meydana getirip müteahhide tesliminin öngörülmesi halinde, her iki tarafın da karşı edim olarak eser meydana getirmeyi üstlendiği bir istisna sözleşmesi ortaya çıkmaktadır⁵⁹.

⁵³ BAYGIN, a.g.e., sf. 14; OLGAÇ, 1967, sf. 448; TANDOĞAN, 1987, sf. 24; KARAHASAN, 1997 a, sf. 70; ALTAŞ, 2002, sf. 44; DAYINLARLI, 1988, sf. 11; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁵⁴ OLGAÇ, 1967, sf. 449; EREN, 1996 a, sf. 57; DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 27; KARAHASAN, 1997 a, sf. 70; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; KAPLAN, a.g.e., sf. 127; ALTAŞ, 2002, sf. 44; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁵⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 15; OLGAÇ, 1967, sf. 449; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 27; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; KAPLAN, a.g.e., sf. 129 vd.; ALTAŞ, 2002, sf. 44; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁵⁶ Yarg. 15. HD. 28.04.1978 t., 357 E., 907 K. (ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 2)

⁵⁷ “Mühendis ile kooperatif arasındaki anlaşma; istisna ve hizmet bağıtlarından oluşmuş bir bileşik sözleşme niteliğindedir” Yarg. 10. HD. 22.01.1976 t., 4935 E., 1294 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 971)

⁵⁸ “Taraflar arasındaki sözleşme bu hali ile yalnız bir kira sözleşmesi olmayıp istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir” Yarg. 3. HD. 24.02.1987 t., 12595 E., 2236 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 969)

⁵⁹ BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23;

Bir hizmetin ya da taşınır veya taşınmaz bir malın mülkiyetinin geçirilmesinin karşı edim, yani inşaatın ücreti olması durumunda, meydana gelen sözleşme isimsiz bir sözleşmedir. İşte uygulamada oldukça yaygın olarak görülen ve meydana getirilen inşaat karşılığında müteahhide, yapılan inşaattan taşınmaz mülkiyeti verilerek ifa edilen sözleşmeler böyle sözleşmelerdir.

b. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki; doktrinde bu sözleşmenin “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi”, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesi” gibi değişik isimlerle ifade edildiği görülmektedir⁶⁰.

Ancak 4721 syl. TMK. md. 1009’da şerh edilebilecek kişisel haklar sayılırken bu sözleşme, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” şeklinde isimlendirilmiştir. Böylece Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra bu sözleşme, kanunla düzenlenmemiş ancak adının kanunla bulunduğu bir sözleşme olmuştur⁶¹. Bu sebeple; tarafımızdan da TMK’na uygun olarak “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak ifade edilecektir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) md. 1’ göre; tamamlanmış bir yapı eserinin başlı başına kullanılmaya elverişli bölümleri üzerinde, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir. Yapının inşaatı aşamasında yahut henüz inşaata yapımına başlanmadan, inşaatın tamamlanması üzerine geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere irtifak hakları kurulabileceği de aynı maddede düzenlenmiştir.

ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 2; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 13; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 304; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 957; **ÖZ**, a.g.e., sf. 2

⁶⁰ **YAVUZ**, 2002, sf. 503; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 79; **KOSTAKOĞLU**, Cengiz, “Eser Sözleşmesinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil”, YHD., C. 7, S. 7, İstanbul, Temmuz 1984, sf. 925; **BALKIZ**, Zeynel, “Paylı Taşınmazlarda Satış Vaadi Sözleşmeleri”, MBD., Y. 4, S. 15, Manisa, Ekim 1985, sf. 18; **KARTAL**, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, Blm. 1, YD., C. 9, S. 1-2, Ankara, Ocak-Nisan 1983, sf. 96

⁶¹ **YAVUZ**, 2002, sf. 503

Yapının bağımsız mülkiyet hakkı kurulabilen başlı başına kullanılmaya elverişli olan bölümlerine, *bağımsız bölüm* ve söz konusu bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına ise *kat mülkiyeti* denilir (KMK. md. 2). Kat mülkiyeti, arsa payı ile bağlantılı özel bir mülkiyet olup; her bir bağımsız bölüme arsa üzerinde belli bir payın bağlanması zorunludur (KMK. md. 3 f. 1, 2; md. 5 f. 2)⁶².

KMK. md. 13 f. 2 hükmüne göre; kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm taşınmaz niteliği kazanır.

Yargıtay; 1978 tarihli bir İBK. ile kat mülkiyeti ve kat irtifakı satış vaadine ilişkin olarak, 634 sayılı KMK'nun yürürlüğe girmesinden sonra, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız, eş deyişle arsa payı belirlenmiş veya belirlenmemiş olarak kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli olarak yapılabileceğine karar vermiştir⁶³. Diğer bir deyişle; henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin satış vaadi sözleşmeleri geçerli olarak yapılabilir⁶⁴.

İşte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; müteahhidin, iş sahibinin (arsa maliki) arsası üzerine bağımsız bölümler yapmak suretiyle inşaat yapım ve teslimi işini üstlendiği ve arsa malikinin ise, ücret olarak bir kısım arsa payının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetini müteahhide geçirmeyi vaad ettiği sözleşmedir⁶⁵.

⁶² **ERTAŞ**, Şeref / **SERDAR**, İlknur / **GÜRPINAR**, Damla, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara, 2002, sf. 392

⁶³ Yarg. İBK. 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1578)

⁶⁴ **TANDOĞAN**, 1987, sf. 247; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 660; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 100; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 100

⁶⁵ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 142; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 25; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 623; **SELİÇİ**, 1978, sf. 8; **YAVUZ**, 2002, sf. 451, 504; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7447; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 13; **ERMAN**, a.g.e., sf. 511; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 98; **KOSTAKOĞLU**, 1984, sf. 928; **AYAZLI**, Pervin, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (UNSURLARI HUKUKİ ÖZELLİKLERİ ŞEKİL SORUNU)", HAD., C. 2, S. 1, İstanbul, Ocak-Nisan 1987, sf. 43; Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 503); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. HGK. 06.06.1979 t., 190 E., 799 K. (**UYGUR**, 2003 b, sf. 7468); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (**DALAMANLI**, Lütfü, İçtihatlı ve Örnekli Tatbikatta Satış Vaadleri Ölüncüye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, İstanbul, 1980, sf. 95); Yarg. 15. HD. 11.03.1977 t., 468 E., 625 K.; Yarg. 15. HD. 08.04.1977 t., 470 E., 837 K.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaat sözleşmesinin bir türü olup; tanımdan açıkça anlaşıldığı gibi, müteahhidin edimi yine bir yapı eserinin meydana getirilerek teslim edilmesidir. Ancak meydana getirilen inşaatın karşılığında ücret olarak, bir kısım arsa payının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi taahhüt edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; taraflar bazen daha başlangıçta veya inşaatın çeşitli aşamalarında belli oranda arsa payını tapuda satış olarak müteahhide devretmektedirler. Herhalde; bu sözleşme ile müteahhidin eser meydana getirme borcu karşısında iş sahibi, bir diğer tipik sözleşmenin karakteristik asli edimini üstlenmektedir. Bu sözleşme ile istisna sözleşmesi ve taşınmaz satımının veya satım vaadinin unsurları, yani iki bağımsız sözleşme kendilerine özgü nitelikleri koruyarak ortak bir amaçla bir araya gelmektedir. Yani bu sözleşme, iki farklı sözleşmeye ait unsurları mahiyetinde bulundurmaktadır. Böylesine kanunun başka başka sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmesi ile meydana getirilen sözleşmelere “karma (karışık muhtevalı) sözleşme” denilir⁶⁶. Taraflardan birinin edimini tipik bir sözleşmeye özgü edimin ve diğer tarafın edimini ise bir başka tipik sözleşmeye ait edimin oluşturduğu ve bunların birbirine denk ve asli edimleri oluşturduğu sözleşmeler ise “çift tipli karma sözleşmeleri” meydana getirir⁶⁷. Bu sebeple; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi “çift tipli karma sözleşme” niteliğindedir⁶⁸.

(DÖNMEZ, İrfan, Tapu İptali ve Tesçili Davaları (En Son İçtihatlarla ve Açıklamalı), Ankara, 1987, sf. 1140, 1155)

⁶⁶ TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara, 1988, sf. 12; KARAHASAN, 1997 a, sf. 628; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 4; SELİÇİ, 1978, sf. 7; ALTAŞ, 2002, sf. 47; ALTAŞ, 1998, sf. 225; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 14; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. 1, İstanbul, 1980, sf. 52; ÖZENLİ, Soysal, Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1986, sf. 124; KARTAL, Blm. 1, sf. 112; KOSTAKOĞLU, 1984, sf. 928; AYAZLI, a.g.e., sf. 45

⁶⁷ TANDOĞAN, 1988, sf. 69; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 567; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 16 (Yazar, bu sözleşmelere karma sözleşmelerin bir türü olarak “ikiz sözleşme” demektedir.); YAVUZ, 2002, sf. 507

⁶⁸ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 258; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; UYGUR, 2003 b, sf. 7452; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; SELİÇİ, 1978, sf. 11; KARAHASAN, 1997 a, sf. 628; TANDOĞAN, 1988, sf. 71; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 4; DAYINLARLI, 1988, sf. 13; ERMAN, a.g.e., sf. 511; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 58; ÖZ, a.g.e., sf. 2; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 126; YAVUZ, 2002, sf. 507; KARTAL, Blm. 1, sf. 102; AYAZLI, a.g.e., sf. 45

Yargıtay da kararlarında istikrarlı olarak, arsa payı inşaat sözleşmesinin bu niteliğini kabul etmektedir. Yargıtay HGK. Kararına göre; “Görülüyor ki, davalının edimi istisna sözleşmesinin; davacının karşı edimi ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece, taraflar arasında, arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır”⁶⁹. Yargıtay 15. HD.’nin bir kararında da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için; “eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir *karma sözleşme* tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, ... *inşaat sözleşmesi*; diğeri ise, ... *mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmedir*” denilmektedir⁷⁰.

Bu tür karma sözleşmelere; her bir edim açısından edimin alındığı sözleşmeye ait kanun hükümleri mahiyetleri itibariyle sözleşme ile bağdaştırıldığı ölçüde uygulanır. Ne var ki; değişik sözleşme tiplerine ait kuralların birbirine ters düşmesi durumunda, karşılıklı çıkarlar dengesine ve sözleşmenin kuruluş amacına göre TMK. md. 1 uyarınca hakkaniyete uygun çözüm yolu seçilecektir⁷¹. Yargıtay 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K. sayılı Kararına göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; “davacının (müteahhidin) yüklendiği eser meydana getirme edimi için, Borçlar Kanununun bu tip sözleşmeyi düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına karşılık davalıların (iş sahibi) pay mülkiyetini geçirme borcu yönünden satıma ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır”⁷².

⁶⁹ Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15-1613 E., 82/565 K. (ERMAN, a.g.e., sf. 507); aynı yönde Yarg. 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K. (TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 19); Yarg. 15. HD. 04.12.1980 t., 1990 E., 2594 K.; Yarg. 15. HD. 12.11.1981 t., 2098 E., 2240 K.; Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E., 1184 K. (ÖZENLİ, a.g.e., sf. 334, 337, 340)

⁷⁰ Yarg. 15. HD. 08.05.1996 t., 1132 E., 2486 K. (KARATAŞ, a.g.e., sf. 27); Yarg. 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 628)

⁷¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 16; KARAHASAN, 1997 a, sf. 72; UYGUR, 2003 b, sf. 7452; SELİÇİ, 1978, sf. 11; ERMAN, a.g.e., sf. 511; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 16; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 62; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 124; KARTAL, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, Blm. 2, YD., C. 9, S. 3, Ankara, Temmuz 1983, sf. 330; “Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır” Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15-1613 E., 82/565 K. (ERMAN, a.g.e., sf. 507)

⁷² KARAHASAN, 1997 a, sf. 628; aynı yönde Yarg. 15. HD. 12.02.1974 t., 26 E., 111 K. (SELİÇİ, 1978, sf. 11)

Ancak mülkiyeti müteahhide geçirilecek bağımsız bölümler üzerinde anlaşmaya varılmasının yanında, söz konusu bağımsız bölümlere düşen arsa payı oranlarının sözleşme ile belirlenmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Zira; bağımsız bölümlere düşen arsa payı oranları bilirkişi incelemesine göre belirlenebilecektir⁷³.

Son olarak belirtmek gerekir ki; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olarak üzerine inşaat yapılacak taşınmaz, tapuya kayıtlı olabileceği gibi; tapuya kayıtlı olmayan (tapusuz) bir taşınmaz dahi olabilir. Bir başka ifade ile; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile tapusuz bir taşınmaza inşaat yapılması kararlaştırılabilir. Önemli olan husus, üzerine inşaat yapılacak arsanın taraflarca anlaşılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli olmasıdır⁷⁴.

III) Taraflar Arasında Anlaşma

BK md. 1 f. 1'e göre; sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşur. Şu halde, diğer sözleşmelerde olduğu gibi; inşaat sözleşmesi açısından da, tarafların, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekmektedir. BK. md. 355'den anlaşıldığı üzere; tarafların, belirli bir yapı eserinin meydana getirilmesi ve bu inşaat karşılığında ücret ödenmesi konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Ancak bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki; ücret ödeneceği hususunda tarafların açık ya da örtülü olarak anlaşması gerekli ve yeterli olup, ücretin miktarının da belirlenmiş ya da belirlenebilir kılınmış olmasına gerek yoktur⁷⁵. Sonuç olarak inşaat sözleşmesinde, iş sahibi ile müteahhidin iradesini diğer tarafa yönelttiği iki irade beyanı bulunmaktadır.

⁷³ TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956; KARTAL, Bilal, "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi", Blm. 3, YD., C. 9, S. 4, Ankara, Ekim 1983, sf. 557; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 101 "Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişi görüşünden yararlanmak yoluyla belirlenmesi her zaman mümkün bulunduğundan, bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olması da sözleşmenin geçerliliğine engel değildir" Yarg. İBK 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1587)

⁷⁴ YAVUZ, 2002, sf. 505; KARTAL, Blm. 1, sf. 99

⁷⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 17; EREN, 1996 a, sf. 57; DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARAHASAN, 2002, sf. 71 vd.; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 24; TANDOĞAN, 1970, sf. 324; ARAL, a.g.e., sf. 332; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 324; YAVUZ, 2004, sf. 279; ALTAŞ, 2002, sf. 46; DAYINLARLI, 1988, sf. 12, 14 TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 958

Sözleşmenin geçerlik ve ispat şekli üzerinde, “İnşaat Sözleşmesinin Şekli” bahsinde duracağız. Burada; sözleşmenin esaslı unsurları olan bir yapı eseri meydana getirme ve bunun karşılığında ücret ödenmesi hususlarında tarafların karşılıklı anlaşmış olmalarının gerekliliğini vurgulamakla yetinilecektir.

C) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

I) Kural Olarak

İnşaat sözleşmesi, Borçlar Hukuku açısından istisna sözleşmesidir. Bu itibarla inşaat sözleşmesi, kural olarak, geçerliği şekle tabi olmayan bir sözleşmelerdir. BK. md. 11 f. 1 uyarınca “akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir”. Gerçekten de; istisna sözleşmesi ve onun bir türü olan inşaat sözleşmesi Borçlar Kanunu’nda bir şekil şartına tabi tutulmuş değildir. Bu suretle, sözleşme sözlü ya da yazılı yapılabilir⁷⁶. Hatta sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan icap ve kabulün örtülü olarak yapılması dahi mümkündür⁷⁷.

BK. md. 387’ye göre; “vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekâlet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır”. Her ne kadar madde vekâlet ilişkisi için düzenlenmiş ise de; müteahhide mesleğine ilişkin bir icapta bulunulmuş ya da müteahhit tarafından icap edilen gibi işleri kabul edeceği ilan edilmişse, BK. md. 387 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Bu durumda; müteahhit böylesi bir icabı derhal reddetmedikçe kabul etmiş sayılmalıdır⁷⁸.

Kural olarak sözleşmenin geçerlik şekli bulunmamasına rağmen; taraflar sözleşmelerini BK. md. 16 uyarınca iradi olarak belli bir geçerlik şekline bağlı

⁷⁶ EREN, 1996 a, sf. 57; OLGAC, 1967, sf. 449; DUMAN, a.g.e., sf. 31; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 19; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; TANDOĞAN, 1970, sf. 324; OLGAC, 1977, sf. 888; SELİÇİ, 1978, sf. 14; ARAL, a.g.e., sf. 333; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 324; YAVUZ, 2002, sf. 451; KAPLAN, a.g.e., sf. 123; ALTAŞ, 2002, sf. 47; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 255; ERTEN, a.g.e., sf. 85; DAYINLARLI, 1988, sf. 14; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 959

⁷⁷ BAYGIN, a.g.e., sf. 17; TANDOĞAN, 1970, sf. 324; ARAL, a.g.e., sf. 333; YAVUZ, 2002, sf. 451; ALTAŞ, 2002, sf. 47; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 959

⁷⁸ BAYGIN, a.g.e., sf. 17; TANDOĞAN, 1970, sf. 324; ALTAŞ, 2002, sf. 47

tutabilirler. BK. md. 16 f. 1'e göre; kanuni şekle tabi olmayan bir hukuki muamelenin geçerliliği bizzat bu muameleye taraf olanlarca şekle tabi tutulabilir. Söz konusu hüküm uyarınca taraflar, inşaat sözleşmesinin geçerliğini şekle tabi kılabilirler⁷⁹.

Büyük inşaatların veya makine tesislerinin yapımının taahhüt edildiği gibi önemli konulardaki istisna sözleşmeleri için, doktrinde, tarafların örtülü olarak yazılı şekli saklı tutmuş sayılmalarının karine olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁰. Ancak kanımızca da; böyle bir karinenin kabul edilmesi mümkün değildir. Bir sözleşmenin salt büyük miktarlara ilişkin olması sebebiyle, kanunda hiçbir şekle tabi tutulmamış olmasına rağmen, taraflarca şekle bağlandığının kabul edilmesi doğru değildir. Kanun açıkça, hiçbir fark gözetmeksizin istisna sözleşmelerinin tümü açısından şekil şartı getirmemiştir ki; buna büyük ve önemli miktarları kapsayan sözleşmelerin de dâhil olduğu açıktır. Bir diğer açıdan ise; karine olarak yazılı şekil şartının kabul edilmesi böylesi sözleşmelerin geçersizliğini doğuracaktır ki; bu durumun doğuracağı zararlı sonuçların sözleşmenin yazılı şekle bağlı kılınmamış halinde oluşturacağı zararlardan daha çok olmadığı düşüncesindeyiz⁸¹.

Sözleşmenin yazılı olarak düzenlenmemiş olması halinde, sözleşme geçerlidir; ancak varlığını ispat etmek zordur. Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin ispatı açısından da şekil şartı getirilmemiştir. İspat şekline ilişkin olarak HUMK. md. 288 hüküm getirmektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre; değeri belli bir miktarı aşan sözleşmelerde yazılı şekil ispat şartı olarak zorunlu kılınmaktadır. Diğer bir deyişle; miktarı bugün için dört yüz Yeni Türk Lirasını aşan alacakların ispatı için yazılı delil zorunludur. Yani her ne kadar inşaat sözleşmesi için geçerlik şekli öngörülmemişse de, ispatı açısından kural olarak bu zorunluluk bulunmaktadır. Maddede belirtilen miktarı aşan sözleşmeler açısından yazılı şekil ispat şartı olduğu için; böyle

⁷⁹ BAYGIN, a.g.e., sf. 18; KARAHASAN, 2002, sf. 118; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 25; YAVUZ, 2002, sf. 451; EREN, 1996 a, sf. 58; ÖNEN, a.g.e., sf. 40; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 959; ERDOĞAN, İhsan, "Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları", GÜHFD., C. 1, S. 1, Ankara, Haziran 1997, sf. 126

⁸⁰ BAYGIN, a.g.e., sf. 18; TANDOĞAN, 1970, sf. 325;

⁸¹ GÜRPINAR, a.g.e., sf. 25

sözleşmelerin varlığı hususunda tanık dahi dinlenemez. Ancak HUMK. md. 289 uyarınca karşı tarafın muvafakatının bulunması halinde yahut Kanun'un 292, 293 veya 294. maddelerinde belirtilen hallerde tanıkla ispat yoluna dahi gidilebilir. Yemin teklifi ise herhalde mümkündür⁸².

Yargıtay pek çok kararında anlatılagelen şekilde hüküm tesis etmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bir Kararında; "Davacı anlaşmanın (inşaat sözleşmesinin) davalı tarafından haksız olarak bozulduğundan bahisle 25.000 Lira ceza koşuluna hükmolunmasını istemiş ve yazılı sözleşme olmadığını da açıklayarak ... İddiasının mahiyeti itibariyle *yazılı delille ispat edilmesi HUMK md. 288 hükmü gereği olduğuna ...*"⁸³ Bir başka Kararda ise tanık ve yemine ilişkin olarak; "Başka bir anlatımla akdi ilişkiyi inkâr etmiştir. Davacı taşeronun akdi ilişkiyi HUMK'nun 288. ve ardından gelen maddeleri hükümleri gereğince kanıtlaması gerekmekte ise de, kanıtlanamamıştır. Ancak, davacı taşeron kanıt olarak yemine de dayanmıştır. Bu durumda mahkemenin akdi ilişki konusunda davacı taşeronun davalı iş sahibine yemin teklifine hakkı olduğu hatırlatılıp ..." şeklinde hüküm kurulmuştur⁸⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki; taraflar inşaat sözleşmesi akdedilirken kendi aralarında tespit edecekleri fenni şartları içeren bir belgeyi (şartname) ya da herhangi bir şirket veya kamu kurumuna ait yapı şartnamesini sözleşmenin eki olarak kabul edebilirler. Hatta taraflar; BİGŞ'ni de sözleşmelerinin eki olarak kabul edebilirler. Bu şartnameler, eki oldukları inşaat sözleşmesinin bir parçasını teşkil etmekte olup; sözleşme hükmü olarak aynen uygulanacaktır⁸⁵.

⁸² **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 29; **KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 19; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7460; **YAVUZ**, 2002, sf. 451; **KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, İstanbul, 1990 a, sf. 1543 vd.; **DUMAN**, a.g.e., sf. 31; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 6; **ALTAŞ**, 2002, sf. 47; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 14

⁸³ Yarg. HGK. 07.04.1976 t., 11/771 E., 1201 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1546) ; yazılı delil şartı ile ilgili olarak aynı yönde Yarg. 15. HD. 01.03.1989 t., 654 E., 897 K. (**KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 40) ; Yarg. 15. HD. 04.06.1975 t., 2544 E., 2866 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1543)

⁸⁴ Yarg. 15. HD. 11.04.1991 t., 4649 E., 1901 K. (**KARATAŞ**, a.g.e., sf. 29) ; tanık ve yemine ilişkin olarak aynı yönde Yarg. 15. HD. 27.02.1990 t., 90/3318 E., 91/912 K. (**KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 42); Yarg. 15. HD. 20.06.1975 t., 2798 E., 3145 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1545)

⁸⁵ **OLGAÇ**, 1967, sf. 449; **KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 26; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 35; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 5; **YAVUZ**, 2002, sf. 444; **ERTEN**, a.g.e., sf. 88; Yarg. 4. HD. 13.03.1958 t., 7509 E., 1317 K. (**OLGAÇ**, 1967, sf. 449)

II) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil

a. Tapuya Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil

Tapuya kayıtlı bir taşınmaz üzerinde yapı eseri meydana getirilmesi amacıyla kurulan arsa payı inşaat sözleşmesinde uyulması gereken şeklin tespitinde, sözleşmenin niteliği büyük önem arz eder. Şöyle ki; inşaat sözleşmesinin bir istisna sözleşmesi olduğunu ve kural olarak şekle tabi olmadığını ve istisna sözleşmesinin unsurları ile bir başka tipik sözleşmenin unsurlarının bir araya getirilerek karma sözleşme kurulabileceğini; karma sözleşmeye ise, ilke olarak her bir edimin alındığı sözleşmeye ilişkin kuralların uygulanacağını daha önce belirtmiştik. Böyle durumlarda; diğer sözleşmenin geçerliğinin şekle bağlı olması halinde, ortaya çıkan karma sözleşmenin geçerliği de şekle tabi olur. Bir başka ifade ile; şekle bağlı diğer sözleşmenin edimi dolayısıyla, karma sözleşmenin, istisna sözleşmesinin edimlerini de içermesine rağmen şekle bağlı olarak yapılması gerekmektedir⁸⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma sözleşmedir. Bu sözleşmede müteahhidin edimi; geçerliği şekle bağlı olmayan istisna sözleşmesinin bir unsuru olan “yapı eseri meydana getirme” borcudur. İş sahibinin edimini ise yapılan inşaatın ücreti olmak üzere, kendisinin maliki olduğu bir kısım arsa paylarının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi oluşturmaktadır. Bu durumda; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelmektedir. Açıklanan sebeplerle müteahhidin yapı eseri meydana getirme edimi açısından, bu tür edimi içeren istisna sözleşmesini düzenleyen BK. md. 355 uygulanmalıdır. İş sahibinin arsa payı mülkiyetinin müteahhide devri borcu yönünden ise, taşınmaz mülkiyetinin nakline ve taşınmaz satış vaadine ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁸⁷.

⁸⁶ BAYGIN, a.g.e., sf. 18; EREN, 1996 a, sf. 57; KARAHASAN, 1997 a, sf. 72; UYGUR, 2003 b, sf. 7452; SELİÇİ, 1978, sf. 11; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 25; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 324; YAVUZ, 2002, sf. 452; ALTAŞ, 2002, sf. 47; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 960

⁸⁷ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 258; EREN, 1996 a, sf. 57; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; KARAHASAN, 1997 a, sf. 633; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; SELİÇİ, 1978, sf. 11, 14; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 29; TANDOĞAN, 1988, sf. 243; ARAL,

Taşınmaz mülkiyetinin sözleşme ile naklini düzenleyen TMK. md. 706 f. 1 hükmüne göre; “taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır”.

Taşınmaz satımında ve satış vaadinde şekli düzenleyen BK. md. 213 hükmü; “Gayrimenkul satımı muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair satım vaadi ve bey’i bilvefa ve istimlâk mukavelesi resmi senede raptedilmedikçe muteber değildir” şeklindedir.

Görüldüğü gibi Medeni Kanun, taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan sözleşmeler için açıkça şekil şartı getirmektedir. Aynı şekilde; Borçlar Kanunu da hem taşınmaz satımı hem de bunun vaadi için açıkça resmi şekil şartı öngörmektedir. Yasa koyucunun amacı açık olup; kural olarak kamusal önemi dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin naklini içeren her türlü sözleşmenin, kanunun açıkça belirttiği haller dışında, her koşulda resmi şekilde yapılması gerekmektedir⁸⁸. Yukarıda arz ve izah edildiği gibi; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin arsa payı

a.g.e., sf. 335; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 324; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 6; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 123; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 15; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 16, 960; **FEYZİOĞLU**, 1980, sf. 62; **YAVUZ**, 2002, sf. 512; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 102; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 47; “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; davacının (müteahhidin) yüklendiği eser meydana getirme edimi için, Borçlar Kanununun bu tip sözleşmeyi düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına karşılık davalıların (iş sahibi) pay mülkiyetini geçirme borcu yönünden satıma ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır” Yarg. 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K.⁸⁷; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 628; aynı yönde Yarg. 15. HD. 12.02.1974 t., 26 E., 111 K. (**SELİÇİ**, 1978, sf. 11)

⁸⁸ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 257; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Eşya Hukuku, C.1, İstanbul, 1989, sf. 657; **DOĞANAY**, İsmail, “Medeni Kanun’un İkinci Maddesindeki Objektif İyiniyet Kuralı Taşınmaz Mal Satışlarındaki Şekil Şartını Ortadan Kaldırır mı?” Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988); Ankara; 1990, sf. 237; **FEYZİOĞLU**, 1980, sf. 89; **YAVUZ**, 2002, sf. 512; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 102; Anılan hükümlerin yanı sıra; yasa koyucu, taşınmaz bağışının ve bağışlama vaaadinin de resmi şekilde yapılmasını öngörmektedir (BK. md. 237 f. 2 ve md. 238 f. 2). Ayrıca her ne kadar Kadastro Kanunu ile tapu dışı satıma değer verilmiş de olsa; bu Kanun tapu sicillerinin gerçek hak durumuna, yani fiili duruma uygun olarak kurulmasını sağlamayı amaçlayan çok özel bir tasfiye kanunu olup, yasa koyucunun taşınmaz mülkiyetinin naklini resmi şekle tabi kılma hedefinden saptığı şeklinde yorumlanamaz. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 245; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 268); Aynı yönde olmak üzere Yargıtay’ın da tespiti “Kadastro Kanunları TMK’un öngördüğü biçimde sicil oluşturulmasını hedefleyen, süresi işlevi ile sınırlı geçici, zilyetliğe özel önem ve değer vermek suretiyle tasfiyeyi amaçlayan özel kanunlardır. Bu nedenle Kadastro Kanunlarında TMK. gibi temel kanunlara aykırı düşen hükümlere de yer verilmesi gerekmiştir... Tapu dışı satıma değer verilmemesi halinde tasfiyenin yapılması ve eylemli duruma paralel yasal sicillerin oluşturulması mümkün değildir” şeklindedir. Yarg. HGK. 23.01.2002 t., 01/1-1067 E., 02/20 K. (**MEYDAN/YAPAL**, a.g.e., sf. 23 vd.)

mülkiyetinin müteahhide devri borcu yönünden, taşınmaz mülkiyetinin nakline ve taşınmaz satış vadedine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Söz konusu hükümler ise, açıkça bu işlemlerin geçerliğini resmi şekle bağlamıştır. Bu sebeple; inşaat sözleşmesi (istisna sözleşmesi) Borçlar Kanunu'nda geçerlilik yönünden şekil şartına tabi tutulmamış olmasına rağmen, bu sözleşmenin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır⁸⁹.

Yargıtay da öncelikli olarak; taşınmaz mülkiyetinin naklini öngören her türlü sözleşmenin, kanunla ve açıkça istisna getirilen durumlar hariç, resmi şekilde yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁹⁰. Bu itibarla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, arsa payı devrine (taşınmaz mülkiyetinin nakline) ilişkin hüküm içermesi dolayısıyla resmi şekil şartına tabi olduğu da Yargıtay tarafından kabul görmektedir. Yargıtay 15. HD.'nin 29.12.1989 t., 1802 E., 5510 K. sayılı Kararında;

⁸⁹ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 80, 86; **EREN**, 1996 a, sf. 57; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 18; **DUMAN**, a.g.e., sf. 31; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 28; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 29; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7455; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 633; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 25; **SELİÇİ**, 1978, sf. 14; **ARAL**, a.g.e., sf. 333; **ZEVLİLİLER**, a.g.e., sf. 324; **YAVUZ**, 2002, sf. 451; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 6; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 123; **ERTEN**, a.g.e., sf. 85; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 15; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 960; **DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1039; **DOĞANAY**, a.g.e., sf. 242; **KOSTAKOĞLU**, 1984, sf. 928; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 102; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 47; “*Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde synallagma ilişkisi, sözleşmenin kurulması anında, edimlerden birisinin geçerli olarak doğmasını engelleyen bir neden, karşı edimin de geçerli olarak doğmasını engeller*” (**ALTAŞ**, 1998, sf. 224); **ERMAN**, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma nitelikte bir sözleşme olduğunu ve kural olarak bu sözleşmeye, tarafların yükledikleri edimlere özgü kuralların doğrudan uygulanacağını kabul etmekle birlikte; sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının gerekli olmadığını ve resmi şekilde yapılmayan bu tip sözleşmenin *yaklaşık ücretle yapılmış bir istisna sözleşmesi* olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre; bu tip sözleşmede müteahhidin gerçek amacı belirlenen arsa paylarının mülkiyetini almak değil, bunların satımından elde edeceği satış bedelini kazanmaktır. Bu sebeple de, iş sahibinin edimi sözleşmede belirlenen arsa payının parasal değeri olarak kabul edilmeli ve başlangıçta bu değer bilinmeyeceği için de sözleşmenin yaklaşık ücretle yapılmış istisna sözleşmesi olarak geçerli hale getirilmelidir. (**ERMAN**, a.g.e., sf. 511, 513, 517) Kanımızca, müteahhidin gerçek amacının arsa paylarının mülkiyetini almak değil de bunların satım bedellerini kazanmak olduğu görüşü her durumda ileri sürülebilecek nitelikte mutlak bir genel kural olarak kabul edilemeyeceği gibi; müteahhidin iradesinin bu yönde olduğu var sayılarak sözleşmenin geçerli hale getirilmesinin de hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

⁹⁰ “...TMK’un 634. maddesi mucibince mülkiyeti nakledecek olan akdin resmi şekilde yapılması zaruridir” Yarg. İBK. 26.05.1954 t., 8 E., 18 K.; “... tapuda malik sıfatıyla mükayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihi isteyen kimsenin TMK’un 634. maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerinde intikat etmiş muteber bir akde istinat etmesi lazımdır” Yarg. İBK. 07.10.1953 t., 8 E., 7 K. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 241); “Tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin devrini öngören her türlü sözleşmelerin resmi şekilde yapılması, geçerlilik koşuludur” Yarg. HGK. 02.07.2003 t., 14-452 E., 456 K. (**MEYDAN/YAPAL**, a.g.e., sf. 847 vd.); Aynı yönde Yarg. 14. HD. 27.09.2004 t., 6412 E., 6312 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 130); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (**DALAMANLI**, a.g.e., sf. 96); Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E., 1184 K. (**ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 340); Yarg. HGK. 24.04.1985 t., 83/14-613 E., 85/354 K.; Yarg. 14. HD. 03.02.1983 t., 82/5744 E., 83/814 K.; Yarg. 14. HD. 22.11.1979 t., 3306 E., 5541 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1014, 1018, 1029)

“Taraflar arasında kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin sözleşme haricen düzenlenmiştir. Oysa ki arsa payı geçirimini içeren bu sözleşmenin TMK’nun 634 [karş. 4721 syl. TMK. md. 706], BK. 213. maddesi, Noterlik Kanunu’nun 60. madde ve Tapu Kanunu’nun 26. madde hükmü uyarınca *resmi senet şeklinde düzenlenmesi geçerlilik şartıdır*” denilmektedir⁹¹.

Tapu Kanunu’nun 26. maddesi 1 fıkrası⁹² da aynı yönde olmak üzere, taşınmaz mülkiyetine ilişkin resmi senetlerin tapu sicil muhafız ve memurları tarafından yapılacağı hükmünü getirmektedir. Maddenin 5. fıkrası ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılabilmesine cevaz vermektedir⁹³.

Noterlik Kanunu md. 60 ile noterlerin görevleri sayılmıştır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak da bu madde kapsamında noterlerin görevleri arasında sayılmıştır⁹⁴.

⁹¹ **KOSTAKOĞLU, 2005**, sf. 87; aynı yönde Yarg. 15. HD. 17.10.1978 t., 1327 E., 1958 K. (**ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 7); “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, stış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır (TMK. 634, BK. 213, TpK. 26, NK. 60). Hal böyle olunca da, davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya devir borcu için, yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır”; “Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır” Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15-1613 E., 82/565 K. (**ERMAN**, a.g.e., sf. 507); Yarg. 15. HD. 20.07.2005 t., 04/7112 E., 05/4421 K. (YDD., S. 118, İstanbul, Ekim 2005, sf. 159); Yarg. 15. HD. 12.11.1981 t., 2098 E., 2240 K.; Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E., 1184 K. (**ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 337, 340)

⁹² **2644 syl. Tapu Kanunu md. 26 f. 1**: “Mülkiyete, mülkiyetin gayrı ayni haklara ve müşterek bir arzın hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimalde elverişli bir bölümünden münhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından tanzim edilir”

⁹³ **2644 syl. Tapu Kanunu md. 26 f. 5**: “Noterlik Kanunu... mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış va’di sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir”

⁹⁴ **1512 syl. Noterlik Kanunu md. 60. b. 3**: “Noterlerin görevleri:

1. Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek,
2. Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak,
3. Gayrimenkul satış va’di sözleşmesi yapmak, ...”

Anılan maddeler hükmü ve Yargıtay'ın taşınmaz mal satış vaadinin TpK.'nun 26. ve NK.'nun 60 maddeleri hükümlerine uygun olarak düzenlenmedikçe geçerli olmayacağı yönündeki İçtihadı Birleştirme Kararları⁹⁵ gereğince; taşınmazın (payın/bağımsız bölümün) mülkiyetinin başkasına devrine ilişkin sözleşme veya sözleşme vaadi, ya tapu sicil müdürlüklerince ya da noterlerce düzenleme şeklinde yapılmalıdır. Noterlerce yapılan imza onaması ise geçerlik yönünden yeterli değildir. Şöyle ki; “düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler” başlığını taşıyan Noterlik Kanunu'nun 89. maddesine göre, “niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmeler... ile gayrimenkul satış va'di... bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir”. Söz konusu fasıl, düzenleme şeklinde yapılacak noter işlemlerinde tutanağın tanzim usulünü içermektedir. Bu sebeple; geçerliği resmi şekilde yapılmasına bağlı bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de bu kurala uygun olarak noterlerce düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir⁹⁶. Resmi şekilde düzenlenen sözleşmede ise müteahhidin inşaat yapma borcuna yönelik hükümlerin de yer alması gerekmemektedir. Yani; istisna sözleşmesine ait edimlerin resmi şekle uygun olarak düzenlenmesi zorunluluğu yoktur⁹⁷.

Yargıtay da kararlarında istikrarlı olarak; bu sözleşmenin tapu sicil müdürlüklerince ya da noterlerce *düzenleme* şeklinde yapılması gerektiğine hükmetmektedir. Yüksek Mahkeme kararlarında bu durum; “Davacı-karşı davalı iş sahipleri (arsa sahipleri) ile davalı-karşı davacı yükleniciler arasında yapılmış olan eser sözleşmesi, arsa payının devrini de içerdiğinden TMK' un 634. [karş. 4721 syl. TMK. md. 706], BK'nun 213., Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri hükümleri gereğince *bizzat tapu memuru huzurunda veya noter aracılığı ile resmi ve düzenleme şeklinde yapılması* gerekirken, taraflar arasında haricen ve adi

⁹⁵ Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 503)

⁹⁶ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 80; **EREN**, 1996 a, sf. 57; **DUMAN**, a.g.e., sf. 31; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 28; **KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 71; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7455; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 633; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 243; **SELİÇİ**, 1978, sf. 15; **ARAL**, a.g.e., sf. 335; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 324; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 123; **TUĞ**, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, 1994, sf. 16, 66; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 15; **KARTAL**, Blm. 3, sf. 552; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 48

⁹⁷ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 258, 259; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 230; Karşıt görüş için bkz. **BAYGIN**, a.g.e., sf. 18; **DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1039; karşıt görüş için bkz. **AYAZLI**, a.g.e., sf. 48

bir şekilde yapılmış olup geçersiz bulunduğundan tarafları bağlamaz” şeklinde yer almaktadır⁹⁸.

Ayrıca Yargıtay yukarıda anılan 1978 tarihli İBK. ile ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız (arsa payı belirlenmiş veya belirlenmemiş) olarak satış vaadi sözleşmesinin geçerli olarak noterlerce düzenleme şeklinde yapılabileceğine ve bu tür bir satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu bulunmadığına karar vermiştir⁹⁹. Diğer bir deyişle; noterlerce, henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin olarak kat mülkiyeti veya kat irtifakı satış vaadi sözleşmeleri geçerli olarak yapılabilir¹⁰⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından resmi şekil geçerlik şartı olduğu için; söz konusu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersiz olacaktır. Bir başka deyişle; haricen ve adi yazılı şekilde yahut imzası noterce onaylama şeklinde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olacaktır. Bu geçersizlik ise hâkim tarafından re’sen dikkate alınacaktır¹⁰¹.

Ancak tarafların noterde düzenleme şeklinde yaptıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, satış vaadi değil de taşınmaz satımı şeklinde yaptıkları uygulamada görülmektedir. Bu durumda ise sözleşmenin şekil yönünden geçersiz olmayacağı; biçimine uyulan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine tahvili (çevrilmesi) ile geçerli sonuç doğuracağı kabul edilmektedir¹⁰².

⁹⁸ Yarg. 15. HD. 25.02.1991 t., 90/3882 E., 91/851 K. (KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 84); aynı yönde Yarg. 15. HD. 07.02.1991 t., 90/3288 E., 91/4884 K. (KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 85); Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 503); Yarg. 15. HD. 02.04.1992 t., 4745 E., 1745 K. (UYGUR, 2003 b, sf. 7503); Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15-1613 E., 82/565 K. (ERMAN, a.g.e., sf. 507); Yarg. 15. HD. 04.12.1980 t., 1990 E., 2594 K.; Yarg. 15. HD. 12.11.1981 t., 2098 E., 2240 K. (ÖZENLİ, a.g.e., sf. 334, 337)

⁹⁹ Yarg. İBK. 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1578)

¹⁰⁰ TANDOĞAN, 1987, sf. 247; KARAHASAN, 1997 a, sf. 660; DALAMANLI, a.g.e., sf. 100

¹⁰¹ EREN, 1996 a, sf. 58; KARATAŞ, a.g.e., sf. 28; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 72; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; TUĞ, a.g.e., sf. 65; DAYINLARLI, 1988, sf. 15

¹⁰² OLGAÇ, 1967, sf. 154; KARAHASAN, 1997 a, sf. 647; TANDOĞAN, 1988, sf. 267; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 108; NOMER, N. Füsün, “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (TMK. md. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000,

b. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar Bakımından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil

Ülkemizde yaygın olarak tapuya kayıtlı olmayan (tapusuz) taşınmaz bulunmaktadır¹⁰³. Bu sebeple; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan bağımsız bölümlerin üzerinde inşa edileceği arsanın bir tapusuz taşınmaz olması ihtimali hiçte azımsanmayacak boyuttadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma akit niteliğinde olduğu için; iş sahibinin arsa payı mülkiyetinin müteahhide devri borcu bakımından, taşınmaz mülkiyetinin nakline ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu itibarla; üzerinde inşaat yapılacak arsanın tapusuz olması durumunda, tapusuz taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılmasında şekil üzerinde durulmalıdır. Zira; tapusuz taşınmazın kazanılmasına ilişkin şekil, tapusuz taşınmaz üzerinde inşaat yapılması amacıyla kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de (karma sözleşme olması sebebiyle) geçerlilik şeklidir.

TMK. md. 705, 1021 ve 1022 uyarınca; taşınmaz üzerindeki aynı hakların doğumu, tesisi ve devri için kanuni istisnalar dışında tapu kütüğüne tescil şarttır. Ancak tescil için taşınmazın tapu siciline kayıtlı olmasının gerekliliği açıktır¹⁰⁴.

TMK. md. 706 ise, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasını geçerlilik şekli olarak belirlemektedir.

Görüldüğü gibi söz konusu maddelerde tapulu tapusuz taşınmaz ayrımı yapılmamıştır. Mevzuatımızda tapusuz taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında şekli belirleyen ayrıca ve açıkça düzenlenmiş hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple

sf. 620; **ERDOĞAN**, a.g.e., sf. 130; Bu yönde pek çok Yargıtay kararı bulunmaktadır: Yarg. HGK. 24.11.1954 t., 1-148 E., 127 K.; Yarg. HGK. 26.06.1957 t., 1-70 E., 64 K. (**TANDOĞAN**, 1988, sf. 267); Yarg. 15. HD. 05.12.1974 t., 1249 E. 2188 K.; Yarg. 14. HD. 12.03.1985 t., 189 E., 1828 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 647); Yarg. HGK. 10.02.1960 t., 4-6 E., 188 K. (**DALAMANLI**, a.g.e., sf. 66); Yarg. HGK. 13.10.1976 t., 108 E., 2617 K. (**DALAMANLI**, a.g.e., sf. 119)

¹⁰³ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 272; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 266, 678; **OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 1988, sf. 339

¹⁰⁴ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 272; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 653; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 343; **ESENER**, Turhan / **GÜVEN**, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, 1990, sf. 117, 126

tapusuz taşınmazların devren kazanılmasının niteliği ve geçerlilik şekli açısından doktrin ve yargı kararlarında yoğun tartışmalar ve çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır.

Yargıtay 1940 ve 1944 tarihli iki İBK. ile tapusuz taşınmazların resmi şekilde yapılmamış (tapu dışı, haricen) satışını TMK. md. 706 (önceki TMK. md. 633, 634)'ya aykırı bulmuş ve bu şekilde yapılan satışın geçerli olmadığına karar vermiştir¹⁰⁵. Bu görüşe göre; tapu dışı satışta zilyetlik nakli değil gerçek anlamda satış söz konusudur. Bu sebeple; söz konusu şekilde yapılan satış şekil şartına uyulmadığı için geçersizdir. Zilyetliğin, mülkiyetten ayrı ve soyut olarak nakli ise geçerli değildir. Ortada geçersiz bir satış olduğu için satıcı böyle bir satış ile zilyetliği dahi kaybetmiş değildir; satıcının satış masrafları ile almış olduğu bedeli alıcıya iade ederek taşınmazı geri almaya hakkı vardır¹⁰⁶.

Ancak Yargıtay 1946 tarihli bir başka İBK. ile tapu dışı satışa geçerlilik tanımıştır¹⁰⁷. Bu görüşe göre ise; tapusuz taşınmazlar açısından kanun boşluğu vardır ve bunun TMK. md. 1 uyarınca doldurulması gerekmektedir. Bu sebeple tapusuz taşınmazlarda mülkiyet hakkının söz konusu olamayacağı, tapusuz taşınmaz satışının ise zilyetliğin devrine yönelik sözleşme olduğu kabul edilerek; zilyetliğin bir hak olduğu, hakların taşınır satımına konu olduğu ve netice olarak zilyetliğin devrinin şekle tabi olmadığı sonucuna varılmıştır¹⁰⁸. Her ne kadar söz konusu karara ilişkin davada satıcı taşınmaza malik değil zilyeti ise de; Yargıtay daha sonraki kararlarında söz konusu İBK'na göre hüküm kurarak mülkiyete bakmaksızın zilyetliğin devri üzerinde durmuş ve tapusuz taşınmazın satışının taşınır mülkiyeti hükümlerine tabi olduğunu karara bağlamıştır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Yarg. İBK. 10.07.1940 t., 2 E., 77 K. (ŞENER, a.g.e., sf. 61); Yarg. İBK. 22.11.1944 t., 27 E., 32 K. (TANDOĞAN, 1988, sf. 259)

¹⁰⁶ TANDOĞAN, 1988, sf. 260; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 676; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 342; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 125

¹⁰⁷ Yarg. İBK. 09.10.1946 t., 6 E., 12 K. (TANDOĞAN, 1988, sf. 260)

¹⁰⁸ TANDOĞAN, 1988, sf. 260 vd.; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 273; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 679; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 125

¹⁰⁹ Yarg. 7. HD. 17.01.1983 t., 12252 E., 41 K.; Yarg. 7. HD. 04.10.1984 t., 22060 E., 11190 K. (OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 341); Yarg. HGK. 01.12.1973 t., 72/8-557 E., 961 K.; Yarg. 7. HD. 04.06.1974 t., 1211 E., 3418 K. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 682); Yarg. 14. HD. 22.01.1985 t., 84/4038 E., 85/512 K.; Yarg. HGK. 11.03.1964 t., 5-3 E., 134 K. (TANDOĞAN, 1988, sf. 260, 261)

Öncelikle belirtmek gerekir ki; tapusuz taşınmazlarda mülkiyet hakkının söz konusu olamayacağı yönündeki kabul hukuki dayanaktan yoksundur. Zira; tapusuz taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı eski hukukumuzdan kaynaklanabileceği gibi önceki TMK. md. 635'e göre işgal yoluyla ya da TMK. md. 713 uyarınca olağanüstü zamanaşımı yoluyla dahi kazanılmış olabilir¹¹⁰.

Bu sebeple; tapusuz taşınmazların devri açısından mülkiyetin kazanılmış olmasına göre bir ayırım yapmanın doğru olacağı kanaatindeyiz. Tapusuz taşınmazda mülkiyet hakkının doğmadığı durumda, satıcı taşınmazın zilyedi durumundadır. Bu durumda ise satıcı ile alıcı arasında zilyetliğin devrine yönelik bir sözleşme vardır ve zilyetin sahip olduğu bu hakkı üçüncü bir şahsa geçirmesi şekle tabi değildir. Yeni zilyet, önceki zilyetin zilyetlik süresini kendisinininkine ekleyerek zilyetliğe dayanarak zamanaşımı ile kazanım hakkını kullanabilir¹¹¹. Bu sebeple; henüz mülkiyet hakkının doğmadığı bir tapusuz taşınmaz üzerine inşaat yapımını amaçlayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekle tabi olmaksızın geçerli olarak yapılabilir.

Tapusuz taşınmazda mülkiyet hakkı doğmuş ise, zilyet olan satıcı aynı zamanda taşınmazın malikidir. TMK. md. 706, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliğini resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlamıştır. Aynı yönde olmak üzere; BK. md. 213 de taşınmaz satımının ve satış vadinin ancak resmi şekilde yapılması halinde geçerli olacağı hükmünü getirmektedir. Görüldüğü gibi maddeler ile tapulu-tapusuz taşınmaz ayrımı yapılmamıştır. Bu sebeple; konu hakkında kanun boşluğu olduğundan bahsedilemez ve tapusuz taşınmazlara ilişkin satış sözleşmesi resmi şekilde yapılmış olmadıkça geçerli olarak kurulamaz¹¹². Unutulmamalıdır ki; mülkiyet hakkı tescilsiz de kazanılabilirse, bunlar üzerindeki tasarruflar ancak tapuya kayıtlarından sonra

¹¹⁰ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 273; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 258; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 126; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 339; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 684

¹¹¹ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 274; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 263; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 340, 343; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 685; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 126

¹¹² **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 273; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 262; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 340, 342; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 683 vd.; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 126

yapılabilir¹¹³. Zilyetliğin devri ise sözleşmenin geçerliliğini sağlamayıp, ancak hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından bir rol oynayabilir¹¹⁴.

Diğer taraftan; taşınmaz mülkiyetinin kazanılması kural olarak tescille olur. Tescilsiz kazanım ise ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde söz konusu olabilir. Yukarıda açıklanan yola geçerlilik tanınması ile kanunda sayılmamış bir tescilsiz iktisap hali yaratılmış olmaktadır ki; bunda hukuka uyarlık bulunmamaktadır¹¹⁵. Ayrıca kanımızca, TMK. md. 704'te "arazi"nin açıkça taşınmaz olduğu sayıldıktan sonra taşınır hükümlerinin tapusuz taşınmazlar hakkında doğrudan uygulanma olanağı olmadığı gibi; taşınır hükümlerinin kıyasen uygulanarak bu çeşit taşınmaz zilyetliğinin devri adı altında mülkiyetinin devren nakline geçerlilik kazandırılması – taşınmaz mülkiyetinin dervine yönelik anlaşmaların resmi şekle tabi olması kuralı karşısında- kanunun istemediği bir sonucun dolaylı olarak gerçekleştirilmesi ve kanuna karşı hile dahi sayılabilir.

Sonuç olarak; üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş bir taşınmazın maliki, taşınmazı tapuya kayıt ve mülkiyetini tescil ettirmedikçe mülkiyet hakkı üzerinde tasarruf edemez. Taşınmazın tapulandırılmasından sonra ise artık tapulu taşınmazda mülkiyetin nakli hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Açıklanan sebeplerle; üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş bir tapusuz taşınmaza yapı eseri inşa edilmesi amacıyla kurulan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Yani taşınmaz satış vaadi niteliğindeki böyle bir sözleşmenin ya noterde düzenleme şeklinde ya da tapulandırılarak tapuda resmi veya noterde düzenleme şeklinde yapılması ve her halde inşaatın tamamlanmasını takiben mülkiyetin naklinin ise tapuda resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

¹¹³ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 273; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 654, 701; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 339; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 126

¹¹⁴ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 274; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 262, 263; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 342; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 686 (Yazar; kanun boşluğu bulunduğunu ve bu boşluğun tapusuz taşınmazın haricen satışı batıl ise de teslim edilmeleri halinde iade davası açılmayacağını kabulü ile doldurulması gerektiğini belirtmektedir)

¹¹⁵ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 274 **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 653; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 343

c. Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olması (Hakkın Kötüye Kullanılması Hali)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından resmi şekil geçerlik şartı olduğu için; söz konusu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olacaktır. Bir başka deyişle; haricen ve adi yazılı şekilde yahut imzası noterce onaylama şeklinde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olacaktır. Geçersiz olan bir sözleşmenin ise taraflar açısından bağlayıcı olmadığı gibi, hüküm ve sonuçlarını da meydana getirmeyeceği açıktır. Ancak bazı durumlarda; sözleşmenin şekil eksikliği dolayısıyla geçersiz sayılmasına sıkı sıkıya bağlı kalınması, taraflar açısından hakkaniyete ve adalete aykırı durumların meydana gelmesine yol açabilmektedir. Bu sebeple Yargıtay, bazı şartların varlığı halinde şekil eksikliğinin ileri sürülmesini dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması olduğunu kabul etmektedir.

Yargıtay'ın 25.01.1984 tarih ve 83/3 E., 84/1 K. sayılı İctihadı Birleştirme Kararı'nda; TMK. md. 2 f. 2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacının, hâkime özel ve istisnai hallerde "adalete uygun düşecek şekilde" hüküm verme imkânını sağlamak olduğu belirtilerek; bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde istisnai olarak TMK. md. 2 deki kuralın haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabileceği belirtilmiştir¹¹⁶. Bu yolla, şekil şartına aykırılığın doğurduğu bazı haksız sonuçlar yumuşatılmış olmaktadır. Gerçekten de; TMK. md. 2 gereğince, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır ve hakkın kötüye kullanılması yasaktır¹¹⁷.

¹¹⁶ YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 121. Yargıtay bu görüşünü bir başka İBK. ile de tekrarlamıştır: Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 503); Ancak söz konusu bu Karar ve şekle aykırılığın dürüstlük kuralı uyarınca ileri sürülmesinin engellenmesine ilişkin görüş; tapulu taşınmaz mülkiyetinin naklinin ancak resmi şekilde yapılan sözleşme ile gerçekleşebileceği şeklinde açık hüküm bulunduğu ve kanunda açık hüküm bulunan hallerde ise genel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kuralının uygulanamayacağı belirtilerek çok sert bir şekilde eleştirilmiştir (DOĞANAY, a.g.e., sf. 237-257).

¹¹⁷ "Hemen belirtelim ki, bütün hakların kullanılmasında uyulması gerekli bir kural vardır bu, TMK'un 2. maddesinde yer alan dürüstlük (objektif iyi niyet) kuralıdır. Bir hak, dürüstlük kuralına aykırı kullanılırsa kötüye kullanılmış olur. Bir hakkın sırf başkasına zarar vermek amacıyla kullanılmasını yasa korumaz" Yar. HGK. 08.05.2002 t., 5-338 E., 386 K. (MEYDAN/YAPAL, a.g.e.,

İlk olarak; şeklen geçersiz olan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, tarafların karşılıklı olarak bu sözleşmeden doğan hak ve borçlarını tamamen veya çok büyük ölçüde yerine getirmelerinden sonra sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunun ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve bu durumda aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Daha geniş bir ifade ile; tarafların şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini, her türlü yanılığdan uzak bir şekilde özgür iradeleri ile karşılıklı olarak ifa etmelerinden sonra; şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve bu sebeple geçersizlik ileri sürülemez¹¹⁸. Örnek vermek gerekirse; müteahhit ile iş sahibi (arsa sahibi) arasında adi yazılı şekilde ve bu sebeple geçersiz olan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedilmiştir. Müteahhit ve iş sahibi, söz konusu sözleşmeye göre edimlerini ifa etmişlerdir. Yani müteahhit sözleşmeye uygun olarak bir inşaat yapmıştır. İş sahibi ise; yine geçersiz anlaşma hükümlerine uygun olarak, tapuda resmi şekle uygun olarak arsa paylarını müteahhide devretmiştir. İşte böylesi her iki tarafın da edimlerini ifa edip sözleşmenin amacı gerçekleştikten sonra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şeklen geçersiz olduğunun iddia edilerek ifa edilen edimlerin iadesinin talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Bazı durumlarda ise; sözleşmenin sadece tek bir tarafı, sözleşmenin geçerli olduğu inancı ile ve karşı tarafın da sözleşme şartlarıyla bağlı olacağına güvenerek büyük oranda ya da tamamen borcunu ifa etmiş olabilir. Böyle durumlarda, halin icabına göre yine şekil eksikliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayabilir ve hakkın kötüye kullanımı şeklinde nitelendirilebilir. Gerçekten de müteahhidin geçersiz bir sözleşmeye dayanarak edimini ifa etmesi, yani kendisine teslim edilen arsada inşaatı bütünüyle ya da büyük bir bölümünü tamamlaması

sf. 299 vd.); Yarg. 11. HD. 14.10.2004 t., 13367 E., 9841 K. (YDD., S. 114, İstanbul, Haziran 2005, sf. 125)

¹¹⁸ **KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 73; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 649; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 239; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7463; **SELİÇİ**, 1978, sf. 15; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 7; **ALTAŞ**, 1998, sf. 251, 255, 256; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 270; **NOMER**, a.g.e., sf. 608; **ERDOĞAN**, a.g.e., sf. 133; Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 503); Yarg. 13. HD. 07.07.2005 t., 7331 E., 11692 K. (YDD., S. 120, İstanbul, Aralık 2005, sf. 120); Yarg. 15. HD. 20.07.2005 t., 04/7112 E., 05/4421 K. (YDD., S. 118, İstanbul, Ekim 2005, sf. 159); Yarg. 15. HD. 12.11.1981 t., 2098 E., 2240 K. (**ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 337); Yarg. 14. HD. 07.05.1985 t., 84/8820 E., 85/3269 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1042)

durumunda; iş (arsa) sahibinin, arsasını inşaat için teslim etmesi ve inşaat belli bir aşamaya gelene kadar hareketsiz kalarak, inşaatın bitmesi ya da bitmesine yakın bir zamanda, tam da kendi borcunu ifa etme zamanı geldiği sırada sözleşmenin şekil yönünden geçersiz olduğunu ileri sürmesi ve bu yolla arsa payını müteahhit adına devrinden kaçınması iyiniyet ile bağdaşmaz. Bu sebeple; böylesi bir durumda, arsa payını devretmekten kaçınan iş sahibi aleyhine cebri tescil istenebileceği gibi, hâkim de olayın oluşum şartlarına göre cebri tescile karar verebilir. Aynı yönde olmak üzere; iş sahibinin de şeklen geçersiz olan inşaat sözleşmesinden doğan arsa payını müteahhide geçirme borcunu, tapuda resmi devir ve tescil yapılarak ifa etmesi durumu da böyledir. Esasen burada başlangıçtaki şekil eksikliği daha sonradan yapılan devir ve tescil işlemi ile ortadan kalkmaktadır¹¹⁹.

Yargıtay da konu ile ilgili kararlarında; “ taraflar arasında haricen düzenlenmiş kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz ise de, inşaat tamamen yapılmış ve davacıya teslim hazır duruma getirilmiş bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle, bu durumda artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi afakî iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz”¹²⁰ şeklinde hüküm tesis etmektedir. İnşaatın büyük oranda tamamlanmış olması halinde dahi şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını belirtmiştik. İnşaatın ne kadar kısmının tamamlanmış olması halinde bunun geçerli olacağı hususunda ise tam ve kesin bir oran bulunmamaktadır. Hâkim, olayın şartlarına göre inşaatın tamamlanma oranını göz önünde bulunduracaktır. Ancak belirtmek gerekir ki; bu ilkenin uygulanabilmesi için

¹¹⁹ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 258; **KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 74; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 32; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7464; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 7; **ALTAŞ**, 1998, sf. 234 vd., 242; **ERDOĞAN**, a.g.e., sf. 132; Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (**ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 346); **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 86; Ancak bu durumda şekil eksikliği, salt dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşılamaz. Bu kural ikincil nitelikte olup; ancak ilgili kanun hükmünün uygulanmasının açıkça adaletsizlik yarattığı çok zaruri durumlarda uygulanabilir. Bu sebeple; söz konusu kuralın uygulanabilmesi için, iktisap edilen taşınmaza bir yapı eseri inşa edilmesi ya da taşınmazın ağaçlandırılmış olması yahut satılan bağımsız bölümün bedel ve değerinin tapuda devir yapılacağı zamanda fahiş oranda artması sebebiyle borçlunun tescilden kaçınıyor olması gibi kuralın uygulanarak adalet ve hakkaniyetin sağlanmasını gerektirecek ek hususların bulunması gereklidir. Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 503); Yarg. İBK., 05.07.1944 t., 12 E., 26 K. (**ŞENER**, Esat, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları 1926-2000, Ankara, 2000, sf. 118)

¹²⁰ Yarg. 15. HD. 03.06.1981 t., 942 E., 1313 K. (**KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 74); Aynı yönde Yarg. 15. HD. 19.02.1992 t., 3622 E., 741 K. (**UYGUR**, 2003 b, sf. 7464); Yarg. HGK. 06.06.1979 t., 78/14-100 E., 79/799 K. (**ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 8); Yarg. 15. HD., 06.04.1977 t., 511 E., 821 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1044)

inşaatın tamamlanmaya yaklaşmış olması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay, tamamlanma oranı yarıyı ve yarıyı bir miktar geçmiş inşaatlar açısından bu ilkenin uygulama olanağının bulunmadığını kabul etmektedir¹²¹. İlkenin uygulama yeri bulunmadığı böyle durumlarda ise; müteahhit geçersiz sözleşmeye konu olup, kısmen yapılan inşaatın karşılığının tazminini iş sahibinden talep ve dava edebilecektir¹²².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması sırasında bilerek ve isteyerek şekle aykırılığın tehlikesini üzerine alan veya bu eksikliği kendi yararı için isteyen tarafın veya aynı şekilde, şekle aykırılığı kendisi yaratan tarafın, özellikle bunu hile ile ya da ahlaka aykırı bir eylemle sağlamış olması durumunda, şekil eksikliği nedeni ile sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı olur¹²³. Yargıtay; birçok ilan yolu ile geniş bir halk kitlesi üzerinde kesin bir kanaat uyandıran bir ticari şirket hakkında; yaratılan bu inanca uyularak yapılan şekle aykırı sözleşmelerin bu sebeple geçersizliğinin ileri sürülmesini kasten işlenmiş ahlaka aykırı eylem saymış ve bu sebeple aykırılığın ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmiştir¹²⁴.

III) Devlet İhale Kanunu'na Tabi İşlerde Şekil

DİK. md. 1'e göre bu Kanun kapsamına dâhil bulunan genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin inşaat işlerine ilişkin ihalelerde, kural olarak sözleşme imzalanması lazımdır. Gerçekten de DİK. md. 53'e göre; "Bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşme, idare adına ita amiri tarafından imzalanır". Söz konusu sözleşmenin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmasına gerek olmamakla birlikte; DİK. md. 57 uyarınca ihale kararının onaylanmasının veya gereken hallerde Maliye Bakanlığının vizesinin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde sözleşmenin noter tarafından

¹²¹ Yarg. 15. HD. 21.03.1988 t., 87/2305 E., 88/1121 K. (KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 74); Yargıtay inşaat seviyesi %77,25 olan bir uyumsuzlukta, bu seviyeyi hakkın kötüye kullanılması olarak görmemiştir. Yarg. 15. HD. 01.10.2004 t., 4730 E., 4801 K. (YDD., S. 113, İstanbul, Mayıs 2005, sf. 116)

¹²² KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 75

¹²³ KARAHASAN, 1997 a, sf. 650; TANDOĞAN, 1988, sf. 240; UYGUR, 2003 b, sf. 7464; ALTAŞ, 1998, sf. 232; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 267; NOMER, a.g.e., sf. 608; ERDOĞAN, a.g.e., sf. 131

¹²⁴ Yarg. 4. HD. 05.0.1958 t., 3555 E., 2984 K. (UYGUR, 2003 b, sf. 7464)

imza onayının yapılması gerekmektedir. Anılan sebeplerle; DİK. kapsamındaki işlerde sözleşmeler şekil şartına tabii olup; sözleşmenin noterlikçe onaylama şeklinde yapılması, geçerlik şartıdır¹²⁵.

Ancak; sözleşmenin onaylanmasına ilişkin bu 15 günlük süre içerisinde taahhüdün şartname hükümlerine göre yerine getirilmesi durumunda sözleşme yapılması zorunlu değildir. Bunun için ise DİK. md. 61 hükmüne göre, ifanın şartnameye uygun olduğunun idare tarafından uygun bulunması şarttır.

DİK'na tabii olarak, iş sahibi idare tarafından müteahhide ihale edilen her türlü inşaat işlerinde uygulanacak genel şartları belirlemek üzere Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİĞŞ), kural olarak DİK. kapsamındaki tüm inşaat işlerine uygulanacak genel şartları belirlemektedir. Söz konusu bu Şartname, kapsamındaki inşaat sözleşmelerinin bir parçasını teşkil etmekte olup; sözleşme hükmü olarak aynen uygulanacaktır¹²⁶.

Şartnamenin 52. maddesi ile birden fazla gerçek ya da tüzel şahsın bir inşaat işini birlikte üstlenebilecekleri öngörülmüştür. Bir başka anlatımla; sözleşmenin müteahhit tarafını birden fazla şahıs oluşturabilir. Aynı maddeden çıkan sonuca göre; birden fazla gerçek ve tüzel kişinin adi ortaklık şeklinde örgütlenmesi durumunda, içlerinden bir tanesi -Şartname deyimi ile- “*pilot firma*” olarak belirlenebilir ve böyle bir pilot firma belirlenmesi halinde sözleşmeyi bu firma imzalayabilir.

¹²⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 18; EREN, 1996 a, sf. 58; TANDOĞAN, 1987, sf. 33; UYGUR, 2003 b, sf. 7458; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 26; YAVUZ, 2002, sf. 451; KAPLAN, a.g.e., sf. 123; ŞİMŞEK, Edip, “Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996, sf. 197; Kanun'daki “noterlikçe tescil edilmiş sözleşme” tabirinden *noterde onaylanacağı* anlamının çıkartılması gerektiği hakkında, Yarg. 15. HD. 06.11.1995 t., 5314 E. 6113 K. (UYGUR, 2003 b, sf. 7458); Sözleşmenin noterlikçe onaylama şeklinde yapılması, haricen düzenlenen sözleşmenin altındaki imzaların tasdikinden ibarettir. Diğer bir deyişle, imzanın, imzayı atan şahsa ait olduğunun bir serhile belgelendirilmesi işlemidir. (TUĞ, a.g.e., sf. 75)

¹²⁶ BAYGIN, a.g.e., sf. 5; OLGAC, 1967, sf. 449; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 26; TANDOĞAN, 1987, sf. 35; OLGAC, 1977, sf. 888; ARAL, a.g.e., sf. 333; YAVUZ, 2002, sf. 451; ŞİMŞEK, a.g.e., sf. 191

IV) Kamu İhale Kanunu'na Tabi İşlerde Şekil

Daha önce arz ve izah edildiği üzere; Kamu İhale Kanunu, kapsamı dahilinde bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektedir. Kanun'un 2. maddesinde sayılan idarelerin, kullanımlarında bulunan her türlü kaynaklarından yapacakları inşaat işlerine ait ihaleleri bu KİhK'na tabiidir.

KihK ile kapsamında bulunan bütün ihalelerin sözleşmeye bağlanması zorunlu tutulmuştur. Yapılacak sözleşmeye ise Kanun'un 4964 syl. Kanun'la¹²⁷ değişik 46. maddesi ile şekil şartı getirilmektedir. Buna göre bu Kanun kapsamındaki işlerle ilgili olarak akdedilen sözleşmenin *adi yazılı şekilde* yapılması gerekmektedir. Sözleşmenin, iş sahibi idarece hazırlanması ve idare ile müteahhit tarafından imzalanması zorunludur. Sözleşmenin müteahhidini oluşturan tarafın adi ortaklık şeklinde örgütlenmiş olması halinde ise –ki madde buna “ortak girişim” demektir– tüm ortakların sözleşmeyi imzalaması zorunluluğu bulunmaktadır. Madde de açıkça; sözleşmenin notere tescili ve onaylatırılmasının zorunlu olmadığı belirtilerek; bunun aksinin ise ihale dokümanlarında belirtilmek şartı ile kabul edilebileceği düzenlenmiştir.

KİhK'na tabi ihaleler ile ilgili yapılacak sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla yürürlüğe konulan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 5. maddesi uyarınca, kanunun uygulanmasında birliği sağlamak amacıyla mal ve hizmet alımları ile yapım (inşaat) işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler hazırlanarak Resmi Gazete'de yayımlanır. İş sahibi idarelerce yapılacak sözleşmeler ise yayımlanan Tip Sözleşmeler esas alınarak düzenlenir.

KİhSK. Md. 4 hükmü uyarınca; “Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.

¹²⁷ 15.08.2003 t. ve 25200 syl. RG.

Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanması da bu prensip göz önünde bulundurulur”.

Kanun’un 7. maddesinde ise; KİHK’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerde bulunması zorunlu hususlar sayılmıştır.

D) GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

I) Müteahhidin Borçları

a. Yapı Eseri Meydana Getirme Borcu

1. Genel Olarak

Müteahhidin inşaat sözleşmesi ile üstlendiği başlıca edim, bir yapı (inşa) eserinin “meydana getirilmesi”dir¹²⁸. Müteahhit hâlihazırda mevcut olan bir eseri sağlamayı değil, sözleşmenin konusunu oluşturan yapı eserini kendi faaliyetleri sonucunda ortaya çıkartmayı taahhüt etmektedir¹²⁹.

Müteahhit iş sahibinden bağımsız olmasına rağmen, iş sahibi inşaatın yapımı sırasında çeşitli talimatlar verebilir. Hatta üçüncü bir şahsa hazırlattığı ya da kendisi tarafından hazırlanan plan ve projelerin uygulanarak, yapının bunlara göre inşasını dahi isteyebilir. Ancak bu talimatlar sözleşmenin konusu kapsamına dâhil olup, müteahhidin bağımsızlığını etkilememektedir. Kural olarak inşaat teknik bir iştir ve müteahhit ise bu alanda uzman sayılır¹³⁰.

¹²⁸ SELİÇİ, 1978, sf. 6; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; KARATAŞ, a.g.e., sf. 25; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 1; EREN, 1996 b, sf. 63; BAYGIN, a.g.e., sf. 6 vd.; OLGAÇ, 1967, sf. 445; YAVUZ, 2002, sf. 445; KARAHASAN, 1997 a, sf. 63; DAYINLARLI, 1988, sf. 17

¹²⁹ BAYGIN, a.g.e., sf. 12; ERTEN, a.g.e., sf. 7

¹³⁰ EREN, 1996 b, sf. 63; BAYGIN, a.g.e., sf. 25; OLGAÇ, 1967, sf. 454; TANDOĞAN, 1987, sf. 54; SELİÇİ, 1978, sf. 20; ARAL, a.g.e., sf. 348; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 328; YAVUZ, 2002, sf. 459; ÖZ, a.g.e., sf. 9

Müteahhidin bu asli borcuna ilişkin olarak yapı eseri ve meydana getirme faaliyetleri daha önce arz ve izah edildiği kapsamda olacaktır. Yapı eserinin meydana getirilmesi borcu ile ilgili önemli bir konu ise inşaatın bizzat müteahhit tarafından yapılması veya müteahhidin inşaatın tamamını veya bir kısmını üçüncü şahıslara yaptırabilme yetkisi noktasıdır.

2. Yapı Eserini Bizzat Meydana Getirme veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu

i. İşi Bizzat İfa veya Kendi İdaresi Altında Başkasına Yaptırma Borcu

BK. md. 356 f. 2' ye göre müteahhit, kural olarak, yapı eserini bizzat meydana getirmekle veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Maddeye göre; “Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin önemi yok ise, taahhüt ettiği şey başkasına dahi imal ettirebilir”. Açıkça anlaşıldığı gibi, kural olarak, müteahhit yapı eserini ya bizzat meydan getirecek ya da kendi idaresi altında bir başkasına yaptıracaktır.

Bir başka deyişle müteahhit inşaatı bizzat meydana getirebileceği gibi kendi yönetimi altında olmaları kaydı ile yardımcı kişilere de yaptırabilir; ancak kural olarak, müteahhidin işi bağımsız üçüncü şahıslara yaptırması mümkün değildir¹³¹. Basit bir onarım işinde yahut küçük çaplı bir inşaat işinde, müteahhidin kendi emeği ile bu yapıyı meydana getirmesi halinde bizzat ifa söz konusudur. Müteahhidin,

¹³¹ EREN, 1996 b, sf. 64; OLGAC, 1967, sf. 454; DUMAN, a.g.e., sf. 44; BAYGIN, a.g.e., sf. 22; KARATAŞ, a.g.e., sf. 84; TANDOĞAN, 1987, sf. 70; KARAHASAN, 1997 a, sf. 208; UYGUR, 2003 c, sf. 7612; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 14; SELİÇİ, 1978, sf. 30; ARAL, a.g.e., sf. 336; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 330; YAVUZ, 2002, sf. 463; KAPLAN, a.g.e., sf. 122; ALTAŞ, 2002, sf. 46; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 257; ERTEN, a.g.e., sf. 97; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; UÇAR, 2003, sf. 25; AKKANAT, a.g.e., sf. 57; YALÇINDURAN, a.g.e., sf. 25; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 993

inşaatı yönetimi altındaki yardımcı kişilere yaptırması durumu da şahsen ifa sayılıp; işin başkasına yaptırıldığı anlamına gelmez¹³².

İş sahibinin müteahhidin kişiliğini, kişisel yetenek ve becerilerini göz önünde tutarak, kişisel olarak müteahhide güvenerek sözleşme yapması durumunda veya işin, başkası müteahhidin kişisel yönetiminde olsa bile aynı eseri ortaya çıkaramayacağı derecede etkilendiği hallerde; başka bir deyişle işi müteahhidin kendisinin yerine getirmesinde iş sahibinin menfaati varsa, işin bizzat ve şahsen, yani kişisel olarak müteahhit tarafından yapılması zorunludur. İnşaat kalfasının durumu çoğu zaman böyledir¹³³.

Müteahhidin yapı eserini bizzat meydana getirme veya kendi yönetimi altında yaptırma yükümlülüğünü düzenleyen bu madde hükmü emredici değildir. Bu sebeple taraflarca aksi kararlaştırılarak, yapı eserin tamamının ya da bir kısmının alt müteahhide inşa ettirilmesine izin verilebileceği gibi; işin sadece bizzat ve şahsen müteahhit tarafından yapılacağı ya da iş sahibinin iznine bağlı olacağı belirlenebilir¹³⁴.

ii. İnşaatı Başkasına Yaptırma Yetkisi

Kural olarak müteahhidin, işi bağımsız üçüncü şahıslara yaptırması mümkün değildir demekle birlikte; müteahhidin, işin tamamını ya da bir kısmının yapımı için bir başka müteahhitle de anlaşabileceğini sözleşmenin tarafları bahsinde belirtmişlerdir. Gerçekten de; yapının niteliğine göre müteahhidin kişisel niteliklerinin, yetenek ve becerilerinin önemi bulunmadığı hallerde müteahhit, yapımını borçlandığı yapı eserini üçüncü bir şahsa dahi inşa ettirebilir. Bu durumda müteahhit, kendi ad ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile işin tamamını ya da bir kısmını başka bir

¹³² BAYGIN, a.g.e., sf. 22; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 330; ALTAŞ, 2002, sf. 46; ÖNEN, a.g.e., sf. 304

¹³³ BAYGIN, a.g.e., sf. 22; OLGAC, 1967, sf. 454; KARATAŞ, a.g.e., sf. 84; TANDOĞAN, 1987, sf. 71; KARAHASAN, 1997 a, sf. 208; UYGUR, 2003 c, sf. 7612; SELİÇİ, 1978, sf. 23; ARAL, a.g.e., sf. 337; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 330; YAVUZ, 2002, sf. 463; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; AKKANAT, a.g.e., sf. 57; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 993

¹³⁴ EREN, 1996 b, sf. 64; KARATAŞ, a.g.e., sf. 84; TANDOĞAN, 1987, sf. 73; SELİÇİ, 1978, sf. 31; ARAL, a.g.e., sf. 338; YAVUZ, 2002, sf. 463; KAPLAN, a.g.e., sf. 122; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; AKKANAT, a.g.e., sf. 56

müteahhide inşa ettirmektedir¹³⁵. Bu istisna BK. md. 356 f. 2'de açıkça belirtilmektedir. Yani işin niteliği gereği müteahhidin kişiliğinin önem arz etmediği hallerde genel kurala istisna getirilmiş ve işin müteahhit tarafından bağımsız üçüncü şahıslara yaptırılmasına imkân tanınmıştır. Bu durumda işin yapımını asıl müteahhide karşı borçlanan kişiye alt müteahhit veya taşeron denildiği de arz ve izah olunmuştur.

Bu gibi durumlarda asıl müteahhit ile taşeron arasında yapılan sözleşme dahi niteliği itibariyle bir istisna (inşaat) sözleşmesidir. Ancak burada taşeron, edimin tamamlanarak teslimi borcunu asıl müteahhide karşı üstlenmiştir. Yani taşeron ile esas iş sahibi (esas inşaat sahibi) arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır¹³⁶. Alt müteahhit tarafından ayrıca ve açıkça taahhüt edilmiş olmadıkça, esas iş sahibine karşı işin tümünden asıl müteahhit sorumludur¹³⁷. Alt müteahhit, bağımsız ifa yardımcısıdır¹³⁸.

¹³⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 22; EREN, 1996 b, sf. 64; OLGAÇ, 1967, sf. 453; DUMAN, a.g.e., sf. 44; KARATAŞ, a.g.e., sf. 89; TANDOĞAN, 1987, sf. 71; UYGUR, 2003 c, sf. 7612; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 14; SELİÇİ, 1978, sf. 31; ARAL, a.g.e., sf. 339; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 330; YAVUZ, 2002, sf. 465; KAPLAN, a.g.e., sf. 122; ALTAŞ, a.g.e., sf. 46; ERTEN, a.g.e., sf. 97; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; AKKANAT, a.g.e., sf. 6; YALÇINDURAN, a.g.e., sf. 24 vd.; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 994; ÖZ, a.g.e., sf. 10; "Sözleşmede inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonuca etkili görülmemiştir" Yarg. 15. HD. 10.12.1990 t., 2197 E., 2583 K. (KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 438)

¹³⁶ SELİÇİ, 1978, sf. 17; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 15; BAYGIN, a.g.e., sf. 22; EREN, 1996 b, sf. 65; DUMAN, a.g.e., sf. 44; KARATAŞ, a.g.e., sf. 91 vd.; TANDOĞAN, 1987, sf. 77; KARAHASAN, 1997 a, sf. 210; UYGUR, 2003 c, sf. 7612; ARAL, a.g.e., sf. 340; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 330; YAVUZ, 2002, sf. 465; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 439; UÇAR, 2003, sf. 27; AKKANAT, a.g.e., sf. 10; YALÇINDURAN, a.g.e. , sf. 25; ÖZ, a.g.e., sf. 10; CAN, a.g.e., sf. 53; Alt müteahhitlik sözleşmesinin de niteliği itibariyle bir istisna sözleşmesi olduğu ve asıl iş sahibi ile alt müteahhit arasında sözleşme ilişkisi kurulmadığına dair: Yarg. 4. HD. 15.09.1980 t., 8100 E., 9498 K. (UYGUR, 2003 c, sf. 7667 vd.); Yarg. 15. HD. 05.02.1990 t., 355 E., 364 K. (KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 439)

¹³⁷ DUMAN, a.g.e., sf. 31; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 15; TANDOĞAN, 1987, sf. 84 vd.; ARAL, a.g.e., sf. 341; YAVUZ, 2002, sf. 467; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 439; DAYINLARLI, 1988, sf. 16; UÇAR, 2003, sf. 27 vd.; AKKANAT, a.g.e., sf. 10; YALÇINDURAN, a.g.e. , sf. 25, 179; ÖZ, a.g.e., sf. 10

¹³⁸ BAYGIN, a.g.e., sf. 22; EREN, 1996 b, sf. 65; OLGAÇ, 1977, sf. 893; KARATAŞ, a.g.e., sf. 89; TANDOĞAN, 1987, sf. 77; ARAL, a.g.e., sf. 340; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 439; DAYINLARLI, 1988, sf. 22; YALÇINDURAN, a.g.e., sf. 50; ÖZ, a.g.e., sf. 9; CAN, a.g.e., sf. 53

Aralarında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmaması sebebiyle iş sahibinin de alt müteahhide karşı ücret ödeme yükümlülüğü yoktur¹³⁹. Ancak alt müteahhidin TMK. md. 893 hükmüne göre tescile tabi kanuni ipotek hakkı mevcuttur¹⁴⁰. Buna göre; bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden çalışan alt müteahhit, asıl müteahhitten olan ücret alacağı için TMK. md. 895'e uygun olarak söz konusu taşınmaz üzerinde ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Bunu sebebi; kanuni ipotek hakkının dayanağının iş sahibi taşınmaz maliki ile yapılan sözleşme değil, yapı ya da yapım için yerine getirilen edimler ve sarf edilen emek ile bu emek dolayısıyla gayrimenkulün değerinde artış meydana gelmesidir¹⁴¹. Ancak iş sahibinin kamu tüzel kişisi ve taşınmazın da kamu malı olması halinde ise, bu malların cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi söz konusu olamayacağından, kanuni ipotek hakkının kullanılması mümkün değildir¹⁴².

Ayrıca, ücret ödeme borcu bulunmayan iş sahibi; müteselsil borçlu sıfatı ile ücret ödeme borcunu yüklenebileceği gibi, ücret borcunun ödeneceği hususunda garanti veya kefalet vermesi de mümkündür¹⁴³.

İşin niteliği uygun düştüğü ölçüde alt müteahhide yaptırılabilmesine izin veren bu hüküm de emredici nitelikte değildir. Taraflar bu hükmün aksine olarak, işin alt müteahhide yaptırılmasını tamamen veya kısmen yasaklayabilir veya herhalde alt müteahhitlik ilişkisi kurulmasına izin verebilirler¹⁴⁴.

¹³⁹ **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 92; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 23; **EREN**, 1996 b, sf. 67; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 88; **UYGUR**, 2003 c, sf. 7614; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 330; **KOSTAKOĞLU**, 2005, sf. 439; **UÇAR**, 2003, sf. 27; **AKKANAT**, a.g.e., sf. 274; **ÖZ**, a.g.e., sf. 10; **CAN**, a.g.e., sf. 53; Yarg. 15. HD. 28.02.1974 t., 145 E., 166 K. "Genel istisna akdinde müteahhidin çeşitli işleri kendilerine yaptırdığı alt müteahhitler iş sahibinden doğrudan doğruya bir talepte bulunamazlar" (**TANDOĞAN**, 1987, sf. 45)

¹⁴⁰ **CAN**, a.g.e., sf. 53; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 220; **EREN**, 1996 b, sf. 67; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 88; **UYGUR**, 2003 c, sf. 7612; **SELİÇİ**, 1978, sf. 30; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 330; **YAVUZ**, 2002, sf. 468; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 446; **AKKANAT**, a.g.e., sf. 282 vd.; **YALÇINDURAN**, a.g.e., sf. 206

¹⁴¹ **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 446; **AKKANAT**, a.g.e., sf. 282; **YALÇINDURAN**, a.g.e., sf. 206

¹⁴² **EREN**, 1996 b, sf. 67; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 91

¹⁴³ **EREN**, 1996 b, sf. 66; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 88; **YAVUZ**, 2002, sf. 468; **AKKANAT**, a.g.e., sf. 276; **YALÇINDURAN**, a.g.e., sf. 206

¹⁴⁴ **EREN**, 1996 b, sf. 64; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 85; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 73; **ARAL**, a.g.e., sf. 338; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 330; **YAVUZ**, 2002, sf. 463; **YALÇINDURAN**, a.g.e., sf. 26

iii. Devlet İhale Kanunu'na Tabi İşlerde İnşaatı Başkasına Yaptırma Yetkisi

DİK'nun "sözleşmeni devri" başlığını taşıyan 66. maddesi ile "Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62 nci madde hükümleri uygulanır" hükmü getirilmiştir.

Yine "sözleşmenin devri" başlığını taşıyan BİGŞ. md. 46'ya göre de; "Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredilebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır" denilmektedir. Son fıkrasında ise, aksine hareket halinde sözleşmenin bozulacağı belirtilmektedir.

DİK. md. 66 ve BİGŞ. md. 46 da ifade edilen "sözleşmenin devri" kavramının, sözleşmenin bütün hak ve borçları ile üçüncü bir şahsa devri mi yoksa işin alt müteahhitlere yaptırılması mı olduğu hususu açık değildir. Her ne kadar özellikle "işin kısımlar halinde devri"nin, bu kısımları alt müteahhide yaptırmayı da kapsadığı söylenebilirse¹⁴⁵ de; kanımızca ilgili maddeler BİGŞ. md. 18 f. 5 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, DİK'na tabi işlerde de inşaatın alt müteahhide yaptırılması hususunda BK. md. 356 hükmüne uygun hareket edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Şöyle ki; BİGŞ. md. 46 işin devri için yazılı izin şartı getirmiş olmasına rağmen, BİGŞ. md. 18 f. 5 izin gerekmeksizin işin bazı kısımlarının alt müteahhide yaptırılabilceğini ifade etmektedir. Söz konusu madde hükmüne göre; "İdare, taşeronlar aracılığı ile yapılmasını sakıncalı gördüğü herhangi bir iş bölümünün doğrudan doğruya müteahhit tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir. Taşeronların idareye karşı hiçbir sıfat ve yetkileri olmayıp bunlara yaptırılan tüm işlerden müteahhit sorumludur". Maddeden açıkça anlaşıldığı üzere;

¹⁴⁵ TANDOĞAN, 1987, sf. 81; YAVUZ, 2002, sf. 465

işin alt müteahhide yaptırılması konusunda izin gerekmemektedir¹⁴⁶. Ancak idare, sakıncalı gördüğü durumlarda, işin alt müteahhit tarafından yapılmasını her zaman yasaklayabilir ve inşaatın ihaleyi alan müteahhit tarafından yapılmasını isteyebilir.

Bu madde hükmü karşısında; sözleşmenin devri kavramının işin alt müteahhide yaptırılmasını kapsamadığı düşüncesindeyiz. Bu durumda ise işin alt müteahhide yaptırılması hususunda –idarenin her zaman bunu yasaklama yetkisi dışında- gerek DİK’nda ve gerekse BİGŞ’nde hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta hüküm bulunmaması halinde ise, konu ile ilgili genel hüküm içeren BK. md. 356’nın uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Özellikle inşaat sektöründeki ilerlemeler ile inşaatların yapımında birbirinden farklı uzmanlıklar isteyen eserler olması sebepleriyle, DİK. md. 66 ile BİGŞ. md. 46 hükümlerindeki her durumda izin şartının günümüz koşullarına uygun düşmediğini kanımsındayız. Yani; DİK’na tabi işlerde de kural olarak işi bizzat veya kendi yönetimi altında ihaleyi alan müteahhidin yapması ve ancak işin niteliğine uygun düştüğü durumlarda ise BK. md. 356’ya uygun olarak izin almaksızın işi alt müteahhide yaptırabileceği kanaatindeyiz¹⁴⁷. Ancak BİGŞ. ile getirilen, alt müteahhit kullanımının her zaman, yani işin niteliğine uygun düştüğü hallerde dahi iş sahibi idare tarafından yasaklanabileceği hükmü de unutulmamalıdır.

DİK’na tabi işlerde sözleşmenin kısmen veya tamamen devri açısından ise iş sahibi idare ita amirinin yazılı izni gerekmektedir. Bu iznin yanı sıra, devralacaklarda ilk ihalede aranan şartların da bulunması gereklidir¹⁴⁸.

¹⁴⁶ TANDOĞAN, 1987, sf. 81

¹⁴⁷ YAVUZ’a göre de; BİGŞ. uyarınca, müteahhidin işi kendi yönetimi altında yaptırma borcu bayındırlık işlerinin önemli bir kısmında da kural olarak bu niteliğini korumaktadır. (YAVUZ, 2002, sf. 463)

¹⁴⁸ ARAL, a.g.e., sf. 339; TANDOĞAN, 1987, sf. 81; UYGUR, 2003 c, sf. 7613

iv. Kamu İhale Kanunu'na Tabi İşlerde İnşaatı Başkasına Yaptırma Yetkisi

KihK'nun "alt yükleniciler" başlığını taşıyan maddesine göre; "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz".

KihSK. Md. 7'de de, bu Kanun'a göre düzenlenecek sözleşmelerde bulunması zorunlu unsurlar sayılmıştır. Maddenin "d" bendine göre; alt yüklenici bulunması halinde, bunlara ilişkin bilgiler ile sorumluluklarının kapsamı da sözleşmede belirtilmek zorundadır.

Anılan maddelere uygun olarak, ihale aşamasında müteahhitlerden, alt müteahhide yaptırmayı düşündükleri işleri bildirmeleri ve sözleşme aşamasında ise işi yaptırmayı düşündükleri alt müteahhitleri iş sahibi idarenin onayına sunmaları istenilebilir. İhale ve sözleşme aşamasında bildirilen alt müteahhitlere ilişkin bilgilerin ve sorumluluklarının ise imzalanacak sözleşmede yer alması zorunludur.

KihSK'nun "sözleşmenin devri" başlığını taşıyan 16. maddesi ile de ancak zorunlu hallerde sözleşmenin devredilebileceği ve bunun yazılı izinle mümkün olabileceği belirtilerek; devre ilişkin süre yönünden kısıtlamalar getirilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁹ **KihSK. md. 16:** "Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınmaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır".

3. Yapı Eserinin Meydana Getirilmesi İçin Gerekli Malzeme, Araç ve Gereçlere İlişkin Borçları

i. Malzemeyi Sağlama Borcu

Yapı eserini meydana getirmek için kullanılan, inşaat esnasında birbirleri ile karışarak bir bütün halinde yapıyı oluşturan hammaddeler ve yarı mamullerin bütününe *malzeme* denilir. Bu anlamda inşaatın vücudunu oluşturarak, daimi olarak onun içinde kalan kum, çimento, demir, çivi, su ve elektrik tesisatı, lavabo, küvet gibi prefabrike yapı elemanları gibi şeyler malzemedir. Ancak çalışma araçları, inşaatın yapılacağı arsa ve uygulama planları malzeme kavramı kapsamında değildir¹⁵⁰.

İstisna sözleşmesinde malzemenin kimin tarafından sağlanacağı açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde BK. md. 356 f. 3 hükmünün ters yorumundan ve madde 357'den, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanacağı sonucunu çıkaranlar bulunmaktadır¹⁵¹. Ancak kanımızca; BK. md. 357 f. 1'de malzemenin vasfından müteahhidin sorumlu olacağını düzenlenmiş ve takip eden fıkrada ise ilk kuralın genel olduğunu belirtircesine, “malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise” şeklinde olan tabirden, kural olarak malzeme sağlama borcunun müteahhide ait olduğu sonucu çıkmaktadır¹⁵².

Yapı eserinin meydana getirilmesi için müteahhit tarafından sağlanan malzemenin “iyi cins” malzeme olması gerekmektedir. Bu itibarla “iyi cins malzeme”, öncelikle sözleşmede kararlaştırılmış ise bu malzeme veya yapının sözleşmede belirtilen¹⁵³ niteliklerini karşılayan, yapıya elverişli ve ayıpsız malzeme ve sonrasında ise dürüstlük kurallarına uygun malzemedir denilebilir. Müteahhit,

¹⁵⁰ EREN, 1996 b, sf. 69; BAYGIN, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 104; OLGAC, 1967, sf. 458; ARAL, a.g.e., sf. 344; DAYINLARLI, 1988, sf. 23

¹⁵¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 23; EREN, 1996 b, sf. 69; OLGAC, 1967, sf. 458; ARAL, a.g.e., sf. 344

¹⁵² TANDOĞAN, 1987, sf. 105; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; DAYINLARLI, 1988, sf. 23

¹⁵³ “Yapılacak işin niteliği hakkında akitte yeterli açıklama bulunmayan hallerde bu işin orta nitelikte bir iş olacağını taraflarca kabul edilmiş sayılması gerekir” Yarg. HGK. 17.01.1962 t., 2/T E., 2 K. (OLGAC, 1977, sf. 896)

malzemenin vasfından ötürü satıcı gibi sorumludur¹⁵⁴. Satıcının zapta karşı tekeffül borcu bulunmakla birlikte; malzemenin mülkiyeti, TMK. md. 775 uyarınca inşaat işlerinde genellikle ortaya çıkan yapının değeri malzemenin değerinden fazla olacağı için müteahhide veya mütemmim cüz (bütünleyici parça) ilkesi (TMK. md. 722) gereği iş sahibine geçeceği için zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması neredeyse imkânsız hale gelmektedir¹⁵⁵.

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda ise; müteahhit malzemeleri özenle kullanmak ve korumak¹⁵⁶, malzemelerin özenle kullanıldığına dair hesap vermek, malzemeleri muayene ederek ayıplı olanları iş sahibine derhal ihbar etmek ve sağlanan malzemenin inşaat sonunda artan bir kısmı bulunması halinde, bunları da iş sahibine iade etmekle yükümlüdür¹⁵⁷.

DİK'na tabi inşaat işlerinde de BİĞŞ. md. 25 uyarınca kural olarak aksi kararlaştırılmış olmadıkça, inşaat malzemelerini sağlama borcu müteahhide aittir¹⁵⁸.

ii. Araç ve Gereçleri Sağlama Borcu

Yapı eserinin meydana getirilmesinde gerekli olan araç ve gereçleri temin etme borcu kural olarak müteahhide aittir¹⁵⁹. BK. md. 356 f. 3 uyarınca “hilafına adet veya mukavele olmadıkça, müteahhit, imal olunacak şeyin icrası için lazım olan vasıtaları ve alat ve edevatı kendi masrafiyle tedarik etmeğe mecburdur”.

¹⁵⁴ BAYGIN, a.g.e., sf. 24; EREN, 1996 b, sf. 69; OLGAÇ, 1967, sf. 455; KARATAŞ, a.g.e., sf. 93; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 435; TANDOĞAN, 1987, sf. 106; ARAL, a.g.e., sf. 346; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 331; DAYINLARLI, 1988, sf. 23; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 998; “Müteahhit tedbirli bir tacir gibi hareket etmek zorundadır” Yarg. 4. HD. 13.03.1958 t., 7509 E., 1317 K. (OLGAÇ, 1967, sf. 456)

¹⁵⁵ OLGAÇ, 1967, sf. 456; EREN, 1996 b, sf. 70; TANDOĞAN, 1987, sf. 106; ARAL, a.g.e., sf. 346; YAVUZ, 2002, sf. 470; 1977, sf. 998

¹⁵⁶ “İnşaatla kullanılmak üzere iş sahibi tarafından müteahhide teslim edilen eşyayı müteahhit muhafaza etmek zorunluluğu altındadır. Bu itibarla eşyanın çalınması olayında kendisinin tedbirsizliği olmadığını ispat müteahhide düşer” Yarg. TD. 16.03.1963 t., 62/4485 E., 63/1471 K. (OLGAÇ, 1967, sf. 458)

¹⁵⁷ BAYGIN, a.g.e., sf. 24; EREN, 1996 b, sf. 70; OLGAÇ, 1967, sf. 457; KARATAŞ, a.g.e., sf. 97; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 436; TANDOĞAN, 1987, sf. 109 vd.; ARAL, a.g.e., sf. 347; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 331; DAYINLARLI, 1988, sf. 17; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 999 vd.

¹⁵⁸ TANDOĞAN, 1987, sf. 105

¹⁵⁹ “Şantiyede bulunan aletlerin müteahhide ait bulunması esas kaidedir” Yarg. TD. 14.12.1957 t., 7366 E., 7393 K. (OLGAÇ, 1967, sf. 454)

İnşaat araç ve gereçleri, inşaat malzemesinden farklıdır. Araç ve gereçler meydana getirilen yapıdan ayrılabilen ve müteahhit tarafından götürülerek başka işlerde dahi kullanılabilen şeylerdir¹⁶⁰.

İnşaatın yapımı için gerekli araç ve gereci sağlama borcunun kapsamına özellikle iş makinelerinin, vinçlerin ve bunların sarf malzemelerinin temini; şantiye binası, işçi lojmanları ve yemekhanesinin yapımı; şantiyenin elektrik ve su tesisatının kurulması; inşaat iskeleleri, beton kalıplarının ve testere, çekiç vs küçük el aletlerinin temini gibi işler girmektedir¹⁶¹. Araç ve gereçlerin bakımı, işletilmesi ile korunmasına ilişkin masraflar da bu borcun içeriğine dâhildir¹⁶². Müteahhit araç ve gereci sağlamakla borçlu iken, bunları bizzat imal ile yükümlü değildir¹⁶³.

Müteahhidin, bu borç uyarınca işin yapılması için sağladığı araç ve gereçlerin yeterli, elverişli ve iyi vasıflı olması gerekir¹⁶⁴.

Maddeden açıkça anlaşıldığı gibi, müteahhidin araç ve gereç sağlama borcuna ilişkin bu hüküm emredici nitelikte olmayıp; taraflarca aksi kararlaştırılabileceği gibi, aksi yönde yerleşik adet olması durumunda da bu borç iş sahibine düşmektedir.

Araç ve gereç sağlama borcunun iş sahibine ait olduğu durumlarda; iş sahibinin de elverişli ve yeterli araçları sağlaması ve müteahhidin ise bunları özenle kullanması ve işin bitiminde iade etmesi gerekmektedir¹⁶⁵.

¹⁶⁰ KARATAŞ, a.g.e., sf. 92; BAYGIN, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 102; KARAHASAN, 1997 a, sf. 218; UYGUR, 2003 c, sf. 7618; SELİÇİ, 1978, sf. 27; DAYINLARLI, 1988, sf. 24; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 996

¹⁶¹ EREN, 1996 b, sf. 68; TANDOĞAN, 1987, sf. 102; BAYGIN, a.g.e., sf. 23; KARAHASAN, 1997 a, sf. 218; ARAL, a.g.e., sf. 343; SELİÇİ, 1978, sf. 27; DAYINLARLI, 1988, sf. 24

¹⁶² BAYGIN, a.g.e., sf. 23; DUMAN, a.g.e., sf. 45; TANDOĞAN, 1987, sf. 102; UYGUR, 2003 c, sf. 7618; DAYINLARLI, 1988, sf. 24

¹⁶³ OLGAÇ, 1967, sf. 454

¹⁶⁴ EREN, 1996 b, sf. 68; OLGAÇ, 1967, sf. 454; DUMAN, a.g.e., sf. 45; UYGUR, 2003 c, sf. 7618; ARAL, a.g.e., sf. 344; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; ÖNEN, a.g.e., sf. 305; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 997

¹⁶⁵ EREN, 1996 b, sf. 68; DUMAN, a.g.e., sf. 45; KARAHASAN, 1997 a, sf. 218; ARAL, a.g.e., sf. 344; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331

DİK'na tabi inşaat işlerinde de BİĞŞ. md. 18 ve 25 uyarınca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, araç ve gereçleri sağlama borcu müteahhide aittir.

KihK'na tabi işler açısından madde 7 hükmüne ile “montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar”ın sözleşmede yer almasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

4. Genel İhbar Borcu

BK. md. 357 f. 3'e göre; inşaatın devamı sırasında, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya verdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılır ya da yapı eserinin amaçlanan şekilde veya zamanda ifasını tehlikeye sokacak durumlar ortaya çıkarsa, müteahhit, iş sahibini söz konusu hallerin varlığından derhal haberdar etmek zorundadır. Diğer bir anlatımla; genel olarak müteahhidin, eserin meydana getirilmesini tehlikeye sokan durumları müteahhide bildirme borcu vardır. Aksi yönde davranarak hiç ihbarda bulunmaması veya geç ihbar etmesi durumunda ise ortaya çıkacak olumsuz sonuçlardan sorumlu olur.

Müteahhidin bu şekilde ortaya çıkan ihbar borcu, esas itibariyle özen ve sadakat borcunun bir uzantısıdır. Müteahhidin bu borcu kapsamında öncelikle iş sahibinin verdiği malzemede veya arsada ortaya çıkan ayıpların ihbarı bulunur. Bunların dışında; üçüncü şahısların müdahalesi, grev gibi işçi hareketleri, üçüncü şahsın borçlu olduğu malzemenin geç teslimi, ulaşımın kesilmesi vs şekillerde işin amaçlanan şekilde veya zamanında ifasını tehlikeye sokan durumların da derhal iş sahibine ihbar edilmesi gerekmektedir¹⁶⁶.

İhbar, müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından; iş sahibi veya yetkili temsilcisine yapılır ve müteahhidin, iş sahibinin kararını beklemek ve kararına uygun şekilde hareket etmek mecburiyeti bulunur¹⁶⁷. İhbar haber verme niteliğinde olup;

¹⁶⁶ EREN, 1996 b, sf. 71; BAYGIN, a.g.e., sf. 26; OLGAÇ, 1967, sf. 458; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 434; TANDOĞAN, 1987, sf. 111; ARAL, a.g.e., sf. 347; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331 DAYINLARLI, 1988, sf. 28; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1002

¹⁶⁷ TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1000; “Öte yandan, arsanın kusurlu olması ya da eserin yapılmasını tehlikeye koyacak halin varlığında, bunların giderilmesi için iş sahibinin uyarılması görevi BK'nun

şekil şartı bulunmamaktadır. Bu sebeple iş sahibinin, durumdan müteahhidin ihbarı dışında haberdar olması ve fakat tehlikesini göze alarak işin yapılmasını sağlaması halinde müteahhidin ihbar sorumluluğu ortadan kalkar¹⁶⁸.

5. İnşaata Zamanında Başlama ve Bitirme Borcu

Müteahhit, inşaata zamanında başlamak ve gecikmeye imkân vermeden aralıksız devam ederek işi ifa etmek yükümlülüğündedir. İşin başlama zamanı ile ilgili olarak, istisna sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple inşaatın başlama tarihi sözleşmede kararlaştırılmış ise, müteahhit inşaata taraflarca kararlaştırılan zamanda başlamak zorundadır. Taraflarca işin başlama zamanı kararlaştırılmamış ise; müteahhit, işin niteliğinden anlaşılan tarihte ve niteliğinden de anlaşılamiyorsa BK. md. 74 hükmü kıyasen uygulanarak sözleşmenin kurulması ile birlikte inşaata hemen¹⁶⁹ başlamalı; bununla birlikte, müteahhide zorunlu veya adetten olan hazırlık süresi tanınmalıdır¹⁷⁰.

Müteahhidin inşaata zamanında başlamaması veya işin ifasını sözleşmeye aykırı olarak geciktirmesi hallerinde ya da inşaatın bütün tahminlere rağmen kararlaştırılan zamanda tamamlanmasına imkân vermeyecek gecikme meydana gelmesi halinde; iş sahibinin BK. md. 358 f. 1 hükmü uyarınca teslim zamanını beklemezsizin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunur. Ancak iş sahibinin bu madde hükmüne dayanabilmesi için, gecikmenin iş sahibinden kaynaklanmıyor olması

357/son maddesi hükmünce yükleniciye aittir. Bu uyarıya *iş sahibinin kayıtsız kalması halinde, işe devam etmesi ... ile istenmeyen sonuç doğmuş olduğundan, davalıya (iş sahibi) kusur yükletilemez*” Yarg. KGK. 01.07.1992 t., 15-309 E., 452 K. (KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 444)

¹⁶⁸ EREN, 1996 b, sf. 72; TANDOĞAN, 1987, sf. 111; DAYINLARLI, 1988, sf. 28; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1002

¹⁶⁹ “Taraflar arasındaki sözleşmenin 6. maddesinde, inşaat ruhsatının davalı yüklenici tarafından alınacağı ve bunun için kendisine vekalet verileceği öngörüldüğü gibi, inşaatın da ruhsat tarihinden itibaren 2 yıl 6 ayda bitirileceği aynı sözleşmenin 11. maddesinde belirlenmiştir. Buna karşın, davacı iş sahibi inşaat ruhsatını 16.08.1984 tarihinde sözleşmenin yapımından 1 sene 4 ay 9 gün evvel aldığı halde, bu hususu davalı yükleniciye sözleşme yaparken söylememiştir. Bu durumda inşaatın bitim süresinin hesaplanmasında yukarıda sözü geçen 11. madde hükmünün uygulanması olanağı bulunmadığından, en azından, sözleşmenin yapıldığı tarihin esas alınması gerekmektedir” Yarg. 15. HD. 22.02.1990 t., 89/3626 E., 90/726 K. (KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 397)

¹⁷⁰ BAYGIN, a.g.e., sf. 26; OLGAÇ, 1967, sf. 460; TANDOĞAN, 1987, sf. 114; ARAL, a.g.e., sf. 355; ZEVLİLER, a.g.e., sf. 332; YAVUZ, 2002, sf. 470; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 257; DAYINLARLI, 1988, sf. 25; UÇAR, 2001, sf. 540; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1005

gerekmektedir¹⁷¹. Ayrıca gecikme sonrasında kalan süre de, inşaatın vadesinde teslimi için yeterli olmamalıdır¹⁷². İş sahibinin fesih hakkını kullanabilmesi ise müteahhidin kusurlu olmasına bağlı değildir. İş sahibinin kusuru olmaksızın gecikme halinde, iş sahibi BK. md. 106–108 hükümlerine uygun olarak sözleşmeyi feshedebilir¹⁷³.

b. Yapı Eserini Teslim Borcu

Müteahhidin bir diğer asli borcu ise, meydana getirdiği yapı eserini iş sahibine teslim borcudur. Müteahhidin bu borcu, Borçlar Kanunu'nda ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte; Kanun'un 358, 359, 360, 363 ve 364. maddelerinde teslimden söz edilmektedir. Bu itibarla yasa koyucu teslimi örtülü olarak kabul ve beyan etmiştir denilebilir. Diğer yandan meydana getirilen eserin teslimi borcu, istisna sözleşmesinin niteliği ve işin mahiyeti gereği ortaya çıkmaktadır¹⁷⁴.

Teslim, sözleşmeye konu eserin tamamlanarak iş sahibine ifa olarak arzı ve iş sahibinin teslim alması (tesellüm) ile müteahhidin hâkimiyetinde bulunan yapı eserinin iş sahibinin hâkimiyet alanına geçmesidir. Tamamlanmamış bir inşaat bu anlamda teslim edilemeyeceği gibi, iş sahibi böyle bir inşaatı teslim almaktan her zaman kaçınabilir¹⁷⁵. Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde teslim, müteahhidin eserin

¹⁷¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 27; EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996 c, sf. 102; OLGAÇ, 1967, sf. 460; TANDOĞAN, 1987, sf. 113; SELİÇİ, 1978, sf. 22; ARAL, a.g.e., sf. 355; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1009

¹⁷² ARAL, 2002, sf. 355; ÖZ, a.g.e., sf. 55 vd.; “İşe başlama ve bitirme tarihlerinin açıkça tespit edilmiş olduğu bir sözleşmede, müteahhidin işe geç başlamış olması, *tayin edilen tarihte işi bitirmek imkanı olduğu sürece*, iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkını vermez; borçluya taahhüdünü ifa etmek hususunda iyi niyet kurallarına göre muhtaç olduğu zamanı bırakmak gerekir” Yarg. 15. HD. 19.09.1973 t., 15 E., 54 K. (TANDOĞAN, 1987, sf. 112)

¹⁷³ EREN, 1996 c, sf. 102; OLGAÇ, 1967, sf. 460; TANDOĞAN, 1987, sf. 115; ARAL, a.g.e., sf. 356; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 332; YAVUZ, 2002, sf. 471; DAYINLARLI, 1988, sf. 25; ÖNEN, a.g.e., sf. 305; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1009; ÖZ, a.g.e., sf. 52

¹⁷⁴ BAYGIN, a.g.e., sf. 27; EREN, 1996 b, sf. 72; TANDOĞAN, 1987, sf. 124; ARAL, a.g.e., sf. 357; YAVUZ, 2002, sf. 472; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 327; KARAHASAN, 1997 a, sf. 254; ALTAŞ, 2002, sf. 46; UÇAR, 2001, sf. 532; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; UÇAR, 2003, sf. 35; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 987; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 65

¹⁷⁵ Bir yapı eserinin tamamlanmış olması ile ayıpsız olması dikkatle birbirinden ayrılmalıdır. Şöyle ki; bir eserin tamamlanmış olması, o eserin ayıpsız olmasını gerektirmemektedir. Bu itibarla, eser ayıplı olsa dahi teslim edilebilir. TANDOĞAN, 1987, sf. 126; ARAL, a.g.e., sf. 357; UÇAR, 2001, sf. 531;

tamamlandığını iş sahibine bildirmesiyle gerçekleşir. Taşınır malların teslimi ise, tamamlanan eserin iş sahibinin fiili hâkimiyet alanına geçirilmesiyle, bir başka deyişle zilyetliğinin iş sahibine geçirilmesiyle gerçekleşir. Bu itibarla; konusunu taşınmaz inşaatın oluşturduğu inşaat sözleşmesi açısından, müteahhidin inşaatı tamamladığını iş sahibine açık ya da örtülü olarak bildirmesi teslim için yeterli olacaktır¹⁷⁶. Ancak bu şekilde bildirimle teslimin gerçekleşebilmesi için, iş sahibinin yapıda fiili egemenliğini gereği gibi icra etmesinin sağlanması gerekmektedir. İş sahibinin fiili egemenliği, örneğin yapının anahtarlarının verilmemesi ya da inşaat iskelesinin kaldırılmaması sebebiyle gereği gibi sağlanmadıkça bildirim teslim ve dolayısıyla ifa sayılmayacaktır¹⁷⁷. Büfe, baraka gibi taşınır yapılar TMK. md. 728 f. 2 hükmüne göre taşınır mal hükümlerine tabidirler. Fakat kanımızca teslim açısından, iş sahibinin arsasında bulunan böylesi taşınır yapılar için dahi inşaatın tamamlandığının bildirilmesi ve fiili egemenliğinin gerektiği gibi sağlanması teslim için yeterlidir. Zira aynı zamanda arsa maliki olan iş sahibi bakımından, meydana getirilen taşınır yapının taşınmaz yapılardan teslim açısından fiilen bir farkı bulunmamaktadır.

Teslimin gerçekleşebilmesi için inşaatın yürütülmesi için kurulan ve kullanılan şantiyenin, elektrik, su vs. tesisatların sökülerek; inşaat araç, gereçleri ve fazla malzeme ile birlikte yapı eserinden uzaklaştırılması, götürülmesi de gerekmektedir. Bu, eseri teslim borcunun bir parçası olduğu gibi; iş sahibinin yapıda fiili egemenliğini gereği gibi icra etmesinin sağlanmasının da gereğidir¹⁷⁸.

BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 1012; **OZANOĞLU**, a.g.e., sf. 65 vd., 70; Yarg. 15. HD. 14.05.1987 t., 4243 E., 2172 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 1297); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

¹⁷⁶ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 27, 191 **TANDOĞAN**, 1987, sf. 125; **OLGAÇ**, 1967, sf. 464; **SELİÇİ**, 1978, sf. 35; **ARAL**, a.g.e., sf. 357; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 328; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 254; **EREN**, 1996 b, sf. 72 (yazar, taşınmaz inşaatlar açısından tapuda tescili şart koşmakta ise de; kanımızca bu durum ancak teslimden önce arsa mülkiyetinin teminat gibi amaçlarla müteahhide intikal ettirildiği durumlarda geçerlidir); **DAYINLARLI**, 1988, sf. 26; **UÇAR**, 2001, sf. 534 vd.; **OZANOĞLU**, a.g.e., sf. 66; Yarg. 15. HD. 25.03.1991 t., 3841 E., 1451 K.; Yarg. 15. HD. 07.04.1975 t., 2012 E., 1891 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 1293, 1304)

¹⁷⁷ **TANDOĞAN**, 1987, sf. 125; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 254; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 191; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 24; **UÇAR**, 2001, sf. 537; **OZANOĞLU**, a.g.e., sf. 67

¹⁷⁸ **SELİÇİ**, 1978, sf. 27; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 219; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 104; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 24

Teslim, müteahhidin asli ediminin ifasıdır. Bu itibarla, teslim ile yarar ve hasar iş sahibine geçeceği gibi müteahhidin de ücret alacağı kural olarak teslim ile muaccel olur. Ayrıca teslim ile iş sahibi açısından muayene ve ihbar külfeti doğar¹⁷⁹.

Yapı eserinin teslim zamanı ve teslim şartları taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmaması halinde; işin niteliğine veya tarafların farazi iradelerine göre teslim zamanı belirlenir. Söz konusu belirleme yapılırken, benzer bir inşaatı yüklenen deneyimli, uzman ve dürüst bir müteahhidin yine mutad inşaat araçları ile işgücünü kullanarak yapı eserini meydana getirebileceği uygun süre hesaplanarak teslim tarihi tayin edilmelidir¹⁸⁰. Pek tabi ki, olayın oluşum şartlarına göre bu genel kabulden farklı değerlendirmeye tabi tutulmasını gerektiren özellikler bulunması halinde, teslim zamanının belirlenmesinde bunlar da göz önünde tutulmalıdır.

Müteahhidin yapı eserini teslimde temerrüde düşmesi halinde ise, temerrüdün şartları ve sonuçlarına borçlunun temerrüdü hükümleri (BK. md. 106 vd.) uygulanır¹⁸¹.

Müteahhidin teslim borcunun karşılığı, iş sahibi açısından eseri kabzetme, fiilen teslim almaktır (tesellüm). Yani teslim ve tesellüm, aynı olayı müteahhit ve iş sahibi açısından ifade eden kavramlar olup; birbirinden farklı anlamlar taşımamaktadır. Teslim alma, eserin fiili hâkimiyet altına alınmasıdır; yoksa BK. md. 362 manasında *kabul* anlamını taşımaz. Kabul, ifanın yapılmış olduğu şekli ile uygun

¹⁷⁹ EREN, 1996 b, sf. 72; OLGAC, 1967, sf. 475; OLGAC, 1977, sf. 950; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; ARAL, a.g.e., sf. 358; ZEVLİLER, a.g.e., sf. 327; DAYINLARLI, 1988, sf. 14; UÇAR, 2001, sf. 542; Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. 15. HD. 09.04.1987 t., 2168 E., 1543 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1298)

¹⁸⁰ BAYGIN, a.g.e., sf. 28; EREN, 1996 b, sf. 73; TANDOĞAN, 1987, sf. 127, 129; ARAL, a.g.e., sf. 357; ZEVLİLER, a.g.e., sf. 328; YAVUZ, 2002, sf. 472; DAYINLARLI, 1988, sf. 26; UÇAR, 2001, sf. 540; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 69; Yarg. 14. HD. 19.10.2004 t., 5235 E., 7138 K. (YDD., S. 112, İstanbul, Nisan 2005, sf. 171)

¹⁸¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 28; TANDOĞAN, 1987, sf. 130; ARAL, a.g.e., sf. 359; ZEVLİLER, a.g.e., sf. 328; YAVUZ, 2002, sf. 472; UÇAR, 2001, sf. 533; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 71; Yarg. İBK., 25.01.1984 t., 83/3 E., 84/1 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 121)

bulduğunu belirten ve müteahhidi kural olarak sorumluluktan kurtaran bir irade açıklamasıdır¹⁸².

c. Özen Gösterme ve Sadakat Borcu

Müteahhit, inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını özenle yerine getirmek, yani edimini özenerek ifa etmek ve iş sahibinin de menfaatini koruyarak ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Müteahhidin özen gösterme borcu, iş sahibi ile arasındaki güven ilişkisinin doğal sonucudur. BK. md. 356 f. 1'e göre müteahhidin sorumluluğu, genel olarak işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğudur. Bu itibarla müteahhit, işçinin hizmet sözleşmesi çerçevesinde göstermek zorunda olduğu özeni göstermekle sorumludur. Ancak her ne kadar madde işçinin özen yükümlülüğüne ilişkin hükme yollama yapmakta ise de; müteahhidin özen borcunun, işçinin göstermesi gereken özene nazaran daha fazla ve ağır olması gerekmektedir. Zira inşaat teknik bir iştir ve müteahhit de kural olarak mesleki açıdan tecrübeli ve uzman bir kişidir. Gerçekten de günümüz inşaat sektöründeki gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda, inşaat hakkında teknik bilgiye sahip olmayan iş sahibinin iş hakkındaki bilgisinin fazla olması beklenemez ve bu suretle müteahhidin uzmanlığı ön plana çıkar. Diğer taraftan, müteahhit işçi gibi iş sahibinin yönetim ve idaresinde değildir. Madde metninde yapılan atıfta "genellikle" denilmesi de, bu yönde olmak üzere istisna sözleşmesinin niteliğinin farklı bir uygulamayı gerektirebileceği şeklinde yorumlanabilir¹⁸³.

Müteahhit, yapı eserini meydana getirirken benzer bir inşaatı yüklenen tecrübeli, uzman ve dürüst bir müteahhitten beklenen tüm özen ve dikkati göstermek, gelişen bilim ve tekniği takip ederek, bunu inşaatında kullanmak ve her eylem ve işleminde dürüst davranmak zorundadır. Bununla da sınırlı kalmayarak,

¹⁸² BAYGIN, a.g.e., sf. 27; EREN, 1996 b, sf. 72; TANDOĞAN, 1987, sf. 127; OLGAÇ, 1977, sf. 932; SELİÇİ, 1978, sf. 35; ARAL, a.g.e., sf. 357; UÇAR, 2001, sf. 515 vd.; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 288; UÇAR, 2003, sf. sf 90

¹⁸³ EREN, 1996 b, sf. 73; BAYGIN, a.g.e., sf. 25; OLGAÇ, 1967, sf. 454; TANDOĞAN, 1987, sf. 54; SELİÇİ, 1978, sf. 20; ARAL, a.g.e., sf. 348; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 328; YAVUZ, 2002, sf. 459; UYGUR, 2003 c, sf. 7608; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 257; DAYINLARLI, 1988, sf. 19; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 988; Yarg. HGK. 30.10.1991 t., 15-373 E., 533 K. (UYGUR, 2003 c, sf. 7620)

yapı eserinin meydana getirilmesi esnasında gösterdiği bu özen ve dikkati, eseri iş sahibine teslim ederken ve inşaat malzemeleri ile araç-gereçlerini kullanırken dahi göstermek zorundadır ki; zorunda ve sorumlu olduğu bu hareket tarzı, müteahhidin özen borcunu oluşturmaktadır¹⁸⁴. Bunlara ek olarak; tacir sıfatını haiz müteahhidin, basiretli bir tacir gibi hareket etmesi de gerekmektedir¹⁸⁵.

Müteahhidin özen borcu kapsamına giren iki hal BK. md. 357 f. 1 ve 2’de ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Bunlar inşaat malzemesinin özenli kullanımıyla ve müteahhidin iş sahibine ihbar yükümlülüğüyle ilgili somut kurallar olup; daha önce arz ve izah edilmesi sebebiyle tekrar ele alınmayacaktır.

Bunların yanı sıra müteahhidin, iş sahibi tarafından sağlanan inşaat araç ve gereçlerini özenli kullanma, muhtemel zararları önleyecek tedbirleri alma ve böylesi hareketlerden kaçınma, yapı eserinin ayıpsız ve iş sahibinin menfaat ve amacına ters düşmeyecek şekilde meydana getirilmesiyle ilgili olarak aydınlatma borcu gibi yükümlülükleri vardır ki; bunların bütünü müteahhidin özen borcundan doğar ve bu kapsamda sayılırlar¹⁸⁶.

Sadakat borcu da, kanunda açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen, müteahhidin özen gösterme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla müteahhit, işin yapımı sırasında öğrendiği iş sahibine ait sırları, teknik planları, buluşları, yani genel olarak işin ifası sırasında öğrendiği bilgileri üçüncü şahıslara açıklamaktan veya başka amaçlarla kullanmaktan ve iş sahibine zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Müteahhidin sadakat borcu, inşaat sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam eder¹⁸⁷.

¹⁸⁴ EREN, 1996 b, sf. 74; BAYGIN, a.g.e., sf. 25; TANDOĞAN, 1987, sf. 55; SELİÇİ, 1978, sf. 21; ARAL, a.g.e., sf. 348; YAVUZ, 2002, sf. 460; UYGUR, 2003 c, sf. 7609; ERTEN, a.g.e., sf. 68

¹⁸⁵ TANDOĞAN, 1987, sf. 55, 58; YAVUZ, 2002, sf. 460; UYGUR, 2003 c, sf. 7608; ERTEN, a.g.e., sf. 68; “Müteahhit tedbirli bir tacir gibi hareket etmek zorundadır” Yarg. 4. HD. 13.03.1958 t., 7509 E., 1317 K. (OLGAÇ, 1967, sf. 456)

¹⁸⁶ EREN, 1996 b, sf. 76 vd.; SELİÇİ, 1978, sf. 21; ARAL, a.g.e., sf. 350; DUMAN, a.g.e., sf. 45; KARAHASAN, 1997 a, sf. 218; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; UYGUR, 2003 c, sf. 7609; TANDOĞAN, 1987, sf. 58 (Yazar, aydınlatma yükümlülüğünü sadakat borcu kapsamında ele almaktadır. sf. 49); TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 988

¹⁸⁷ EREN, 1996 b, sf. 77; BAYGIN, a.g.e., sf. 25; DAYINLARLI, 1988, sf. 18; doktrinde bazı yazarlar, özen ve sadakat borcunu kabul etmekle birlikte özen borcunun sadakat borcundan kaynaklandığını ileri sürmektedir (TANDOĞAN, 1987, sf. 49; ARAL, a.g.e., sf. 349); bazı yazarlar

Müteahhit, özen borcunun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle kasten, ihmalen veya dikkatsizlik sonucu iş sahibinin uğradığı zararlardan BK. md. 96 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olup, bunları tazminle yükümlüdür. Ayrıca BK. md. 358 f. 2 hükmü uyarınca; *müteahhidin kusuru ile* inşaatın ayıplı olacağı veya sözleşmeye aykırı şekilde meydana getirileceği kesinlikle öngörülebiliyorsa, iş sahibi inşaatın tamamlanmasını beklemeksizin, bu sonuçların engellenerek işin düzeltilmesi amacıyla müteahhide uygun bir süre verebilir veya bu sürenin hâkim tarafından tayinini isteyebilir. Uygun süre verilirken, gereğinin yerine getirilmemesi halinde ayıpların giderilmesinin veya inşaatın devamının üçüncü bir şahsa yaptırılacağı ve bu durumda masraflar ile hasarın müteahhide ait olacağı hususları ihtar edilir. Söz konusu süre sonunda ihtar sonuçsuz kalırsa, iş sahibi inşaatı üçüncü bir şahsa yaptırabilir. Bu halde, masraflar ve hasar müteahhide ait olacaktır. Ancak; uygun süre tayininin yararsız olacağının anlaşıldığı durumlarda süre tayinine lüzum bulunmamaktadır¹⁸⁸. Müteahhidin bu sorumluluğunun kapsamı tarafların anlaşması ile genişletilebileceği gibi, müteahhidin sorumluluğu hafifletilebilir dahi¹⁸⁹.

d. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

İş sahibinin eserden beklediği amacı elde edebilmesi, meydana getirilen yapı eserinin sözleşme ile tarafların kararlaştırdıkları ve buna ek olarak dürüstlük kuralına göre sahip olması gerekli nitelikleri haiz olmasına bağlıdır. Sözleşme ile belirlendiği şekilde ve dürüstlük kuralına uygun olarak tam, eksiksiz ve kusursuz olarak meydana getirilerek teslim edilen eser, müteahhit açısından tam bir ifa olup; müteahhidi sorumluluklarından kurtarır. Yani müteahhit, ayıpsız bir eser meydana getirmek ve bunu teslim etmekle yükümlüdür. Aksi halde olmak üzere, sözleşme ile kararlaştırılan eserin gereği gibi yerine getirilmeden teslim edilmesi veya teslim edilen eserin kullanıma ve kabule uygun olmaması halinde ise ayıplı eser söz konusu

ise bu borcun vekalet sözleşmesine ilişkin BK. md. 390'a kıyasen kaynaklandığını kabul etmektedirler (ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 328; YAVUZ, 2002, sf. 458)

¹⁸⁸ BAYGIN, a.g.e., sf. 25; OLGAÇ, 1967, sf. 453; 462; TANDOĞAN, 1987, sf. 61 vd.; ARAL, a.g.e., sf. 352 vd.; ZEVLİLER, a.g.e., sf. 328; YAVUZ, 2002, sf. 461; DAYINLARLI, 1988, sf. 18; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 991

¹⁸⁹ TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 992

olur. Bu halde ise müteahhidin eserdeki ayıp dolayısıyla sorumluluğu bulunmaktadır¹⁹⁰.

Görüldüğü gibi; ancak tamamlanarak teslim edilmiş bir eser açısından ayıba karşı tekeffül borcu söz konusudur ki, bu husus BK. md. 359 f. 1'de açıkça ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle; teslim edilmiş bir eserin kusurlu olarak meydana getirilmiş olması sonucunda müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğar.

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için BK. md. 359 hükmü uyarınca teslim edilen eseri ayıplara karşı muayene ve varsa ayıpları müteahhide ihbar etmesi gerekmektedir. Muayene, objektif olarak mutad ve makul olan bir süre içerisinde yapılmalıdır. Yapılan muayene sonucunda eserde ayıp tespit edilmesi halinde, tespit edilen ayıpların müteahhide ihbar edilmesi gerekmektedir. Ayıpların ihbarı özel bir şekil şartına tabi değildir¹⁹¹. İhbarın da makul bir süre içerisinde yapılması gerekmele birlikte, muayene sırasında belli olmayarak zaman içerisinde ortaya çıkan gizli ayıpların BK. md. 362 f. 3 uyarınca derhal ihbarı gereklidir¹⁹². Ancak muayene ve ihbar süreleri ile bunların şekli tarafların anlaşması ile özel olarak dahi belirlenebilir¹⁹³.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için eserdeki ayıbın iş sahibine yükletilememesi lazımdır. Eserdeki ayıbın meydana gelmesi iş

¹⁹⁰ BAYGIN, a.g.e., sf. 28; EREN, 1996 b, sf. 78; TANDOĞAN, 1987, sf. 160; OLGAC, 1967, sf. 465; ARAL, a.g.e., sf. 364; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 332; YAVUZ, 2002, sf. 473; DUMAN, a.g.e., sf. 47; KARATAŞ, a.g.e., sf. 147; DAYINLARLI, 1988, sf. 27; UÇAR, 2001, sf. 514; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 284 vd.; UÇAR, 2003, sf. 35; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1015 vd.; ÖZ, a.g.e., sf. 92; Yarg. 15. HD. 16.04.1974 t., 274 E., 360 K. (TANDOĞAN, 1987, sf. 181)

¹⁹¹ EREN, 1996 b, sf. 83; TANDOĞAN, 1987, sf. 167, 173; ARAL, a.g.e., sf. 370; YAVUZ, 2002, sf. 477; KARATAŞ, a.g.e., sf. 158; DAYINLARLI, 1988, sf. 27; ÖNEN, a.g.e., sf. 307; UÇAR, 2001, sf. 549; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 306; Yargıtay da, ayıbın ihbarını şekle tabi görmemektedir. Yarg. 15. HD. 24.11.1989 t., 38117 E., 4937 K.; Yarg. 15. HD. 04.10.1993 t., 2582 E., 3796 K.; Yarg. HGK. 14.02.1996 t., 95/15-1002 E., 96/57 K. (YAVUZ, 2002, sf. 477); Yarg. 15. HD. 06.02.2002 t., 4689 E., 546 K. (KARATAŞ, a.g.e., sf. 159); Yarg. 15. HD. 20.07.2005 t., 04/7112 E., 05/4421 K. (YDD., S. 118, İstanbul, Ekim 2005, sf. 159)

¹⁹² Yargıtay da muayene ve ihbar süresini her olayın oluş şekline ve muayene özelliklerine göre tespit ve kabul etmektedir; Yarg. 3. HD. 09.05.1961 t., 3872 E., 3115 K.; Yarg. 15. HD. 14.04.1983 t., 844 E., 934 K.; Yarg. 15. HD. 22.05.1980 t., 871 E., 1336 K. (TANDOĞAN, 1987, sf. 218 vd.); Yarg. 15. HD. 25.06.1975 t., 1552 E., 2696 K.; Yarg. 15. HD. 26.04.1976 t., 904 E., 1925 K. (OLGAC, 1977, sf. 917); Yarg. 15. HD. 20.01.1994 t., 452 E.; 171 K., Yarg. 15. HD. 16.12.1996 t., 6457 E., 6672 K. (KARATAŞ, a.g.e., sf. 157)

¹⁹³ TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1019

sahibinin talimatından veya başka bir kusurundan kaynaklanmış olduğu hallerde, müteahhit söz konusu ayıptan sorumlu olmaz. Müteahhit açısından ise kusurunun bulunması şart olmayıp, eserin ayıplı olarak meydana getirilmiş olması yeterli ve gereklidir¹⁹⁴.

Ayıba karşı tekeffülün ileri sürülebilmesi için iş sahibinin eseri *kabul* etmemiş olması gerekir. *Kabul*, ifanın yapılmış olduğu şekli ile uygun bulunduğunu belirten bir irade açıklamasıdır. Teslim edilen eserin kabul edilmesi, meydana getirilmiş olan eserin sözleşmeye uygun olduğu ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı anlamındadır ki; BK. md. 362 hükmüne göre kural olarak (gizli ayıplar hariç) kabul ile müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkar¹⁹⁵.

Taşınmaz eserler açısından, ayıba karşı tekeffülden doğan iş sahibinin hakları beş yıllık zamanaşımına tabidir (BK. md. 363 f. 2). Taşınırlar için ise satım sözleşmesine yapılan yollama sebebiyle, bir yıllık zamanaşımı söz konusudur. Taşınır inşaatlar da bu kapsamda olup bir yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak Yargıtay; bu yollama sebebiyle TTK. md. 25 b. 4 hükmünün de uygulanması gerektiği ve bu sebeple tarafları tacir olan sözleşmelerde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı süresinin altı ay olduğunu kabul etmektedir¹⁹⁶. Müteahhidin iş sahibini kasten aldatarak hataya düşürmesi halinde ise, iş sahibinin hakları on yılda zamanaşımına uğrar¹⁹⁷.

BK. md. 360 uyarınca; eserde ayıp bulunması halinde iş sahibi kural olarak sözleşmeden dönebileceği¹⁹⁸ gibi, karşılık edimi olan ücrette indirim yapılmasını

¹⁹⁴ EREN, 1996 b, sf. 81, 83; BAYGIN, a.g.e., sf. 28; TANDOĞAN, 1987, sf. 208; OLGAÇ, 1967, sf. 469; ARAL, a.g.e., sf. 365 vd.; YAVUZ, 2002, sf. 477; KARATAŞ, a.g.e., sf. 153; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 309, 310; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1029; ÖZ, a.g.e., sf. 91

¹⁹⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 27; EREN, 1996 b, sf. 72; TANDOĞAN, 1987, sf. 217; OLGAÇ, 1977, sf. 932; SELİÇİ, 1978, sf. 35; ARAL, a.g.e., sf. 357; UÇAR, 2001, sf. 520; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1021

¹⁹⁶ Yarg. TD. 03.02.1960 t., 66-1065 E., 69-511 K.; Yarg. 11. HD. 12.11.1981 t., 3939 E., 4762 K. (TANDOĞAN, 1987, sf. 222)

¹⁹⁷ EREN, 1996 b, sf. 82; TANDOĞAN, 1987, sf. 226; OLGAÇ, 1967, sf. 473; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 334; YAVUZ, 2002, sf. 478; UÇAR, 2003, sf. 264; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1040

¹⁹⁸ Madde metninde iş sahibinin eseri “kabulden imtina edebileceği” belirtilmekle birlikte; bu ifade iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu anlamındadır. (EREN, 1996 c, sf. 102; TANDOĞAN, 1987, sf. 177; ARAL, a.g.e., sf. 371; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 289; ÖZ, a.g.e., sf. 102)

veya eserin sözleşmeye uygun hale getirilmek üzere tamir edilmesini, düzeltilmesini isteyebilir. İş sahibi bu açıdan seçimlik hakka sahiptir¹⁹⁹. Ancak taşınmaz sözleşmesinin konusunu oluşturan ve fakat ayıplı olarak inşa edilen yapı eserinin kaldırılması veya yıkılması fazla zarar doğuracaksa, iş sahibi sözleşmeden dönemez²⁰⁰. İş sahibi bu haklarının yanında, tazminat dahi isteyebilir. Tazminat talebi için iş sahibinin eserdeki ayıp dolayısıyla zarara uğramış olması ve müteahhidin de kusurlu olması gerekir.

Ayrıca; ayıp dolayısıyla yapıda meydana gelen zararlarda sorumluluğa ilişkin olarak, Yapı Denetimi Hakkında Kanun²⁰¹ ile de düzenleme getirilmiştir. Buna göre bu Kanun'un kapsamı dâhilindeki bir yapının, bilim ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu, yani ayıplı olarak meydana getirilmesi nedeniyle yapıda meydana gelen zararlardan müteahhit sorumludur (YDK. md. 1 f. 1, 2, 3 b.h; md. 3 f. 2, 3, 4; md. 9 f. 3; md. 11)²⁰². Bu Kanun anlamında yapıdan ne anlaşılması gerektiği ise, Kanun'da düzenlenmiş değildir. YDK. md. 12 uyarınca; düzenleme bulunmayan hallerde İmar Kanunu hükümleri uygulanır. İm.K. md. 5'de yapının tanımı yapılmıştır. Buna göre yapı; karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi veya özel yeraltı ve yer üstü inşaat ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve yer değiştirebilen (sabit olmayan) tesislerdir. Müteahhidin bu Kanun kapsamında ayıptan sorumlu tutulabilmesi için; söz konusu yapıda ayıp nedeniyle bir zararın meydana gelmesi ve müteahhidin kusurlu olması gerekmektedir²⁰³. Müteahhidin yapı eserinde meydana gelen zararlardan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi YDK. md. 3 f. 2'de düzenlenmiştir. Kanun, burada Borçlar Kanunu'ndan farklı bir düzenlemeye giderek, müteahhidin sorumluluğu açısından yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl ve taşıyıcı olmayan kısımlarından dolayı ise iki yıllık süreler öngörmüştür.

¹⁹⁹ BAYGIN, a.g.e., sf. 28; YAVUZ, 2002, sf. 477; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 284; UÇAR, 2003, sf. 272; ÖZ, a.g.e., sf. 95

²⁰⁰ Yargıtay, yapı eserinin kullanımının *sakıncalı ve tehlikeli* olması gibi nedelerle iş sahibinin kabule zorlanamayacağı durumlarda sözleşmeden dönme hakkı bulunduğunu ve yapının yıktırılabilirliğini kabul etmektedir. Yarg. 15. HD. 12.03.1980 t., 268 E., 613 K. (TANDOĞAN, 1987, sf. 183)

²⁰¹ 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun; kabul t. 29.06.2001, 13.07.2001 t. ve 24461 syl. RG.

²⁰² Yapıdaki ayıp hakkında ERTEN, a.g.e., sf. 67

²⁰³ Olumlu şart olarak zarar meydana gelmiş olması hakkında ERTEN, a.g.e., sf. 67

II) İş Sahibinin Borçları

a. Genel Olarak İş Sahibinin Borçları

İş sahibinin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan başlıca borcu ücret ödemektir. Bunun yanı sıra iş sahibi; taraflarca bu yönde anlaşılmış ise inşaat malzemesini sağlama borcu altındadır. Daha önce de arz ve izah edildiği gibi; istisna sözleşmesinde malzemenin kimin tarafından sağlanacağı açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde BK. md. 356 f. 3 hükmünün ters yorumundan ve madde 357'den, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanacağı sonucunu çıkararak bulunmakla birlikte²⁰⁴; kanımızca, BK. md. 357 f. 1'de malzemenin vasfından müteahhidin sorumlu olacağı düzenlenmiş ve takip eden fıkrada ise ilk kuralın genel olduğunu belirtircesine, “malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise” şeklinde olan tabirden, kural olarak malzeme sağlama borcunun müteahhide ait olduğu sonucu çıkmaktadır²⁰⁵.

Ancak; taraflarca inşaat malzemesinin iş sahibi tarafından sağlanacağı serbestçe kararlaştırılabilir. Böyle durumlarda, iş sahibinin sözleşmeye konu inşaatın yapımına elverişli ve yeterli inşaat malzemesini sağlaması borcu bulunmaktadır²⁰⁶. Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda; müteahhit malzemeleri özenle kullanmak ve korumak²⁰⁷, malzemelerin özenle kullanıldığına dair hesap vermek, malzemeleri inşaatı başlamadan önce muayene ederek ayıplı olanları iş sahibine derhal ihbar etmek ve sağlanan malzemenin inşaat sonunda artan bir kısmı bulunması halinde, bunları da iş sahibine iade etmekle yükümlüdür²⁰⁸.

²⁰⁴ BAYGIN, a.g.e., sf. 23; EREN, 1996 b, sf. 69; OLGAC, 1967, sf. 458; ARAL, a.g.e., sf. 344

²⁰⁵ TANDOĞAN, 1987, sf. 105; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331

²⁰⁶ EREN, 1996 b, sf. 68; DUMAN, a.g.e., sf. 45; KARAHASAN, 1997 a, sf. 218; ARAL, a.g.e., sf. 344; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; YAVUZ, 2002, sf. 485; KAPLAN, a.g.e., sf. 125

²⁰⁷ “İnşaatı kullanılmak üzere iş sahibi tarafından müteahhide teslim edilen eşyayı müteahhit muhafaza etmek zorunluluğu altındadır. Bu itibarla eşyanın çalınması olayında kendisinin tedbirsizliği olmadığını ispat müteahhide düşer” Yarg. TD. 16.03.1963 t., 62/4485 E., 63/1471 K. (OLGAC, 1967, sf. 458)

²⁰⁸ BAYGIN, a.g.e., sf. 24; EREN, 1996 b, sf. 70; OLGAC, 1967, sf. 457; KARATAŞ, a.g.e., sf. 97; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 436; TANDOĞAN, 1987, sf. 109 vd.; ARAL, a.g.e., sf. 347; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 999 vd.

Yapı eserinin meydana getirilmesinde gerekli olan araç ve gereçleri temin etme borcu da kural olarak müteahhide aittir²⁰⁹. BK. md. 356 f. 3 uyarınca “hilafına adet veya mukavele olmadıkça, müteahhit, imal olunacak şeyin icrası için lazım olan vasıtaları ve alat ve edevatı kendi masrafiyle tedarik etmeğe mecburdur”. Ancak maddeden açıkça anlaşıldığı gibi, müteahhidin araç ve gereç sağlama borcuna ilişkin bu hüküm emredici nitelikte olmayıp; taraflarca aksi kararlaştırılabileceği gibi, aksi yönde yerleşik adet olması durumunda da bu borç iş sahibine düşmektedir. Araç ve gereç sağlama borcunun iş sahibine ait olduğu durumlarda; iş sahibinin elverişli ve yeterli araçları sağlaması ve müteahhidin ise bunları özenle kullanması ve işin bitiminde de iade etmesi gerekmektedir²¹⁰.

İş sahibinin bir diğer borcu ise; sağlamış olduğu malzemenin veya üzerinde onarım ya da değişiklik yapılacak yapının ya da üzerinde inşaat yapılacak arsanın kendisi tarafından bilinen, fakat müteahhidin kolaylıkla fark edemeyeceği ve tehlikeye sebep olabilecek ya da işi etkileyebilecek nitelik ve özelliklerini müteahhide haber vermek yükümlülüğüdür. Bu borç BK. md. 361 hükmünden kaynaklanmaktadır²¹¹.

Son olarak; müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan haklarını kullanabilmesi için teslim almış olduğu eseri ayıplara karşı muayene ve eserde ayıp bulunması halinde ise ihbar külfeti bulunmaktadır (BK. md. 359). Muayene, objektif olarak mutad ve makul olan bir süre içerisinde yapılmalıdır. Yapılan muayene sonucunda eserde ayıp tespit edilmesi halinde, tespit edilen ayıpların müteahhide ihbar edilmesi gerekmektedir. İhbarın da makul bir süre içerisinde yapılması gerekmeyle birlikte, muayene sırasında belli olmayarak zaman içerisinde ortaya çıkan gizli ayıpların BK. md. 362 f. 3 uyarınca derhal ihbarı gereklidir²¹². Ayıpların müteahhide ihbarı açısından Kanun'da özel bir şekil şartı öngörülmüş değildir²¹³.

²⁰⁹ “Şantiyede bulunan aletlerin müteahhide ait bulunması esas kaidedir” Yarg. TD. 14.12.1957 t., 7366 E., 7393 K. (OLGAÇ, 1967, sf. 454)

²¹⁰ EREN, 1996 b, sf. 68; DUMAN, a.g.e., sf. 45; KARAHASAN, 1997 a, sf. 218; ARAL, a.g.e., sf. 344; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 331; KARAHASAN, 1997 a, sf. 307; DAYINLARLI, 1988, sf. 86

²¹¹ TANDOĞAN, 1987, sf. 234; YAVUZ, 2002, sf. 485; BAYGIN, a.g.e., sf. 29; KAPLAN, a.g.e., sf. 125

²¹² Yargıtay, muayene ve ihbar süresini her olayın oluş şekline ve muayene özelliklerine göre tespit ve kabul etmektedir; Yarg. 3. HD. 09.05.1961 t., 3872 E., 3115 K.; Yarg. 15. HD. 14.04.1983 t., 844

b. Ücret Ödeme Borcu

İstisna sözleşmesinin asli unsurlarından biri, iş sahibinin, meydana getirilecek eser karşılığı olarak müteahhide bir ücret ödemeyi taahhüt etmesidir²¹⁴. Bu itibarla; iş sahibinin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan en önemli ve önde gelen başlıca borcu, asli edim yükümü, meydana getirilen eser karşılığında müteahhide ücret ödeme borcudur.

Daha önce detaylı olarak arz ve izah edildiği gibi; taraflarca, meydana getirilecek inşaat karşılığında ücret ödenmesi kararlaştırılmış olması yeterli ve gereklidir. Yoksa ücretin şekil ve miktarının da açıkça tayin edilmiş olmasına lüzum yoktur. Ücret miktarının belirlenmemiş olduğu inşaat sözleşmelerinde; hâkim, BK. md. 366 hükmü uyarınca ücreti belirleyecektir²¹⁵.

İnşaat sözleşmesinde taraflar, ücreti başlıca iki şekilde hesaplayabilirler. Bunlar *götürü (sabit)* ve *yaklaşık* ücrettir. Götürü ücret, meydana getirilecek eser karşılığında ödenecek ücretin önceden kesin olarak belirlenmesidir. Yani taraflar, sözleşme ile eserin meydana getirilip teslimi için maktu bir ücret belirlemektedirler. Diğer bir deyişle bu şekilde belirlenen ücret, inşaatın meydana getirilerek

E., 934 K.; Yarg. 15. HD. 22.05.1980 t., 871 E., 1336 K. (TANDOĞAN, 1987, sf. 218 vd.); Yarg. 15. HD. 25.06.1975 t., 1552 E., 2696 K.; Yarg. 15. HD. 26.04.1976 t., 904 E., 1925 K. (OLGAÇ, 1977, sf. 917); Yarg. 15. HD. 20.01.1994 t., 452 E., 171 K.; Yarg. 15. HD. 16.12.1996 t., 6457 E., 6672 K. (KARATAŞ, a.g.e., sf. 157)

²¹³ EREN, 1996 b, sf. 83; TANDOĞAN, 1987, sf. 167, 173; ARAL, a.g.e., sf. 370; YAVUZ, 2002, sf. 477; KARATAŞ, a.g.e., sf. 158; Yargıtay da, ayıbın ihbarını şekle tabi görmemektedir; Yarg. 15. HD. 24.11.1989 t., 38117 E., 4937 K.; Yarg. 15. HD. 04.10.1993 t., 2582 E., 3796 K.; Yarg. HGK. 14.02.1996 t., 95/15-1002 E., 96/57 K. (YAVUZ, 2002, sf. 477); Yarg. 15. HD. 06.02.2002 t., 4689 E., 546 K. (KARATAŞ, a.g.e., sf. 159)

²¹⁴ EREN, 1996 a, sf. 56; BAYGIN, a.g.e., sf. 14; OLGAC, 1967, sf. 448; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 24; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; KARAHASAN, 2002, sf. 68; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; KAPLAN, a.g.e., sf. 125; ALTAŞ, 2002, sf. 43; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, 1988, sf. 11; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

²¹⁵ BAYGIN, a.g.e., sf. 15; OLGAC, 1967, sf. 475; DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 26; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; YAVUZ, 2002, sf. 486; KAPLAN, a.g.e., sf. 128; ALTAŞ, 2002, sf. 45; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, 1988, sf. 12; ÖNEN, a.g.e., sf. 306; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1053; “Şu durumda, iş bedelinin... kararlaştırılmamış veya takribi surette kararlaştırılmış olduğunun kabulü gerekir ve bu hallerde artık iş bedeli yapılan işin değeri ve yüklenicinin masrafına göre belirlenmelidir” Yarg. HGK. 30.10.2002 t., 15-794 E., 859 K. (MEYDAN/YAPAL, a.g.e., sf. 505 vd.)

tamamlanması için gereken tüm masraflar ile müteahhidin kâr payını da içermektedir. Bu hesaplama şekli ile taraflar, inşaatın tamamı için tek bir ücret belirleyebilecekleri gibi; eserin meydana getirilmesi için gerekli birimler için sabit bir bedel de belirleyebilirler. İnşaatın metrekaresine göre önceden belirli bir ücretin tayini böyledir²¹⁶.

Götürü ücrette kural olarak, müteahhit sonradan ücretin artırılmasını talep edemez; inşaatı başta belirlenen maktu ücret ile tamamlayıp teslim etme borcu altına girmiştir²¹⁷. Gerçekten de; BK. md. 365 f. 1'e göre; ücretin götürü usulle belirlendiği inşaat sözleşmesinde, yapı eserinin meydana getirilmesi önceden tahmin edilerek kararlaştırılan ücretten daha fazla masraf gerektirse dahi müteahhit ücretin artırılmasını isteyemez. Ancak bu ücret normal şartlar göz önünde bulundurularak hesaplanmış olup; BK. md. 365 f. 2 hükmü uyarınca sonradan ortaya çıkan ve başta öngörülemeyen hallerin ortaya çıkması ve bu sebeplerle sözleşmenin ifa edilmesi aşırı derecede zorlaşmış yahut engellenmiş olursa, müteahhit ücretin uyarılma yolu ile artırılmasını ya da sözleşmenin feshini isteyebilir. Müteahhidin bu yönde istemde bulunabilmesi ise; bu durumun ortaya çıkmasının müteahhitten kaynaklanmıyor olmasına bağlıdır. Ayrıca bu hüküm emredici nitelikte olmayıp; taraflarca, TMK. md. 23 hükmüne uygun olarak aksi kararlaştırılabilir²¹⁸.

İş sahibi açısından ise, BK. md. 365 f. 3 uyarınca uyarılma istemi söz konusu değildir. İş sahibi önceden belirlenmiş olan ücreti tamamen ödemek zorundadır. Yani inşaat tahmin edilerek belirlenen ücretten daha az masrafla meydana getirilse bile, iş sahibi ücrette indirim isteyemez. Zaten iş ve ticaret hayatında; inşaat masrafları ile belirlenen ücret arasında ortaya çıkan fark müteahhidin ticari kazancını

²¹⁶ ARAL, a.g.e., sf. 383; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 27, 32 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; YAVUZ, 2002, sf. 487; TANDOĞAN, 1987, sf. 234; BAYGIN, a.g.e., sf. 30 vd.; KAPLAN, a.g.e., sf. 129; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, 1988, sf. 87; ÖNEN, a.g.e., sf. 306; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1053

²¹⁷ ARAL, a.g.e., sf. 383; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 33; OLGAÇ, 1977, sf. 964; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; YAVUZ, 2002, sf. 487; TANDOĞAN, 1987, sf. 235; BAYGIN, a.g.e., sf. 31; KAPLAN, a.g.e., sf. 130; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, 1988, sf. 87; ÖNEN, a.g.e., sf. 306; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1056

²¹⁸ ARAL, a.g.e., sf. 386; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 38; OLGAÇ, 1977, sf. 968; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; KAPLAN, a.g.e., sf. 131; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1060; Yarg. HGK. 16.01.1963 t., 28/T E., 2 K. (OLGAÇ, 1977, sf. 981)

oluşturmaktadır²¹⁹. Ancak bu hükmün emredici nitelikte olmaması sebebiyle; taraflar işçilik ücretleri ya da malzeme fiyatlarının yükselmesi gibi sebeplerle inşaat masraflarının artması ya da aksi durumlarda iş sahibi lehine götürü ücretin değiştirilebileceği şeklinde anlaşabilirler²²⁰.

Yaklaşık ücret; belli sınırlar içerisinde belirlenmiş, ancak tam ve kesin olarak kararlaştırılmamış ücrettir. Yani yaklaşık ücrette, önceden kararlaştırılmış veya sözleşmenin yorumundan çıkartılan alt ve üst sınırlar vardır. Bu halde, inşaatın maliyeti az ve ya çok olsa bile iş sahibi belirlenen alt ve üst sınırlar arasında ücret ödemekle yükümlüdür. Bu sınırlar içerisinde ne kadar bir miktarın ücret olarak ödeneceği ise, BK. md. 366 uyarınca eserin kıymetine ve müteahhidin masraflarına göre belirlenecektir²²¹.

Taraflar ücreti, bir miktar para olarak belirleyebilir. Bu miktarın hesaplanmasında götürü, yaklaşık gibi değişik hesap şekillerinin kabul edilmesi mümkündür²²². İnşaat için maktu bir miktar belirlenebileceği gibi; inşaatın çeşitli işleri için ayrı ayrı da ücret belirlenebilir. Bunların yanı sıra ücretin, değeri belli eden birimlere göre de kararlaştırılması mümkündür. Örneğin; çalışılan gün sayısına veya çalışma saatlerine göre hesap edilmesi ya da yapılan hafriyatın metre-küp üzerinden ücretlendirilmesi böyledir²²³.

Ücretin bir miktar para dışında, başka şekillerde de ödenebileceği kararlaştırılabilir. Yani karşı edimi mülkiyetin nakli²²⁴, hizmet²²⁵, kira²²⁶ veya başka

²¹⁹ Malzeme ve işçilik fiyatlarına müteahhit kârının da dahil olduğu hakkında bkz. Yarg. 15. HD. 15.10.1973 t., 94 E., 168 K. (TANDOĞAN, 1987, sf. 234 dip not: 1)

²²⁰ TANDOĞAN, 1987, sf. 238; ARAL, a.g.e., sf. 386; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 38; OLGAÇ, 1977, sf. 968; BAYGIN, a.g.e., sf. 32; KAPLAN, a.g.e., sf. 131

²²¹ ARAL, a.g.e., sf. 388; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 48; TANDOĞAN, 1987, sf. 281; BAYGIN, a.g.e., sf. 41; DAYINLARLI, 1988, sf. 12

²²² OLGAÇ, 1967, sf. 449; EREN, 1996 a, sf. 57; DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 27; KARAHASAN, 1997 a, sf. 70; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; DAYINLARLI, 1988, sf. 13; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

²²³ BAYGIN, a.g.e., sf. 15; OLGAÇ, 1967, sf. 449; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 27; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; DAYINLARLI, 1988, sf. 14; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

²²⁴ Yarg. 15. HD. 28.04.1978 t., 357 E., 907 K. (ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 2)

²²⁵ “Mühendis ile kooperatif arasındaki anlaşma; istisna ve hizmet bağitlarından oluşmuş bir bileşik sözleşme niteliğindedir” Yarg. 10. HD. 22.01.1976 t., 4935 E., 1294 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 971)

bir eser gibi edimler de oluşturabilir²²⁷. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, mülkiyetin nakli edimini içermektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücret olarak, bir kısım arsa payının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi taahhüt edildiği ve bu sebeple sözleşmenin çift tipli karma sözleşme niteliğinde olduğu ise daha önce detaylı olarak arz ve izah edilmişti²²⁸. Ancak mülkiyeti müteahhide geçirilecek bağımsız bölümler üzerinde anlaşmaya varılmasının yanında, söz konusu bağımsız bölümlere düşen arsa payı oranlarının sözleşme ile belirlenmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Zira; bağımsız bölümlere düşen arsa payı oranları bilirkişi incelemesine göre belirlenebilecektir²²⁹.

BK. md. 364'e göre iş sahibinin ücret ödeme borcu, kural olarak eserin teslimi zamanında muaccel olur. Takip eden fıkra ile de; eserin parça parça teslim edilmesinin ve her kısmın ücretinin söz konusu kısmın teslimi zamanında ödeneceğinin kararlaştırılabileceği belirtilmektedir²³⁰. Ancak madde hükmü emredici nitelikte değildir. Bu sebeple; taraflarca farklı uygulamalara imkân verecek şekilde aksinin kararlaştırılması olanaklıdır²³¹. Bu itibarla ücretin bir miktar para olarak belirlendiği durumlarda, zamana bağlı olarak -yani belli tarihlerde- veya inşaatın belli aşamalarında vs. ücretin belli bir oranının ya da muayyen miktarının

²²⁶ “Taraflar arasındaki sözleşme bu hali ile yalnız bir kira sözleşmesi olmayıp istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir” Yarg. 3. HD. 24.02.1987 t., 12595 E., 2236 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 969)

²²⁷ BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 2; SELİÇİ, 1978, sf. 7; DAYINLARLI, 1988, sf. 13; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 957

²²⁸ BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KOSTAKOĞLU, 2005, sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; UYGUR, 2003 b, sf. 7452; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; SELİÇİ, 1978, sf. 8 vd.; KARAHASAN, 1997 a, sf. 628; TANDOĞAN, 1988, sf. 71; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 4; ERMAN, a.g.e., sf. 511; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 16

²²⁹ TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956; KARTAL, Blm. 3, sf. 557; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 101 “Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişi görüşünden yararlanmak yoluyla belirlenmesi her zaman mümkün bulunduğundan, bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olması da sözleşmenin geçerliliğine engel değildir” Yarg. İBK 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1587)

²³⁰ Yarg. TD. 20.06.1972 t., 2168 E., 3034 K.; Yarg. 3. HD. 07.04.1964 t., 2777 E., 2170 K. (OLGAÇ, 1977, sf. 955/961); “İnşaat parasının müteahhidin ikametgahında ödenmesi gerekir. Bu konudaki paranın tahsiline ilişkin davaya bakmağa müteahhidin ikametgahı mahkemesi yetkilidir” Yarg. 15. HD. 29.04.1974 t., 399 E., 390 K. (OLGAÇ, 1977, sf. 957); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. 15. HD. 20.12.1977 t., 2162 E., 2319 K., 30.04.1974 t., 1110 E., 1053 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 319)

²³¹ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; ARAL, a.g.e., sf. 390; OLGAÇ, 1977, sf. 951; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; YAVUZ, 2002, sf. 492; TANDOĞAN, 1987, sf. 303; BAYGIN, a.g.e., sf. 197; KARAHASAN, 1997 a, sf. 308; KAPLAN, a.g.e., sf. 157; SELİÇİ, 1978, sf. 8; DAYINLARLI, 1988, sf. 12, 86

ödeneceğinin kararlaştırıldığı uygulamada görülmektedir. Teslimden bağımsız olarak yapılan böylesi ödemelere benzer anlaşmalar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de uygulanmaktadır. Gerçekten de; bazen taraflar, daha sözleşmenin kurulması aşamasında üzerinde inşaat yapılacak arsanın mülkiyetini müteahhide geçirmektedirler. Yahut tarafların, inşaatın belirli aşamalarında arsa payını kısım kısım müteahhide naklettiği de gözlemlenmektedir. İş sahibinin inşaat masraflarına katkıda bulunmasını sağlayan böylesi uygulamalar, özellikle müteahhidin finansmanı açısından ve müteahhide kaynak yaratmak için yapılmaktadır. Buna karşılık ücretin, teslimden sonra, örneğin kesin hesabın çıkarılmasıyla birlikte ödeneceği yönünde hüküm getirilmesi de mümkündür²³². İş sahibinin ücret ödemede temerrüde düşmesi halinde; temerrüdün şartları ve sonuçları için BK. md. 101 vd. ve özellikle 106–108 hükümleri uygulanır²³³. Ayrıca BK. md. 126 b. 4 hükmüne göre müteahhidin ücret alacağı, muacceliyet tarihinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

Son olarak; müteahhidin iş sahibinden olan alacağı için TMK. md. 893 hükmüne göre tescile tabi kanuni ipotek hakkı mevcuttur²³⁴. Buna göre; bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden çalışan müteahhit, ücret alacağı için TMK. md. 895'e uygun olarak söz konusu taşınmaz üzerinde ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Ancak iş sahibinin kamu tüzel kişisi ve taşınmazın da kamu malı olması halinde ise, bu malların cebri icra yoluyla paraya

²³² **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 198; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 309; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 302; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 157; **SELİÇİ**, 1978, sf. 8; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 12, 86

²³³ **ARAL**, a.g.e., sf. 390; **OLGAÇ**, 1977, sf. 952; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 337; **YAVUZ**, 2002, sf. 494; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 313; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 208; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 166; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 306

²³⁴ **CAN**, a.g.e., sf. 54; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 219; **EREN**, 1996 b, sf. 67; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 88; **UYGUR**, 2003 c, sf. 7612; **SELİÇİ**, 1978, sf. 30; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 337; **YAVUZ**, 2002, sf. 494; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 446; **OLGAÇ**, 1977, sf. 952; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 306; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 1099; Esasen 4721 sayılı Medeni Kanun md. 893'de iş sahibinden alacaklı olan "asıl müteahhit" sayılmamıştır. Ancak bu hususun, hüküm cümlesi kurulurken yapılan bir yanlışlık veya unutkanlık sonucu meydana geldiği ileri sürülmektedir. Zira; iş sahibi ile sözleşmesel ilişkiye girmemiş olan ve bu sebeple iş sahibinden alacaklı olmayan alt müteahhitlere tanınan bir haktan, doğrudan malikten alacaklı olan asıl müteahhidin öncelikle yararlanabileceği ve devam eden maddelerde alt müteahhit ayrımı yapılmamış olmasının da bunu teyit ettiği ileri sürülmektedir. (**CAN**, a.g.e., sf. 54) Ancak; bu ayrımın özellikle yapıldığı ve bu yöntem ile iş sahibi ile doğrudan ilişkiye girmeyen alt müteahhitlerin uğrayabileceği zararların ortadan kaldırılması gayesi güdülmüş olabileceği de tartışılabilir olduğu ve fakat konumuz açısından burada ele alınmayacağı unutulmamalıdır.

çevrilmesi söz konusu olamayacağından, kanuni ipotek hakkının kullanılması mümkün değildir²³⁵.

²³⁵ **EREN**, 1996 b, sf. 67; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 91

İKİNCİ BÖLÜM

ALACAĞIN DEVRİ

A) GENEL OLARAK

Borç ilişkilerinde kural, hukuki sonuçlarını taraflar arasında doğurması ve üçüncü şahısların sözleşmeye müdahalelerinin mümkün merteye olmamasıdır. Bir başka anlatımla, kural olarak, bir borç ilişkisi kimler arasında meydana gelmişse, alacaklı ve borçlu sıfatları da onlara ait olacak ve borçlu, kime karşı ifa yükümü altına girmişse alacak hakkı o kişiye ait bulunacaktır. Fakat ticari ve ekonomik gereklilikler ile özellikle kredi-finansman ihtiyaçları işbu kurala bazı istisnalar getirilmesini zorunlu kılmıştır. İşte borcun naklinde olduğu gibi alacağın devri (temliki) de bu ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır²³⁶.

B) TANIM VE KAVRAM

Alacağın devri, Borçlar Kanunu'nun genel bölümünün "Alacağın Temliki ve Borcun Nakli" başlıklı beşinci ve son babında olmak üzere, 162–172. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun 162. maddesine göre; "kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir". Bu maddede iradi (rıza-sözleşmesel) devir düzenlenmiştir²³⁷.

²³⁶ **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi /**AKMAN**, Sermet /**BURCUOĞLU**, Haluk /**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku, C.1, İstanbul, 1985, sf. 317; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2005, sf. 542; **FRANKO**, Nisim, "Alacağın Temliki", AÜSBFD, C.49, N.1-2, Ankara, Ocak-Haziran 1994, sf. 177; **UYGUR**, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 4, Ankara, 2003 d, sf. 4367; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88

²³⁷ Borçlar Kanununda "alacağın temliki" olarak ifade edilen kavramı, güncel Türkçe'ye uygun olarak ve doktrin ile yargı kararlarında da sıklıkla kullanılır hale gelmesi sebebiyle çalışmamızda "alacağın devri" şeklinde kullanacağız. Yasalaşma çalışmaları devam eden ve fakat henüz Başbakanlık tarafından TBMMecelis'ine sevkedilmemiş bulunan yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da terim "alacağın devri" olarak yer almaktadır.

Kanunun 164. maddesinden ise; iradi devrin yanı sıra, temlikin kanun ya da mahkeme hükmü gereği de olabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre; “alacağın temlik kanun veya mahkeme kararı mucibince vukubulduğu halde bir güna merasime tabi olmaksızın ve evvelki alacaklı tarafından rıza izhar edilmesine bile ihtiyaç bulunmaksızın üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilir”.

Görüldüğü gibi, ne iradi devri düzenleyen md. 162’de ne de kanuni ve kazai devri düzenleyen md. 164’te alacağın devrinin tanımı yapılmıştır. Söz konusu maddelerde, temlikin esasları belirtilmekle yetinilmiştir.

Kanunun 162. maddesinden hareket eden EREN’e göre alacağın devri; “alacaklımın bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun muvafakatine gerek olmayan bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesidir”²³⁸. OLGAÇ’da md. 162 itibarıyla alacağın devrini, “temlik eden alacaklı ile temellük eden şahıs arasında yapılan bir akde dayanılarak meydana gelen tasarrufi, kazandırıcı ve mücerret bir muameledir” şeklinde tarif etmektedir²³⁹.

Ancak kanımızca da; alacağın devrinin tanımı yasakoyucu tarafından alacağın devrine ilişkin maddelerde düzenlenmesi sebebiyle, kanuni ve kazai devri de içine alacak şekilde yapılmalıdır. Buna göre; “Alacağın devri; alacağın, alacaklı ile alacağı devralan üçüncü şahıs arasında, borçlunun rızası aranmaksızın yapılan ve tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir sözleşme ile ya da kanun icabı veya mahkeme kararıyla irade dışında ve şekle tabi olmaksızın gerçekleşen devridir”²⁴⁰.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; bizim de katıldığımız şekilde; gerçek ve teknik anlamda alacağın devri, bir hukuki işleme (sözleşmeye) dayanan iradi (rızaî) devirdir²⁴¹. Bu anlamda; bir hukuki işleme dayanmaması sebebiyle, gerçek anlamda

²³⁸ EREN, 2003, sf. 1176

²³⁹ OLGAÇ, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler, Ankara, 1976, sf. 913

²⁴⁰ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.2, İstanbul, 1969, sf. 495; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2003, sf. 1445; UYGUR, 2003 d, sf. 4368

²⁴¹ TUHR, Andreas von, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. Cevat EDEGE), C.1-2, Ankara, 1983, sf. 826; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 499; KARAHASAN, 2003, sf. 1445; TUNÇOMAĞ, Kenan,

alacağın devri olmamasına rağmen kanuni ve kazai devir de yasakoyucu tarafından alacağın devri ile birlikte aynı fasılda” düzenlenmiştir. Bunun sebebi; alacağın kanun gereği ya da mahkeme kararıyla devrinin de alacağın devri ile aynı sonucu, yani alacaklı şahısta değişiklik, meydana getirmesinden kaynaklanmaktadır²⁴².

Alacağın devri ile bir alacağın alacaklısı değişir. Esasen bu değişim alacaklının “alacak hakkını” devretmesinin görünümüdür. Diğer bir anlatımla alacağın devrinde; bir borç ilişkisinin alacaklısının sahip olduğu, borçlunun borçlanmış olduğu edimi talep etme yetkisi bir üçüncü şahsa geçmektedir. Yani şahsa bağlı bir hak olan alacak hakkı²⁴³ bir üçüncü şahsa geçmekte, bunun sonucu olarak da ilk borç ilişkisinin alacaklısı değişmektedir²⁴⁴. Alacağı devralan doğrudan alacaklı sıfatını kazanmakta, yoksa devredeninin mümessili, vekili vs. konumuna gelmemektedir²⁴⁵.

Burada önemli olan nokta; alacak hakkının yani belli bir talep hakkının devredilmiş olmasıdır. Yani alacağın devri ile bir hukuki ilişkinin bütünü, borç ilişkisinin içerdiği tüm hak ve yükümlülükler devredilmemektedir. Bir borç ilişkisinin bütünüyle, yani sözleşme ilişkisi ile tarafın sahip olduğu tüm hak ve yükümlülüklerin, devri “*borç ilişkisinin temlik ya da sözleşmenin devri*”ni ifade eder²⁴⁶. Oysa sözleşmenin devrinin aksine; alacağın devrinde, borç ilişkisi nedeniyle meydana gelmiş bulunan “hukuki durum ve sıfat” devredilmez. Bu sebeple, hukuki durum ve sığata bağılı olarak doğmuş bulunan yenilik doğurucu haklar ile borç ilişkisi

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 1976, sf. 1078; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 395; **FRANKO**, a.g.e., sf. 178 vd.; **ENGİN**, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002, sf. 11; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 89; **KOCAMAN**, Arif B., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınır Sorunu, Ankara, 1989, sf. 6, 8

²⁴² **DAYINLARLI**, Kemal, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik, Ankara, 2000, sf. 106; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1445; **ENGİN**, 2002., sf. 11

²⁴³ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **TUHR**, a.g.e., sf. 6, 15; **EREN**, 2003, sf. 1180; **FRANKO**, a.g.e., sf. 180

²⁴⁴ **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 178; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4367; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88; **KOCAMAN**, a.g.e., sf. 9; “BK.nun 162. maddesince alacaklının alacağını tahriri şekilde temlik etmesi üzerine alacak, borçlunun mal varlığından çıkarak alacaklının malvarlığına (mamelekine) girmiş olur. Bu vaziyette temellük eden kişi alacaklı yerine geçer”, Yar. 15. HD., 1977 t., 3126 E., 751 K. (**DAYINLARLI**, 2000, sf. 76)

²⁴⁵ **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1074; **EREN**, 2003, sf. 1176; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 542; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55

²⁴⁶ Sözleşmenin devri, şu an için alacağın devri ve borcun naklinin birlikte yapılması ile mümkün olmaktadır. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısı’nın mevcut hali ile yasalaşması durumunda “sözleşmenin devri”, aynı başlığı taşıyan 204. madde ile hukukumuzda girecektir.

ile yüklenilmiş olunan borçlar da devredilmez. Devredilen sadece borç ilişkisine bağlı “alacak hakkı”dır. Bu nedenle; alacağın devrinden sonra da, devreden, borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ile bağlıdır. Bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacakların tamamının ve bütünüyle devredilmiş olması durumunda dahi durum değişmemektedir²⁴⁷. Örnek vermek gerekirse; satış sözleşmesinde alacağını devreden satıcı -talep hakkını devretmiş olmasına rağmen- borç ilişkisindeki hukuki yerini, yani sözleşmedeki borçlu olarak taraf sıfatını ve sözleşmedeki “satıcı” niteliğini yitirmez. Bu sebeple, alacağını devretmiş olmasına rağmen, satış sözleşmesinden kaynaklanan malı teslim etme borcu devam etmektedir.

Yargıtay HGK’nun eski tarihli bir kararında; “alacağın temlik ile bütün hak ve vecibeler temellük edene geçer” denilmektedir. Ancak yukarıda arz ve izah ettiğimiz şekilde Yargıtay’ın bu kararı alacağın devrinde devrin kapsamı ile gelişmektedir²⁴⁸.

Alacağın devri ile bir borç ilişkisinin alacaklısı değişmiş olmakta ve fakat alacakta hiçbir değişiklik meydana gelmemektedir. Alacağın varlık ve miktarında değişiklik olmamaktadır.

Doktrinde; bir borç ilişkisinden doğan alacağı üçüncü bir kişiye devreden alacaklı, “temlik eden, devreden ya da eski alacaklı”; söz konusu alacağı devralan üçüncü kişi ise “temellük eden, devralan ya da yeni alacaklı” gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Devredilen alacağın borçlusuna ise değişme olmaksızın borçlu denilmeye devam edilir²⁴⁹.

²⁴⁷ REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1075; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 497; KARAHASAN, 2003, sf. 1446; EREN, 2003, sf. 1177; DAYINLARLI, 2000, sf. 57; FRANKO, a.g.e., sf. 178; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 554; ÖNEN, a.g.e., sf. 92

²⁴⁸ Yar. HGK 11.06.1952 t., 145 E., 128 K. (TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1075)

²⁴⁹ EREN, 2003, sf. 1176; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 503; UYGUR, 2003 d, sf. 4368; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, 1985, sf. 318; DAYINLARLI, 2000, sf. 60 vd.; OLGAC, 1976, sf. 913; KOCAMAN, a.g.e., sf. 10

C) ALACAĞIN DEVRİNİN KONUSU VE KAPSAMI

I) Genel Olarak

Alacağın devrinin konusu, bir borç ilişkisinin içerdiği alacak, diğer deyişle alacak hakkıdır. Alacağın devri ile bir borç ilişkisi içerisindeki *alacak* devreden malvarlığından devralanın malvarlığına geçmektedir. Yani alacağın devri ile borç ilişkisi bir bütün olarak devralana geçmemekte, sadece borç ilişkisi içerisindeki alacak devredilmektedir²⁵⁰. Devir ile borç ilişkisinin değil, sadece alacağın devredildiği hususu yukarıda alacağın devri kavramı incelenirken detaylı bir şekilde incelenmiş olduğu için tekrar ele alınmayacak olup; burada sadece söz konusu bölüme gönderme yapmakla yetineceğiz.

Belirttiğimiz gibi, devrin konusu alacaktır. Kural olarak, her türlü alacak alacağın devrine konu teşkil edebilir. Yani, devredilen alacağın kaynağı önem teşkil etmez. Bu anlamda; hukuki işlemde doğan alacakların yanı sıra, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeden doğan alacaklar da devredilebilir. Ayrıca kamu alacaklarının dahi devri mümkündür²⁵¹.

Alacağın devri ile bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacakların tümünün bir üçüncü şahsa devredilmesi mümkün olduğu gibi, bir veya bir kısım alacağın da devri mümkündür. Bir alacak bütün olarak devre konu olabilir. Yanı sıra; BK. md. 69 uyarınca alacağın konusunun bölünebilir olması kaydı ile alacağın bir kısmının dahi devri mümkündür²⁵². Alacaklının, alacağının tamamının değil de bir kısmının devri

²⁵⁰ **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 178; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **EREN**, 2003, sf. 1186; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1075; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 57; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 497; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4368; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 554

²⁵¹ **EREN**, 2003, sf. 1187; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4369; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1082; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 507; **TUHR**, a.g.e., sf. 839; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **ÖNEN**, a.g.e., sf.93; **ENGİN**, 2002., sf.24

²⁵² **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1076; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914; **EREN**, 2003, sf. 1187; **TUHR**, a.g.e., sf. 829; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 552; **FRANKO**, a.g.e., sf. 185; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 332; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 93

durumunda, borçlu karşısında parçalanmış alacak nedeniyle birden fazla alacaklı ortaya çıkacaktır²⁵³.

Birden fazla alacaklı olması durumu ile ilgili bir başka konu ise; müteselsil alacaklılardan her birinin durumudur. Müteselsil alacaklılardan her biri de alacağını, diğer alacaklılardan bağımsız olarak, devredebilir. Böylesi bir durumda, yeni alacaklı diğer alacaklılarla birlikte teselsül ilişkisi içerisinde alacaklı sıfatını kazanacaktır²⁵⁴.

Bir borç ilişkisinin içerdiği mevcut ve muaccel alacakların devre konu olduğu açıktır. Ancak; devrin konusu bununla sınırlı değildir. Şöyle ki; müccel alacaklar ve hatta *ileride doğacak* alacaklar, yani *müstakbel* alacaklar da alacağın devri ile devredilebilir. Burada önemli olan husus, devredilen alacağın ve devralan üçüncü şahsın, alacağın devri işlemi ile yeterli ölçüde belirlenebilir olması gereğidir. Yani alacaklının, bir borç ilişkisinden ileride doğacak alacaklarını belirlenebilir olmak kaydı ile devretmesi mümkündür²⁵⁵. Bir gayrimenkul malikinin, söz konusu gayrimenkulü kiraya vermek suretiyle ileride elde edeceği kira alacağını üçüncü şahsa devretmesi müstakbel alacağın devrine örnek teşkil edebilir. Burada devrin hüküm ifade edebilmesi, bir başka (kira) sözleşmenin kurulmasına bağlanmıştır. Esasen devir, burada geciktirici bir şarta bağlı olarak yapılmış olmaktadır²⁵⁶. Alacağın devrinin ise şarta bağlı olarak yapılması mümkündür²⁵⁷.

İleride doğacak alacaklar, yani *müstakbel* alacakların alacağın devri yolu ile devredilebilecekleri yukarıda belirtildi. Ancak burada kastedilen henüz mevcudiyeti net bir şekilde somutlaşmamış olmakla birlikte, doğacağı zaman beklenen alacaklardır. Yani mevcudiyeti kesinlikle bulunmayan ve doğması da beklenmeyen, sadece farazi haklar devre konu olamazlar. Bir başka deyişle; devir konusu alacak, borçlunun kimliği, hukuki dayanağı ve miktarı yönünden yeterince belirlenmemiş

²⁵³ KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 542, 552; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1077; FRANKO, a.g.e., sf. 185

²⁵⁴ EREN, 2003, sf. 1187; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1083

²⁵⁵ EREN, 2003, sf. 1187; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1082; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 506; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 546; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; OLGAC, 1976, sf. 914; ENGİN, 2002., sf. 28; ÖNEN, a.g.e., sf. 92; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 327

²⁵⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 329; ENGİN, 2002., sf. 27

²⁵⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 329; DAYINLARLI, 2000, sf. 57; TUHR, a.g.e., sf. 831; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf.546; ÖNEN, a.g.e., sf.93

devirler geçersizdir. Bir kişinin kendisine ait olmayan bir gayrimenkulün kira alacağını devretmesi veya mevcudiyeti bozucu şarta bağlı olup da, şartın gerçekleşmesi sonucu başından itibaren alacağın ortadan kalkması örneklerinde olduğu gibi hiç mevcut olmayan ve olması da beklenmeyen alacakların devredilmesi mümkün değildir. Böylesi durumlarda, alacağın devri geçersiz olacaktır. Çünkü bu hallerde mevcut olmayan bir alacak devredilmiş olacaktır. Mevcut veya müstakbel olmayan bir alacak devre konu olamaz²⁵⁸.

BK. md. 19'a uygun olarak alacağın devrinin de, diğer sözleşmeler gibi, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına uygun olması gerekmektedir. Yani bunlara aykırı olarak yapılan bir devir geçerlik kazanamayacaktır. Bu yönde olmak üzere; alacaklının her türlü alacak hakkını üçüncü bir şahsa devretmesi örneğinde olduğu gibi; zaman ve konu sınırlaması olmaksızın ve kişilik hakları ile kişinin ticari ve ekonomik özgürlüğünü engelleyecek ölçüde alacağın devri geçerli olamayacaktır²⁵⁹. Gerçekten de; TMK. md. 23, kişinin özgürlüklerini aşırı ölçüde ve hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlemesini getirmektedir.

Alacağın davaya konu, yani çekişmeli olması devre engel teşkil etmez²⁶⁰. Aynı şekilde şarta bağlı veya süreye bağlı alacakların dahi devre konu olması mümkündür. Gerçekten de; şarta bağlı alacaklar, alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlı olmamak kaydıyla başkasına devredilebilir. Bu durumda alacak, şarta bağlı olarak devralana geçer. Yani alacağın niteliği ve şartları değişmez²⁶¹.

²⁵⁸ **EREN**, 2003, sf. 1193; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1093; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 506; **TUHR**, a.g.e., sf. 840; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 546; **OLGAÇ**, 1976, sf. 915

²⁵⁹ **EREN**, 2003, sf. 1187; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 56; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4369; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1083; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 506; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 546; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1448; **OLGAÇ**, 1976, sf. 915; **ÖZDEMİR**, Türkay, "İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Temlikleri", Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C.2, İstanbul, 2003, sf. 694; **ENGİN**, 2002., sf. 29

²⁶⁰ **EREN**, 2003, sf. 1186; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4369; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 507; **TUHR**, a.g.e., sf. 843

²⁶¹ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 57; **TUHR**, a.g.e., sf. 831; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 546; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **ÖZDEMİR**, a.g.e., sf. 691; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 93

Son olarak belirtmek gerekir ki; BK. md. 162 f. 1 hükmüne göre devredilemeyen alacaklar da devre konu olamaz.

II) Devredilemeyen Alacaklar

BK. md. 162 f. 1 hükmüne göre, alacak, ancak “kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça” üçüncü bir şahsa devredilebilir. Görüldüğü gibi, bazı durumlarda bazı alacaklar için devre izin verilmemektedir.

Madde hükmüne göre, devir için hukuki bir engel bulunmaması gerekir ki; engel kanun hükmünden, sözleşmeden veya işin niteliğinden kaynaklanabilir. Bu sebeple; devri madde hükmüne göre mümkün olmayan alacaklar hakkında yapılan devir işlemleri, kural olarak, geçersizdir²⁶².

a. Kanun Hükmü Uyarınca Devredilemeyen Alacaklar

BK. md. 162 bir alacağın, kanun ile menedilmiş olmaması şartı ile devredilebileceğini belirtmektedir. Yani, kanunun hükmü gereği devri yasaklanmış olan alacakların devri söz konusu olamaz.

Gerçekten de bazı durumlarda kanun, açıkça devir yasağı getirmektedir. BK. md. 511 vd. maddeleri ile *ölünceye kadar bakma akdi* düzenlenmiştir. Kanun’un 519 maddesi açıkça “alacaklı hakkını başkasına temlik edemez” demektedir. Görüldüğü gibi Kanun, ölünceye kadar bakma alacağının temlikini açıkça yasaklamaktadır. Bu durumda, bu alacağın devrini öngören sözleşmeler geçersiz olacaktır.

BK. md. 320 ise iş sahibinin, hizmet sözleşmesinden doğan alacaklarının kural olarak devredilemeyeceği düzenlenmektedir. Kural olarak denilmekle birlikte, Kanun’un izin verdiği bazı hallerde devir mümkündür.

²⁶² DAYINLARLI, 2000, sf. 153; EREN, 2003, sf. 1189; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; TUHR, a.g.e., sf. 840; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; OLGAÇ, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 183; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 323

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu ile de devir yasağı getirilmiştir. Buna göre; Kanunda yazılı her çeşit istihkakların, son ödeme tarihlerini takip eden üç aylığından fazlası devredilemez (6311 syl. Kanun md. 16 ile değişik md. 120/son).

Yürürlükteki kanunlarla başkaca devir yasakları da getirilmiş bulunmaktadır. Kanun hükmünden doğan devir yasakları açısından devrin geçersizliği kesindir. Buradaki geçersizlik durumu hâkim tarafından re'sen dikkate alınır²⁶³.

b. Sözleşme Hükmü Uyarınca Devredilemeyen Alacaklar

BK. 162. madde hükmünden anlaşıldığı gibi sözleşme ile de alacakların devredilmesi engellenebilir. Burada yapılan sözleşme hükmü ile, esasen devri kanunen mümkün olan alacaklar hakkında devir yasağı getirilmesidir. Bu devir yasağı borçlu ile (eski) alacaklı arasında hükme bağlanmaktadır.

Sözleşme ile alacağın devri tamamen yasaklanabileceği gibi, alacağın bir kısmının devredilebileceği yahut alacağın sadece belli kişilere devredilebileceği yönünde yasakların dahi sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür²⁶⁴. Sözleşmeden kaynaklanan devir yasağı bulunması halinde de devir işlemi, kural olarak, geçersizdir. Yani alacak intikal etmeyecek, devreden malvarlığında kalacaktır. Ancak, devir işlemi, borçlunun devre izin veya icazet vermek suretiyle rıza göstermesi halinde başından itibaren hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğurur. Borçlu rıza gösterdiğine dair iradesini açıkça veya borcunu yeni alacaklıya ifa etmesi halinde olduğu gibi örtülü olarak dahi beyan edebilir²⁶⁵.

²⁶³ **EREN**, 2003, sf. 1189; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 163; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1083; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 547; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183

²⁶⁴ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 165; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4370; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 509; **TUHR**, a.g.e., sf. 844; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 326; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81

²⁶⁵ **EREN**, 2003, sf. 1189; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 166; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 510; **TUHR**, a.g.e., sf. 845; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454

Alacağın devrinin yasaklanmasına ilişkin sözleşmesi şekle bağlı değildir. Bu itibarla borç senedinde belirtilebileceği gibi ayrıca da düzenlenebilir²⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki; BK. md. 162 f. 2 hükmü uyarınca, sözleşmeye dayalı devir yasağı, bu yasağı içermeyen yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralan üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez²⁶⁷. Bu hüküm açısından iyiniyet esastır. Yani, devralanın böyle bir ikrara dayanarak alacak devralması durumunda, söz konusu alacağın sözleşme hükmü gereği devredilemez bir alacak olduğunu bilmiyor olması gerekmektedir. Kötü niyetli devralan, bu hükümden yararlanamaz ve alacağı devralamamış olur²⁶⁸.

c. İşin Niteliği Gereği Devredilemeyen Alacaklar

Bazı durumlarda alacak, işin niteliği gereği devredilememektedir. Alacaklının değişmesiyle edimin mahiyetinde bazı değişikliklerin meydana geldiği veya alacağın alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu durumlarda işin niteliği devre mani olmaktadır. Bu durumlarda alacak, alacaklının durum ve varlığına bağlıdır. Örneğin, TMK. md. 364 gereği, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu, altsoyu veya kardeşlerinden birine nafaka vermekle yükümlü olan bir kişinin nafaka borcu böyledir. Şöyle ki; bu madde ile düzenlenen nafaka ödeme yükümlülüğünün amacı, durumu itibariyle muhtaç durumda bulunan aile üyelerinin korunmasıdır. O halde, amacı itibariyle alacaklıya ödenmesi gereken nafakanın, alacaklı tarafından devredilmesi işin niteliğine ve amacına aykırı düşmektedir²⁶⁹. Aksini kabul halinde; nafaka, zor durumda olan alacaklısına ödenmeyeceğinden yardım ve destek amacı ortadan kalkmış olacaktır ki, bu durum, yasakoyucunun nafaka ile ulaşmak istediği ve ona atfettiği amacı ortadan kaldıracaktır.

²⁶⁶ UYGUR, 2003 d, sf. 4370; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 509; TUHR, a.g.e., sf. 844; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; OLGAÇ, 1976, sf. 914

²⁶⁷ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1085; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 511; TUHR, a.g.e., sf. 844; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 547; OLGAÇ, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 185; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 326

²⁶⁸ DAYINLARLI, 2000, sf. 168; UYGUR, 2003 d, sf. 4370; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 548; FRANKO, a.g.e., sf. 185; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 326

²⁶⁹ DAYINLARLI, 2000, sf. 174; UYGUR, 2003 d, sf. 4370; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; OLGAÇ, 1976, sf. 915; FRANKO, a.g.e., sf. 184; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 324; ÖNEN, a.g.e., sf. 93

İşin niteliği gereği devredilemeyen alacakların takdirinde, hâkimin takdir hakkı geniştir. Yani her dava ve olay için, hâkim somut olayı inceleyecek ve olayın koşullarına göre alacağın devredilebilir olup olmadığına karar verecektir. Böyle bir alacağın devredilmesi halinde, devralan iyiniyetli dahi olsa devir geçersizdir²⁷⁰.

III) Alacağın Devrinin Kapsamı

Devrin kapsamına nelerin dâhil olacağını veya olmayacağını tayin yetkisi taraflardadır. Ancak alacağın devri ile öncelikle asıl alacağın devralana intikal edeceği açıktır. Yani her şeyden önce, devre konu teşkil eden alacak hakkı devralana geçecektir. Fakat alacağın tümüne mi yoksa bir kısmına mı şamil olacağı dahi taraf iradelerine bağlıdır²⁷¹.

Asıl alacağın yanında, nelerin devrin kapsamına dâhil olduğu BK. md. 168'de belirtilmektedir. Devir ile asıl alacak hakkının yanı sıra, devreden eski alacaklının şahsına bağlı olmayan rüçhan (öncelik) hakları da devreden malvarlığından çıkararak devralanın malvarlığına geçer²⁷².

Aynı yönde olmak üzere; devreden eski alacaklının şahsına bağlı olmamak kaydıyla, alacağa bağlı fer'i haklar da devrin kapsamı dâhilindedir. İşlemiş faizler fer'i haklara dâhildir. Devredilen alacağın teminata bağlanmış olması durumunda; fer'i hak olan teminat da kural olarak devralana geçer²⁷³. Ancak, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları da kural olarak geçerlidir²⁷⁴.

²⁷⁰ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 170; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 93

²⁷¹ **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 516; **TUHR**, a.g.e., sf. 851; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 552; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1455; **FRANKO**, a.g.e., sf. 185; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 332

²⁷² **EREN**, 2003, sf. 1190; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 516; **TUHR**, a.g.e., sf. 852; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 552; **OLGAÇ**, 1976, sf. 965; **FRANKO**, a.g.e., sf. 187; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 331; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 95

²⁷³ **EREN**, 2003, sf. 1190; **TUHR**, a.g.e., sf. 852; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 552; **OLGAÇ**, 1976, sf. 965; **FRANKO**, a.g.e., sf. 185; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 3; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 94

²⁷⁴ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 241; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1104; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 518; **TUHR**, a.g.e., sf. 843; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1455; **FRANKO**, a.g.e., sf.185; **ÖNEN**, a.g.e., sf.94

D) ALACAĞIN DEVRİNİN ÇEŞİTLERİ

Kanuna uygun olarak yapılan tanımdan anlaşıldığı üzere, alacağın devrinin üç çeşidi vardır. Bunlar; iradi (rızaî) devir, kanuni devir ve kazai devirdir. Öncelikle kanuni ve kazai devir incelenecek olup; sonrasında ise, gerçek ve teknik anlamda alacağın devrini oluşturması ve yanı sıra inşaat sözleşmelerinde alacağın devri açısından da çeşitli uyumsuzluklar doğurması sebebiyle ayrıntılı olarak iradi devir incelenecektir.

I) Kanuni Devir

Kanuni devir BK. md. 164’de düzenlenmiştir. Maddeye göre; “alacağın temlikî kanun veya mahkeme kararı mucibince vukubulduğu halde bir güne merasime tabi olmaksızın ve evvelki alacaklı tarafından rıza izhar edilmesine bile ihtiyaç bulunmaksızın üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilir”.

Bir alacağın kanun hükmü gereği alacaklıdan üçüncü bir kişiye geçmesine kanuni devir denir. Kanuni devirde; kanunda öngörülen belli bazı olayların gerçekleşmesi üzerine alacak kendiliğinden üçüncü kişiye geçer. Bu devir için belirli olayın gerçekleşmesi dışında başkaca işlem yapmaya gerek olmadığı gibi; eski alacaklının veya devralanın yahut borçlunun irade beyanına, yani kabul veya onayına dahi gerek yoktur. Yani kanuni devir, yapılışında taraf iradelerinin rol oynamadığı bir devir türüdür²⁷⁵.

Görüldüğü gibi; kanuni devirde bir sözleşme bulunmamaktadır. Burada; alacağın taraflarının veya devralanın rızasına ihtiyaç olmaksızın alacağın kendiliğinden ve doğrudan bir başkasına geçmesi, devrolması hali bulunmaktadır. Bu sebeplerle; yani sözleşme bulunmaması sebebiyle, kanuni devir gerçek ve teknik anlamda bir alacağın devri değildir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi; alacağın bu

²⁷⁵ EREN, 2003, sf. 1178; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1078; OLGAÇ, 1976, sf. 933; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 499; DAYINLARLI, 2000, sf. 105; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; UYGUR, 2003 d, sf. 4423; FRANKO, a.g.e., sf. 180; TUHR, a.g.e., sf. 870; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; ÖNEN, a.g.e., sf. 92

tür intikali de alacağın devri ile aynı sonucu doğurduğu için, yasakoyucu bu devri de kanuni devir adı altında BK md. 164' de düzenlemiştir²⁷⁶.

Kanuni devir sadece kanunda öngörülen hallerde meydana gelir. Kanunda öngörülen hallerin başında ise *halefiyet* gelir. Halefiyet ile alacak kanun hükmü gereği bir başkasına geçmektedir²⁷⁷. BK. md. 147 hükmü gereği; borcu ifa etmek suretiyle diğer borçluları borçtan kurtaran müteselsil borçlu, payları oranında diğer borçlulara rücu ve alacaklıya halef olma hakkını kazanır. BK. md. 496 uyarınca ise; asıl borçluyu ifa suretiyle borçtan kurtaran kefil de alacaklının haklarına halef olur. Keza BK md. 109 a uygun olarak alacaklıya ödemede bulunan üçüncü şahıs da maddede belirtilen hallerde, ödeme yaptığı miktar uyarınca alacaklının haklarına halef olur.

Bunların yanı sıra; BK md. 393'e göre, müvekkilin vekâlet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmesi üzerine, vekilin kendi adına fakat müvekkili hesabına kazandığı alacaklar müvekkile geçer. Kanuni halefiyetin ve kanuni devrin bir diğer örneği ise mirastır. Mirasta da miras açılınca, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, murisin alacakları doğrudan ve kendiliğinden mirasçılara geçer. Sigortacının sigorta ettirene halef olması da bu çeşit temlike bir örnektir.

Kanuni devir bir hukuki işlem değil, kanun gereği bazı hal ve vakıaların olağan sonucu olarak bir hakkın kendiliğinden devridir. Bu sebeple şekle bağlı değildir²⁷⁸.

Kanun, kanuni devir ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemeye gitmemiştir. Bu sebeple; kanuni devrin gerçekleşmesini sağlayan şartlara ve hallere ilişkin olarak kanunlarımızda bulunan özel hükümlere öncelik tanımak şartıyla, Kanun'un alacağın

²⁷⁶ FEYZİOĞLU, 1969, sf. 499; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1078; DAYINLARLI, 2000, sf. 106; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318; KOCAMAN, a.g.e., sf. 6, 8

²⁷⁷ EREN, 2003, sf. 1178; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 500; DAYINLARLI, 2000, sf. 106; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 350; OLGAÇ, 1976, sf. 934; FRANKO, a.g.e., sf. 180

²⁷⁸ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1079; EREN, 2003, sf. 1179; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 499; TUHR, a.g.e., sf. 870; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 395; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; OLGAÇ, 1976, sf. 933; FRANKO, a.g.e., sf. 183; ÖNEN, a.g.e., sf. 92

devrini düzenleyen 162–172. maddeleri, niteliğine uygun düştüğü müddetçe kıyasen kanuni devre de uygulanmalıdır²⁷⁹. BK md. 164 kanuni devrin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinden söz etmesine rağmen; bu hükmün öncelikli olarak devralan ve devreden açısından geçerli olacağı açıktır²⁸⁰. Bunun bir sebebi de iradi devre ilişkin hükümlerin kıyasen kanuni devre de uygulanmasıdır²⁸¹.

Ancak bu tür devirde Borçlar Kanunu, 171. md. 2. f. hükmü ile eski alacaklının tekeffül yükümlülüğü açısından bir ayırım getirmektedir. Bahse konu hüküm uyarınca; kanuni devirde eski alacaklı, alacağın varlığından sorumlu olmadığı gibi, borçlunun ödeme kabiliyet ve gücünden de sorumlu değildir. Diğer bir deyişle; alacağın, yeni alacaklıya geçtiği tarihte mevcut olmaması ya da borçlunun borcu ödeyecek durumda bulunmaması dolayısıyla eski alacaklının herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Bunun sebebi eski alacaklının iradi bir işlemde bulunmamasıdır²⁸².

II) Kazaî Devir

Daha önce belirtildiği üzere, kazaî devir de kanuni devirle beraber olmak üzere BK. md. 164'te düzenlenmiştir. Kazaî devir, alacağın hâkim kararı ile eski alacaklıdan yeni alacaklıya intikal etmesi halidir²⁸³. Kanuni devir gibi; kazaî devir de gerçek anlamda bir alacağın devri değildir. Kazaî devirde de alacağın devri bir sözleşme ile meydana gelmemektedir. Zira burada, alacağın intikali hâkim kararı ile meydana gelmektedir²⁸⁴. Bu anlamda bir hukuki işleme dayanmaması sebebiyle, gerçek anlamda alacağın devri olmamasına rağmen kazai devrin de yasakoyucu tarafından alacağın devri ile aynı fasılda düzenlenmesinin sebebi, alacağın bu şekilde

²⁷⁹ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1079; EREN, 2003, sf. 1179; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 499; DAYINLARLI, 2000, sf. 108; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 352; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; OLGAC, 1976, sf. 934; TUHR, a.g.e., sf. 874

²⁸⁰ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1079; EREN, 2003, sf. 1179; TUHR, a.g.e., sf. 874

²⁸¹ DAYINLARLI, 2000, sf. 108; TUHR, a.g.e., sf. 874

²⁸² FEYZİOĞLU, 1969, sf. 499; DAYINLARLI, 2000, sf. 108; ÖNEN, a.g.e., sf. 92

²⁸³ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1079; EREN, 2003, sf. 1179; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; DAYINLARLI, 2000, sf. 108; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 501; TUHR, a.g.e., sf. 872; OLGAC, 1976, sf. 933; FRANKO, a.g.e., sf. 180

²⁸⁴ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1079; DAYINLARLI, 2000, sf. 108; TUHR, a.g.e., sf. 872

intikalinin de kural olarak sonuçları itibariyle alacağın devri ile aynı olmasından kaynaklanmaktadır²⁸⁵.

Açıkça anlaşıldığı üzere; alacağın intikalinin hâkim kararı ile olması sebebiyle, kazaî devir de herhangi bir şekil şartı ihtiva etmemektedir. Aynı yönde olmak üzere; hâkimin kararı dışında bir işlem yapmaya da gerek yoktur. Burada da intikal, hâkim kararı ile kendiliğinden ve doğrudan meydana gelmektedir²⁸⁶. Yani alacak hâkim kararı ile, eski alacaklının malvarlığından çıkararak yeni alacaklının mamelekine intikal etmektedir. Görüldüğü gibi; bu devir için de mahkeme kararının kesinleşmesi dışında başkaca işlem yapmaya gerek yoktur. Başka bir ifade ile; eski alacaklının veya devralanın yahut borçlunun irade beyanına, yani kabul veya onayına gerek yoktur²⁸⁷.

BK md. 164 kazaî devrin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinden söz etmesine rağmen; bu hükmün öncelikli olarak devralan ve devreden açısından geçerli olacağı açıktır²⁸⁸. Bunun bir sebebi de iradi devre ilişkin hükümlerin kıyasen kazaî devre de uygulanmasıdır²⁸⁹.

Gerçekten de; Kanun, kanuni devirde olduğu gibi kazaî devir ile ilgili olarak da ayrıntılı düzenlemeye gitmemiştir. Bu sebeple; kazaî temlike ilişkin olarak kanunlarımızda bulunan özel hükümlere öncelik tanımak şartıyla, Kanun'un alacağın devrini düzenleyen 162–172. maddeleri, niteliğine uygun düştüğü müddetçe kıyasen kazaî devre de uygulanmalıdır²⁹⁰. Bu noktada; kazaî devir ile birlikte, intikal konusu alacağa bağlı fer'i hakların da alacağa bağlı olarak yeni alacaklıya geçmesi önem arz

²⁸⁵ FEYZİOĞLU, 1969, sf. 499; KARAHASAN, 2003, sf. 1445; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1078 vd.; DAYINLARLI, 2000, sf. 108; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318

²⁸⁶ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1090; OLGAÇ, 1976, sf. 933; KARAHASAN, 2003, sf. 1455; EREN, 2003, sf. 1179; DAYINLARLI, 2000, sf. 108; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 501; FRANKO, a.g.e., sf. 180; UYGUR, 2003 d, sf. 4421; TUHR, a.g.e., sf. 872; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 395; ÖNEN, a.g.e., sf. 92

²⁸⁷ EREN, 2003, sf. 1179; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1090; OLGAÇ, 1976, sf. 933; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 501; DAYINLARLI, 2000, sf. 108; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; KARAHASAN, 2003, sf. 1455; TUHR, a.g.e., sf. 872; ÖNEN, a.g.e., sf. 92

²⁸⁸ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1079; EREN, 2003, sf. 1179

²⁸⁹ DAYINLARLI, 2000, sf. 108

²⁹⁰ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1079; OLGAÇ, 1976, sf. 934; EREN, 2003, sf. 1179; TUHR, a.g.e., sf. 874; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 352; DAYINLARLI, 2000, sf. 109; KARAHASAN, 2003, sf. 1455

etmektedir. Aynı yönde olmak üzere, borçlunun, yeni alacaklıya karşı da eski alacaklı karşısındaki def'ilerini öne sürebilmesi bu uygulamadan kaynaklanmaktadır²⁹¹.

Kazaî devrin BK. md. 163 f. 2 ile getirilen düzenleme sonucunda ortaya çıkan bir uygulaması bulunmaktadır. Maddeye göre; “bir alacağın temlikini va’detmek, hususi şekle tabi değildir”. Alacağın iradi devri, bir tasarruf işlemi olduğu halde, BK. md. 163 f. 2 ile düzenlenen, *alacağın devri vaadi* borçlandırıcı bir muameledir. Alacağın devri vaadi, bir önsözleşme olmayıp; doğrudan “alacağın devri tasarruf işlemi yapma” borcunu doğuran tam ve bağımsız bir sözleşmedir²⁹². Alacağın devri vaadi, borçlandırıcı bir işlem olması sebebiyle, vaade bulunan alacaklının borcunu ifa etme yönünde irade beyanında bulunması gerekmektedir. Bu irade beyanının ise alacağın devrini gerçekleştirme yönünde olması gerekmektedir. Ancak alacaklının, devir vaadini yerine getirmemesi yani alacağın devri sözleşmesini yapmaktan kaçınması durumunda, alacağı devralacak taraf mahkemeye başvurarak vaad sözleşmesinin ifasını talep edebilir. Bu talep karşısında mahkemenin kararı, alacağın devri sözleşmesi yapılması yönünde olamayacak; doğrudan doğruya alacaklının iradesi yerine geçecek şekilde hüküm tesis edilmesi şeklinde olacaktır. Bu sebeple; alacak, başkaca bir işleme ihtiyaç olmaksızın mahkeme kararının kesinleşmesi ile yeni alacaklının mamelekine intikal etmiş olacaktır²⁹³.

Kazaî devir alacak vasiyeti dolayısıyla da söz konusu olabilmektedir²⁹⁴. Buna göre; mirasçılardan vasiyet edilen alacağı, vasiyet alacaklısına devretmekten kaçınmaları halinde, devrin yukarıda açıklandığı şekliyle mahkeme kararı ile sağlanması mümkündür²⁹⁵.

²⁹¹ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1080; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 352; TUHR, a.g.e., sf. 874

²⁹² REİSOĞLU, a.g.e., sf. 395; OLGAÇ, 1976, sf. 933; KARAHASAN, 2003, sf. 1455; TUHR, a.g.e., sf. 833; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 351; UYGUR, 2003 d, sf. 4421; FRANKO, a.g.e., sf. 182; EREN, a.g.e., sf. 280

²⁹³ REİSOĞLU, a.g.e., sf. 395; OLGAÇ, 1976, sf. 933; TUHR, a.g.e., sf. 833; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 501; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 351; KARAHASAN, 2003, sf. 1455; DAYINLARLI, 2000, sf. 100 vd.; EREN, 2003, sf. 1186; FRANKO, a.g.e., sf. 180

²⁹⁴ EREN, 2003, sf. 1181; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 351; ÖNEN, a.g.e., sf. 92

²⁹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 351; ÖNEN, a.g.e., sf. 92

Kazaî devrin bir diğerk önemli uygulama alanı, paylı veya elbirliğı halindeki mal topluluklarının bölüşülmesi (taksimi) amacıyla açılan davalarda görölmektedir. Böylesi davalarda; mal varlığının bölüşülmesine ortaklardan bir veya birkaçı katılmaz yahut bölüşme üzerinde hepsi anlaşamazlarsa, hâkim her bir ortağı – paylarını göz önünde bulundurmak suretiyle- bütünden bazı mallar ve tabi ki bazı alacaklar tahsis edecektir. İşte hâkimin bu kararı ile alacaklar bütünden ayrılarak yeni alacaklının malvarlığına geçmektedir ki, böylesi kararlar kazaî devrin örnekleri olmaktadır²⁹⁶. Adi ortaklıkta ortaklığa ait malvarlığının, eşlere ait ortak malların, terekenin veya sona eren tüzel kişinin malvarlığının bölüşülmesine ilişkin olarak verilen mahkeme kararlarında; alacakların da intikali söz konusu olduğı durumlar, yukarıda açıklanan davaları oluşturmaktadır.

Kazaî devrin icra dairesi kararı ile meydana gelmesine ilişkin olarak da “ödeme yerine alacakların devri” başlığını taşıyan İİK. md. 120’ye²⁹⁷ göre; hacze iştirak eden bütün alacaklıların muvafakati ile borçlunun alacağıının, ödeme yerine geçmek üzere, alacaklılardan birine, birkaçına yahut hepsine devri gösterilebilir²⁹⁸. Bu noktada; TEKİNAY, İİK. gereğince borçluya ait alacakların icra veya iflas organları tarafından alacaklıya devrine ilişkin kararları “adli” devrin örneğı olarak ve “alacağın kazaî temliki” başlığı altında göstermektedir²⁹⁹.

Burada önemli olan nokta; çekişmeli alacakların gerçek hak sahibini belirten mahkeme kararlarının kazaî devir olmamasıdır. Zira böylesi davalarda, alacağın mülkiyeti çekişme konusudur. Bu durumda da; hâkim kararı, alacağın hak sahibinden

²⁹⁶ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1080; EREN, 2003, sf. 1179; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 502; TUHR, a.g.e., sf. 872; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 351

²⁹⁷ 2004 sayılı Kanun Madde 120: Hacze iştirak eden bütün alacaklılar muvafakat ederlerse borçlunun borsada ve piyasada fiyatı olmayan alacakları, ödeme yerine geçmek üzere itibari kıymetleriyle kendilerine veya hesaplarına olarak içlerinden birine devredilir. Bu halde alacaklılar, alacakları nispetinde borçlunun haklarına halef olurlar.

Aynı suretle hacze iştirak edenlerin hepsi veya içlerinden birisi borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağının tahsilini veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğı dava hakkının kullanılmasını, masraf kendilerine ait olmak ve fakat haklarına hâle gelmemek şartıyla üzerlerine alabilirler.

Bu suretle elde edilecek para ilk önce üzerlerine alanların alacak ve masraflarının ödenmesine karşılık tutulur.

²⁹⁸ KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, C.2, İstanbul, 1990 b, sf. 1222 vd.; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1080; OLGAÇ, 1976, sf. 934; TUHR, a.g.e., sf. 873; KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 1994, sf. 271; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 502

²⁹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 351

diğer tarafa geçmesi yönünde değil, sadece hukuki durum değişmeksizin gerçekte alacağın hangi tarafa ait olduğunu tespit etmek yönünde olmaktadır³⁰⁰.

III) İradi (Rızai) Devir

Devredenle devralan arasında yapılan devir sözleşmesi uyarınca; alacağı, doğrudan doğruya devralana geçiren temlik türüne “iradi veya rızai devir” denir³⁰¹. Gerçek ve teknik anlamda alacağın devri, daha öncede açıklandığı üzere, iradi devirdir³⁰².

Borçlar Kanunu’nun 162’den 172’ye kadar düzenlenmiş bulunan maddeleri ile esas itibariyle sözleşme ile yapılan iradi devir hüküm altına alınmıştır. Kanun’un 162. maddesine göre; “kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir”.

Alacağın iradi devrinden kasıt; alacağı devredecek olan eski alacaklı ile devralacak olan üçüncü şahıs arasında, serbest iradeleriyle açıkladıkları icap ve kabul ile bir devir sözleşmesi yapılmış olmasıdır. Burada, kanuni veya kazaî devrin aksine, alacaklıyı devre zorlayan bir durum bulunmamaktadır³⁰³.

Bir diğer anlatımla; iradi devir, Kanun ile öngörülen şartlara uygun şekilde yapılan devir beyanının devralacak tarafça da kabulü üzerine tamamlanmış olur. Açıkça anlaşıldığı üzere; bir hukuki işlem mahiyetinde bulunması sebebiyle iradi devirde mutlaka devralanın *kabulüne* ihtiyaç vardır³⁰⁴.

³⁰⁰ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1080; EREN, 2003, sf. 1179; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 501; TUHR, a.g.e., sf. 872

³⁰¹ EREN, 2003, sf. 1180; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 497; DAYINLARLI, 2000, sf. 109; ÖNEN, a.g.e., sf. 91

³⁰² EREN, 2003, sf. 1180; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1076; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 544; ÖNEN, a.g.e., sf. 89; KOCAMAN, a.g.e., sf. 6, 8

³⁰³ FEYZİOĞLU, 1969, sf. 497; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; TUHR, a.g.e., sf. 826; OLGAÇ, 1976, sf. 913 vd.; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

³⁰⁴ FEYZİOĞLU, 1969, sf. 497; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

Madde hükmünden anlaşıldığı üzere; alacağın iradi olarak devredilebilmesi için alacağın devrine dair kanuni ve sözleşmesel engel bulunmaması gerekmektedir. Aynı şekilde, işin niteliğinin de devre engel teşkil etmiyor olması gerekmektedir. Bu olumsuz şartlara da uygun olması koşulu ile alacaklının, borçlunun rızası yani onay ya da kabulü bulunmaksızın, alacağını üçüncü şahıslara devretmesi mümkündür³⁰⁵. Hatta borçlunun alacağın devrinden haberdar dahi olması gerekmemektedir³⁰⁶.

Alacağın iradi devri, ivazlı veya ivazsız, yani devralana temliğe karşılık olmak üzere bir borç yüküyor oluşuna göre ikiye ayrılabilir.

a. İvazlı Devir

Devreden ile devralanın, devre esas olan sözleşmede devir karşılığı olmak üzere bir bedel üzerinde ya da bizatihi devrin sebebinin bir karşılık üzerine olması hususunda anlaşmaları durumunda *ivazlı devir* söz konusu olmaktadır³⁰⁷. Yani devrin belli bir karşılık bedel üzerine yapılması durumunda ivazlı devir söz konusu olmaktadır.

Her hukuki işlem gibi; ivazlı devirde de taraflar açısından, işlemi yapma sebepleri (amaçları) vardır³⁰⁸. Bu sebebi; bir borcun ifası (ifa amacıyla ya da ifa yerine temlik), tahsil, teminat vs. amaçlar oluşturabilir. Alacağın tahsil edilmesi için veya teminat amacıyla devredilmesi durumunda “*inançlı devir*” söz konusu olur. Yani inançlı devirlerde amaç; devredilen alacağın tahsil edilmesi veya bir borca teminat teşkil etmesi olmaktadır. İnançlı devirlerde de alacak devralana geçmektedir;

³⁰⁵ EREN, 2003, sf. 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 97; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1106; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 526; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 549; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

³⁰⁶ EREN, 2003, sf. 1176; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1106; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 549; KARAHASAN, 2003, sf. 1448

³⁰⁷ DAYINLARLI, 2000, sf. 109; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 552; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; KARAHASAN, 2003, sf. 1448

³⁰⁸ DAYINLARLI, 2000, sf. 81; EREN, 2003, sf. 1181; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 32; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 495; TUHR, a.g.e., sf. 828; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; FRANKO, a.g.e., sf. 179; ÖNEN, a.g.e., sf. 90

ancak burada, devralan taraflar arasında bulunan inanç anlaşmasına uygun hareket etmekle yükümlüdür³⁰⁹.

İnançlı alacağın devrine örnek olarak kredi işlemlerinde devir gösterilebilir. Burada kredi veren (banka), verdiği krediye karşılık teminat ister. Bu teminat, kredinin borçlu tarafından ödenmemesi durumunda kredi borcunun, veren tarafından teminattan karşılanmasına yöneliktir. İşte bu gibi durumlarda teminat olarak, kredi alanın yeter miktarda alacağını kredi verene devretmesi söz konusu olabilmektedir. Bu, inançlı devirdir. Burada, alacak devralana geçirilir. Kredi borçlusunun kredi borcunu ödemesi durumunda, inanç anlaşması gereği alacak veya eğer tahsil edilmiş ise elde edilen edim, tekrar kredi borçlusuna iade edilecektir. Ancak kredi borcu ödenmezse, kredi veren, kendisine devredilen bu alacakları tahsil ederek alacağına kavuşur³¹⁰.

b. İvazsız Devir

BK. md. 169 f. 3 hükmü ivazsız olarak da alacağın devrinin mümkün olabildiğini göstermektedir. Madde; “temlik meccanen (parasız olarak, bedelsiz) vaki olmuş ise temellük eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zâmin olmaz” hükmünü getirmektedir.

İvazsız devir, bir alacağı devralan üçüncü şahsın, söz konusu devre karşılık olarak hiçbir bedel ödemediği devir türüdür. Burada yapılan devrin BK. md. 234³¹¹ anlamında bağışlama niteliğinde olduğu açıktır³¹². Bu sebeple; ivazsız devir BK. md. 237 f. 1 hükmüne tabidir. İşbu maddeye göre; “elden bağışlama, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle vücut bulur”. Anlaşıldığı üzere bağışlama ile teslim

³⁰⁹ DAYINLARLI, 2000, sf. 87; EREN, 2003, sf. 1182; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 543 vd.; KARAHAN, 2003, sf. 1447; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 320; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; FRANKO, a.g.e., sf. 179; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 495; ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 695 vd.; ENGİN, 2002., sf. 13; ÖNEN, a.g.e., sf. 90

³¹⁰ ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 697 vd.; ENGİN, 2002., sf. 12

³¹¹ BK. md 234 f. 1: “Bağışlama, hayatta olan kimseler arasında bir tasarruftur ki onunla bir kimse, mukabilinde bir ivaz taahhüt edilmeksizin malının tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye temlik eder”.

³¹² REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; OLGAC, 1976, sf. 926; FRANKO, a.g.e., sf. 194; UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 5, Ankara, 2003 e, sf. 5601

dışında bir şekil şartı getirilmemektedir. Ancak bu durum, alacağın devrine ilişkin şekil şartlarını ortadan kaldırmamaktadır. Sonuç olarak; ivazsız devrin alacağın devrine ilişkin şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu durumda; ivazsız devirde, devreden devralanla alacağın devrine ilişkin bir anlaşma yapar ve aynı anda da alacağı intikal ettirir³¹³.

E) ALACAĞIN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I) Alacağın Devri Bir Hukuki İşlemdir

Borç ilişkisini kuran sebepler; yani borç ilişkisinin kaynakları Borçlar Kanunu'nun "Borçların Teşekkülü" başlığını taşıyan birinci babında düzenlenmiştir. Kanundaki sıralamaya göre borç ilişkisinin kaynakları; "sözleşmeden doğan borçlar", "haksız işlemlerden doğan borçlar" ve "haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar" olmak üzere üçe ayrılmıştır. Ancak burada Kanun'un "sözleşme"den doğan borçlar ifadesini; "hukuki işlemlerden doğan borçlar" olarak kullanmak daha doğru olacaktır. Zira borç ilişkisi, sadece çok taraflı hukuki işlem olan sözleşmeden değil; vasiyetname, ilan suretiyle vaad gibi tek taraflı işlemlerden de kaynaklanabilir. Keza, çok taraflı bir hukuki işlem olan *karar* da borç ilişkisi kurabilir³¹⁴. Bu sebeple içerisinde sözleşmeyi de kapsayan "hukuki işlem" ifadesini kullanmak kavramsal olarak daha doğru olacaktır

Borçlar Kanunu'nda hukuki işlem kavramı tarif edilmemiş olmakla birlikte; *"hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde ve gerektiğinde başka unsurlarla birlikte, belli bir hukuki sonuç doğurmaya (özellikle bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya) yöneltilmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan bütündür"*³¹⁵ şeklinde ifade edilebilir. Bireyler hukuki işlemler vasıtasıyla diğer

³¹³ DAYINLARLI, 2000, sf. 110; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 544

³¹⁴ OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul, 2005, sf. 118 vd.; EREN, 2003, sf. 107; UYGUR, 2003 a, sf. 85; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 119; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 26

³¹⁵ EREN, 2003, sf. 111; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 38; UYGUR, 2003 a, sf. 85; DAYINLARLI, 2000, sf. 71; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 121; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 26 vd.

kişilerle aralarında olan hukuki ilişkileri kurar ve düzenlerler. Yani hukuki işlemler belirli hukuki sonucun ve amacın gerçekleşmesine yönelik hukuki fiiller, araçlardır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında; devreden ile devralanın hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde, bir alacağı devretme hukuki sonucuna yönelmiş olan irade açıklamaları sonucunda meydana gelen “alacağın devri”, niteliği itibariyle bir hukuki işlemdir³¹⁶. Bu işlem ile taraflar, esasen sözleşmeye dayalı olarak ve kendi iradeleri ile alacak hakkının devredenden devralana geçmesini sağlarlar.

Son olarak tekrar belirtmek gerekir ki; her ne kadar BK. md. 164 ile kanuni ve kazaî devir düzenlenmiş olmasına rağmen, bunların bir hukuki işleme dayanmıyor olması sebebiyle, gerçek ve teknik anlamda alacağın devri, bir hukuki işleme (sözleşmeye) dayanan iradi (rızaî) devirdir. Bu anlamda bir hukuki işleme dayanmaması sebebiyle, gerçek anlamda alacağın devri olmamalarına rağmen kanuni ve kazai devrin yasakoyucu tarafından alacağın devri ile aynı fasılda düzenlenmesinin sebebi, alacağın bu şekillerde intikalinin de kural olarak sonuçları itibariyle alacağın devri ile aynı olmasından kaynaklanmaktadır³¹⁷. Bu sebeple; alacağın devrinin hukuki niteliğine ilişkin olarak yaptığımız açıklamaların tamamı tarafımızın da katıldığı bu görüşe uygun olarak yapılacaktır.

II) Alacağın Devri Tasarruf İşlemdir

Hukuki işlemler işlemi yapanın malvarlığına yaptığı etkilere göre ikiye ayrılabilir. Bu ayrıma göre hukuki işlemler; borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleridir³¹⁸.

³¹⁶ EREN, 2003, sf. 1180; DAYINLARLI, 2000, sf. 73; TUHR, a.g.e., sf. 826; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; OLGAC, 1976, sf. 913

³¹⁷ FEYZİOĞLU, 1969, sf. 499; KARAHASAN, 2003, sf. 1445; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1078; DAYINLARLI, 2000, sf. 106; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; KOCAMAN, a.g.e., sf. 6, 8

³¹⁸ EREN, 2003, sf. 158; UYGUR, 2003 a, sf. 92; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 138; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 122

Hukuki işlemi yapan kişinin malvarlığının pasif kısmını artıran işlemler, borçlandırıcı işlemlerdir³¹⁹. Borçlandırıcı işlem ile borçlu, alacaklıya karşı, borçlandığı yüküme uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, maddi manevi bir yarar sağlamayı, yani belli bir şekilde hareket etmeyi yüklenir. Bu tip işlemler borç doğuran işlemlerdir. Bu işlemlerde borçlu alacaklıya belli bir şeyi devretmeyi borçlanmış dahi olsa, yönelinen hukuki sonuç doğrudan malvarlığının aktifini azaltmaz. Yani malvarlığının aktif kısmındaki bir hakkı doğrudan bir başkasına devretme, sınırlama, değiştirme veya ortadan kaldırma sonucunu doğurmaz. Borçlandırıcı işlem, edim konusunun devri, sınırlanması, değiştirmesi veya ortadan kaldırılması taahhüdünü kapsar³²⁰. Örneğin taşınır satım sözleşmesinde, akdin kurulması tek başına mülkiyeti etkilememektedir. Ancak mülkiyeti bir karşı edim (bedel) karşılığında devretme borcu doğurmaktadır³²¹.

Tasarruf işlemi ise; bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen, muhtevasını sınırlayan, devreden, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemidir³²². Tasarruf işlemi ile bu işlemi yapan şahıs bir edim yükümü, bir borç altına girmemektedir. Zira bu işlemler ile doğrudan doğruya işlemi yapan şahsın malvarlığının aktifinde azalma meydana gelmektedir. Yukarıda taşınır satım sözleşmesinin tek başına mülkiyete etki etmediğini; sadece mülkiyetin devrinin taahhüt edildiğini belirtmiştik. İşte bu satım sözleşmesinde, mülkiyeti nakletme amacıyla taşınırın zilyetliğinin devredilmesi tasarruf işlemi oluşturmaktadır. Bu işlemle hiçbir taahhüt altına girilmemekte, doğrudan doğruya bir hak devredilmektedir.

Alacağın devri ile devredilen alacak, başkaca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın, doğrudan doğruya devreden malvarlığından çıkararak devralanın mamelekine intikal etmektedir. Yani alacağın devri ile bir borç doğmamakta, aksine

³¹⁹ EREN, 2003, sf. 158; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 46; UYGUR, 2003 a, sf. 92; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 31; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 138; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 122; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 31

³²⁰ EREN, 2003, sf. 158; UYGUR, 2003 a, sf. 92; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 138; DAYINLARLI, 2000, sf. 77; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 31

³²¹ KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 31; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 140

³²² EREN, 2003, sf. 160; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 46; UYGUR, 2003 a, sf. 92; DAYINLARLI, 2000, sf. 74; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 31; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 138; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 122; FRANKO, a.g.e., sf. 179

bir hak doğrudan üçüncü bir şahsa devredilmektedir. Bu itibarla; alacağın devri tasarruf işlemidir³²³.

III) Esas Olarak Sözleşmeye Dayalı Bir İşlemdir

Borçlar Kanunu md. 162'den alacağın devrinin devreden ile devralan arasında yapılan bir işlem olduğu anlaşılmaktadır. Kanun'un "akdin şekli" başlığını taşıyan 163. maddesi ise devir sözleşmesinin şeklini hüküm altına almaktadır.

Gerçekten de alacağın devri, devreden ile devralan arasında yapılan iki taraflı bir sözleşme ile mümkün olmaktadır. Yani alacak hakkı, devreden tek taraflı bir hukuki işlemi ile değil, devreden ve devralanın, birbirine uyan irade beyanlarıyla, birlikte yapmış oldukları bir sözleşme ile devredilmektedir³²⁴. Kanuni ve kazaî devire ilişkin görüşlerimiz ise sıklıkla tekrar etmiş bulunduğumuzdan burada anılmayacaktır.

Alacağın devrinin sözleşmeye dayalı bir işlem olmasının önemli bir sonucu da; Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin kuruluş, içerik, geçerlilik, irade sakatlığı vs. gibi genel kurallarının alacağın devrine de uygulanmasını gerektirmesidir³²⁵.

IV) Sebebe Bağlı Bir Hukuki İşlemdir

Alacağın devrinin sebebe bağlı bir işlem veya soyut bir işlem olduğuna dair Türk Hukuku'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, konuyu değişik

³²³ EREN, 2003, sf. 1180; DAYINLARLI, 2000, sf. 73; OLGAÇ, 1976, sf. 913; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318; FRANKO, a.g.e., sf. 179; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 495; UYGUR, 2003 d, sf. 4368; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1090; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 122; ÖNEN, a.g.e., sf. 89; KOCAMAN, a.g.e., sf. 6

³²⁴ EREN, 2003, sf. 1181; DAYINLARLI, 2000, sf. 78 vd.; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; ÖNEN, a.g.e., sf. 89; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 395; FRANKO, a.g.e., sf. 178; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 495; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1086

³²⁵ EREN, 2003, sf. 1181; UYGUR, 2003 d, sf. 4368; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1087; TUHR, a.g.e., sf. 826; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 554; KARAHASAN, 2003, sf. 1447

şekillerde ele alan doktrinde de görüş birliğine varılamamıştır. Bir görüşe göre, alacağın devri soyut bir işlem; bir diğer görüşe göre ise sebebe bağlı bir işlemdir.

a. Alacağın Devrinin Soyut Bir Hukuki İşlem Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre; alacağın devri soyut bir hukuki işlemdir³²⁶. Bu görüşe göre, bütün tasarruf işlemleri soyut işlemlerdir. Devir sözleşmesi de bir tasarruf işlemidir. Bu halde; diğer bütün tasarruf işlemleri gibi niteliği itibariyle ve doğal olarak alacağın devri de soyut bir hukuki işlemdir. Yani alacağın devrinin soyut olduğu görüşünün başlıca sebebi, bunun tasarruf işlemi olmasıdır.

Devrin soyut işlem olmasının dayandırıldığı bir diğer sebep ise; devrin soyut işlem sayılması ile işlerde güven ve istikrarın korunması ilkesine uygun olacağı tezidir. Zira bu kabul ile devrin dayandığı sebep mevcut olmasa veya geçersiz olsa dahi devir geçerli olarak varlığını koruyacaktır. Burada önemli bir sonuç da ardı ardına yapılan devirlerde ortaya çıkmaktadır. Devrin soyut olması durumunda, ilk devirden sonra devralan tarafından alacağın tekrar devredilmesi durumunda bu temliklerin tamamının geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır ki; bu geçerliliğin sonucu olarak da; borçlu ve üçüncü şahıslar açısından güven ve istikrar sağlanmış olacaktır³²⁷.

Alacağın devrinin soyut bir hukuki işlem olması durumunda, temelindeki borçlandırıcı işlem, yani sebebi, geçersiz olsa hatta mevcut dahi olmasa bile devir işlemi geçerli olacaktır. Sonuçta, sebep geçersiz dahi olsa, alacak devreden malvarlığından devralanın malvarlığına geçmiş olacaktır. Bu durumda ise; geçerli bir sebep bulunmadığı için devrolan alacak sebepsiz zenginleşme teşkil edecek ve eski

³²⁶ TUHR, a.g.e., sf. 829; OLGAÇ, 1976, sf. 913; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1091; UYGUR, 2003 d, sf. 4368; FRANKO, a.g.e., sf. 179; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 495; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 123; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318; ÖNEN, a.g.e., sf. 90

³²⁷ TUHR, a.g.e., sf. 829; EREN, 2003, sf. 1183; DAYINLARLI, 2000, sf. 87

alacaklı tarafından BK md. 61 vd. hükümleri uyarınca, devralan aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açılabilecektir³²⁸.

Temlikin soyut olmasının bir diğer sonucu ise, devrin sebebi geçersiz olsa dahi münferiden devir geçerli olacağından, borçlu tarafından devralana ödeme yapılması durumunda borçlunun borcundan kurtulmasıdır³²⁹.

Son olarak; bu görüşe göre, taraflar alacağın devrini kararlaştırılan bir hukuki sebebin (hukuki sebebi oluşturan temel işlemin) mevcut ve geçerli olması şartına bağlayabilirler. Bu durumda taraflar, devrin soyut niteliğini iradi olarak ortadan kaldırmaktadırlar³³⁰.

b. Alacağın Devrinin Sebebe Bağlı Bir Hukuki İşlem Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre; devir sözleşmesi sebebe bağlı bir tasarruf işlemidir. Her tasarruf işlemi gibi, alacağın devri de hukuki sebebi oluşturan temel bir işleme, borçlandırıcı bir işleme ihtiyaç gösterir³³¹. Bu temel işlemi ise bağışlama, ifa amacıyla ya da ifa yerine devir, tahsil, teminat vs. amaçlar oluşturabilir³³².

Devri sebebe bağlı işlem sayanlara göre; bütün tasarruf işlemlerinin soyut işlem olduğu görüşü hukuki dayanaktan yoksundur. Aksine; en önemli tasarruf işlemi olan taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesinin sebebe bağlı olduğu Medeni Kanun

³²⁸ TUHR, a.g.e., sf. 830; DAYINLARLI, 2000, sf. 84; EREN, 2003, sf. 1182; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 142, 1091; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 496; UYGUR, 2003 d, sf. 4368; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; OLGAC, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318

³²⁹ TUHR, a.g.e., sf. 830; DAYINLARLI, 2000, sf. 85; FRANKO, a.g.e., sf. 181

³³⁰ TUHR, a.g.e., sf. 830; DAYINLARLI, 2000, sf. 82; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 319; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 496; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394

³³¹ EREN, 2003, sf. 1181; DAYINLARLI, 2000, sf. 81; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 319 vd.; KARAHASAN, 2003, sf. 1447

³³² DAYINLARLI, 2000, sf. 87; EREN, 2003, sf. 1182; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 543 vd.; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 320; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; FRANKO, a.g.e., sf. 179; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 495

md. 1024³³³ ve 1025³³⁴ ile açıkça hükme bağlanmıştır. Medeni Kanun; taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından, açıkça tasarruf işleminin geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerektiğini ve tescilin dayandığı borç münasebetindeki sakatlığın mülkiyetin geçmesine engel olacağını kabul etmiştir³³⁵. Yargıtay'ın da kararları istikrarlı şekilde bu yöndedir³³⁶.

Alacağın devrini sebebe bağlayan görüş; taşınır mülkiyetinin devrinin de çoğunluk tarafından sebebe bağlı olduğunun kabul edildiğini³³⁷ belirtmektedir. Ancak doktrinde taşınır mülkiyetinin devrinin soyut olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır³³⁸.

Sonuç olarak bu görüşe göre; alacağın devrinin soyut bir işlem olduğuna dair açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, taşınmaz ve taşınır malların mülkiyetinin geçirilmesinin sebebe bağlı olduğu kabul edilirken alacağın devrinin ayrıcalıklı

³³³ **TMK. md. 1024:** “Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz.

Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.

Böyle bir tescil yüzünden aynî hakkı zedelenen kimse, tescilin yolsuz olduğunu iyiniyetli olmayan üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir.”

³³⁴ **TMK. md. 1025:** “Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynî hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir.

İyiniyetli üçüncü kişilerin bu tescile dayanarak kazandıkları aynî haklar ve her türlü tazminat istemi saklıdır.

³³⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 141, 604; **ERTAŞ/ SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 97; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 116; **ÜNAL**, Mehmet, Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 1989, sf. 46; **TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 654; **AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku, Mülkiyet, C.2, Konya, 2000, sf. 108; **OĞUZMAN/ BARLAS**, a.g.e., sf. 122; **CANSEL**, Erol, “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynı Sözleşme Kavramı”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, sf. 336

³³⁶ “Bir şahsın adına tapu sicilinde gayrimenkulün tescil olunabilmesi için bir hukuki sebebin mevcut olması icabeder...” Yarg. İBK. 26.05.1954 t., 8 E., 18 K. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 241); “Türk Medeni Kanunu Alman sisteminden ayrılarak, tescil yolu ile mülkiyet hakkının doğumunu, sebebe bağlı bir hukuki işlem olarak kabul etmiş, mülkiyet hakkının tescil ile doğabilmesi için, tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanmasını zorunlu saymıştır” Yarg. 1. HD. 04.05.1990 t., 5966 E., 6122 K. (**UYGUR**, 2003 e, sf. 5611); “Sözleşmenin sahteliğinden bahisle ceza mahkemesinde açılan dava sonucu beklenmelidir. Sözleşmenin sahteliğine karar verilmesi halinde tapu iptaline karar verilmeli(dir)” Yarg. 15. HD., 22.05.2000 t., 573 E., 2470 K. (**KAÇAK**, Nazif, Yeni İçtihatlar İle Yeni Türk Medeni Kanunu, Ankara, 2004, sf. 1275)

³³⁷ **CANSEL**, a.g.e., sf. 350; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 174; **ÜNAL**, a.g.e., sf. 46; **AYAN**, a.g.e., sf. 416; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 169; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 32; **EREN**, 2003, sf. 1183; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 123

³³⁸ **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 605

kılına soyut bir işlem olduğunu kabul etmenin de dayanağı bulunmadığı ileri sürülmektedir³³⁹.

Ardı ardına yapılan devirler açısından da, devrin sebebe bağlı olmasının hukuki güven ve istikrarı temelden sarsıcı etkisinin bulunmadığı; hatta bir görüşe göre, TMK. md. 988'de³⁴⁰ düzenlenen "iyiniyetin, taşınır mülkiyetinin kazanılmasında yeterli olması" kuralının, iyiniyetle alacak hakkını devralana üçüncü şahıs hakkında dahi kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir³⁴¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki; borçlu açısından ise iyiniyetin korunacağı BK. md. 165 ile açıkça hükme bağlanmıştır. Yanı sıra, ilk devralan açısından da BK. md. 262 f. 2 ile iyiniyet göz önüne alınmakta ve korunmaktadır.

Kaldı ki; alacağın devrinin tek amacının işlerde güven ve istikrarın sağlanması ve korunması olmadığı belirtilerek; "işlerde güven" ilkesinin aranabileceği kıymetli evrakın, alacağın devri ile tamamen farklı olduğu ve iyiniyetle devralmanın korunmasının söz konusu ilkenin yerine geçerek gerekli korumayı sağlayabileceği ileri sürülmektedir³⁴².

Alacağın devrinin, sebebe bağlı bir işlem olarak kabul edilmesinin en önemli sonucu; hukuki sebebi oluşturan temel işlemin geçersizliği durumunda, tasarruf işlemin de etkilenmesidir. Bu durumda, tasarruf işlemi de geçersiz olacaktır ki; böylece alacak hakkı devredenden devralana geçmemiş, devirden önce olduğu gibi geçersiz devirden sonra da devreden malvarlığında kalmış olacaktır. Sonuç olarak; alacak hakkı devredende kalmaya devam ettiği için ortaya bir sebepsiz zenginleşme durumu çıkmayacaktır³⁴³. Bu durumda; devralan sadece devir sözleşmesinin zilyedi olabilecektir ki, devreden devir belgesinin iptal veya iadesini istemesi mümkündür³⁴⁴.

³³⁹ EREN, 2003, sf. 1183; DAYINLARLI, 2000, sf. 91

³⁴⁰ **TMK. md. 988:** Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.

³⁴¹ EREN, 2003, sf. 1184

³⁴² EREN, 2003, sf. 1184

³⁴³ EREN, 2003, sf. 1182; DAYINLARLI, 2000, sf. 88; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 139

³⁴⁴ EREN, 2003, sf. 1182; DAYINLARLI, 2000, sf. 88

c. Devrin Sebebe Bağlı Bir Hukuki İşlem Olduğunun Kabulü

Alacağın devrinin, sebebe bağlı olduğunu savunan yazarların görüşlerine biz de katılmaktayız. Zira bütün tasarruf işlemlerinin soyut işlem olduğu görüşü tarafımızca da hukuki dayanaktan yoksundur. Ayrıca; salt bu niteliği dolayısıyla alacağın devrinin de doğal ve otomatik olarak soyut işlem olduğunun kabulünde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Aynı yönde düşündüğümüz görüşe uygun olarak; Türk Hukuk sisteminin –en önemli tasarruf işlemi olduğu dahi söylenebilecek olan- taşınmaz mülkiyetinin naklinde açık ve kesin bir şekilde sebebe bağlılık ilkesini benimsemiş olması, bütün tasarruf işlemlerinin soyut işlem olduğu tezine en açık şekilde karşı koymaktadır. Aynı şekilde taşınır mülkiyetinin de sebebe bağlı bir işlem olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁴⁵. Bu sebeplerle; taşınmaz ve taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu hukukumuzda, alacağın devrinin bunlardan ayrı tutularak soyut olduğunu ileri süren görüşe katılamamaktayız.

Borçlar Kanunu'nda hukuki işlem kavramı tarif edilmemiş olmakla birlikte; *“hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde ve gerektiğinde başka unsurlarla birlikte, belli bir hukuki sonuç doğurmaya yöneltilmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan bütündür”*³⁴⁶ şeklinde ifade edilebileceğini daha önce belirtmiştik. Bu ifadeden de açıkça anlaşıldığı şekilde; bir hukuki işlem ile *belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş* tarafların, bu sonuca yönelmiş olmalarının amacı olduğu açıktır. Diğer bir ifade ile tarafların, işlemi yapma sebeplerinin (amaçlarının) bulunduğu bir gerçektir³⁴⁷. Bu noktada; devreden ile devralan devir işlemi yaparken, bu işlemi, işlemi yapma sebeplerinden ayrı düşünemeyecekleri; iradelerinin söz konusu sebep ile sıkı sıkıya

³⁴⁵ CANSER, a.g.e., sf. 350; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 174; ÜNAL, a.g.e., sf. 46; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 169; EREN, 2003, sf. 1183; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 32; AYAN, a.g.e., sf. 416; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 123

³⁴⁶ EREN, 2003, sf. 111; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 38; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 26; UYGUR, 2003 a, sf. 85; DAYINLARLI, 2000, sf. 71; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394

³⁴⁷ DAYINLARLI, 2000, sf. 81; EREN, 2003, sf. 1181; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 32; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 495; TUHR, a.g.e., sf. 828; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; FRANKO, a.g.e., sf. 179; ÖNEN, a.g.e., sf. 90

bağlı olduğunu düşünmekteyiz. Bu durumda tarafların bu yöndeki iradelerinin dışına çıkılmasının da doğru olmadığı kanaatindeyiz³⁴⁸. Diğer bir ifade ile tarafların, işlemi yapma sebeplerini yani borçlandırıcı işlemi hiç göz önünde bulundurmuyarak, salt devri amaçlayan soyut bir işlem ile alacağın mülkiyetinin geçeceğine dair sözleşme yapmayacakları kanaatindeyiz. Kaldı ki; Medeni Kanun ya da Borçlar Kanunu hükümlerinden de, bunun aksine bir sonuç çıkarmak mümkün gözükmemektedir³⁴⁹.

Diğer taraftan; alacağın devrinin tek, *asıl ve öncelikli* amacının işlerde güven ve istikrarın sağlanması ve korunması olmadığı kanaatini de aynı şekilde taşımaktayız³⁵⁰.

F) DEVRİN ESASA VE ŞEKLE İLİŞKİN ŞARTLARI

Alacağın devrinin meydana gelebilmesi, devrin kanunda belirlenen bazı şartlara uygun biçimde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu şartları, *devrin esasa ilişkin (maddi) şartları* ve *şekle ilişkin şartları* şeklinde ele alarak ikiye ayırmak mümkündür.

I) Devrin Esasa İlişkin Şartları

Devrin esasa ilişkin şartlarını ise olumlu ve olumsuz şartlar olarak ayırmak mümkün gözükmemektedir. Olumlu şartlar, devir sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için bulunması gereken şartlar olup; bu şartlar, tarafların sözleşme ehliyetine sahip olması, devreden tasarruf yetkisinin bulunması ve tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olmasıdır.

Olumsuz şart ise, devrin geçerliliğini etkileyecek ve devrin yapılabilmesi için bulunmaması gereken şarttır. Olumsuz şart, alacağın, devredilemeyen bir alacak olmamasıdır.

³⁴⁸ DAYINLARLI, 2000, sf. 91

³⁴⁹ CANSEL, a.g.e., sf. 350

³⁵⁰ EREN, 2003, sf. 1184

a. Olumlu Şartları

1. Taraflar Fiil (Sözleşme) Ehliyetine Sahip Olmalıdır

Alacağın devri, bir hukuki işlem bir sözleşmedir. Bu sebeple; sözleşmenin taraflarının, yani devreden ile devralanın her şeyden önce fiil (sözleşme) ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir³⁵¹. Bu itibarla kural olarak; tarafların ayırt etme gücüne sahip ve ergin (reşit) olmaları, ayrıca kısıtlı (mahcur) olmamaları; yani tam ehliyetli olmaları gerekmektedir (TMK. md. 10). Tam ehliyetliler; fiil ehliyetinin içeriğini oluşturan hukuki işlem, haksız fiillerinden sorumlu olma, dava ve tasarruf ehliyetine sahiptirler. Böylece her türlü hukuki işlemi bizzat yapabilecekleri gibi, bütün haklarını da bizzat kullanabilirler³⁵².

Bu itibarla; devreden ve devralanın tam ehliyetli olması halinde, alacağın devrinde fiil ehliyeti yönünden gerekli şart sağlanmış olmakta ve bu şart bakımından, sözleşme geçerli olarak kurulabilir olmaktadır.

TMK. md. 16 ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlılar bakımından fiil ehliyetini düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre; “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”. Bu durumda olanlara; yani ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlılara sınırlı ehliyetsiz denilmektedir³⁵³. Devir sözleşmesinin taraflarının sınırlı ehliyetsiz olması hali devreden ve devralan açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

³⁵¹ EREN, 2003, sf. 1184; DAYINLARLI, 2000, sf. 93; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1092; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 504; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 135

³⁵² AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C.1, İstanbul, 2004, sf. 319; ZEVKLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, Ankara, 2002, sf. 118; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 135

³⁵³ AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 336; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, a.g.e., sf. 120

Devredenin sınırlı ehliyetsiz olması durumunda; sözleşme, kural olarak, geçersiz olur. Buradaki geçersizlik hali, tek taraflı bağlamazlık (noksanlık) tır³⁵⁴. Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kanuni temsilcisinin TMK. md. 16 gereği rızası (devre izin veya icazet vermesi) gerekir³⁵⁵. Kanuni temsilcinin izin veya icazeti söz konusu olmaksızın, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı tarafından yapılan devir sözleşmesi geçersiz olacaktır.

Devralanın sınırlı ehliyetsiz olması halinde ise alacağın devrinin bir ivaz karşılığında yapılmış olması veya olmamasına göre durum değişmektedir. Alacağın devri sözleşmesinin ivazlı olması halinde sözleşme, kural olarak, geçersiz olur. Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için burada da kanuni temsilcinin TMK. md. 16 gereği rızası gerekmektedir. Kanuni temsilcinin izin veya icazeti söz konusu olmaksızın, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı devralan tarafından yapılan devir sözleşmesi geçersiz olacaktır³⁵⁶.

Alacağın devrinin ivazsız olması halinde ise, bu işlem devralan açısından karşılıksız kazanma sağlayan bir işlem olmaktadır. Sınırlı ehliyetsizler, kendilerine hukuki yarar sağlayan ve yanı sıra kendilerine her hangi bir yükümlülük yüklemeyen işlemleri bizzat yapabilirler. Yani karşılıksız kazanım sağlayan işlemler açısından, sınırlı ehliyetsizler kanuni temsilcilerinin rızasını almak zorunda değildirler³⁵⁷. Bu itibarla; devralanın sınırlı ehliyetsiz olduğu ivazsız alacağın devri sözleşmeleri, bizzat sınırlı ehliyetsiz tarafından geçerli olarak yapılabilir³⁵⁸.

³⁵⁴ AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 339; ZEVLİLER/HAVUTÇU, a.g.e., sf. 121

³⁵⁵ EREN, 2003, sf. 1184; DAYINLARLI, 2000, sf. 94; AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 344 vd.; ZEVLİLER/HAVUTÇU, a.g.e., sf. 121; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1092; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 135

³⁵⁶ EREN, 2003, sf. 1184; DAYINLARLI, 2000, sf. 94; AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 344 vd.; ZEVLİLER/HAVUTÇU, a.g.e., sf. 121; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1092; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 504; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 135

³⁵⁷ AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 340; ZEVLİLER/HAVUTÇU, a.g.e., sf. 121; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 504; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 135

³⁵⁸ DAYINLARLI, 2000, sf. 94; AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 339 vd.; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1092

Belirtmek gerekir ki; sınırlı ehliyetsizler serbest mallarıyla³⁵⁹ ilgili işlemleri kanuni temsilcilerinin rızasını almaya gerek olmaksızın yapabilirler. Aynı yönde olmak üzere; bir meslek veya sanatla bağımsız olarak uğraşmalarına izin verilen sınırlı ehliyetsizler, söz konusu meslek veya sanatın normal olarak yürütülmesi için gerekli olan bütün işlemleri bizzat yapmak ehliyetini de kazanmış olurlar³⁶⁰.

Diğer taraftan; sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızasını almaya gerek olmaksızın bir başkası namına hukuki işlemler de yapabilirler³⁶¹. Alacağın devrinde de taraflardan her biri devir işlemini temsilci vasıtasıyla yapabilir. Bu durumda; temsilcilerin sınırlı ehliyetsiz olması halinde, işlem rıza aranmaksızın geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurur³⁶².

Fiil ehliyetine mutlak surette sahip bulunmayanlar, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, yani tam ehliyetsizlerdir. Tam ehliyetsizler, kendi fiilleriyle kendi leh ve aleyhlerine hiçbir zaman hak ve borç yaratamaz, hiçbir hukuki işlem yapamazlar³⁶³. Bu durumda; tam ehliyetsizler açısından devir sözleşmesi herhalde geçerli olarak kurulamaz.

Son olarak ayrıca belirtmek gerekir ki; taraflardan birinin fiil ehliyeti yok ise, diğer taraf iyiniyetli dahi olsa devir geçersizdir³⁶⁴.

2. Devredenin Alacak Üzerinde Tasarruf Yetkisinin Bulunması Gerekir

Belli bir hak üzerinde tasarrufta bulunma söz konusu olduğu zaman, sadece fiil ehliyetine sahip olmak yeterli değildir. Tasarruf edilecek hak üzerinde tasarruf yetkisini de haiz olmak gerekir. Tasarruf yetkisi, bir kimsenin bir hak üzerinde

³⁵⁹ Serbest mal, kanundan ötürü ya da yasal temsilcileri tarafından, yönetimi sınırlı ehliyetsize bırakılmış mallardır. Nelerin kanundan ötürü serbest mal olduğu TMK. md. 357 vd. ve md. 453 hükümlerinde gösterilmiştir. (AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 341)

³⁶⁰ AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 342

³⁶¹ AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 342; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1092

³⁶² DAYINLARLI, 2000, sf. 94; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1092

³⁶³ AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 320; ZEVLİLİLER/HAVUTÇU, a.g.e., sf. 122; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 135

³⁶⁴ DAYINLARLI, 2000, sf. 95; TUHR, a.g.e., sf. 828

doğrudan doğruya etkilerini gösterecek, sonuç doğuracak işlemlerde (tasarruf işlemlerinde) bulunabilme yetkisidir³⁶⁵. Alacağın devri bir tasarruf işlemi olduğu için, sözleşmenin geçerli olması, alacaklının yani devredenin devrettiği alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlıdır. Alacaklının, alacak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması halinde, devir geçersizdir³⁶⁶. Kural olarak alacaklı, kanun tarafından sınırlandırılmış olmadıkça, alacağı üzerinde tam tasarruf yetkisine sahiptir. Ancak bu yetkinin, borçlu ile yapılan sözleşme doğrultusunda ya da kanun hükmü gereği sınırlandırılmış olabileceği de unutulmamalıdır³⁶⁷.

Devreden, kural olarak devir sözleşmesi yapıldığı sırada tasarruf yetkisine sahip olmalıdır. Ancak alacaklı, alacağı devrettiği sırada tasarruf yetkisine sahip olmamakla birlikte, daha sonra bu yetkiyi kazanırsa devirdeki sakatlık da ortadan kalkacak ve geçerlilik kazanacaktır. Devredenin, devir işleminden sonra örneğin miras yolu ile alacağı iktisap etmesi durumunda tasarruf yetkisi doğmuş olacak ve önceki devir geçerlilik kazanacaktır³⁶⁸.

Devir yetkisi bulunan iradi ve yasal temsilcilerin de alacak üzerinde alacaklı adına tasarruf etmesi ve alacağı devretmesi mümkündür. Ancak; yetkisiz temsilcinin devir işlemi yapması durumunda, devir ancak alacaklının vereceği icazet ile geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Aksi halde; devir geçersiz olacaktır³⁶⁹.

Birden çok kişinin alacak üzerinde alacak hakkı olması durumunda ise, her bir alacaklı ancak hak sahibi olduğu kısım veya pay üzerinde tasarruf yetkisine sahip olacak ve ancak o kısım üzerinde tasarrufta bulunabilecektir³⁷⁰.

³⁶⁵ AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e., sf. 298; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 504; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 138

³⁶⁶ EREN, 2003, sf. 1180; DAYINLARLI, 2000, sf. 95; UYGUR, 2003 d, sf. 4368; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1093; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 504; TUHR, a.g.e., sf. 827; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; OLGAÇ, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 179

³⁶⁷ DAYINLARLI, 2000, sf. 61; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1093; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 504; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 138

³⁶⁸ EREN, 2003, sf. 1181; DAYINLARLI, 2000, sf. 95; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1093; TUHR, a.g.e., sf. 827; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 138; KARAHASAN, 2003, sf. 1447

³⁶⁹ EREN, 2003, sf. 1180; DAYINLARLI, 2000, sf. 64; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 505; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 140; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; OLGAÇ, 1976, sf. 914

³⁷⁰ DAYINLARLI, 2000, sf. 95

3. Tarafların Karşılıklı İrade Beyanları Birbirine Uygun Olmalıdır

BK md. 1 f. 1'e göre; sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşur. Şu halde, diğer sözleşmelerde olduğu gibi; alacağın devri açısından da tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekmektedir³⁷¹. Yani alacağın devir için de, devreden ile devralanın iradesini diğer tarafa yönelttiği iki irade beyanının mevcut olması gerekmektedir.

İleride görüleceği gibi; alacağın devri yazılı şekle tabi olduğundan, devredenın icabını yazılı olarak yapması gerekmektedir. Ancak devralan açısından bu zorunluluk bulunmamaktadır. Devralanın kabul iradesini yazılı olarak beyan etmesi zorunluluğu bulunmadığı gibi; iradesini açıkça ya da örtülü (zımni) olarak dahi beyan edebilir³⁷². Devrin ivazlı olması durumunda, devralan yine örtülü olarak kabul edebilecektir. Ancak bu durumda *susma*, örtülü kabul beyanı anlamına gelmeyecektir³⁷³. Herhalde, devralanın, alacağı devretmiş olduğuna dair borçluya yapacağı ihbar kabul anlamına gelecektir.

Sonuç olarak; devralanın açık ya da örtülü kabul beyanı sözleşmenin geçerli olarak kurulması için yeterli ve gerekli olup, kabul ile alacak devralanın malvarlığına intikal edecektir³⁷⁴. Yargıtay 4. HD. 18.11.1965 t. ve 8716 E., 862 K. sayılı kararında da; “temlik eden kimsenin tahriri beyanı temellük eden kimseye vasıl olur ve temlik olunan kimse bu irade beyanını sarahaten veya zımnen kabul ederse temlik akdi tekemmül eder”³⁷⁵ denilmektedir.

³⁷¹ EREN, 2003, sf. 1184; DAYINLARLI, 2000, sf. 95; TUHR, a.g.e., sf. 826; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; FRANKO, a.g.e., sf. 179

³⁷² EREN, 2003, sf. 1184; DAYINLARLI, 2000, sf. 96; TUHR, a.g.e., sf. 832; KARAHASAN, 2003, sf. 1449; FRANKO, a.g.e., sf. 181; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 321; ENGİN, 2002., sf. 21; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

³⁷³ EREN, 2003, sf. 1184; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 27

³⁷⁴ DAYINLARLI, 2000, sf. 96; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1089; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 28; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 506; TUHR, a.g.e., sf. 832; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1449; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

³⁷⁵ DAYINLARLI, 2000, sf. 96

Kanuni ve kazaî devir açısından ise, irade beyanlarına (kazaî devir için davacı devralanın, mahkemeden devir talebinde bulunması gereği hariç) ihtiyaç bulunmadığı yukarıda açıklanmıştır.

b. Devredilemeyen Bir Alacak Olmamalıdır (Olumsuz Şart)

BK. md. 162 f. 1 hükmü uyarınca, alacak, ancak “kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça” üçüncü bir şahsa devredilebilir. Görüldüğü gibi, bazı durumlarda bazı alacaklar için devre izin verilmemektedir.

Madde hükmüne göre, devir için hukuki bir engel bulunmaması gerekir ki; engel kanun hükmünden, sözleşmeden veya işin niteliğinden kaynaklanabilir. Bu sebeple; devri madde hükmüne göre mümkün olmayan alacaklar hakkında yapılan devir işlemleri, kural olarak, geçersizdir³⁷⁶.

Buradaki geçersizlik, kanun hükmünden doğan devir yasakları açısından kesin olup, hâkim tarafından re’sen dikkate alınır³⁷⁷. İşin niteliği gereği devredilemeyen alacaklar da bulunmaktadır. Bu ifanın bizzat alacaklıya yapılması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, TMK. md. 364 gereği, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu, altsoyu veya kardeşlerinden birine nafaka vermekle yükümlü olan bir kişinin nafaka borcu böyledir. Şöyle ki; bu madde ile düzenlenen nafaka ödeme yükümlülüğünün amacı, aile üyelerinin korunmasıdır. O halde, amacı itibariyle alacaklıya ödenmesi gereken nafakanın, alacaklı tarafından devredilmesi işin ve kanun hükmünün amacına aykırı düşecek; edimin konusunda değişiklik meydana getirecektir³⁷⁸.

³⁷⁶ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 153; **EREN**, 2003, sf. 1189; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 508; **TUHR**, a.g.e., sf. 844; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 547; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1453; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 323

³⁷⁷ **EREN**, 2003, sf. 1189; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 163; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183

³⁷⁸ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 174; **TUHR**, a.g.e., sf. 841; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398; **OLGAÇ**, 1976, sf. 915; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454; **FRANKO**, a.g.e., sf. 184

Sözleşmeden kaynaklanan devir yasağı ise, esasen devri kanunen mümkün olan alacaklar hakkında, borçlu ile (ilk) alacaklı arasında yapılan bir sözleşme ile devir yasağı getirilmesi şeklinde mümkün olur. Alacağın devri tamamen yasaklanabileceği gibi, alacağın bir kısmının yahut alacağın sadece belli kişilere devir edilebileceği yönünde yasakların dahi sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür³⁷⁹.

Sözleşmeden kaynaklanan devir yasağı bulunması halinde de devir işlemi, kural olarak, geçersizdir. Yani alacak intikal etmeyecek, devreden malvarlığında kalacaktır. Ancak, devir işlemi, borçlunun devre izin veya icazet vermek suretiyle rıza göstermesi halinde başından itibaren hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğurur³⁸⁰. Borçlu rıza gösterdiğine dair iradesini açıkça veya borcunu yeni alacaklıya ifa etmesi halinde olduğu gibi örtülü olarak dahi beyan edebilir.

Belirtmek gerekir ki; BK. md. 162 f. 2 hükmü uyarınca, sözleşmeye dayalı devir yasağı, bu yasağı içermeyen yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralan üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez.

Devredilemeyen alacaklar, yukarıda, *Alacağın Devrinin Konusu ve Kapsamı* başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

II) Devrin Şekle İlişkin Şartları

BK. md. 163 f. 1'e göre; "tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlikî muteber olmaz". Madde hükmünden anlaşıldığı gibi; alacağın devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır.

Maddedeki yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir. Yazılı şekil alacağın devri için geçerlilik şartı olup; bu şekle uyulmaksızın yapılan devir sözleşmeleri

³⁷⁹ DAYINLARLI, 2000, sf. 165; TUHR, a.g.e., sf. 844; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1454

³⁸⁰ EREN, 2003, sf. 1189; DAYINLARLI, 2000, sf. 166; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1085; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 509; TUHR, a.g.e., sf. 845; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398

geçersizdir. Devir sözleşmesi, BK. md. 13 hükmüne tabidir. Buna göre, devir sözleşmesi devredenin devretme iradesini ve imzasını içermelidir. Sözleşmenin devredilecek alacağı yeter derecede, yani belirlenebilir olacak şekilde göstermesi kâfidir³⁸¹.

Sadece devredenin devir beyanı ile imzası şekil şartına riayet için gerekli ve yeterlidir. Şöyle ki; daha önce arz ve izah edildiği gibi, devralan iradesini açıkça beyan edebileceği gibi örtülü olarak da beyan edebilir³⁸². Ancak devralanın da yeterince belirlenebilir olması gerekmektedir³⁸³.

BK. md. 163 f. 2 alacağın devri vaadinde şekli düzenlemektedir. Buna göre; “bir alacağın temlikini va’detmek, hususi şekle tabi değildir”. Kanun devir taahhüdünü herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır³⁸⁴. Ancak; alacağın ivazsız (karşılıksız) olarak devrinin taahhüt (vaad) edilmesi halinde bir ayırım yapmak gerekmektedir. Alacağın devri vaadinin ivazsız olarak yapılması durumunda, bu işlem niteliği itibariyle “bağışlama vaadi”dir. BK. md. 238 bağışlama vaadi için şekil şartı öngörmektedir. BK. md. 163 f.2 hükmü genel hükümler arasında yer almakta olup, genel bir ilkeyi beyan etmektedir. Ancak, BK. md. 238 özel bir hüküm getirmektedir. Bu sebeple; bizimde katıldığımız şekilde, alacağın devri taahhüdünün ivazsız olması durumunda, kural olarak devir vaadinin şekle tabi olmamasına rağmen

³⁸¹ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **EREN**, 2003, sf. 1185; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4420; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1088; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 513; **TUHR**, a.g.e., sf. 831; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 137; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 925; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 91; “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik muteber olmadığı BK. md. 163 hükümlerinden bulunmasına göre...” Yarg. 4. HD. 02.12.1950 t., 8820 E., 5932 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1430); “Yazılı biçimde yapılmış olmadıkça alacağın temlik geçerli olmaz” Yarg. 14. HD. 04.10.1983 t., 3908 E., 5918 K. (**GÜLAL**, Hamdi, Türk İhtihatlar Ansiklopedisi (Hukuk-Ceza), C. 1, Ankara, 1986, sf. 61)

³⁸² **EREN**, 2003, sf. 1185; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 99; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396 vd.; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 924; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 321; “BK. md. 162’de temlikin geçerliliği için öngörülen yazılı biçim, bir taraflı devir iradesini açıklayana düşen ve bu iradeyi haricen malum kılmayı amaç tutan bir biçimdir” Yarg. HGK. 21.11.1970 t., 4-1582 E., 637 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1613)

³⁸³ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 514; “Alacağın devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Bu bir sıhhat şartıdır. Temlik belgesinde temlik edenin imzasının varlığı kâfidir” Yarg. HGK. 21.11.1970 t., 66/4-1582 E., 70/637 K. (**GÜLAL**, a.g.e., sf. 60)

³⁸⁴ **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 104; **EREN**, 2003, sf. 1186; **TUHR**, a.g.e., sf. 833; **FRANKO**, a.g.e., sf. 182; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 322

özel hüküm getiren BK. md. 238 hükmüne öncelik tanınmalı ve böylesi durumlarda ivazsız devir vaadi sözleşmesi açısından 238. madde hükmüne bağlı kalınmalıdır³⁸⁵.

Görüldüğü gibi; hem tarafların irade beyanları hem devrin şekle ilişkin şartları bahislerinde borçlu hiç yer almamaktadır. Bunun sebebi; alacağın devri sözleşmesi ile bir borç ilişkisinin alacağının, alacaklı tarafından devralana geçirilmesidir. Gerçekten de; BK. md. 162 hükmü gereği; alacağın devrine borçlunun katılması yahut rıza göstermesi gerekmemektedir³⁸⁶. Hatta alacağın devrinden haberdar dahi olması gerekmemektedir³⁸⁷.

G) ALACAĞIN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I) Asıl Alacağın Devralana Geçmesi ve Alacaklının Değişmesi

Devrin asli sonucu, her şeyden önce, borç ilişkisinin alacağının devredenden devralana geçmesidir. Alacak hakkının, alacaklıdan üçüncü bir şahsa geçmesi sonucunda borç ilişkisinin alacaklısı değişmiş olmaktadır. Gerçekten de devir işlemi ile devreden alacaklı sıfatını kaybederken, devralan ise bu sıfatı eski alacaklıdan devralmaktadır³⁸⁸.

Alacaklı sıfatını kaybeden devreden, alacak üzerindeki tüm hakları devralana geçer. Bu sebeple; devreden devirden sonra alacağı borçludan tahsil edemez veya alacağın tahsilini dava ve takip edemez. Aynı şekilde, borçluyu ibra etme veya alacağı bir başka kimseye devretme hakkı da ortadan kalkar. Bu işlemleri

³⁸⁵ DAYINLARLI, 2000, sf. 104; EREN, 2003, sf. 1186; TUHR, a.g.e., sf. 833

³⁸⁶ EREN, 2003, sf. 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 97; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1106; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 526; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 549; OLGAÇ, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

³⁸⁷ EREN, 2003, sf. 1176; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1106; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 549; OLGAÇ, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318

³⁸⁸ OLGAÇ, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 178; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; EREN, 2003, sf. 1186; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1075; KARAHASAN, 2003, sf. 1446; DAYINLARLI, 2000, sf. 57; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 497; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 542; ÖNEN, a.g.e., sf. 88, 95; KOCAMAN, a.g.e., sf. 6, 11

yapmaya tek yetkili hak sahibi, alacağı kendi malvarlığında bulunduran devralandır³⁸⁹.

II) Devredenin Garanti (Tekeffül) Borcu

BK. md. 169 ve 171 ile, belirtilen şartlar dairesinde, alacağı devreden devralana karşı sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu sorumluluk; kanuni garanti (tekeffül) niteliğindedir³⁹⁰. Alacağın temlikinde temlik edenin temellük edene karşı garanti borcu, *alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü* garanti etmek kapsamında karşımıza çıkmaktadır.

a. Alacağın Varlığını Garanti (Tekeffül) Borcu

BK. md. 169 f. 1' e göre; "alacağın temlik ivaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamındır". Bilindiği gibi; alacağın ivazlı veya ivazsız olarak devredilebilmesi mümkündür. İşte söz konusu fıkra hükmü ile alacağın ivazlı olarak devreden eski alacaklıya bir sorumluluk yüklenmektedir.

Buna göre; eski alacaklı, alacağını devrettiği sırada devre konu alacağın varlığından sorumludur. Yani devreden; devrettiği alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğması ihtimali bulunduğunu ya da söz konusu alacağın sona ermemiş olduğunu, devralana kanunen garanti etmektedir³⁹¹. Bu hüküm ile bir alacak hakkını

³⁸⁹ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, İstanbul, 1990 c, sf. 759; DAYINLARLI, 2000, sf. 259, 273; TUHR, a.g.e., sf. 834; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; FRANKO, a.g.e., sf. 188; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, 1985, sf. 339; ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 691; ÖNEN, a.g.e., sf. 88; KOCAMAN, a.g.e., sf. 6, 11; "Davacının dava ettiği alacağı dava tarihinden evvel temlik ettiği dosya içindeki temliknameden anlaşılmaktadır. Alacağın temlik neticesi olarak davacının alacak üzerinde hiçbir hakkı kalmadığı ve bu hakkın temellük edene intikal ettiği..." Yarg. TD. 26.03.1957 t., 7783 E., 773 K.; Yarg. 15. HD. 29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (KURU, 1990 c, sf. 759)

³⁹⁰ DAYINLARLI, 2000, sf. 209; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1098; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 401; OLGAÇ, 1976, sf. 969; ENGİN, 2002., sf. 66

³⁹¹ EREN, 2003, sf. 1190; DAYINLARLI, 2000, sf. 213; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1099; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; KARAHASAN, 2003, sf. 1467; OLGAÇ, 1976, sf. 969; FRANKO, a.g.e., sf. 192 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, 1985, sf. 343; ENGİN, 2002., sf. 105

devralan yeni alacaklıya, alacağın mevcut olmaması haline karşı hukuki güvence getirilmektedir.

Devredenin alacağın varlığından sorumluluğu, devir anı ile sınırlıdır. Yani BK. md. 169 hükmüne göre; devreden, devrin yapıldığı anda alacağın varlığını garanti eder. Devirden sonra, devredenden kaynaklanmamak şartıyla, alacağın zamanaşımına uğraması, ifanın imkânsız hale gelmesi gibi sebepler ile ifaya engel durumların ortaya çıkmasından devreden sorumlu olmaz³⁹². Aynı şekilde; devralan alacağın var olmadığını ya da kuşkulu olduğunu biliyorsa, garanti söz konusu olmaz³⁹³.

Her ne kadar fıkra ile açıkça ivaz karşılığı yapılan alacağın devrinde devredenin sorumluluğu düzenlenmiş olsa da, Kanun aynı maddenin üçüncü fıkrasında ayrıca ve açıkça ivazsız devirlerde devredenin sorumluluğunu da belirlemiştir. Buna göre; “temlik meccanen vaki olmuş ise temellük eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zammın olmaz”. Anlaşıldığı üzere, ivazsız devirlerde, devreden, alacağın devir zamanındaki varlığından sorumlu değildir³⁹⁴.

Ancak bu madde hükmü amir hüküm olmayıp; taraflar istedikleri gibi değiştirebilirler³⁹⁵. Yani, ivazsız devirlerde dahi taraflarca eski alacaklının, alacağın varlığından sorumlu kılınması mümkündür.

Son olarak; 171. maddeye göre kanuni devirde, eski alacaklının yeni alacaklıya karşı alacağın varlığını garanti borcu bulunmamaktadır. Burada getirilen istisnanın sebebi, devrin, tarafların rızası dışında olmak üzere kanun icabı meydana

³⁹² **DAYINLARLI**, 2000, sf. 214; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4437; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1099; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 521; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 402; **OLGAÇ**, 1976, sf. 969; **FRANKO**, a.g.e., sf. 192

³⁹³ **KARAHASAN**, 2003, sf. 1471; **OLGAÇ**, 1976, sf. 969; **FRANKO**, a.g.e., sf. 192

³⁹⁴ **EREN**, 2003, sf. 1190; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 226; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4437; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 402; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 553; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1471

³⁹⁵ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 229; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1101; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 402; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 553; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1467; **FRANKO**, a.g.e., sf. 191

gelmesidir. Yani kanun, iradesi dışında gelişen böylesi bir durumda, eski alacaklıyı sorumluluk altına sokmamaktadır³⁹⁶.

b. Borçlunun Ödeme Gücünü Garanti (Tekeffül) Borcu

BK. md. 169 f. 2 ile devredenin, borçlunun ödeme gücünden sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddeye göre, devredenin böyle bir sorumluluğu, ancak bu hususu ayrıca taahhüt etmesi halinde mümkün olmaktadır. Yani kural olarak, devreden ayrıca borçlunun ödeme gücü bulunduğu yönünde taahhütte bulunmamış ise, borçlunun acizden sorumlu olmaz.

Borçlunun ödeme gücünü garanti sorumluluğunu ancak ayrıca taahhüt edilmesi halinde geçerli olacağına ilişkin bu hüküm, hem ivazlı hem de ivazsız devirler için geçerlidir. Yani taraflar, sözleşme özgürlüğü kapsamında, devreden, borçlunun ödeme gücünün varlığını garanti etmesini de kararlaştırabilirler³⁹⁷.

Devreden tarafından borçlunun ödeme gücünün garanti edilmesi ancak ayrıca taahhüt edilmesi halinde mümkün olacaktır. Bu taahhüt devir sözleşmesi dâhilinde yapılabileceği gibi; devir sözleşmesinden ayrı ve ondan bağımsız bir sözleşme ile de yapılması mümkündür. Hangi şekilde taahhüt edilirse edilsin, bunun belli bir süre ile sınırlandırılması veya süresiz olması da mümkündür³⁹⁸.

Kanuni devirde, alacağın varlığını garanti borcunda olduğu gibi, eski alacaklının borçlunun ödeme gücünü garanti borcu bulunmamaktadır (BK. md. 171/son). Burada da kanun garanti borcuna istisna getirmektedir. Amacı ise aynı şekilde, devrin, tarafların rızası dışında olmak üzere kanundan kaynaklanmasıdır³⁹⁹.

³⁹⁶ FRANKO, a.g.e., sf. 194

³⁹⁷ DAYINLARLI, 2000, sf. 228; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 525; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; FRANKO, a.g.e., sf. 191 vd.; EREN, 2003, sf. 1190; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 346; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1103; OLGAÇ, 1976, sf. 969; ENGİN, 2002., sf. 105, 142

³⁹⁸ DAYINLARLI, 2000, sf. 228; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1102; ENGİN, 2002., sf. 131

³⁹⁹ FRANKO, a.g.e., sf. 194

c. Garanti (Tekeffül) Borcunun Kapsamı

Devredenin garanti borcunun kapsamı BK. md. 171'de düzenlenmiştir. Bu madde hem alacağın varlığının hem de borçlunun ödeme gücünün garantisini açısından geçerlidir⁴⁰⁰. Maddeye göre devredenin devralana karşı garanti kapsamındaki sorumluluğu, öncelikle devir karşılığı olmak üzere almış olduğu bedel (ivaz) ve bu bedelin faizinden ibarettir.

Bedel ve faizin yanı sıra, devreden, devir masrafları ile sonuçsuz kalan icra takipleri ve açılan davalar nedeniyle devralanın yapmış olduğu masraflardan dahi sorumludur. Görüldüğü gibi madde hükmü ile düzenlenen sorumluluk kapsamına göre; devredenin sorumluluğu, devredilen alacak miktarıyla değil, alınan ivaz ve yapılan masrafların toplam miktarı ile sınırlıdır⁴⁰¹. Yani madde ile devralanın, devrin geçerli olmamasından doğan zararı (menfi zararı) garanti altına alınmaktadır⁴⁰².

III) Rüçhan (Öncelik) Haklarının Asıl Alacakla Birlikte Devredene Geçmesi

Asıl alacağın yanında, BK. md. 168 uyarınca nelerin devrin kapsamına dâhil olduğunu kısaca alacağın devrinin kapsamı bahsi altında belirtmiştik. Buna göre devir ile asıl alacak hakkının yanı sıra, rüçhan (öncelik) hakları da devredenin malvarlığından çıkararak devralanın malvarlığına geçer⁴⁰³.

Rüçhan hakları, niteliği itibariyle imtiyazlı olan haklardır. Şöyle ki; böyle alacaklar, takip sırasında diğer alacakların önüne geçmektedir. Rüçhanlı hakların neler olduğu genel olarak İİK md. 206'da gösterilmiştir. Buna göre; işçilerin ücret

⁴⁰⁰ DAYINLARLI, 2000, sf. 267; UYGUR, 2003 d, sf. 4444; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1100 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 403

⁴⁰¹ EREN, 2003, sf. 1191; DAYINLARLI, 2000, sf. 268; UYGUR, 2003 d, sf. 4444; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1100; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 522; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 403; OLGAÇ, 1976, sf. 975; FRANKO, a.g.e., sf. 193

⁴⁰² TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1100; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 523; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 403; UYGUR, 2003 d, sf. 4444

⁴⁰³ KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; EREN, 2003, sf. 1191; DAYINLARLI, 2000, sf. 239; TUHR, a.g.e., sf. 852; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1105; OLGAÇ, 1976, sf. 965; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 331; ÖNEN, a.g.e., sf. 95

alacağı imtiyazlı bir alacaktır. Aynı şekilde; nafaka, doktor alacakları ile tedavi ve bakım masrafları da rüçhanlı haklardır.⁴⁰⁴ Belirtmek gerekir ki; devredilen alacak, devirden önce İİK. Md. 206’da sayılan öncelikli sıralardan hangisinde yer alıyorsa, devirden sonra da aynı sırada yer alır⁴⁰⁵.

Tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilen alacak hakları açısından şerhin doğurduğu etkinlik bir rüçhan hakkıdır. Bu durumda; böyle şerh verilmiş alacak haklarının devredilmeleri halinde, bu rüçhan hakkı da devredene geçer. Kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi halinde, kiralananın malikinin değişmesi durumunda dahi şerhin, dolayısıyla kira sözleşmesinin yeni maliklere karşı da etkili olması bu şekilde rüçhanlı haklara örnektir⁴⁰⁶.

Rüçhan haklarının da asıl alacak ile birlikte devredene geçmesi ancak bir koşulla mümkündür. Buna göre; ancak ve ancak devreden eski alacaklının şahsına bağlı olmayan rüçhan hakları devralana geçer. Yani ancak alacağa bağlı rüçhan hakları devralana geçebilir. Eğer rüçhan hakkı alacağa değil de eski alacaklının şahsına bağlı ise, böylesi haklar devir ile birlikte devralana geçmez⁴⁰⁷.

IV) Fer’i Hakların Devralana Geçmesi

Alacağın devri ile birlikte, asıl alacağın yanında, asıl alacağa bağlı fer’i haklar da devralana geçer. İşlemiş faizler fer’i haklara dâhildir. Bu anlamda, işlemiş faizler de devralana geçer. İşlemiş faizin kanuni ya da sözleşmesel olmasının bir farkı yoktur; her iki faiz de asıl alacakla birlikte geçer⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ EREN, 2003, sf. 1191; DAYINLARLI, 2000, sf. 239; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398; OLGAÇ, 1976, sf. 965; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1105; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 331; ÖNEN, a.g.e., sf. 95

⁴⁰⁵ DAYINLARLI, 2000, sf. 237; UYGUR, 2003 d, sf. 4435; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 516; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 331

⁴⁰⁶ EREN, 2003, sf. 1191; DAYINLARLI, 2000, sf. 239; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1105; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 517; TUHR, a.g.e., sf. 856

⁴⁰⁷ DAYINLARLI, 2000, sf. 239; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1105; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 517; OLGAÇ, 1976, sf. 965; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 331

⁴⁰⁸ EREN, 2003, sf. 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 275; UYGUR, 2003 d, sf. 4436; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1104; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 517; TUHR, a.g.e., sf. 843; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; OLGAÇ, 1976, sf. 965; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 331; ÖNEN, a.g.e., sf. 94

Devredilen alacağın teminata bağlanmış olması durumunda; fer'i hak olan teminat da kural olarak devralana geçer. Yani kefalet ya da rehin yolu ile teminat altına alınmış bir alacağın devri durumunda, bu tip teminatlarda yeni alacaklıya geçer⁴⁰⁹. Ancak, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları da kural olarak geçerlidir. Yani taraflar, asıl alacağı devir konusunda anlaştıkları gibi teminatların bu devirle birlikte devralana geçmemesi hususunda da anlaşabilirler. Buna örnek olarak kefaletle teminat altına alınmış bir alacağın devri gösterilebilir. Kural olarak, devir ile birlikte kefalette devralana geçer. Ancak taraflar, kısmi devir olması halinde devreden teminatı kendisine saklamak istemesi durumunda olduğu gibi, kefaletin asıl alacak ile birlikte devrolmasını engelleyebilirler. Yani kefaleti devrin kapsamı dışında bırakabilirler⁴¹⁰.

Burada taşınmaz rehni açısından ise bir istisna bulunmaktadır. Taşınmaz rehin hakkı alacaktan ayrılamaz. Buna göre; taşınmaz rehni ile temin edilmiş bir alacağın, bu teminattan ayrı olarak devredilmesi mümkün değildir. Aksi yönde sözleşme yapılması durumunda ise, geçersiz olur⁴¹¹. Ancak böyle bir alacağın devri, TMK. md. 891 uyarınca tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlı değildir.

Alacağına bağlı hapis hakkı ve mülkiyeti saklı tutma hakkı da fer'i haklar arasında olup, devralana geçerler⁴¹².

Fer'i hakların devralana geçebilmesi için, hakkın eski alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlı olmaması gerekmektedir. Sadece eski alacaklının şahsına bağlı bulunan fer'i haklar, devralana geçmez. Yani; ancak ve ancak devreden eski alacaklının

⁴⁰⁹ EREN, 2003, sf. 1190; DAYINLARLI, 2000, sf. 275; UYGUR, 2003 d, sf. 4436; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1104; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 518; TUHR, a.g.e., sf. 842; OLGAÇ, 1976, sf. 965; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 331; ÖNEN, a.g.e., sf. 94

⁴¹⁰ DAYINLARLI, 2000, sf. 241; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1104; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 518; TUHR, a.g.e., sf. 843; ÖNEN, a.g.e., sf. 94

⁴¹¹ DAYINLARLI, 2000, sf. 241; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1104; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 518; OLGAÇ, 1976, sf. 965

⁴¹² EREN, 2003, sf. 1191; UYGUR, 2003 d, sf. 4435; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1104; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 331

şahsına bağlı olmayan fer'i haklar devralana geçer⁴¹³. Alacağa doğrudan doğruya bağlı olmayan haklar ise devralana geçmezler.

V) Yenilik Doğuran (İnşai) Hakların Devralana Geçmesi

Kural olarak, alacağa bağlı olmak üzere yenilik doğuran haklar mevcutsa, söz konusu yenilik doğuran haklar da devrolunan alacağa bağlı olarak, yeni alacaklıya geçerler. Örneğin seçimlik bir alacağın devredilmesi durumunda, seçim hakkı da devralana geçer. İhbarla bulunarak bir alacağı muaccel hale getirme hakkı da böylesi yenilik doğuran haklardandır⁴¹⁴.

Kural bu olmakla birlikte; yenilik doğuran hakkın borç ilişkisinin tamamıyla ilgili olduğu durumlarda, alacağın devri, alacak ile birlikte borç ilişkisinin bütüne sirayet eden yenilik doğuran hakkın da devralana geçmesi geçmesini sağlayamayacaktır⁴¹⁵. Alacağa doğrudan doğruya bağlı olmayan kira, hizmet ve şirket sözleşmelerinde, bu sözleşmelerin fesih hakkı devir ile geçmez⁴¹⁶.

VI) İspat Araçlarını Devralana Teslim Borcu

Alacak senetlerinin, ispat aracı niteliğindeki diğer delillerin ve alacak hakkının kullanılabilmesi ve ileri sürebilmesi için gerekli olan tüm bilgilerin eski alacaklı tarafından yeni alacaklıya verilmesi zorunluluğu da devrin hükümleri kapsamındadır⁴¹⁷.

⁴¹³ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 239; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4436; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 516; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 331

⁴¹⁴ **EREN**, 2003, sf. 1192; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 242; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4436; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1105; **OLGAÇ**, 1976, sf. 965; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 331; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 95

⁴¹⁵ **EREN**, 2003, sf. 1192; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1105; **TUHR**, a.g.e., sf. 839; **OLGAÇ**, 1976, sf. 965; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 332

⁴¹⁶ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 239; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4436; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 516; **TUHR**, a.g.e., sf. 839; **FRANKO**, a.g.e., sf.178; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**,1985, sf.332

⁴¹⁷ **EREN**, 2003, sf. 1192; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 247; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4436; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1103; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 525; **TUHR**, a.g.e., sf. 829; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 552; **OLGAÇ**, 1976, sf. 965; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 97

Gerçekten de BK. md. 168 f. 2 hükmüne göre; “temlik eden kimse, temellük edene alacak senedini teslim ve mevcut esbabı sübuteyi ve haklarının izhar için lüzumlu olan malumatı ita ile mükelleftir”.

Ancak devreden ticari belgelerini devralana vermesi gerekli olmamaktadır. Bunların ilgili yerlerinin örneğinin teslimi ya da ilgili yerlerinin incelenmesine izin vermesi yeterlidir⁴¹⁸. Aynı çözüm alacağın kısmen devri hali için de geçerlidir⁴¹⁹.

VII) BK. md. 170’e Göre Ödeme (İfa) Amacıyla Yapılan Devrin Hüküm ve Sonuçları

BK. md. 170 ile ödeme (ifa) amacıyla devir düzenlenmiştir. Gerçekten de devreden, alacağını ödeme (ifa) amacıyla da devredebilir. Burada öncelikle eski alacaklının (devreden) devralana karşı bir borcu bulunmaktadır. İşte ödeme amacıyla devir, bu borcun alacak tahsil edilir ise tahsil edildiği kadarı ile sonlandırılmasına yöneliktir⁴²⁰. Devreden bu borcu karşılığında olmak üzere, devralana alacağını devretmektedir. Yani, devrin amacı ödeme yapmaktır⁴²¹. Maddede devrin ödeme (ifa) amacıyla yapılmış olması ve bu devir sonucunda borcun ne kadarının ifa edilmiş olacağının taraflarca belirlenmemiş olması durumunda, devreden borçlunun ifa suretiyle ne miktar borçtan kurtulacağı düzenlenmiştir.

Devrin ödeme (ifa) amacıyla yapıldığı ve fakat söz konusu devir ile devreden borcundan ne kadar miktarın ifa edilmiş olacağının düzenlenmediği durumlarda; devralan, sadece borçludan tahsil edebildiği veya gerekli özeni göstermiş olsa idi tahsil edebilecek olduğu miktarı devreden kendisine karşı olan borcundan düşmek zorundadır⁴²².

⁴¹⁸ UYGUR, 2003 d, sf. 4436

⁴¹⁹ FEYZİOĞLU, 1969, sf. 526; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1103; TUHR, a.g.e., sf. 829

⁴²⁰ ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 692

⁴²¹ DAYINLARLI, 2000, sf. 123; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1091; KARAHASAN, 2003, sf. 1473; OLGAÇ, 1976, sf. 974

⁴²² DAYINLARLI, 2000, sf. 263; UYGUR, 2003 d, sf. 4441; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 524; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 403; KARAHASAN, 2003, sf. 1474; OLGAÇ, 1976, sf. 974

Yani devralan devredilen alacağı tahsil ettiği vakit, devredenin borcunda noksan kalırsa; devredenin kalan noksan borç için borcu devam eder. Devralanın devredenin borcundan daha fazla bir miktar tahsil etmesi durumunda ise bu fazla kısmı devredene iade etmesi zorunluluğu ortaya çıkar⁴²³.

VIII) Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiyeye Devri (Mükerrer Devir) Durumunda Bu Devirlerin Hüküm ve Sonuçları

*Aynı alacağın birden fazla kişiyeye devri (mükerrer devir); bir borç ilişkisinin alacaklısının, alacağını, üçüncü kişiyeye devretmesinden sonra aynı alacağı bir başka şahsa da devretmesidir*⁴²⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki; alacaklı alacağını bütün olarak devredebileceği gibi, bölünebilir olması şartıyla, kısmen dahi devredebilir. Alacağın bölünebilir olmak kaydı ile kısmen devri durumunda da eski alacaklının birden fazla devir işlemi yapmış olduğu görülebilir. Bu durumda; alacaklının, alacağın bölünebilir her bir kısım için geçerli ayrı bir devir işlemi yapması mümkündür ve burada ele alınmayacaktır. Ancak alacaklının, alacağın bölünebilir bir kısmını devretmesinden sonra, *alacağın aynı kısmını* başka bir şahsa daha devretmesi aynı alacağın birden fazla kişiyeye devrinin konusunu oluşturmaktadır ve bu kısım açısından alacağın bütün olarak mükerrer devrinden farksızdır.

Aynı alacağın birden çok kere devredilmesi durumunda, hangi devrin geçerli olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; hangi devrin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği ve bu suretle alacak üzerinde tasarruf etme yetkisi kalmayan eski alacaklının yaptığı hangi devirlerin geçersiz olacağı önem arz eder.

Alacağın devrinde devredilen alacak, başkaca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın, doğrudan doğruya devreden malvarlığından çıkarak devralanın mamelekine intikal etmektedir. Yani alacağın devri ile bir borç doğmamakta, aksine

⁴²³ DAYINLARLI, 2000, sf. 264

⁴²⁴ DAYINLARLI, 2000, sf. 110; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1089; KARAHASAN, 2003, sf. 1449

bir hak doğrudan üçüncü bir şahsa devredilmektedir. Bu itibarla; alacağın devri bir tasarruf işlemidir⁴²⁵.

Aynı konudaki birden fazla tasarruf işleminden hangisinin geçerli olduğu konusunda ise zamansal öncelik önemlidir. Yani; birden fazla tasarruf işleminden, zaman olarak önce yapılan geçerli olacaktır⁴²⁶.

Bu sebeple; geçerli olarak kurulan ilk alacağın devri sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Alacağın devrinin asıl sonucu ise alacağın, devreden malvarlığından çıkararak devralanın malvarlığına geçmesidir. Alacağın devri ile alacak devralanın malvarlığına geçtiği için devreden alacak üzerindeki hakları da devralana geçer ki; bu ise devreden bundan sonra alacak üzerinde tasarruf edemeyeceği anlamındadır. Bir başka ifade ile; devreden alacaklının, alacağın devrinden sonra alacak üzerinde tasarruf yetkisi kalmaz. Ayrıca devirden sonra yapılan mükerrer temlikler; alacak devreden malvarlığından çıkmış olduğu için mevcut olmayan bir alacağın temliki hükmündedir. Bu sebeple devreden; devirden sonra alacağı borçludan tahsil etme veya alacağın tahsilini dava ve takip etme ya da borçluyu ibra etme hakları gibi alacağı bir başka kimseye devretme hakkı da ortadan kalkar. Artık devirden sonra yukarıda sayılan işlemleri yapmaya tek yetkili hak sahibi, alacağı kendi malvarlığında bulunduran devralandır⁴²⁷.

Sonuç olarak; aynı alacağın birden fazla kişiye devri durumunda önce yapılan devir geçerli olacak ve sonra yapılan devir veya devirler ise geçersiz olacaktır. Başka

⁴²⁵ **EREN**, 2003, sf. 1180; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 73; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1447; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 318; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 495; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4368; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1090; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 122; **KOCAMAN**, a.g.e., sf. 6, 11

⁴²⁶ **ENGİN**, Baki İlkay, “Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükümünün Bir İşlevi Var mıdır?”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, sf. 320

⁴²⁷ **KURU**, 1990 a, sf. 1455; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 259, 273; **TUHR**, a.g.e., sf. 834; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 85; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **FRANKO**, a.g.e., sf. 188; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 339; **ÖZDEMİR**, a.g.e., sf. 691; **ENGİN**, 2000, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88; “Davacının dava ettiği alacağı dava tarihinden evvel temlik ettiği dosya içindeki temliknameden anlaşılmaktadır. Alacağın temliki neticesi olarak davacının alacak üzerinde hiçbir hakkı kalmadığı ve bu hakkın temellük edene intikal ettiği cihetle, temlikten sonra açılmış olan bu davanın mesmu olmaması icap eder” Yarg. TD. 26.03.1957 t., 7783 E., 773 K.; Yarg. 15. HD. 29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (**KURU**, 1990 c, sf. 759)

bir ifade ile; birden çok kere devredilen bir alacakta öncelik, en önce devralandır⁴²⁸. Hazırlar arasında yapılan sözleşme bakımından durum açık olmakla birlikte; gaipler arasında yapılan devir sözleşmelerinde önceliğin tespiti açısından kabul önemlidir. Şöyle ki; alacağın devri bir sözleşmedir ve sözleşmenin kurulması ise devralanın kabul beyanına bağlıdır. BK. md. 10 hükmüne göre; gaipler arasındaki bir sözleşme kabul haberinin varmasıyla kurulur. Bu itibarla; aynı alacağın gaipler arasında birden fazla kişiye devri durumunda; devredene ilk ulaşan kabul beyanının ait olduğu devir sözleşmesi kurulmuş olacak ve diğer sözleşmeler ise geçersiz olacaktır⁴²⁹.

Aynı alacağın birden fazla kişiye devri bakımından önemli bir diğer husus da; yapılan tüm devirlerin alacağın devri sözleşmesinin şekil şartlarına uygun olması gerekmektedir. Aksi halde; şeklen geçersiz bir ya da daha çok devir ve şeklen geçerli tek bir devir olacaktır. Bu durumda ise aynı alacağın birden fazla devri değil, tek bir geçerli alacağın devri bulunacaktır⁴³⁰.

IX) Devralan İle Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki

a. Borçlunun Eski Alacaklıya İfade Bulunarak Borçtan Kurtulması

Alacağın devri sözleşmesi ile bir borç ilişkisinin alacağı, alacaklı tarafından devralana intikal eder. BK. md. 162 hükmü gereği; alacağın devrine borçlunun katılması yahut rıza göstermesi gerekmemektedir⁴³¹. Hatta alacağın devredilmiş bulunduğundan haberdar dahi olması gerekmemektedir⁴³².

⁴²⁸ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 111; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1089; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 506; **TUHR**, a.g.e., sf. 832; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **TUHR**, a.g.e., sf. 834; **ÖZDEMİR**, a.g.e., sf. 691

⁴²⁹ **ENGİN**, 2000, sf. 321; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 89

⁴³⁰ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 110; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1089

⁴³¹ **EREN**, 2003, sf. 1192; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 97; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1448; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4424; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1106; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 526; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 89

⁴³² **EREN**, 2003, sf. 1176; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1106; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 527; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 318

Ancak borçlunun devirden haberi olmaması durumunda çeşitli problemler ortaya çıkabilir. Gerçekten de; devir işleminden haberi olmayan borçlu, eski alacaklıyı halen mevcut alacaklı olarak bilecek ve borcunu da eski alacaklıya karşı ifa etmesi söz konusu olabilecektir. Normal olarak, borçlu edimini alacaklıya karşı (veya yetkili temsilcisine) ifa etmek zorundadır. Yani, borçlunun alacaklı dışında bir üçüncü şahsa karşı edimini ifa etmesi durumunda, borçlu borcundan kurtulamayacaktır⁴³³.

Ancak BK. md. 165 hükmü ile bu kurala bir istisna getirmekte ve kendi haberi olmaksızın ortaya çıkan durum sonucunda iyiniyetli borçluyu zarar görmekten korumaktadır. Kanun'un getirdiği bu korumanın sebebi, başta da belirttiğimiz gibi, devrin geçerliliği için borçlunun katılımına gerek olmaması ve bu sebeple yeni oluşan durumdan haberdar olmayabileceği düşüncesidir⁴³⁴. Bu düşünce ile Kanun, eski alacaklıya yapılan böylesi iyiniyetli ödemeyi kabul etmektedir. Yani devredilen alacağın borçlusu, kendisine devir bildirilmeden önce iyiniyetle devredene ödemedede bulunursa, eski alacaklıya yapmış olduğu ödemeler ile borçtan kurtulur⁴³⁵.

Doktrinde bir görüş; her ne kadar maddede yalnızca *ödemeden* söz edilmekte ise de; ibra, tecdit, takas veya borcun bunlara benzer başkaca yollarla sona ermesi durumunda dahi bu hükmün borçlu lehine uygulanması gerektiği yönündedir⁴³⁶.

Burada esas olan, borçlunun iyiniyetlidir. Yani borçlunun bu şekilde ifa ile borçtan kurtulması, iyiniyetli olmasına bağlıdır. Borçlunun iyiniyetinden kasıt ise borçlunun devir işleminden haberi olmamasıdır. Borçlu, devredeninin veya devralanın devri ihbar etmesi ile öğrenebileceği gibi; devir işleminin yapılmış olduğunu bunların dışında, bağımsız olarak da öğrenmiş olabilir. Herhalde, öğrenme ile

⁴³³ EREN, 2003, sf. 895; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 225

⁴³⁴ DAYINLARLI, 2000, sf. 180; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1095; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 833; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 550; ÖNEN, a.g.e., sf. 96

⁴³⁵ EREN, 2003, sf. 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 281; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1108; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 857; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 399; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 550; KARAHASAN, 2003, sf. 1457; OLGAÇ, 1976, sf. 936; FRANKO, a.g.e., sf. 189; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 339; ÖNEN, a.g.e., sf. 96

⁴³⁶ KARAHASAN, 2003, sf. 1459; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1107; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; OLGAÇ, 1976, sf. 937

iyiniyet ortadan kalkar⁴³⁷. Bu durumda ise, devir işleminden haberdar olan borçlunun, buna rağmen eski alacaklıya ifada bulunması kötüniyet olarak addedilecektir. Kötüniyetle ve devirden haberdar olmasına rağmen eski alacaklıya ödeme yapan borçlunun ise işbu ödeme ile borçtan kurtulması mümkün olmayacaktır⁴³⁸.

Aynı madde hükmüne göre; alacağın devredilmiş olduğu kendisine bildirilmeden önce, birden çok devir yapılmış ise ve devralanlardan tercihi gereken biri var iken yine iyiniyetle bir diğer alacaklıya ödemede bulunan borçlu açısından sonuç aynı şekilde olacaktır. Borçlu yapmış olduğu ödeme ile burada da borçtan kurtulur⁴³⁹.

Bu sebeplerle; alacağın devrinin, devir işlemi yapanlar tarafından borçluya bildirilmesi karışıklıkları önleyecektir. Borçluya yapılacak bildirim, sadece alacağın devralana intikal ettiğini bildiren ve durumu borçluya haber vermek için yapılan bir ihbar niteliğindedir. Bildirim, ancak borçlunun hâkimiyet alanına ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu ihbarın geçerliliği ise herhangi bir şekil şartına tabii değildir⁴⁴⁰.

Borçlunun, devir işleminin taraflarının bildirimini haricinde bağımsız bir şekilde alacağın devredilmiş olduğunu öğrenmesi durumunda, devralana ödemede bulunma yükümlülüğü ise doğmayacaktır. Yani borçlu ihbar olmaksızın, salt öğrenme ile borçlu mütemerrit duruma düşmez⁴⁴¹.

⁴³⁷ EREN, 2003, sf. 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 281; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1108; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 857; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 399; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 550; KARAHASAN, 2003, sf. 1459; OLGAÇ, 1976, sf. 936; FRANKO, a.g.e., sf. 189; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 339; ÖNEN, a.g.e., sf. 96

⁴³⁸ EREN, 2003, sf. 1193; DAYINLARLI, 2000, sf. 182; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1108; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 857; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 399; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 550; KARAHASAN, 2003, sf. 1459; OLGAÇ, 1976, sf. 936

⁴³⁹ EREN, 2003, sf. 1192; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 528; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 399; KARAHASAN, 2003, sf. 1457; OLGAÇ, 1976, sf. 936; FRANKO, a.g.e., sf. 190; ÖNEN, a.g.e., sf. 96

⁴⁴⁰ EREN, 2003, sf. 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 205 vd.; UYGUR, 2003 d, sf. 4425; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1108; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 857; KARAHASAN, 2003, sf. 1459; OLGAÇ, 1976, sf. 936; FRANKO, a.g.e., sf. 189; ÖNEN, a.g.e., sf. 96

⁴⁴¹ EREN, 2003, sf. 1193

b. Borçlunun Def'i Hakları

1. Def'i ve İtirazlar

Borçluya ait def'iler BK. md. 167'de düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında “borçlu, temlike vakıf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu def'ileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir” denilmek suretiyle; açıkça borçlunun devri öğrendiği zaman, devredene karşı sahip bulunduğu def'ileri devralana karşı da ileri sürebileceği kabul edilmiştir.

Maddede geçen def'i kavramı geniş anlamda kabul edilmek gerekmektedir. Yani, burada def'i kavramının içine hem teknik anlamda def'iler hem de itirazlar bir arada girerler⁴⁴².

Borçlunun gösterebileceği def'ilere örnek olarak ödemezlik def'i ve zamanaşımı def'i gösterilebilir⁴⁴³. Zamanaşımı def'i, bir borç ilişkisinin değişmesi zamanaşımı sürelerini etkilemeyeceği için borçlu tarafından ileri sürülebilir⁴⁴⁴. Bu madde kapsamında borçlunun, devralana karşı ileri sürebileceği def'iler, borcun esası bakımından ileri sürülebilir def'ilerdir. Yani usul hukukuna giren yetki itirazı gibi def'iler bu madde kapsamında değerlendirilemezler⁴⁴⁵.

Alacak hakkının doğumunu önleyen veya alacağı ortadan kaldıran olaylara, itiraz denir. Borçlu, devralana karşı itirazlarını da ileri sürebilir. Sözleşmenin butlanı, bozucu şartın gerçekleşmesi gibi nedenlerle alacağın meydana gelmemesi veya ifa, ibra, yenileme, erteleme, kusursuz sonraki imkânsızlık gibi nedenlerle borcun sona

⁴⁴² EREN, 2003, sf. 1193; DAYINLARLI, 2000, sf. 183; UYGUR, 2003 d, sf. 4428; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1113; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 531; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 400; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1460; OLGAÇ, 1976, sf. 949; FRANKO, a.g.e., sf. 195; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 333; ÖNEN, a.g.e., sf. 97

⁴⁴³ EREN, 2003, sf. 1193; DAYINLARLI, 2000, sf. 287; UYGUR, 2003 d, sf. 4428; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1114; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 531; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 400; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1461; OLGAÇ, 1976, sf. 949 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 333; ÖNEN, a.g.e., sf. 97

⁴⁴⁴ EREN, 2003, sf. 1193

⁴⁴⁵ DAYINLARLI, 2000, sf. 187

ermesi itiraz konusudur. Borçlu bu şekildeki itirazlarını devralana karşı geçerli olarak ileri sürebilir⁴⁴⁶.

Borçlunun ileri sürdüğü itirazların sabit olması halinde, alacağın devri geçersiz olacaktır. Çünkü bu hallerde mevcut olmayan (müstakbel de olmayan) bir alacak devredilmiş olacaktır. Mevcut veya müstakbel olmayan bir alacak, konusu imkânsız bir sözleşme oluşturacağı için ise devre konu olamaz⁴⁴⁷.

Borçlunun muvazaa ve sözleşmeden kaynaklı devir yasağına ilişkin iddiaları açısından ise Kanun sınırlamalar getirmiştir. Daha önce açıklandığı gibi; BK. md. 162 f. 2 hükmü uyarınca, sözleşmeye dayalı devir yasağı, bu yasağı içermeyen yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralan üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez. Bu hüküm açısından iyiniyet esastır. Yani, devralanın böyle bir ikrara dayanarak alacak devralması durumunda, söz konusu alacağın sözleşme hükmü gereği devredilemez bir alacak olduğunu bilmiyor olması gerekmektedir. Kötü niyetli devralan, bu hükümden yararlanamaz ve alacağı devralamamış olur⁴⁴⁸.

Borçlunun muvazaa iddiası BK. md. 18 f. 2 mucibince, “tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisabeden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan olunamaz” denilerek benzer şekilde sınırlandırılmıştır. Buna göre; yazılı borç ikrarına güvenerek bir alacağı iktisap eden iyiniyetli üçüncü şahsa karşı, borçlu, muvazaa iddiasında bulunamaz. Görüldüğü gibi, yazılı borç ikrarı bulunması halinde, iyiniyetli üçüncü şahsa karşı muvazaanın ileri sürülemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm alacağı devralan lehine olmak üzere dahi geçerlidir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ EREN, 2003, sf. 1193; DAYINLARLI, 2000, sf. 188; UYGUR, 2003 d, sf. 4428; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1113; TUHR, a.g.e., sf. 865; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 400; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1461; OLGAÇ, 1976, sf. 949; FRANKO, a.g.e., sf. 196; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 333; ÖNEN, a.g.e., sf. 97

⁴⁴⁷ EREN, 2003, sf. 1193; DAYINLARLI, 2000, sf. 140 vd.; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1093; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 506; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; ÖNEN, a.g.e., sf. 97

⁴⁴⁸ DAYINLARLI, 2000, sf. 168; UYGUR, 2003 d, sf. 4370; TUNÇOMAĞ, 1976, sf.1085; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 401; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 547; KARAHASAN, 2003, sf. 1465; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 326

⁴⁴⁹ EREN, 2003, sf. 1194; UYGUR, 2003 d, sf. 4428; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1114; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 532; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 401; KARAHASAN, 2003, sf. 1465; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 333

Kısmi devir halinde, borçlu def'i ve itirazlarını hem devredene hem de devralana karşı ileri sürebilir⁴⁵⁰.

Def'ilere ilişkin olarak BK. md. 167 ile getirilen hüküm emredici bir hüküm değildir. Bu sebeple; borçlu, her zaman devredene bir anlaşma yapmak şartıyla sahip olduğu bu def'ileri devralana karşı ileri sürme hakkından vazgeçebilir⁴⁵¹.

Son olarak; anılan maddelerden bağımsız olarak, borçlunun, devralana karşı sahip olduğu her türlü itiraz ve def'ileri ileri sürebilmesi ise mümkündür⁴⁵².

2. Borçlunun Takas Hakkı

Yasakoyucu, alacağın devri yolu ile borçlunun takas hakkının kullanılmasının önlenmesini engellemek istemiştir. Bu amaçla; BK. md. 167 f. 2 hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre; borçlu, devredene karşı olan alacağını, devre konu alacakla takas edebilir. Görüldüğü üzere; burada borçlu devredilen alacak ile devredene karşı sahip olduğu alacağını takas etmektedir. Yani, borçlunun devralandan bir alacağı olmasa bile takası ileri sürebilmesine izin verilmiştir⁴⁵³.

Bu takasın yapılabilmesi madde içeriğinden anlaşılan bazı şartlara bağlıdır. Buna göre öncelikle, borçlunun, alacağı devredenden bir alacağı olmalıdır. Bu alacağın, alacağın devredildiğini borçlunun öğrendiği tarihte mevcut olması gereklidir. Son olarak; bu alacağın, devredilen alaktan daha önce muaccel hale gelmesi lazımdır⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ DAYINLARLI, 2000, sf. 288

⁴⁵¹ EREN, 2003, sf. 1194; DAYINLARLI, 2000, sf. 199; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 531

⁴⁵² EREN, 2003, sf. 1194; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1111

⁴⁵³ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1115; TUHR, a.g.e., sf. 867; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 401; OLGAÇ, 1976, sf. 950; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1466; FRANKO, a.g.e., sf. 197; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 337

⁴⁵⁴ DAYINLARLI, 2000, sf. 186; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1115; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 533; TUHR, a.g.e., sf. 868; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 401; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1466; OLGAÇ, 1976, sf. 950; FRANKO, a.g.e., sf. 197; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 337; ÖNEN, a.g.e., sf. 97

İşte söz konusu şartların oluşması halinde, borçlu, bu alacağını devredilen alacak ile takas edebilir. Borçlunun alacağının ise vadeye bağlanmış olması bir önem arz etmemektedir. Burada, borçlu, devralandan bir alacağı olmamasına rağmen devredilen alacakla takas imkânına sahiptir. Bu itibarla, BK. md. 118 ile düzenlenen takas için öngörülen, karşılıklı alacaklı olma ilkesine de bir istisna getirilmiş olmaktadır⁴⁵⁵.

BK. md. 167 ile getirilen hüküm, emredici hüküm değildir. Bu sebeple; borçlu, her zaman devredenle bir anlaşma yapmak suretiyle devralana karşı takas ileri sürme hakkından vazgeçebilir⁴⁵⁶.

Def'iler açısından olduğu gibi takas bakımından da, borçlunun devralana karşı sahip olduğu alacağı ile devre konu alacağı takas etmesi mümkündür⁴⁵⁷.

c. Borçlunun Ödemededen Kaçınması ve Tevdi Suretiyle Borçtan Kurtulması

Bazı durumlarda devredilen alacağın aidiyeti, yani hak sahibinin kim olduğu uyuşmazlık konusu olabilir. Böyle durumlarda, borçlu açısından bir problem ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de borçlu, aidiyeti çekişmeli olan alacağı kime ifa edeceği konusunda zorlanmaktadır. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi; normal olarak, borçlunun edimini alacaklıya karşı ifa etmesi gerekmektedir. Aksi halde, borçlunun alacaklı dışında bir üçüncü şahsa karşı edimini ifa etmesi durumunda, borçlu borcundan kurtulamayacaktır. Alacağın aidiyetinin çekişmeli olması durumunda ise, borçlu gerçek hak sahibinin kim olduğunu bilemeyecek veya gerçek hak sahibinin kim olduğu konusunda yanılacaktır. İşte böylelikle yanlış şahsa ödemedede bulunabilecek olan borçlunun ise ifaya rağmen borçtan kurtulamaması söz konusu olabilecektir.

⁴⁵⁵ DAYINLARLI, 2000, sf. 186; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1115; TUHR, a.g.e., sf. 867; FRANKO, a.g.e., sf. 197; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 401; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1466; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 337

⁴⁵⁶ EREN, 2003, sf. 1194; DAYINLARLI, 2000, sf. 199

⁴⁵⁷ EREN, 2003, sf. 1194

Borçlu açısından zarara sebep olabilecek bu durumun engellenmesi amacıyla BK. md. 166 f. 1 hükmü getirilmiştir. Buna göre; alacağın aidiyeti hususunda bir uyuşmazlık olması halinde, borçlu alacağı mahkemeye tevdi ederek borcundan kurtulma hakkına sahiptir. Alacağın aidiyeti hakkındaki çekişmenin yargılamaya taşınmış olup olmamasının ise bir önemi yoktur⁴⁵⁸. Yani, çekişmeli hakkı tevdi eden borçlu, borcundan kurtulur.

Uyuşmazlığın mahkemeye taşınmış, yani yargılamaya başlanmış olması ise bir başka açıdan önem arz eder. BK. md. 166 f. 3 hükmü uyarınca uyuşmazlık yargılama aşamasında ise, artık davanın taraflarından her biri de alacağın tevdiini isteyebilir. Bu halde borçlu, borcu tevdi etmek suretiyle ve ancak bu şekilde borçtan kurtulabilir⁴⁵⁹.

Borçlunun asıl alacağı ve var ise faiziyle birlikte olmak üzere tevdi, temerrüde düşmesini önler ve borçluyu borçtan kurtarır⁴⁶⁰. Tevdi, ödemenin yapılması gereken (ifa yerinde) yerde ifa edilmelidir⁴⁶¹.

Borçlu açısından, borçtan kurtulmasını sağlayan madde ile alacağın aidiyeti hususunda bir çekişme olduğunu bilen borçluya bir de sorumluluk yüklenmiştir. Buna göre; “borçlu, alacağın münazaalı olduğunu bildiği halde tediye bulunursa, tehlike ve hasarı kendisine ait olur”. Yani çekişmenin varlığı ifadan önce borçlu tarafından bilinmesine rağmen, çekişmeli taraflardan birisine ödemedede bulunan borçlu, tehlike ve hasardan da sorumlu olur⁴⁶². Bu durumda; ödemenin yapıldığı tarafın dava sonucu hak sahibi olduğunun ortaya çıkması durumunda borçlu, yapmış olduğu ile ödeme ile borçtan kurtulmuş olur.

⁴⁵⁸ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 265; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1110; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 529; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 400; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 550; **FRANKO**, a.g.e., sf. 191; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 96; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 336; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4426

⁴⁵⁹ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 282; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1110; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 529; **TUHR**, a.g.e., sf. 863; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 400; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 550; **FRANKO**, a.g.e., sf. 191; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 97; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4426

⁴⁶⁰ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 283; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1110; **TUHR**, a.g.e., sf. 862 vd.; **OLGAÇ**, 1976, sf. 943; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4426

⁴⁶¹ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 283; **FRANKO**, a.g.e., sf. 191; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 342

⁴⁶² **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 528; **TUHR**, a.g.e., sf. 862; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 400; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 550; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 336; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 97

Ancak borçlunun ödemeyi yaptığı tarafın değil de; diğer tarafın hak sahibi olduğuna mahkemece hükmedilmesi durumunda; borçlu, BK. md. 166 f. 2 hükmü uyarınca yapmış olduğu ödemeye rağmen borcundan kurtulamaz. Bu durumda, gerçek hak sahibi alacaklı borçludan borcu kendisine ifa etmesini isteyebilir ki; bu halde borçlu ikinci kez devredilen alacağı gerçek hak sahibine ödemek zorunda kalır⁴⁶³.

H) ALACAĞIN DEVRİNE İLİŞKİN OLARAK SAKLI TUTULAN ÖZEL HÜKÜMLER

Yasakoyucu bazı alacakların devrine ilişkin olarak özel hükümler getirmiş ve bu yolla söz konusu alacakların devrinde Borçlar Kanunu'nun 162 vd. maddeleri ile düzenlenmiş bulunan alacağın devrine ilişkin hükümlere istisnalar getirmiştir. İşte getirilen özel hükümlerin saklı tutulduğuna ilişkin olarak da BK. md. 172 hükmü düzenlenmiştir. Maddeye göre; “bazı hakların temlikine mahsus olarak kanunen muayyen olan hükümler mahfuzdur”.

Sonuç olarak; özel hükümler kabul edilen hallerde öncelikle bunların uygulanması gerekmektedir⁴⁶⁴. Özel düzenlemelere ilişkin olarak kıymetli evrak ve gemi ipoteği hakkında getirilen hükümler örnek olarak gösterilebilirse de; konumuz itibarıyla bu düzenlemelere değinilmeyecektir.

⁴⁶³ DAYINLARLI, 2000, sf. 266; TUHR, a.g.e., sf. 862; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 400; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 550; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 336; ÖNEN, a.g.e., sf. 97

⁴⁶⁴ DAYINLARLI, 2000, sf. 294 vd.; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 536; TUHR, a.g.e., sf. 837; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 404; KARAHASAN, 2003, sf. 1474; UYGUR, 2003 d, sf.4445

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ALACAĞIN DEVRİ

A) GENEL OLARAK

İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Bu itibarla sözleşmenin her iki tarafının da sözleşmeden doğan borçları ve bunlara mukabil alacakları mevcuttur⁴⁶⁵. Özellikle sözleşme ile müteahhidin yüklendiği edim; büyük emek, iş gücü, malzeme ve bu sebeplerle hepsinden önemlisi büyük parasal kaynağa ihtiyaç göstermektedir. Her ne kadar günümüzde, inşaat yapımı bu işi meslek edinmiş müteahhitler tarafından yerine getirilmekte ise de, özellikle meydana getirilecek yapı eserinin büyük çaplı olduğu durumlarda müteahhitler kaynak sıkıntısı yaşamaktadırlar. Bunun yanı sıra, inşaatların tamamlanması uzunca bir zaman almakta ve müteahhitler bu süre boyunca gelir elde etmeksizin, salt ellerindeki işlere kendilerinde bulunan kaynakları aktarmak istememektedirler.

İnşaatın tamamlanmasına kaynak yaratmak, zaman içerisinde inşaat yapımı ilerlerken bir yandan da yaptıkları yatırımın geri dönüşümünün başlamasını sağlamak ve aynı zamanda kâr elde etmeye başlamak gibi ekonomik sebeplerle; uygulamada müteahhitler, henüz inşaat devam ederken inşaat sözleşmesinden doğan ve iş sahibinden olan alacaklarını üçüncü kişilere satmaktadırlar.

Aynı şekilde durum iş sahipleri açısından da değişmemektedir. Zira iş sahipleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendilerine düşecek payların ihtiyaçlarından fazlasını satabilmektedirler. Bu satış işlemi ise henüz inşaat devam ederken, yani tamamlanmış bir yapı bulunmaksızın yapabilirler.

⁴⁶⁵ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81; **EREN**, 1996 a, sf. 51; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 119; **OLGAÇ**, 1967, sf. 449; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 2; **YAVUZ**, 2002, sf. 452; **ARAL**, a.g.e., sf. 326; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 19; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 63; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7451; **ALTAŞ**, 2002, sf. 43, 49; **HAVUTÇU**, a.g.e., sf. 5; **AKINTÜRK**, a.g.e., sf. 255; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 11; Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

Esasen borç ilişkilerinde kural, hukuki sonuçlarını taraflar arasında doğurması ve üçüncü şahısların sözleşmeye müdahalelerinin mümkün merteye olmamasıdır. Bir başka anlatımla, kural olarak, bir borç ilişkisi kimler arasında meydana gelmişse, alacaklı ve borçlu sıfatları da onlara ait olacak ve borçlu, kime karşı ifa yükümü altına girmişse alacak hakkı o kişiye ait bulunacaktır.

Fakat yukarıda anılan şekilde ortaya çıkan ticari ve ekonomik gereklilikler ile özellikle kredi-finansman ihtiyaçları, tarafların işbu kuralın dışına çıkması sonucunu doğuran uygulamaları benimsemelerine yol açmıştır. Uygulamanın bu durumu da, söz konusu kurala bazı istisnalar getirilmesini zorunlu kılmıştır. İşte alacağın devri de bu ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁴⁶⁶.

İnşaat sözleşmesi taraflarının özellikle arsa paylarını sattıkları ve fakat esasen alacağın devri niteliğinde olan bu hukuki işlemlerini, biz çalışmamızın bu bölümünde ele alacağız. Bu bölümde genel olarak konuyu ikiye ayırarak; önce müteahhidin alacağını devretmesi ve devamında ise iş sahibinin alacağını üçüncü kişilere devretmesi durumunu inceleyeceğiz. Ayrıca bu ikili ayrımı; tarafların alacak çeşitlerine (bir miktar para, bir kısım arsa payından oluşan taşınmaz mülkiyetinin nakli vs. gibi) göre alt bölümlere ayırarak incelemenin de doğru bir yöntem olacağı kanaati ile, çalışmamın bu bölümünü söz konusu sistem ile düzenlemiş bulunuyoruz.

B) MÜTEAHHİDİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ALACAĞI

I) Genel Olarak

İnşaat sözleşmesi ile asıl olarak müteahhit, bir yapı eseri meydana getirmeyi ve bunu iş sahibine teslim etmeyi; iş sahibi ise meydana getirilen yapı eserine karşılık bir ücret ödemeyi borçlanmaktadır. Görüldüğü gibi; inşaat sözleşmesi ile tarafların her ikisi de borç altına girmektedir. Zira sözleşmenin amacını da, söz

⁴⁶⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 317; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 542; **FRANKO**, a.g.e., sf. 177; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4367; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88

konusu edimlerin birbirleri ile değişimi oluşturmaktadır. Söz konusu bu borçlar, her iki tarafın asli edimini oluşturmakta ve tarafların asli edimleri ise inşaat sözleşmesinin esaslı unsurlarını meydana getirmektedir. Bu itibarla; inşaat sözleşmesi niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen ve ivazlı bir sözleşmedir⁴⁶⁷.

İř sahibinin istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesinden kaynaklanan asli borcu, meydana getirilecek eser karşılığı olarak müteahhide ücret (karşılık, karşılık bedel) ödeme borcudur. İşte iř sahibinin bu en önemli ve öncelikli borcu, müteahhit ačiusından bakıldığında ise bu sözleşmeden doğan asıl alacağını oluşturmaktadır. Yani; müteahhidin inşaat sözleşmesi dolayısıyla iř sahibinden olan asli ve en önemli alacağı, meydana getirdiği yapı eserinin sözleşme ilişkisi ile karşılığını oluşturan “ücret”tir⁴⁶⁸.

Taraflar, meydana getirilecek yapı eseri karşılığında ücret ödeneceğine dair açıkça anlaşabilecekleri gibi örtülü olarak da anlaşmaya varabilirler. Hatta inşaatın, hal ve şartlar ile hayatın olağan seyrine göre yalnızca ücret karşılığı meydana getirilebileceğinin; yani karşılığın varlığının tabii sayılacağı durumlarda ücret ödenmesi örtülü olarak kararlaştırılmış sayılır. Genellikle meslek sahipleri ile zanaatkârların gördükleri işlerin ücret karşılığı olduğu söylenebilir⁴⁶⁹.

Taraflarca, meydana getirilecek inşaat karşılığında ücret ödeneceğinin açık ya da örtülü olarak kararlaştırılmış olması yeterli ve gereklidir. Yoksa ücretin şekil ve miktarının da açıkça tayin edilmiş olmasına lüzum yoktur. Hatta ücret ödeneceği kararlaştırılmasının yanı sıra, ücret miktarının belirlenebilir kılınmış olmasına dahi gerek yoktur. Ücret miktarının belirlenmemiş olduğu inşaat sözleşmelerinde; hâkim,

⁴⁶⁷ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81; **EREN**, 1996 a, sf. 51; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 119; **OLGAÇ**, 1967, sf. 449; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 2; **YAVUZ**, 2002, sf. 452; **ARAL**, a.g.e., sf. 326; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 19; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 63; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7451; **ALTAŞ**, 2002, sf. 43, 49; **HAVUTÇU**, a.g.e., sf. 5; **AKINTÜRK**, a.g.e., sf. 255; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 11; Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

⁴⁶⁸ **EREN**, 1996 a, sf. 56; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 14; **OLGAÇ**, 1967, sf. 448; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 23; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 24; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7454; **KARAHASAN**, 2002, sf. 68; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 23; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 321; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 125; **ALTAŞ**, 2002, sf. 43; **AKINTÜRK**, a.g.e., sf. 256; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 11; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 304; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 956; **DUMAN**, a.g.e., sf. 29

⁴⁶⁹ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 14; **OLGAÇ**, 1967, sf. 448; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 24; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 70; **ALTAŞ**, 2002, sf. 44; **DAYINLARLI**, a.g.e., sf. 11; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 956

BK. md. 366 hükmü uyarınca ücreti belirleyecektir⁴⁷⁰. Gerçekten de BK. md. 366'ya göre; “evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir”. Madde hükmü ile ücretin, inşaatın kıymetine ve müteahhidin inşaat giderlerine göre saptanabileceği belirtilmektedir. Bu itibarla; ücretin “miktarının” ise sözleşmenin asli unsuru olmadığı açıkça anlaşılmaktadır⁴⁷¹.

Tarafların inşaat sözleşmesi ile ücreti kararlaştırdığı durumlarda; ücret, bir miktar para olarak belirlenebilir. Bu miktarın hesaplanmasında götürü, yaklaşık ücret gibi değişik hesap şekillerinin kabul edilmesi mümkündür⁴⁷². İnşaat için maktu bir miktar belirlenebileceği gibi; inşaatın çeşitli işleri için ayrı ayrı da ücret belirlenebilir. Bunların yanı sıra ücretin, değeri belli eden birimlere göre de kararlaştırılması mümkündür. Örneğin; çalışılan gün sayısına veya çalışma saatlerine göre hesap edilmesi ya da yapılan hafriyatın metreküp üzerinden ücretlendirilmesi böyledir⁴⁷³.

Diğer taraftan; tarafların ücreti mutlaka ve yalnızca para olarak belirleyebilecekleri gibi bir zorunluluk ise bulunmamaktadır. Ücret bir miktar para olarak belirlenebileceği gibi, taraflarca başka şekillerde de ödenebileceği kararlaştırılabilir. Bu sebeple; karşı edimi mülkiyetin nakli, hizmet, kira veya başka bir eserin meydana getirilmesi gibi edimler de oluşturabilir⁴⁷⁴. Gerçekten de özellikle

⁴⁷⁰ BAYGIN, a.g.e., sf. 15; OLGAC, 1967, sf. 448; DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 26; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; YAVUZ, 2002, sf. 486; KAPLAN, a.g.e., sf. 128; ALTAŞ, 2002, sf. 45; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, a.g.e., sf. 12; ÖNEN, a.g.e., sf. 303; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁴⁷¹ “Şu durumda, iş bedelinin... kararlaştırılmamış veya takribi surette kararlaştırılmış olduğunun kabulü gerekir ve bu hallerde artık iş bedeli yapılan işin değeri ve yüklenicinin masrafına göre belirlenmelidir” Yarg. HGK. 30.10.2002 t., 15-794 E., 859 K. (MEYDAN/YAPAL, a.g.e., sf. 505 vd.); “Sözleşmelerinde işin bedeli kararlaştırılmadığına göre, BK. 366. madde hükmü gereğince, işin yapıldığı tarihteki rayiç bedellere göre istihkakın saptanması gerekir” Yarg. 15. HD. 08.03.1990 t., 3781 E., 1057 K. (UYGUR, 2003 b, sf. 7468)

⁴⁷² OLGAC, 1967, sf. 449; EREN, 1996 a, sf. 57; DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 27; KARAHASAN, 1997 a, sf. 70; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; KAPLAN, a.g.e., sf. 127; ALTAŞ, 2002, sf. 44; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956; KARTAL, Blm. 1, sf. 99

⁴⁷³ BAYGIN, a.g.e., sf. 15; OLGAC, 1967, sf. 449; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 27; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; KAPLAN, a.g.e., sf. 129 vd.; ALTAŞ, 2002, sf. 44; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁴⁷⁴ BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 2; DAYINLARLI, a.g.e., sf. 13; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; TUNÇOMAĞ, 1977,

meydana getirilen yapı eserine karşılık ücret olarak mülkiyetin nakli borcu altına girilen sözleşmelere uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak ifade edilen bu sözleşmelerde; meydana getirilen yapı eseri karşılığında ücret olarak, üzerinde inşaat yapılan arsanın bir kısım arsa payının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi taraflarca kararlaştırılmaktadır⁴⁷⁵.

Sonuç olarak; taraflarca üzerinde anlaşılan ücret çeşidi ne olursa olsun müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağı, meydana getirdiği yapı eserinin karşılığını oluşturan, “ücret”tir.

II) Müteahhidin Alacağının Niteliği

Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha çok asli hakkı, yan ve tali hakları doğuran hukuki ilişkidir. Borç ilişkisi gereğince taraflardan biri (borçlu) bir edimi yerine getirmek borcu altına girerken; diğer taraf (alacaklı) ise borçlunun borcu ifa etmesini istemek hakkına sahip olur. İşte borçludan edimin talep edilmesini sağlayan bu hak, alacak hakkıdır. Bu itibarla; bir borç ilişkisi nedeniyle doğan asli hak alacak hakkıdır⁴⁷⁶.

Alacak hakkı, sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Yani borç konusu edimin ifası yalnız borçludan talep edilebilir. Diğer bir ifade ile; alacak hakkı borçlu dışında

sf. 957; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 99; **YAVUZ**, 2002, sf. 450; **SELİÇİ**, 1978, sf. 7 **OLGAÇ**, 1977, sf. 887

⁴⁷⁵ **TANDOĞAN**, 1987, sf. 28; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 23; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 71; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 4; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 16; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 142; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 25; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 623; **SELİÇİ**, 1978, sf. 8; **YAVUZ**, 2002, sf. 451; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7447; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 13; **ERMAN**, a.g.e., sf. 511; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 99; Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981–1990, C. 6, sf. 503); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. HGK. 06.06.1979 t., 190 E., 799 K. (**UYGUR**, 2003 b, sf. 7468); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (**DALAMANLI**, a.g.e., sf. 95); Yarg. 15. HD. 11.03.1977 t., 468 E., 625 K.; Yarg. 15. HD. 08.04.1977 t., 470 E., 837 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1140, 1155)

⁴⁷⁶ **EREN**, 2003, sf. 24, 44; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 12 vd.; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 29; **İNAL**, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2004, sf. 5; **ŞENYÜZ**, Doğan, Borçlar Hukuku, Bursa, 2005, sf. 4; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul, 1961, sf. 19, 21

bir kişiye karşı ileri sürülemez. İşte böylesi sınırlı ve belirli kişiler arasında söz konusu olduğu için, alacak hakkı, nisbi (kişisel) bir haktır⁴⁷⁷.

İnşaat sözleşmesi ile sözleşmenin tarafları, yani müteahhit ve iş sahibi arasında bir borç ilişkisi kurulur. Sözleşme ile müteahhit bir yapı eseri meydana getirmeyi ve bunu iş sahibine teslim etmeyi; iş sahibi ise ücret ödemeyi borçlanmaktadır. Yani; müteahhidin bu borç ilişkisinden doğan alacağı, ücret ve asli hakkı ise, ücreti talep hakkıdır. Müteahhit ücretin ödenmesini sadece iş sahibinden isteyebilir. Bu itibarla; müteahhit alacağını herkese karşı değil, yalnızca iş sahibine karşı ileri sürebilir. Bu sebeplerle; müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan ücret alacağı müteahhit açısından nisbi bir haktır⁴⁷⁸.

III) Müteahhidin Alacağının (Ücretin) Çeşitleri

a. Genel Olarak

Müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağı ücrettir. Bu itibarla; müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan ve üçüncü kişilere geçireceği alacağı da ücret oluşturmaktadır. İşte müteahhidin alacağı ise görüleceği üzere kimi zaman para alacağı kimi zaman ise taşınmaz mülkiyetinin nakli veya başkaca şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu alacağın ne çeşit bir alacak olduğu ise ayrıca önemlidir. Zira, müteahhidin alacağını üçüncü kişilere geçirmesi durumunda yapılan hukuki işlemin niteliği ve geçerlilik şekli alacağın çeşidine göre belirlenebilecektir.

⁴⁷⁷ EREN, 2003, sf. 49; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 16; İNAL, a.g.e., sf. 6; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 30; ŞENYÜZ, a.g.e., sf. 5; TUNÇOMAĞ, 1961, sf. 25; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; TUHR, a.g.e., sf. 6, 15; EREN, 2003, sf. 1180; FRANKO, a.g.e., sf. 180

⁴⁷⁸ BAYGIN, a.g.e., sf. 144; YAVUZ, 2002, sf. 514, 519; KARAHASAN, 1997 a, sf. 674; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; DUMAN, a.g.e., sf. 235; "... inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır" Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14-420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1191, 1198); Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (BAYGIN, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3-9 E., 9 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (YAVUZ, 2002, sf. 514)

b. Ücretin Sözleşme İle Belirlenmiş Olması

1. Ücretin Bir Miktar Para Olarak Belirlenmesi

Taraflar arasında kurulan inşaat sözleşmesi ile iş sahibinin borcunun, diğer bir ifade ile müteahhidin sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacağına bir miktar para olarak belirlenmesi mümkündür⁴⁷⁹. Uygulamada da tarafların ücret olarak bir miktar para üzerinde anlaşmaları yaygın olarak görülmektedir. Bu şekilde kurulan inşaat sözleşmelerinde müteahhit, sözleşmeye konu yapı eserini meydana getirerek iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. İş sahibi ise, meydana getirilen yapı eserine karşılık olarak sözleşme ile taraflarca kararlaştırılan bir miktar parayı ödemeyi taahhüt etmektedir. Yani müteahhidin alacağı, taraflarca anlaşmaya varıldığı üzere bir miktar paradır.

İnşaat sözleşmesinde taraflar, ücreti başlıca iki şekilde hesaplayabilirler. Bunlar *götürü (sabit)* ve *yaklaşık* ücrettir. Götürü ücret, meydana getirilecek eser karşılığında ödenecek ücretin önceden kesin olarak belirlenmesidir. Yani taraflar, sözleşme ile eserin meydana getirilip teslimi için maktu bir ücret belirlemektedirler. Diğer bir deyişle bu şekilde belirlenen ücret, inşaatın meydana getirilerek tamamlanması için gereken tüm masraflar ile müteahhidin kâr payını da içermektedir. Bu hesaplama şekli ile taraflar, inşaatın tamamı için tek bir ücret belirleyebilecekleri gibi; eserin meydana getirilmesi için gerekli birimler için sabit bir bedel de belirleyebilirler. İnşaatın metrekaresine göre önceden belirli bir ücretin tayini böyledir⁴⁸⁰.

Götürü ücrette kural olarak, müteahhit sonradan ücretin artırılmasını talep edemez; inşaatı başta belirlenen maktu ücret ile tamamlayıp teslim etme borcu altına

⁴⁷⁹ **OLGAÇ**, 1967, sf. 449; **EREN**, 1996 a, sf. 57; **DUMAN**, a.g.e., sf. 29; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 23; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 27; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 70; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7454; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 127; **ALTAŞ**, 2002, sf. 44; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 956

⁴⁸⁰ **ARAL**, a.g.e., sf. 383; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 27, 32 vd.; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 321; **YAVUZ**, 2002, sf. 487; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 234; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 30 vd.; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 129; **AKINTÜRK**, a.g.e., sf. 256; **DAYINLARLI**, a.g.e., sf. 87; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 306; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 1053; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 46

girmiştir⁴⁸¹. Gerçekten de; BK. md. 365 f. 1'e göre; ücretin götürü usulle belirlendiği inşaat sözleşmesinde, yapı eserinin meydana getirilmesi önceden tahmin edilerek kararlaştırılan ücretten daha fazla masraf gerektirse dahi müteahhit ücretin artırılmasını isteyemez. Ancak bu ücret normal şartlar göz önünde bulundurularak hesaplanmış olup; BK. md. 365 f. 2 hükmü uyarınca sonradan ortaya çıkan ve başta öngörüleemeyen hallerin ortaya çıkması ve bu sebeplerle sözleşmenin ifa edilmesi aşırı derecede zorlaşmış yahut engellenmiş olursa, müteahhit ücretin uyarılma yolu ile artırılmasını ya da sözleşmenin feshini isteyebilir. Müteahhidin bu yönde istemde bulunabilmesi ise; bu durumun ortaya çıkmasının müteahhitten kaynaklanmıyor olmasına bağlıdır. Ayrıca bu kural emredici nitelikte olmayıp; taraflarca, TMK. md. 23 hükmüne uygun olarak aksi kararlaştırılabilir⁴⁸².

İş sahibi açısından ise, BK. md. 365 f. 3 uyarınca uyarılma istemi söz konusu değildir. İş sahibi önceden belirlenmiş olan ücreti tamamen ödemek zorundadır. Yani inşaat tahmin edilerek belirlenen ücretten daha az masrafla meydana getirilse bile, iş sahibi ücrette indirim isteyemez. Zaten iş ve ticaret hayatında; inşaat masrafları ile belirlenen ücret arasında ortaya çıkan fark müteahhidin ticari kazancını oluşturmaktadır⁴⁸³. Ancak bu hükmün emredici nitelikte olmaması sebebiyle; taraflar işçilik ücretleri ya da malzeme fiyatlarının yükselmesi gibi sebeplerle inşaat masraflarının artması ya da aksi durumlarda iş sahibi lehine götürü ücretin değiştirilebileceği şeklinde anlaşabilirler⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ ARAL, a.g.e., sf. 383; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 33; OLGAÇ, 1977, sf. 964; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; YAVUZ, 2002, sf. 487; TANDOĞAN, 1987, sf. 235; BAYGIN, a.g.e., sf. 31; KAPLAN, a.g.e., sf. 130; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, a.g.e., sf. 87; ÖNEN, a.g.e., sf. 306; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1056; AYAZLI, a.g.e., sf. 46; AKYAZAN, Sıtkı, "Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme", BATİDER., C. 7, S. 2, Ankara, Aralık 1973, sf. 292

⁴⁸² ARAL, a.g.e., sf. 386; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 38; OLGAÇ, 1977, sf. 968; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 321; KAPLAN, a.g.e., sf. 131; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1060; AYAZLI, a.g.e., sf. 46; AKYAZAN, a.g.e., sf. 295, 310 (Yazar; burada yapılacak bir feragati TMK. md. 23 ile değil, iyiniyet kurallarıyla sınırlandırmaktadır); Yarg. HGK. 16.01.1963 t., 28/T E., 2 K. (OLGAÇ, 1977, sf. 981)

⁴⁸³ Malzeme ve işçilik fiyatlarına müteahhit kârının da dâhil olduğu hakkında bkz. Yarg. 15. HD. 15.10.1973 t., 94 E., 168 K. (TANDOĞAN, 1987, sf. 234 dip not: 1)

⁴⁸⁴ TANDOĞAN, 1987, sf. 238; ARAL, a.g.e., sf. 386; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 38; OLGAÇ, 1977, sf. 968; BAYGIN, a.g.e., sf. 32; KAPLAN, a.g.e., sf. 131

Yaklaşık ücret; belli sınırlar içerisinde belirlenmiş, ancak tam ve kesin olarak kararlaştırılmamış ücrettir. Yani yaklaşık ücrette, önceden kararlaştırılmış veya sözleşmenin yorumundan çıkartılan alt ve üst sınırlar vardır. Bu halde, inşaatın maliyeti az ve ya çok olsa bile iş sahibi belirlenen alt ve üst sınırlar arasında ücret ödemekle yükümlüdür. Bu sınırlar içerisinde ne kadar bir miktarın ücret olarak ödeneceği ise, BK. md. 366 uyarınca eserin kıymetine ve müteahhidin masraflarına göre belirlenecektir⁴⁸⁵. Ancak belirtmek gerekir ki; inşaat sözleşmesinin ekonomik olarak iş sahibi için büyük önemi bulunması dolayısı ile özellikle özel kesime ait veya çok büyük kapsamlı olmayan inşaat işlerinde genellikle ücretin başlangıçtan itibaren kesin olarak belirlendiği ve yaklaşık ücret üzerinden anlaşma yapılmadığı görülmektedir⁴⁸⁶.

Sözleşme ile ücretin bir miktar para olarak belirlenmesi durumunda, söz konusu ücretin hesap şeklinin bir önemi bulunmamaktadır. Herhalde müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağı, bir miktar paradan ibarettir. Diğer bir ifade ile müteahhit, iş sahibinden ancak sözleşme ile belirlenmiş miktarda paranın ödenmesini talep edebilir.

2. Ücretin Bir Kısım Arsa Payı Mülkiyetinin Nakli Olarak Belirlenmesi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi)

İnşaat sözleşmesinde tarafların, ücreti bir kısım arsa payı mülkiyetinin nakli olarak kararlaştırdığı durumlarda söz konusu sözleşme, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak ifade edilmektedir. Gerçekten de; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaat sözleşmesinin iş sahibinin borçlu olduğu edime göre adlandırılmış olduğu bir türüdür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; müteahhidin, iş sahibinin (arsa maliki) arsası üzerine bağımsız bölümler yapmak suretiyle inşaat yapım işini

⁴⁸⁵ ARAL, a.g.e., sf. 388; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 48; TANDOĞAN, 1987, sf. 281; BAYGIN, a.g.e., sf. 41; DAYINLARLI, a.g.e., sf. 12

⁴⁸⁶ BAYGIN, a.g.e., sf. 31

üstlendiği ve arsa malikinin ise, ücret olarak bir kısım arsa payının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetini müteahhide geçirmeyi vaad ettiği sözleşmedir⁴⁸⁷.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) md. 1' göre; tamamlanmış bir yapı eserinin başlı başına kullanılmaya elverişli bölümleri üzerinde, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir. Yapının inşası aşamasında yahut henüz inşaata yapımına başlanmadan, inşaatın tamamlanması üzerine geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere irtifak hakları kurulabileceği de aynı maddede düzenlenmiştir.

Yapının bağımsız mülkiyet hakkı kurulabilen başlı başına kullanılmaya elverişli olan bölümlerine, *bağımsız bölüm* ve söz konusu bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına ise *kat mülkiyeti* denilir (KMK. md. 2). Kat mülkiyeti, arsa payı ile bağlantılı özel bir mülkiyet olup; her bir bağımsız bölüme arsa üzerinde belli bir payın bağlanması zorunludur (KMK. md. 3 f. 1, 2; md. 5 f. 2)⁴⁸⁸.

KMK. md. 13 f. 2 hükmüne göre; kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm taşınmaz niteliği kazanır.

Yargıtay; 1978 tarihli bir İBK. ile kat mülkiyeti ve kat irtifakı satış vadedine ilişkin olarak, 634 sayılı KMK.'nin yürürlüğe girmesinden sonra, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız, eş deyişle arsa payı belirlenmiş veya belirlenmemiş olarak kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli olarak yapılabileceğine karar vermiştir⁴⁸⁹. Diğer bir deyişle; henüz kat mülkiyeti ya

⁴⁸⁷ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 142; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 25; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 623; **SELİÇİ**, 1978, sf. 8; **YAVUZ**, 2002, sf. 504; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7447; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 13; **ERMAN**, a.g.e., sf. 511; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 98; **KOSTAKOĞLU**, 1984, sf. 928; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 43; Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981–1990, C. 6, sf. 503); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. HGK. 06.06.1979 t., 190 E., 799 K. (**UYGUR**, 2003 b, sf. 7468); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (**DALAMANLI**, a.g.e., sf. 95); Yarg. 15. HD. 11.03.1977 t., 468 E., 625 K.; Yarg. 15. HD. 08.04.1977 t., 470 E., 837 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1140, 1155)

⁴⁸⁸ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 392; **KARTAL**, Blm. 3, sf. 554

⁴⁸⁹ Yarg. İBK. 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1578)

da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin satış vaadi sözleşmeleri geçerli olarak yapılabilir⁴⁹⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin edimi yine bir yapı eserinin meydana getirilerek teslim edilmesidir. Ancak meydana getirilen inşaatın karşılığında ücret olarak, bir kısım arsa payının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi taahhüt edilmektedir. Bir kısım arsa payının mülkiyetinin müteahhide geçirileceği taşınmaz; inşaat sözleşmesinin konusunu teşkil eden yapı eserinin üzerine inşa edildiği arsadır. İş sahibi ile müteahhit arasında kurulan bir inşaat sözleşmesi ile müteahhidin iş sahibine ait söz konusu arsa üzerinde yirmi adet bağımsız bölümden oluşan bir bina yapmayı üstlendiği ve iş sahibinin ise meydana getirilecek binadaki yirmi bağımsız bölümden on tanesinin mülkiyetini müteahhide geçirmeyi taahhüt ettiği sözleşme, tipik bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi örneğidir.

Yukarıda açıklandığı üzere; bu sözleşme ile iş sahibinin borcu, sözleşmede belirli bir kısım arsa payının mülkiyetini müteahhide geçirmektir. Genel olarak burada yapılan işlem taşınmaz satım vadinin esaslı unsurlarını taşımaktadır. Zira iş sahibi; yapı eserinin meydana getirilmesi üzerine, sözleşme ile belirlenmiş arsa aylarının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetini müteahhide geçirmeyi taahhüt etmektedir. Yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin alacak hakkının kapsamını, iş sahibinin mülkiyetini müteahhide geçirmeyi taahhüt ettiği bir kısım arsa payı ve bunların mülkiyetinin kendi adına geçirilmesini talep hakkı oluşturmaktadır. Bu itibarla; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz mülkiyetinin nakline yönelik sözleşmedir. Müteahhidin alacağı, sözleşme ile belirlenmiş bulunan taşınmaz mülkiyetinin iş sahibi tarafından kendi adına devir ve ferağı ile kendi adına tescilini taleptir⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ TANDOĞAN, 1987, sf. 247; KARAHASAN, 1997 a, sf. 660; DALAMANLI, a.g.e., sf. 100; KARTAL, Blm. 1, sf. 100

⁴⁹¹ YAVUZ, 2002, sf. 509; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 258; EREN, 1996 a, sf. 57; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; KARAHASAN, 1997 a, sf. 633; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; SELİÇİ, 1978, sf. 11, 14; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 29; TANDOĞAN, 1988, sf. 243; ARAL, a.g.e., sf. 335; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 324; YAVUZ, 2002, sf. 512; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 6; KAPLAN, a.g.e., sf. 123; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 16, 960; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 62; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; KOSTAKOĞLU, 1984, sf. 928; AYAZLI, a.g.e., sf. 47, 48; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; "... (kat karşılığı inşaat) sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin adına tescilini isteme hakkını kazanır. Bu, şahsi haktır." Yarg. 14. HD.

Müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan hakkı nisbi hak niteliğindedir. Müteahhidin alacağıın bu niteliği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de bir fark göstermez⁴⁹². Ancak bu sözleşmeyi genel olarak inşaat sözleşmelerinden ayıran bir özelliği bulunmaktadır. Şöyle ki; müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bu kişisel hakkı TMK. md. 1009 hükmü uyarınca tapu kütüğüne şerh edilebilir. Tapu kütüğüne yapılan şerh ise eşyaya bağlı borç doğurur ve şerh edilen hakkı, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir hale getirir. Yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerh edilmiş olması durumunda, müteahhit tapuda devir ve ferağ ile taşınmazın adına tescilini taşınmazın sonraki maliklerinden dahi talep edebilir⁴⁹³.

Mülkiyeti müteahhide geçirilecek arsa payının miktarının veya bağımsız bölümlerin, taraflarca sözleşmenin kurulması sırasında kesin ve net olarak tayin edilmesi sebebiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde götürü ücret söz konusudur. Örneğin; yapı eserinin meydana getirilerek iş sahibine teslimi karşılığında ücret olarak, arsanın 100/300 payının veya inşa edilecek yirmi bağımsız bölümden on adedinin mülkiyetinin müteahhide geçirileceği yönündeki sözleşmeler böyle götürü ücret üzerinde anlaşılmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini

06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (**BALKIZ**, a.g.e., sf. 17); “Yüklenici ile mal sahibi arasında noterden resmi şekilde yapılmış bir inşaat sözleşmesi vardır. Bu inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici edimlerini arsa sahibine karşı yerine getirirse ondan sözleşmeye göre kendisine düşen dairelerin adına tescilini istemek hakkını kazanır” Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 15. HD. 24.01.1994 t., 93/1676 E., 94/259 K.; Yarg. 15. HD. 09.12.1997 t., 4431 E., 5308 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 1070, 1089)

⁴⁹² **BAYGIN**, a.g.e., sf. 144; **YAVUZ**, 2002, sf. 514, 519; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 674; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14–420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14–508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1191, 1198); Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3–9 E., 9 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (**YAVUZ**, 2002, sf. 514)

⁴⁹³ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 23, 169; **ÜNAL**, a.g.e., sf. 231; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 218; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 84; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 383 vd.; **EREN**, 2003, sf. 277; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 252, 253; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108, 109; **KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C. 2, İstanbul, 2002 b, sf. 639; Yarg. 14. HD. 03.10. 188 t., 2986 E., 6164 K.; Yarg. 14. HD. 21.12.1976 t., 5623 E., 6312 K. (**KARAHASAN**, 2002 b, sf. 640); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1024)

oluştururlar. Bu sebeple; götürü ücretin kural olarak değişmezliği ve istisnai olarak ücretin uyarlanması talebi ile ilgili olarak daha önce detaylı olarak arz ve izah edilen açıklamalar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından da geçerlidir⁴⁹⁴.

Ancak mülkiyeti müteahhide geçirilecek bağımsız bölümler üzerinde anlaşmaya varılmasının yanında, söz konusu bağımsız bölümlere düşen arsa payı oranlarının sözleşme ile belirlenmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Zira; bağımsız bölümlere düşen arsa payı oranları bilirkişi incelemesine göre belirlenebilecektir⁴⁹⁵.

Diğer taraftan; BK. md. 366 hükmüne göre taraflarca tam ve kesin olarak belirlenmemiş ücretin miktarı, meydana getirilen eserin kıymetine ve müteahhidin masraflarına göre belirlenecektir⁴⁹⁶. Bu itibarla ilk bakışta; mülkiyeti müteahhide geçirilecek olan bağımsız bölümlerin hangileri olduğunun veya kaç adet bağımsız bölümün müteahhide geçirileceğinin sözleşme ile net bir şekilde belirlenmeyebileceği mümkün gibi gözükmektedir. Ancak; bu sözleşme ile müteahhit bir yapı eseri meydana getirmeyi taahhüt ederken, iş sahibi ise bir kısım arsa payı mülkiyetinin naklini üstlenmektedir. Müteahhidin yapı eseri meydana getirme edimi, istisna sözleşmesinin asli edimidir. Fakat iş sahibinin edimi bir diğer tipik sözleşmenin karakteristik asli ediminden oluşmaktadır. İş sahibinin mülkiyeti nakil edimi; sözleşmenin şartlarına ve ifa zamanına göre taşınmaz satımı veya taşınmaz satım vaaadinin unsurlarındandır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile

⁴⁹⁴ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 143, 144; **YAVUZ**, 2002, sf. 519; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 951; **ÖZ**, a.g.e., sf. 70; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 46; “Eser sözleşmesinde; arsa sahibi, yükleniciye, arsadaki tapu payını devretmeyi; yüklenici de, buna karşılık, daireler vermeyi kararlaştırmışlarsa arsa payı olarak ödenen bedel götürüdür” Yarg. 15. HD. 01.02.1994 t., 93/1084 E., 94/472 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 143)

⁴⁹⁵ **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 956; **KARTAL**, Blm. 3, sf. 557; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 101 “Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişi görüşünden yararlanmak yoluyla belirlenmesi her zaman mümkün bulunduğundan, bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olması da sözleşmenin geçerliliğine engel değildir” Yarg. İBK 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1587)

⁴⁹⁶ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 15; **OLGAÇ**, 1967, sf. 448; **DUMAN**, a.g.e., sf. 29; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 23; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 26; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7454; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 321; **YAVUZ**, 2002, sf. 486; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 128; **ALTAŞ**, 2002, sf. 45; **AKINTÜRK**, a.g.e., sf. 256; **DAYINLARLI**, a.g.e., sf. 12; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 303; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 956; “Şu durumda, iş bedelinin... kararlaştırılmamış veya takribi surette kararlaştırılmış olduğunun kabulü gerekir ve bu hallerde artık iş bedeli yapılan işin değeri ve yüklenicinin masrafına göre belirlenmelidir” Yarg. HGK. 30.10.2002 t., 15–794 E., 859 K. (**MEYDAN/YAPAL**, a.g.e., sf. 505 vd.); “Sözleşmelerinde işin bedeli kararlaştırılmadığına göre, BK. 366. madde hükmü gereğince, iş yapıldığı tarihteki rayiç bedellere göre istihkakın saptanması gerekir” Yarg. 15. HD. 08.03.1990 t., 3781 E., 1057 K. (**UYGUR**, 2003 b, sf. 7468)

istisna sözleşmesi ve taşınmaz satımının veya satım vaadinin asli unsurları, yani iki bağımsız sözleşme kendilerine özgü nitelikleri koruyarak ortak bir amaçla bir araya gelmektedir. Diğer bir deyişle bu sözleşme, iki farklı sözleşmeye ait unsurları mahiyetinde bulundurmaktadır. Böylesine kanunun başka başka sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmesi ile meydana getirilen sözleşmelere “karma (karışık muhtevalı) sözleşme” denilir⁴⁹⁷. Taraflardan birinin edimini tipik bir sözleşmeye özgü edimin ve diğer tarafın edimini ise bir başka tipik sözleşmeye ait edimin oluşturduğu ve bunların birbirine denk ve asli edimleri niteliğinde olduğu sözleşmeler ise “çift tipli karma sözleşmeleri” meydana getirir⁴⁹⁸. Bu sebeple; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi “*çift tipli karma sözleşme*” niteliğindedir⁴⁹⁹.

Yargıtay da kararlarında istikrarlı olarak, arsa payı inşaat sözleşmesinin bu niteliğini kabul etmektedir. Yargıtay HGK. Kararına göre; “Görülüyor ki, davalının edimi istisna sözleşmesinin; davacının karşı edimi ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece, taraflar arasında, arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır”⁵⁰⁰. Yargıtay 15. HD’ nin bir kararında da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için; “eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir *karma sözleşme* tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç

⁴⁹⁷ TANDOĞAN, 1988, sf. 12; KARAHASAN, 1997 a, sf. 628; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 4; SELİÇİ, 1978, sf. 7; ALTAŞ, 2002, sf. 47; ALTAŞ, 1998, sf. 225; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 14; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 52; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 124; KARTAL, Blm. 1, sf. 112; KOSTAKOĞLU, 1984, sf. 928; AYAZLI, a.g.e., sf. 45

⁴⁹⁸ TANDOĞAN, 1988, sf. 69; FEYZİOĞLU, a.g.e., sf. 567; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 16 (Yazar, bu sözleşmelere karma sözleşmelerin bir türü olarak “ikiz sözleşme” demektedir.); YAVUZ, 2002, sf.507
⁴⁹⁹ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 258; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; UYGUR, 2003 b, sf. 7452; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; SELİÇİ, 1978, sf. 11; KARAHASAN, 1997 a, sf. 628; TANDOĞAN, 1988, sf. 71; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 4; DAYINLARLI, 1988, sf. 13; ERMAN, a.g.e., sf. 511; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 58; ÖZ, a.g.e., sf. 2; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 126; YAVUZ, 2002, sf. 507; KARTAL, Blm. 1, sf. 102, 112; AYAZLI, a.g.e., sf. 45

⁵⁰⁰ Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15–1613 E., 82/565 K. (ERMAN, a.g.e., sf. 507); aynı yönde Yarg. 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K. (TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 19); Yarg. 15. HD. 04.12.1980 t., 1990 E., 2594 K.; Yarg. 15. HD. 12.11.1981 t., 2098 E., 2240 K.; Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E., 1184 K. (ÖZENLİ, a.g.e., sf. 334, 337, 340)

içedir. Biri, ... *inşaat sözleşmesi*; diğeri ise, ... *mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmedir*" denilmektedir⁵⁰¹.

Bu tür karma sözleşmelere ise; her bir edim açısından edimin alındığı sözleşmeye ait kanun hükümleri mahiyetleri itibariyle sözleşme ile bağdaştığı ölçüde uygulanır. Ne var ki; değişik sözleşme tiplerine ait kuralların birbirine ters düşmesi durumunda, karşılıklı çıkarlar dengesine ve sözleşmenin kuruluş amacına göre TMK. md. 1 uyarınca hakkaniyete uygun çözüm yolu seçilecektir⁵⁰². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin edimi; geçerliliği şekle bağlı olmayan istisna sözleşmesinin bir unsuru olan "yapı eseri meydana getirme" borcudur. Açıklanan sebeplerle müteahhidin yapı eseri meydana getirme edimi açısından, bu tür edimi içeren istisna sözleşmesini düzenleyen BK. md. 355 uygulanmalıdır. İş sahibinin edimini ise yapılan inşaatın ücreti olmak üzere, kendisinin maliki olduğu bir kısım arsa paylarının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi oluşturmaktadır. Bu durumda; iş sahibinin arsa payı mülkiyetinin müteahhide devri borcu yönünden ise, taşınmaz mülkiyetinin nakline ve taşınmaz satış vaadine ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁵⁰³.

Taşınmaz mülkiyetinin sözleşme ile naklini düzenleyen TMK. md. 706 f. 1 hükmüne göre; "taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır". Taşınmaz satımında ve satış vaadinde şekli düzenleyen BK. md. 213 hükmü ise; "Gayrimenkul satımı

⁵⁰¹ Yarg. 15. HD. 08.05.1996 t., 1132 E., 2486 K. (**KARATAŞ**, a.g.e., sf. 27) Yarg. 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 628)

⁵⁰² **BAYGIN**, a.g.e., sf. 16; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 72; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7452; **SELİÇİ**, 1978, sf. 11; **ERMAN**, a.g.e., sf. 511; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 16; **FEYZİOĞLU**, 1980, sf. 62; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 124; **KARTAL**, Blm. 2, sf. 330; "Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır" Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15-1613 E., 82/565 K. (**ERMAN**, a.g.e., sf. 507)

⁵⁰³ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 258; **EREN**, 1996 a, sf. 57; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 16; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 633; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7455; **SELİÇİ**, 1978, sf. 11, 14; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 71; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 29; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 243; **ARAL**, a.g.e., sf. 335; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 324; **YAVUZ**, 2002, sf. 512; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 6; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 123; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 15; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 16, 960; **FEYZİOĞLU**, 1980, sf. 62; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 102; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 47; "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; davacının (müteahhidin) yüklendiği eser meydana getirme edimi için, Borçlar Kanununun bu tip sözleşmeyi düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına karşılık davalıların (iş sahibi) pay mülkiyetini geçirme borcu yönünden satıma ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır" Yarg. 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K.; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 628; Aynı yönde Yarg. 15. HD. 12.02.1974 t., 26 E., 111 K. (**SELİÇİ**, 1978, sf. 11)

muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair satım vaadi ve bey’i bilvefa ve istimplâk mukavelesi resmi senede raptedilmedikçe muteber değildir” şeklindedir.

Görüldüğü gibi Medeni Kanun, taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan sözleşmeler için açıkça şekil şartı getirmektedir. Aynı şekilde; Borçlar Kanunu da hem taşınmaz satımı hem de bunun vaadi için açıkça resmi şekil şartı öngörmektedir. Yasa koyucunun amacı açık olup; kural olarak kamusal önemi dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin naklini içeren her türlü sözleşmenin, kanunun açıkça belirttiği haller dışında, her koşulda resmi şekilde yapılması gerekmektedir⁵⁰⁴. Yukarıda arz ve izah edildiği gibi; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin arsa payı mülkiyetinin müteahhide devri borcu yönünden, taşınmaz mülkiyetinin nakline ve taşınmaz satış vaadine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Söz konusu hükümler ise, açıkça bu işlemlerin geçerliğini resmi şekle bağlamıştır. Bu sebeple; inşaat sözleşmesi (istisna sözleşmesi) Borçlar Kanunu’nda geçerlilik yönünden şekil şartına tabi tutulmamış olmasına rağmen, bu sözleşmenin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 257; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 657; **FEYZİOĞLU**, 1980, sf. 89; **YAVUZ**, 2002, sf. 512; **DOĞANAY**, a.g.e., sf. 237; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 102; Anılan hükümlerin yanı sıra; yasa koyucu, taşınmaz bağışının ve bağışlama vaaadinin de resmi şekilde yapılmasını öngörmektedir (BK. md. 237 f. 2 ve md. 238 f. 2). Ayrıca her ne kadar Kadastro Kanunu ile tapu dışı satıma değer verilmiş de olsa; bu Kanun tapu sicillerinin gerçek hak durumuna yani fiili duruma uygun olarak kurulmasını sağlamayı amaçlayan çok özel bir tasfiye kanunu olup, yasa koyucunun taşınmaz mülkiyetinin naklini resmi şekle tabi kılma hedefinden şaptığı şeklinde yorumlanamaz. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 245; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 268); Aynı yönde olmak üzere Yargıtay’ın da tespiti “Kadastro Kanunları TMK’ un öngördüğü biçimde sicil oluşturulmasını hedefleyen, süresi işlevi ile sınırlı geçici, zilyetliğe özel önem ve değer vermek suretiyle tasfiyeyi amaçlayan özel kanunlardır. Bu nedenle Kadastro Kanunlarında TMK. gibi temel kanunlara aykırı düşen hükümlere de yer verilmesi gerekmiştir... Tapu dışı satıma değer verilmemesi halinde tasfiyenin yapılması ve eylemli duruma paralel yasal sicillerin oluşturulması mümkün değildir” şeklindedir. Yarg. HGK. 23.01.2002 t., 01/1–1067 E., 02/20 K. (**MEYDAN/YAPAL**, a.g.e., sf. 23 vd.)

⁵⁰⁵ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 80, 86; **EREN**, 1996 a, sf. 57; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 18; **DUMAN**, a.g.e., sf. 31; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 28; **KOSTAKOĞLU**, 1984, sf. 928; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 29; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7455; **KARAHANAN**, 1997 a, sf. 633; **GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 25; **SELİÇİ**, 1978, sf. 14; **ARAL**, a.g.e., sf. 333; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 324; **YAVUZ**, 2002, sf. 451; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 6; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 123; **ERTEN**, a.g.e., sf. 85; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 15; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 960; **DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1039; **DOĞANAY**, a.g.e., sf. 242; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 102; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 47; “*Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde synallagma ilişkisi, sözleşmenin kurulması anında, edimlerden birisinin geçerli olarak doğmasını engelleyen bir neden, karşı edimin de geçerli olarak doğmasını engeller*” (**ALTAŞ**, 1998, sf. 224); **ERMAN**, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma nitelikte bir sözleşme olduğunu ve kural olarak bu sözleşmeye, tarafların yükledikleri edimlere özgü kuralların doğrudan uygulanacağını kabul etmekle birlikte; sözleşmenin

Geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; mülkiyeti müteahhide geçirilecek bağımsız bölümlerin net ve kesin bir şekilde belirlenmesi hususunda yapılacak resmi sözleşmenin kapsamı önem kazanmaktadır. Taşınmaz mülkiyetini devre yönelik resmi senetlerin, söz konusu sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını kapsaması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile; iş sahibinin mülkiyeti nakil ediminin resmi senette yer alması ve sözleşmenin konusu taşınmazın herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirtilmiş olması zorunludur⁵⁰⁶. Bu itibarla; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından mülkiyeti müteahhide geçirilecek bağımsız bölümlerin hiç veya tam olarak belirlenmeden, örneğin sadece bir kısım denilerek bağımsız bölümlerin naklinin taahhüt edilmesinin -mülkiyeti geçirilecek taşınmazlar belirlenebilir olmadığı için- resmi sözleşmenin zorunlu unsurlarını taşımadığı kanaatindeyiz. Anılan sebeplerle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; taraflarca, ücretin hiç kararlaştırılmaması veya yaklaşık olarak kararlaştırılması söz konusu olamaz⁵⁰⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki; bir taşınmazın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilmesi için tapulu olması şart değildir. Bu sebeple; tapusuz taşınmazlarda tapulu taşınmazlar gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilirler. Önemli olan husus, üzerine inşaat yapılacak arsanın taraflarca anlaşılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli olmasıdır⁵⁰⁸.

resmi şekilde yapılmasının gerekli olmadığını ve resmi şekilde yapılmayan bu tip sözleşmenin *yaklaşık ücretle yapılmış bir istisna sözleşmesi* olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre; bu tip sözleşmede müteahhidin gerçek amacı belirlenen arsa paylarının mülkiyetini almak değil, bunların satımından elde edeceği satış bedelini kazanmaktır. Bu sebeple de, iş sahibinin edimi sözleşmede belirlenen arsa payının parasal değeri olarak kabul edilmeli ve başlangıçta bu değer bilinmeyeceği için de sözleşmenin yaklaşık ücretle yapılmış istisna sözleşmesi olarak geçerli hale getirilmelidir. (ERMAN, a.g.e., sf. 511, 513, 517); Kanımızca, müteahhidin gerçek amacının arsa paylarının mülkiyetini almak değil de bunların satım bedellerini kazanmak olduğu görüşü her durumda ileri sürülebilecek nitelikte mutlak bir genel kural olarak kabul edilemeyeceği gibi; müteahhidin iradesinin bu yönde olduğu var sayılarak sözleşmenin geçerli hale getirilmesinin de hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

⁵⁰⁶ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 259; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 666; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 317; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 119; ZEVLİLER, a.g.e., sf. 52; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 92; TANDOĞAN, 1988, sf. 228, 229; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 253; BALKIZ, a.g.e., sf. 19

⁵⁰⁷ Satışı vaad edilen taşınmazın belirlenebilir olması gerektiği yönünde; Yarg. 14. HD. 01.06.1978 t., 3037 E., 3035 K.; 1. HD. 04.01.1974 t., 4449 E., 3406 K. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 667)

⁵⁰⁸ YAVUZ, 2002, sf. 505; KARTAL, Blm. 1, sf. 99

3. Ücretin Para veya Taşınmaz Mülkiyetinin Nakli Haricinde Bir Edim Olarak Belirlenmesi

İnşaat sözleşmesinin tarafları, ücreti BK. md. 19 hükmü uyarınca serbestçe kararlaştırabilirler. Diğer bir ifade ile; taraflar ücreti bir miktar para olarak veya bir kısım arsa payı mülkiyetinin nakli şeklinde belirleyebilecekleri gibi, bunların dışında kalan bir edim olarak dahi belirleyebilmeleri mümkündür. Bu itibarla; ücret olarak bir hizmetin görülmesi⁵⁰⁹, vekâlet, taşınır veya taşınmaz kirası⁵¹⁰ yahut başka bir eserin meydana getirilmesi gibi edimler belirlenebilir⁵¹¹.

Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki; bir yapının bütünüyle yeni baştan meydana getirilmesi ekonomik olarak değeri büyük bir iştir. Ayrıca müteahhidin genellikle amacı kâr elde ederek parasal bir değer kazanmaktır. Zira günümüzde müteahhit genel olarak bu faaliyetini iş edinmiş kişidir. Bu sebeplerle; inşaat sözleşmesinin bir miktar para veya arsa payı mülkiyetinin nakli haricinde ücrete tabi tutulduğu sözleşmelere rastlamak güçtür. Fakat özellikle ekonomik olarak karşılığını oluşturabileceği, nispeten küçük inşaat işlerinin (yapıya ilave ve değişikliklerin yapılması gibi) bu şekilde ücretlendirilebilmesi de olasıdır.

Meydana getirilen yapı eseri karşılığında olmak üzere; iş sahibinin maliki bulunduğu bir taşınır ya da taşınmazın müteahhide kiraya verilmesi durumu böyle sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Yahut bir İngilizce öğretmeninin, yapılacak inşaat karşılığında müteahhide ders vereceğinin kararlaştırılması halinde de; iş sahibinin borcu para dışında bir edimi oluşturmaktadır. Bu örneklerde ortaya çıkan sözleşme istisna sözleşmesi değil isimsiz birer sözleşmedir. Anılan hallerde

⁵⁰⁹ “Mühendis ile kooperatif arasındaki anlaşma; istisna ve hizmet bağitlarından oluşmuş bir bileşik sözleşme niteliğindedir” Yarg. 10. HD. 22.01.1976 t., 4935 E., 1294 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 971)

⁵¹⁰ “Taraflar arasındaki sözleşme bu hali ile yalnız bir kira sözleşmesi olmayıp istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir” Yarg. 3. HD. 24.02.1987 t., 12595 E., 2236 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 969)

⁵¹¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; YAVUZ, 2002, sf. 450; SELİÇİ, 1978, sf. 7; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; OLGAÇ, 1977, sf. 887; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 2; DAYINLARLI, a.g.e., sf. 13; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 957; KARTAL, Blm. 1, sf. 99

müteahhidin borcu inşaat (istisna) sözleşmesinin bir edimini oluşturmakta iken; iş sahibinin borcu ise kira, hizmet vs. sözleşmelerin unsurlarından oluşmaktadır. Yani bu tip sözleşmeler de iki farklı sözleşmeye ait unsurları mahiyetlerinde barındırmaktadırlar. Bu itibarla; kanunun başka başka sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurları, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getiren böyle sözleşmeler, istisna sözleşmesi değil “karma sözleşmelerdir”⁵¹². Görüldüğü gibi ücreti böyle belirlenen inşaat sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından bir fark bulunmamaktadır. Ancak uygulamada büyük yer tutması, ekonomik açıdan taraflar için önemi ve sıklıkla uyuşmazlıklara sebep olması nedenleriyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bu başlık altında değil, yukarıda ayrıca ele alınmıştır.

Sayılanların yanı sıra; tarafların inşaat sözleşmesinin ücreti olarak bir başka eserin meydana getirilmesini kararlaştırmaları da mümkündür. Bu durumda; sözleşmenin her iki tarafının da borcunu bir eserin meydana getirilmesi oluşturmaktadır. Tabi ki inşaat sözleşmeleri açısından taraflardan en az birinin borcunu bir yapı eserinin meydana getirilmesinin oluşturması gerekmektedir. Bu yapı eserine karşılık olarak belirlenen ücretin ise taşınmaz inşaat yahut taşınır her hangi bir eşya olmasının sözleşmenin niteliği bakımından önemi bulunmamaktadır. Herhalde; meydana getirilen iki eserin değişimi söz konusudur. Bu tarz bir değişim Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte; taraf edimlerinin istisna sözleşmesinin unsurlarından oluştuğu açıktır. Şöyle ki, tarafların edimleri kendi faaliyetleri dışında meydana gelmiş eşyaların satımı, değişimi değil; taraflarca meydana getirilecek eserlerin değişimidir. Bu noktada tarafların edimlerinin ağırlıklı özelliğini “meydana getirme” unsuru oluşturmaktadır ki; bu unsur istisna sözleşmesinin en önemli ve belirleyici özelliğidir. Bu sebeple; esere karşı eserin değişiminin öngörüldüğü sözleşmelere trampa hükümleri değil, doğrudan ve bütünüyle istisna sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır⁵¹³.

⁵¹² BAYGIN, a.g.e., sf. 16; YAVUZ, 2002, sf. 450; ÖZ, a.g.e., sf. 2; DUMAN, a.g.e., sf. 30; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; SELİÇİ, 1978, sf. 7

⁵¹³ TANDOĞAN, 1987, sf. 28; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; YAVUZ, 2002, sf. 450; ÖZ, a.g.e., sf. 2

Herhalde ücretin bu şekilde, yani bir miktar para dışında belirlendiği durumlarda; götürü ücretin söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁴. Bu itibarla; BK. md. 365 hükümleri böylesi sözleşmeler de dahi uygulama alanı bulacaktır.

Sonuç olarak; ücretin bu şekillerde belirlenmiş olduğu inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borcunu, edim tipine uygun olarak bir işin görülmesi, kiralananın sözleşmenin amacına uygun olarak müteahhidin kullanımına bırakılması ve kira süresince kullanıma elverişli halde tutulması, bir eserin meydana getirilerek müteahhide teslimi gibi borçlar oluşturmaktadır. Bu itibarla; müteahhidin böylesi inşaat sözleşmelerinden doğan alacağı (alacak hakkı), iş sahibinin borçlandığı edimi (işin-hizmetin görülmesini, eserin teslimini) talep hakkıdır⁵¹⁵. Ancak ücretin taşınmaz kirası olarak belirlendiği durumlarda, kira sözleşmesinden kaynaklanan bu kişisel hak TMK. md. 1009 uyarınca tapu siciline şerh edilebilir ve bu suretle eşyaya bağlı borç meydana getirilerek sonraki maliklere karşı ileri sürülebilir⁵¹⁶.

c. Ücretin Sözleşme İle Belirlenmemiş Olması

Taraflarca, meydana getirilecek inşaat karşılığında ücret ödeneceğinin açık ya da örtülü olarak kararlaştırılmış olması yeterli ücretin şekil ve miktarının da açıkça tayin edilmiş olmasına lüzum yoktur. Bu itibarla taraflar sözleşme ile ücreti belirleyebilecekleri gibi ücret ödenmesi konusunda anlaşmış olmakla birlikte ücretin niteliği ve miktarı konusundan hiç bahsetmemiş de olabilirler. Hatta ücret miktarını belirlenebilir kılmış dahi olmayabilirler. Bu durumlarda sözleşmedeki ücret miktarı hususundaki boşluk BK. md. 366 hükmü uyarınca doldurulacaktır⁵¹⁷. Tarafların,

⁵¹⁴ YAVUZ, 2002, sf. 519; AYAZLI, a.g.e., sf. 46; BAYGIN, a.g.e., sf. 143, 144; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 951; ÖZ, a.g.e., sf. 70

⁵¹⁵ TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, İstanbul, 1989, sf. 12, 109; OLGAÇ, 1967, sf. 259, 390; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 414, 516, 520; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 493, 496, 566; EREN, 2003, sf. 29, 46, 49; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 1994, sf. 103; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İzmir, 1998, sf. 197; ŞENYÜZ, a.g.e., sf. 198; ERDOĞAN, Celal, Tahliye Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Ankara, 2000, sf. 29

⁵¹⁶ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23, 169; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 578; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 417; ÜNAL, a.g.e., sf. 231; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 218; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 84; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 383 vd.; EREN, 2003, sf. 54; TANDOĞAN, 1988, sf. 252, 253; OLGAÇ, 1967, sf. 271; ERDOĞAN, Celal, a.g.e., sf. 29; KARAHASAN, 2002 b, sf. 637

⁵¹⁷ BAYGIN, a.g.e., sf. 15, 48; OLGAÇ, 1967, sf. 448; DUMAN, a.g.e., sf. 29; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 26; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; ZEVLİLER, a.g.e., sf. 321;

ücret miktarını ileride yapacakları bir anlaşmayla çözümleyeceklerini kararlaştırmış olmaları ve fakat bu konuda bir anlaşmaya varamamaları veya ücretin müteahhidin masraflarına göre tespitinin öngörüldüğü ya da ücretin doğrudan BK. md. 366'ya göre belirleneceğinin kararlaştırıldığı durumlar dahi ücret miktarının sözleşme ile belirlenmemiş olması şeklindedir⁵¹⁸. Sözlü olarak yapılan inşaat sözleşmelerinde de durum aynıdır. Şöyle ki; sözlü olarak yapılan inşaat sözleşmelerinde ücret bakımından uyuşmazlık çıkması halinde, ücret miktarı yine BK. md. 366 hükmüne göre tayin ve tespit edilecektir⁵¹⁹.

“İşin kıymetine göre bedelin tayini” madde başlığını taşıyan BK. md. 366'ya göre; “evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir”. Madde hükmü ile sözleşme ile belirlenmediği durumlarda ücretin, inşaatın kıymetine ve müteahhidin inşaat giderlerine göre saptanacağı düzenlemiştir⁵²⁰.

Yukarıda anılan durumların hepsinde, yani sözleşme ile belirlenmemiş ücretin BK. md. 366 hükmüne göre tespit ve tayini durumunda, ücret bir miktar para olarak belirlenecektir. Yani sözleşme ile belirlenmediği durumlarda, ücretin, örneğin yapılan bağımsız bölümlerin bir kısmının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi şeklinde belirlenmesi mümkün değildir. Ücret için istisna sözleşmesini tanımını içeren BK. md. 355'de “semen” ve fakat BK. md. 366'da ise “bedel” ifadelerinin kullanılmış olması bu zorunluluğun bir sonucudur. Bu sebeple; ücretin sözleşme ile

YAVUZ, 2002, sf. 486; KAPLAN, a.g.e., sf. 128; ALTAŞ, 2002, sf. 45; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 256; DAYINLARLI, a.g.e., sf. 12; ÖNEN, a.g.e., sf. 303; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 956

⁵¹⁸ TANDOĞAN, 1987, sf. 298; BAYGIN, a.g.e., sf. 48; “... saptanan iş bedelinin miktarında, tarafların sonradan anlaşamamaları ve uyuşmazlığın yazılı şekilde ispatlanamaması nedeniyle ücretin BK. 366. maddesine göre bilirkişi aracılığı ile tespit ettirilmesi gerektiği... Yarg. 15. HD. 80/314 E., 81/657 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 959)

⁵¹⁹ KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 959; Yarg. 15. HD. 08.10.1992 t., 997 E., 4610 K.; Yarg. 15. HD. 05.03.1992 t., 547 E., 1100 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 990, 991)

⁵²⁰ “Şu durumda, iş bedelinin... kararlaştırılmamış veya takribi surette kararlaştırılmış olduğunun kabulü gerekir ve bu hallerde artık iş bedeli yapılan işin değeri ve yüklenicinin masrafına göre belirlenmelidir” Yarg. HGK. 30.10.2002 t., 15–794 E., 859 K. (MEYDAN/YAPAL, a.g.e., sf. 505 vd.); “Sözleşmelerinde işin bedeli kararlaştırılmadığına göre, BK. 366. madde hükmü gereğince, işin yapıldığı tarihteki rayiç bedellere göre istihkakın saptanması gerekir” Yarg. 15. HD. 08.03.1990 t., 3781 E., 1057 K. (UYGUR, 2003 b, sf. 7468)

belirlenmemiş olduğu durumlarda dahi müteahhidin alacağı bir miktar para olmaktadır⁵²¹.

IV) Müteahhidin Alacağının Muacceliyet (Ödenme) Zamanı

a. BK. md. 364 Düzenlemesi

1. Ücret Eserin Tesliminde Ödenir

“Ücretin muacceliyeti” başlığını taşıyan BK. md. 364 f. 1 hükmüne göre; “işin parası, teslim zamanında ödenir”. Maddede geçen “teslim zamanı” ifadesi, sözleşmeye veya işin mahiyetine göre işin iş sahibine sunulması gereken zamanı ifade etmemektedir. Teslim zamanı ifadesi ile işin iş sahibine fiilen teslim edildiği zaman ifade edilmektedir⁵²². Bu itibarla; alacak, sözleşmede belirtilen teslim zamanında, salt söz konusu tarihin gelmesi ile muaccel olmaz. Muaccel olabilmesi için fiilen teslimin de yapılmış olması gereklidir. Bir diğer ifade ile; sözleşmede belirtilen teslim tarihinde eser henüz teslim edilmemiş ise, müteahhidin alacağı muaccel olmaz. Teslim fiilen hangi tarihte gerçekleşir ise alacak da o zaman muaccel olur. Eserin, sözleşmede kararlaştırılan teslim zamanından önce teslim edilmiş olması durumunda da sonuç aynıdır. Bu halde de ücret, eserin fiilen teslimi ile muaccel hale gelmiş olur. Sonuç olarak; müteahhidin alacağı kural olarak eserin teslimi ile ve teslimi zamanında muaccel olur. Yani müteahhidin alacağının muacceliyeti teslimine bağlıdır⁵²³.

⁵²¹ “... kalan işin niteliği ve miktarı ile piyasa rayicine göre ikmal ettirme durumu, bunların parasal tutarları araştırılıp incelenmek ve bu konuda bilirkişi incelemesi de göz önünde tutulup delillerin değerlendirmesinde hâsıl olacak uygun *hesabi sonuca* göre davada bir karar vermek icap ederken...” Yarg. 15. HD. 02.04.1986 t., 85/2767 E., 86/1285K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1003); “Mahkemece halli gereken husus bu işlerin tutarını tesbit ve davalının savunduğu üzere ödediği miktardan ibarettir. BK’nun 366. maddesinin tarif dairesinde ve bilirkişi aracılığı ile Mühendis ve Mimari Odaları ücret tarifesine göre eser *parasının* tayin olunması ve uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekir” Yarg. 15. HD. 20.11.1974 t., 1443 E., 1834 K. (BAYGIN, a.g.e., sf. 52); “... rayiç bedel üzerinden *fiyatın* saptanması gerekmektedir” Yarg. 15. HD. 28.12.1988 t., 4300 E., 4649 K.; Yarg. 15. HD. 30.06.1992 t., 570 E., 3468 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 995, 990)

⁵²² BAYGIN, a.g.e., sf. 191

⁵²³ EREN, 1996 b, sf. 72; OLGAÇ, 1977, sf. 950; TANDOĞAN, 1987, sf. 302; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; YAVUZ, 2002, sf. 492; ARAL, a.g.e., sf. 358; BAYGIN, a.g.e., sf. 190; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 336; DAYINLARLI, 1988, sf. 14; KAPLAN, a.g.e., sf. 156; UÇAR, 2001, sf. 542; KARAHASAN, 1997 a, sf. 308; Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S.

Teslim, sözleşmeye konu eserin tümüyle tamamlanarak iş sahibine ifa olarak arzı ve iş sahibinin teslim alması (tesellüm) ile müteahhidin hâkimiyetinde bulunan yapı eserinin iş sahibinin hâkimiyet alanına geçmesidir. Tamamlanmamış bir inşaat bu anlamda teslim edilemeyeceği gibi, iş sahibi böyle bir inşaatı teslim almaktan her zaman kaçınabilir. Görüldüğü gibi, sözleşme konusu yapı eserinin “tamamen” meydana getirilerek iş sahibine ifa olarak sunulması teslim olup; ancak tamamlanmış eserin teslimi ile alacak muaccel olur⁵²⁴. Bu sebeple; yapı eserinin tesliminden önce yapılan kısımları için kural olarak kısmi ödeme talep edilemez. Hatta eserin kısım kısım teslimine karar verilmiş olsa dahi sonuç değişmeyecektir. Zira eser tamamen meydana getirilip tamamı teslim edilmedikçe müteahhidin ücret alacağı muaccel olmaz⁵²⁵. Esasen burada; iş görme borcu doğuran sözleşmelerdeki önce işin yapılması ve sonra ücretin alınması kuralına bağlı kalınmıştır⁵²⁶.

Eserin teslimi konusunda, çalışmamızın birinci bölümünde olmak üzere, müteahhidin borçları altında detaylı olarak durulduğu için; burada “eserin teslimi” üzerinde daha fazla durulmayacak ve ilgili kısma gönderme yapmakla yetinilecektir.

2. Kısmi Teslim İle Kısmi Ödeme Usulü

Kural olarak, müteahhidin alacağı eserin bütünüyle tamamlanması ve tamamlanmış eserin teslimi ile muaccel olur. Ancak; BK. md. 364 f. 2 ile bütünüyle

109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); “BK. 364.maddede yer alan hüküm, eser bedelinin istenebilirliği (muacceliyeti) ile ilgilidir. Maddenin ilk fıkrasına (işin parası, teslim zamanında ödenir) deyiminden amaç, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yüklenicinin kural olarak teslimden önce iş bedelinin ödenmesini isteyemeyeceğini, iş sahibinin de eserin tesliminden sonra ödemelerini geciktiremeyeceğini belirtmektedir” Yarg. 15. HD. 06.10.1988 t., 87/4501 E., 88/3152 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1034); Yarg. 15. HD. 09.04.1987 t., 2168 E., 1543 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1298)

⁵²⁴ Bir yapı eserinin tamamlanmış olması ile ayıpsız olması dikkatle birbirinden ayrılmalıdır. Şöyle ki; bir eserin tamamlanmış olması, o eserin ayıpsız olmasını gerektirmemektedir. Bu itibarla, eser ayıplı olsa dahi teslim edilebilir. TANDOĞAN, 1987, sf. 126; ARAL, a.g.e., sf. 357; BAYGIN, a.g.e., sf. 190; UÇAR, 2001, sf. 531; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 328; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1012; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 65 vd., 70; Yarg. 15. HD. 14.05.1987 t., 4243 E., 2172 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1297); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

⁵²⁵ TANDOĞAN, 1987, sf. 302; BAYGIN, a.g.e., sf. 190

⁵²⁶ OLGAC, 1967, sf. 475; YAVUZ, 2002, sf. 492; BAYGIN, a.g.e., sf. 190; KARAHASAN, 1997 a, sf. 308

tamamlanmış eserin teslim edilebileceği ve bu şekilde teslim ile alacağın muaccel olacağı kuralına bir istisna getirilmiş ve kısmi teslimler için kısmi ödemeler yapılması gerektiği öngörülmüştür.

Söz konusu hükme göre; “yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedeli ifa olunmak üzere mukavele edilmiş ise her kısmın bedeli o kısmın teslimi zamanında ödenmek lazımdır”. Bu hüküm ile eserin kısım kısım teslimi ile kısmi ödeme yapılacağı düzenlenmektedir. Ancak burada çeviri de kusur bulunduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple kısmi ödemenin olabilmesi için; tarafların, eserin kısım kısım teslimi üzerinde anlaşmaları ve ücreti de kısımlara göre tespit etmiş olmaları yeterlidir. Yoksa tarafların kısım kısım teslimi ve bunun yanında ayrıca ve açıkça teslim edilen her kısmın bedelinin de teslim ile ödeneceğine karar vermiş olmaları gerekmemektedir. Başka bir ifade ile; eserin kısmen teslim edilebilir olması ve kısımların ücretinin belli olması, teslim edilen her kısma ait ücretin muaccel olması için yeterlidir. Ancak kısmi teslim kabul edilmiş olmasına rağmen, kısımlara ait ücret belirlenmemişse; ücretin tamamı son kısmın teslimi, yani eserin tamamen teslimi zamanında muaccel olur⁵²⁷.

Esasen bu hüküm ile; müteahhidin alacağının eserin teslimine bağlı olduğu kuralına bir istisna getirilmemektedir. Burada istisna ücretin ancak eserin bütünüyle teslim edilmesi halinde muaccel olacağı ilkesine getirilmektedir.

Herhalde; taraflarca eserin kısım kısım teslimi üzerinde anlaşılmış ve kısımların ücretleri de belirlenmiş ise, teslim edilen her kısmın ücreti söz konusu kısmın teslimi zamanında muaccel olur⁵²⁸.

Bu usulde kısmi ödeme kanuni ve nihai niteliktedir. Yani eser ücretine mahsuben yapılan ve sözleşmeye dayanan ara ödemelerden veya avanslardan

⁵²⁷ TANDOĞAN, 1987, sf. 305; BAYGIN, a.g.e., sf. 196; KARAHASAN, 1997 a, sf. 310; OLGAÇ, 1967, sf. 475

⁵²⁸ TANDOĞAN, 1987, sf. 305; BAYGIN, a.g.e., sf. 196; YAVUZ, 2002, sf. 492; ARAL, a.g.e., sf. 390; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; KAPLAN, a.g.e., sf. 157, 162; KARAHASAN, 1997 a, sf. 310; Yarg. 15. HD. 29.04.1974 t., 399 E., 390 K. (OLGAÇ, 1977, sf. 957); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. 15. HD. 20.12.1977 t., 2162 E., 2319 K., 30.04.1974 t., 1110 E., 1053 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 319)

farklıdır. Bu itibarla; kısmi teslim ile eserin söz konusu kısmı tamamlanmış ve ücreti muaccel olmuştur. Her kısım ve ücreti başlı başına bir bütün teşkil eder denilebilir. Bu usulde yapılan ödemelere ihtirazi kayıt konulmaması halinde, eserin teslim edilen kısmının sözleşmeye uygun olduğu, yani iş sahibi tarafından kabul edildiği anlamını taşır⁵²⁹.

b. Aksine Sözleşmeler

BK. md. 364 hükmü emredici nitelikte olmayıp, bir yedek hukuk kuralıdır. Bu sebeple; taraflarca farklı uygulamalara imkân verecek şekilde aksinin kararlaştırılması olanaklıdır⁵³⁰.

Bu itibarla ücretin bir miktar para olarak belirlendiği durumlarda, zamana bağlı olarak -yani belli tarihlerde yahut dönemsel olarak- ya da inşaatın belli aşamalarında vs. ücretin belli bir oranının, muayyen bir miktarının veya ücretin tamamının ödeneceğinin kararlaştırıldığı uygulamada görülmektedir. Uygulamanın yanı sıra BİGŞ. md. 39 ile “geçici hak ediş raporları” başlığı altında bu çeşit ödemeler düzenlemiştir. Böylesi muacceliyet şartlarına (ödemelere) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de yer verilmektedir. Gerçekten de; bazen taraflar, daha sözleşmenin kurulması aşamasında üzerinde inşaat yapılacak arsanın mülkiyetini müteahhide geçirmektedirler. Yahut tarafların, inşaatın belirli aşamalarında arsa payını kısım kısım müteahhide naklettiği de gözlemlenmektedir. İş sahibinin inşaat masraflarına katkıda bulunmasını sağlayan böylesi uygulamalar, özellikle müteahhidin finansmanı açısından ve müteahhide kaynak yaratmak için yapılmaktadır. Buna karşılık ücretin, teslimden sonra, örneğin kesin hesabın çıkarılmasıyla veya faturanın ibrazıyla ya da iskân ruhsatının alınmasıyla birlikte ödeneceği yönünde hüküm getirilmesi de mümkündür⁵³¹.

⁵²⁹ YAVUZ, 2002, sf. 492; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; TANDOĞAN, 1987, sf. 306; BAYGIN, a.g.e., sf. 197; KAPLAN, a.g.e., sf. 162; KARAHASAN, 1997 a, sf. 311

⁵³⁰ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; ARAL, a.g.e., sf. 390; OLGAÇ, 1977, sf. 951; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; YAVUZ, 2002, sf. 492; TANDOĞAN, 1987, sf. 303; BAYGIN, a.g.e., sf. 197; KARAHASAN, 1997 a, sf. 308; KAPLAN, a.g.e., sf. 157; SELİÇİ, 1978, sf. 8; DAYINLARLI, 1988, sf. 12, 86

⁵³¹ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; BAYGIN, a.g.e., sf. 198; KARAHASAN, 1997 a, sf. 309; TANDOĞAN, 1987, sf. 302; KAPLAN, a.g.e., sf. 157; SELİÇİ, 1978, sf. 8; DAYINLARLI, 1988, sf. 12, 86; KARTAL, Blm. 1, sf. 104, 105; AYAZLI, a.g.e., sf. 44; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 963

Burada esasen; müteahhidin alacağı eserin tesliminde muaccel olur kuralına sözleşme ile istisna getirilmektedir. Zira görüldüğü gibi sözleşmeyle getirilen böylesi hükümler ile teslimden bağımsız olarak (inşaatın aşamalarına ya da zamana göre) ödeme yapılacağı şartı getirilmekte ve bu suretle müteahhidin alacağı kısmen de olsa teslimden önce muaccel hale gelmektedir. Böyle ara ödemelerde önemli husus, bunların toplam ücrete mahsuben yapılan geçici ödemeler olmasıdır. Yani bu ödemeler BK. md. 364 f. 2 hükmüne göre yapılan kısmi ödemelerden farklı olarak, bağımsız bir bütün oluşturmamaktadır. Bu sebeple, böyle hükümlere istinaden yapılan ödemeler eserin kabulü anlamına gelmemektedir. Hatta tam tersi olmak üzere; müteahhidin bu ödemelere hak kazanabilmesi için eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlanmış olarak teslim edilmesi gereklidir. Ara ödemelerden birinin yerine getirilmemesi halinde müteahhit BK. md. 81 uyarınca işe devamdan kaçınabilir⁵³².

c. Müteahhidin Eseri Tamamlamaması

1. Ücretin Muacceliyetine ve Müteahhide Etkisi

İnşaat sözleşmesi niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen ve ivazlı bir sözleşmedir. Gerçekten de; inşaat sözleşmesi ile müteahhit, bir yapı eseri meydana getirerek teslim etmeyi ve iş sahibi de buna karşılık olarak ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu itibarla; inşaat sözleşmesi ile tarafların her ikisi de borç altına girmekte ve sözleşmenin amacını da söz konusu edimlerin birbirleri ile değişimi oluşturmaktadır⁵³³.

⁵³² YAVUZ, 2002, sf. 492, 493, 510, 511; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 336, 337; TANDOĞAN, 1987, sf. 306, 308; BAYGIN, a.g.e., sf. 197, 198; KAPLAN, a.g.e., sf. 162; KARAHASAN, 1997 a, sf. 311; “Eserin bedelinin ne zaman ödeneceği, yani bedel olan bağımsız bölümlerin tapularının hangi anda geçirileceği sözleşmede yer almamıştır... Bu durumda, davacı yüklenicinin eseri teslim etmeden bedelini (yani bağımsız bölümlerin tescilini) talep etmeye hakkı bulunmamaktadır” Yarg. 15. HD. 07.04.1992 t., 1367 E., 1801 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1687)

⁵³³ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; EREN, 1996 a, sf. 51; KAPLAN, a.g.e., sf. 119; OLGAC, 1967, sf. 449; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 2; YAVUZ, 2002, sf. 452; ARAL, a.g.e., sf. 326; BAYGIN, a.g.e., sf. 19; KARAHASAN, 1997 a, sf. 63, 488; UYGUR, 2003 b, sf. 7451; ALTAŞ, 2002, sf. 43, 49; HAVUTÇU, a.g.e., sf. 5; AKINTÜRK, a.g.e., sf. 255; DAYINLARLI, 1988, sf. 11; Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde; taraflardan birinin karşı taraftan borcun ifasını isteyebilmesi için, BK. md. 81 uyarınca kendi edimini ifa etmiş olması gerekmektedir. Aksi halde ise; yani borcunu ifa etmeksizin diğer akit taraftan ifa talep eden, ödemezlik def'i ile karşılaşabilir⁵³⁴. İnşaat sözleşmeleri de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olmaları sebebiyle BK. md. 81 hükmüne tabidir. Ayrıca; BK. md. 364'e göre kural olarak, ücretin muacceliyeti eserin tamamlanarak teslimine bağlıdır. Bu itibarla; inşaat sözleşmelerinde -kural olarak- ücretin muacceliyeti yapı eserinin teslimine tabidir ve ancak teslim ile müteahhit ücretin ödenmesini talep edebilir. Müteahhidin eseri tamamlamadan ve teslim etmeden önce ücret borcunun ifasını talep etmesi halinde, iş sahibi BK. md. 81 ve 364'e uygun olarak ödemezlik def'ini ileri sürerek ödemedi kaçınabilir⁵³⁵.

Müteahhidin yapı eserini tamamlamaması, borcunu ifa etmemesi anlamına gelmektedir. Bu durumda müteahhit, edimini yerine getirmemiş ve temerrüde düşmüş olacaktır. Müteahhidin yapı eserini tamamlamayı temerrüde düşmesi halinde; iş sahibi BK. md. 106-108'de düzenlenen seçimlik hakları kullanabilir⁵³⁶.

İnşaat sözleşmesinde ücretin BK. md. 364 hükmünün aksine olarak, teslimden bağımsız muaccel olacağı ve ödeneceği serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak bu durumda sözleşme uyarınca yapı eseri tamamlanmadan yapılan ödemeler; toplam ücrete mahsuben yapılan geçici ödemeler niteliğindedir. Bu ödemelerin toplam ücrete mahsuben yapılmasının hükmü; müteahhidin bu ödemelere hak kazanabilmesi için yapı eserini ayıpsız ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlaması ve teslim

⁵³⁴ EREN, 2003, sf. 945, 953; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 254; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 333; ÖNEN, a.g.e., sf. 97; KARATAŞ, a.g.e., sf. 236

⁵³⁵ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; EREN, 2003, sf. 1193; EREN, 1996 b, sf. 72; DAYINLARLI, 2000, sf. 287; UYGUR, 2003 d, sf. 4428; TUNÇOMAÇ, 1976, sf. 1114; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 531; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 400; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1461; OLGAÇ, 1976, sf. 949; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 333; ÖNEN, a.g.e., sf. 97; KARAHASAN, 1997 a, sf. 689; OLGAÇ, 1977, sf. 950; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; ARAL, a.g.e., sf. 358; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 327; DAYINLARLI, 1988, sf. 14; ; UÇAR, 2001, sf. 542; DUMAN, a.g.e., sf. 239; "Bu durumda, davacı yüklenicinin eseri teslim etmeden bedelini talep etmeye hakkı bulunmamaktadır" Yarg. 15. HD. 07.04.1992 t., 1367 E., 1801 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1687); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. 15. HD. 09.04.1987 t., 2168 E., 1543 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1298)

⁵³⁶ BAYGIN, a.g.e., sf. 28; TANDOĞAN, 1987, sf. 130; ARAL, a.g.e., sf. 359; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 328; YAVUZ, 2002, sf. 472; UÇAR, 2001, sf. 533; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 71; Yarg. İBK., 25.01.1984 t., 83/3 E., 84/1 K. (YİBK., Hukuk 1981-1990, C. 6, sf. 121)

etmesine bağılı olmasındadır. Yani müteahhit eseri tamamlayıp teslim etmediğı suretle kısmen ya da tamamen ücret ödenmiş olsa dahi, bu ücrete hak kazanamayacaktır. Bu durumda; müteahhidin yapı eserini tamamlamaması sebebiyle BK. md. 106 vd. uyarınca sözleşmenin feshedilmesi halinde, iş sahibi genel bir ifade ile ödediğı ücretin iadesini isteyebilecektir. Ancak yapı eserinin kısmen meydana getirilmiş olması durumunda, müteahhidin bu kısım için ücretin ve yapı eserinin tamamına orantılı olarak bir alacağıının olduğı göz ardı edilmemelidir⁵³⁷.

Sonuç olarak; müteahhit, yapı eserini tamamlamadığı sürece ücret alacağı muaccel hale gelmeyecek ve müteahhit tarafından kural olarak ücret borcunun ifası iş sahibinden talep edilemeyecektir ve talep edilmesi halinde ise iş sahibi ödemezlik def'ini ileri sürerek ödemededen kaçınabilecektir.

2. Alacağı Devralan Üçüncü Kişiy e Etkisi

Alacağın devri ile bir alacağın alacaklısı değışir. Esasen bu değışim alacaklının “alacak hakkını” devretmesinin görünümüdür. Diğ er bir anlatımla alacağın devrinde; bir borç ilişkisinin alacaklısının sahip olduğı, borçlunun borçlanmış olduğı edimi talep etme yetkisi bir üçüncü şahsa geçmektedir. Yani nisbi bir hak olan alacak hakkı devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçmekte, bunun sonucu olarak da borç ilişkisinin alacaklısı değışmektedir. Alacağın devri ile bir borç ilişkisinin alacaklısı değışmiş olmakla birlikte; alacak hakkı, olduğı gibi ve hiçbir değışiklik meydana gelmeksizin devralana geçmektedir. Bu itibarla alacağın varlığında, miktarında, şarta bağılı ise şartında olduğı gibi; muacceliyet şartlarında ve talep edilebilirliğinde değışiklik olmamaktadır⁵³⁸.

⁵³⁷ YAVUZ, 2002, sf. 492, 493, 510, 511; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336, 337; TANDOĞAN, 1987, sf. 306, 308; BAYGIN, a.g.e., sf. 197, 198; KAPLAN, a.g.e., sf. 162; KARAHASAN, 1997 a, sf. 311; KARATAŞ, a.g.e., sf. 395

⁵³⁸ OLGAÇ, 1976, sf. 913, 914; FRANKO, a.g.e., sf. 178; UYGUR, 2003 d, sf. 4367; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545, 546; ÖNEN, a.g.e., sf. 88, 93; KOCAMAN, a.g.e., sf. 9; DAYINLARLI, 2000, sf. 57; TUHR, a.g.e., sf. 831; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; FRANKO, a.g.e., sf. 183; ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 691; “BK.nun 162. maddesince alacaklının alacağını tahriri şekilde temlik etmesi üzerine alacak, borçlunun mal varlığından çıkarak alacaklının malvarlığına (mamelekine) girmiş olur. Bu vaziyette temellük eden kişi alacaklı yerine geçer”, Yar. 15. HD., 1977 t., 3126 E., 751 K. (DAYINLARLI, 2000, sf. 76)

Açıklanan sebeple; alacağı devralanın ifayı talep edebilmesi alacağın doğduğu sözleşme şartlarına tabidir. Yukarıda izah edildiği gibi, inşaat sözleşmesinde yapı esri tamamlanmazsa ücret muaccel olmayacak ve müteahhit ücrete hak kazanamayacaktır. Yani müteahhit, ücretin ödenmesini talep edemeyecektir. Bu durumda; alacağı olduğu gibi devralan yeni alacaklı açısından da bir değişiklik söz konusu olmayacak ve muaccel olmayan alacağın ifasını talep edemeyecektir. Durum BK. md. 167 hükmü ile açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Gerçekten de bu maddeye göre; borçlu devri öğrendiği zaman, devredene karşı sahip bulunduğu def'ileri devralana karşı da ileri sürebilir. Ödemezlik def'i ise; borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği def'ilerden bir tanesidir⁵³⁹.

Sonuç olarak; müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devralan üçüncü kişinin iş sahibinden borcun ifasını talebi, müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan edimini yerine getirmiş olmasına bağlıdır. Bu itibarla; yapı eserinin tamamlanmaması durumunda müteahhit edimini yerine getirmediği için ücrete hak kazanmamış ve ücret muaccel hale gelmemiş olduğu için, sözleşmeden doğan alacağı devralan üçüncü kişi de iş sahibinden ücretin ödenmesini talep edemez. Talep halinde; iş sahibi ödemezlik def'ini ileri sürerek devralan üçüncü kişiye ödeme yapmaktan kaçınabilir. Zira; müteahhidin edimini yerine getirmemiş olması sebebiyle talep edemeyeceği bir hakkı, sözleşmeden doğan nisbi hakkını devrettiği üçüncü kişinin de talep edemeyeceği açıktır⁵⁴⁰.

⁵³⁹ EREN, 2003, sf. 1193; DAYINLARLI, 2000, sf. 287; UYGUR, 2003 d, sf. 4428; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1114; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 531; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 400; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1461; OLGAÇ, 1976, sf. 949 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 333; ÖNEN, a.g.e., sf. 97; KARATAŞ, a.g.e., sf. 395; KARAHASAN, 1997 a, sf. 694

⁵⁴⁰ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; EREN, 2003, sf. 1193; DAYINLARLI, 2000, sf. 287; UYGUR, 2003 d, sf. 4428; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1114; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 531; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 400; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 551; KARAHASAN, 2003, sf. 1461; OLGAÇ, 1976, sf. 949 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 333; ÖNEN, a.g.e., sf. 97; KARAHASAN, 1997 a, sf. 694; EREN, 1996 b, sf. 72; OLGAÇ, 1977, sf. 950; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; ARAL, a.g.e., sf. 358; ZEVLİLİLER, a.g.e., sf. 327; DAYINLARLI, 1988, sf. 14; ; UÇAR, 2001, sf. 542; KARATAŞ, a.g.e., sf. 395; DUMAN, a.g.e., sf. 239; “Yüklenicinin inşaatı %38 seviyesinde bıraktığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İnşaatın belirtilen aşamada bırakılmış olması dolayısıyla yüklenici... için arsa sahibinden tescil isteme hakkı doğmamıştır. Bu itibarla yüklenicinin talep edemeyeceği bir hakkı, bu hakka halef olduklarını öne süren davacı ve müdahilin de talep edebilmesi mümkün değildir” Yarg. HGK. 30.10.2002 t., 14–838 E., 867 K.; “Yüklenicinin sözleşmedeki edimini ifa etmesinden ve buna bağlı olarak, temlik alan davacının, alacağın temliki hükümleri çerçevesinde tescil isteme hakkının doğmasından sonra” Yarg. HGK. 02.07.2003 t., 14–452 E., 456 K. (MEYDAN/YAPAL, a.g.e., sf. 525, 847); “Davacının, müteahhitten satın aldığı dairenin arsa payı ile

C) MÜTEAHHİDİN, İŞ SAHİBİNDEN OLAN ALACAĞINI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMESİ

I) Genel Olarak

İnşaat işleri, gerek malzeme gerek işçilik gerekse iş makinalarının temini gibi açılardan büyük kaynak gerektirmektedir. Her ne kadar günümüzde, inşaat yapımı bu işi meslek edinmiş müteahhitler tarafından yerine getirilmekte ise de, özellikle meydana getirilecek yapı eserinin büyük çaplı olduğu durumlarda müteahhitler kaynak sıkıntısı yaşamaktadırlar. Bunun yanı sıra, inşaatların tamamlanması uzunca bir zaman almakta ve müteahhitler bu süre boyunca gelir elde etmeksizin, salt ellerindeki işlere kendilerinde bulunan kaynakları aktarmak istememektedirler.

İnşaatın tamamlanmasına kaynak yaratmak, zaman içerisinde inşaat yapımı ilerlerken bir yandan da yaptıkları yatırımın geri dönüşümünün başlamasını sağlamak ve aynı zamanda kâr elde etmeye başlamak gibi ekonomik sebeplerle, uygulamada müteahhitler, inşaat sözleşmesinden doğan ve iş sahibinden olan alacaklarını üçüncü şahıslara geçirmektedirler. Bu işlemler müteahhidin alacağını henüz inşaat tamamlanmadan ve alacağı muaccel olmadan satması şeklinde olabildiği gibi; müteahhidin temin ettiği krediye teminat olarak da yapılmaktadır.

birlikte adına tescilini isteyebilmesi için; müteahhidin, arsa sahiplerine karşı sözleşme ile yükümlendiği edimi yerine getirmiş ve dolayısıyla kişisel hak kazanmış olması gerekir” Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (YAVUZ, 2002, sf. 514); “Hukuken geçerli teslim taraflarca yapının iskân ruhsatı alınması koşuluna bağlanmıştır. Davalılar arasındaki sözleşmenin anılan bu hükmü HUMK’nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu hüküm yüklenicinin halefi olan davacı üçüncü kişileri de bağlayacağından yapının iskân ruhsatı alınmadan teslim edildiğini kabule olanak yoktur. Başka bir anlatımla ne yüklenici ne de ondan kişisel hakkını devir ve temlik alan üçüncü kişiler iskân ruhsatı alınmadan sözleşmenin bedeli olan bağımsız bölümün tescilini arsa maliki olan davalılardan isteyemez” Yarg. 14. HD. 19.10.2004 t., 5235 E., 7138 K. (YDD., S. 112, İstanbul, Nisan 2005, sf. 171); “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bina yapmakta olan yüklenici, edimini tam olarak yerine getirdiğinde, payına düşen bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebileceği gibi, bu şahsi hakkını... üçüncü kişilere de devredebilir. Üçüncü kişi ise devraldığı bu şahsi hakkı arsa sahiplerine karşı yine yüklenicinin edimini yerine getirmiş olması koşuluyla ileri sürebilir” Yarg. 19. HD. 01.11.1999 t., 7472 E., 7431 K. (DUMAN, a.g.e., sf. 245); “Yüklenici edimini tamamen yerine getirmedikçe, ondan kişisel hakkı temlik yoluyla kazanan üçüncü kişi, tescil davası açamaz” Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1794)

Herhalde; müteahhitler inşaat sözleşmesinden kaynaklanan ücretin türü ne olursa olsun nisbi haklarını üçüncü şahıslara geçirmektedirler. Bu itibarla; ücret olarak bir miktar paranın belirlendiği sözleşmelerde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de müteahhitler bu yola başvurmaktadırlar.

Bizde çalışmamızda müteahhidin alacağının türlerine göre bir ayırım yaparak, müteahhidin nisbi hakkını üçüncü kişilere geçirmesi durumunu buna göre inceleyeceğiz.

II) Ücretin Bir Miktar Para Olarak Belirlendiği Veya Ücretin Sözleşme İle Belirlenmediği Durumlarda Müteahhidin Alacağını Devretmesi

a. Devrin Niteliği ve Genel Olarak Hükümleri

Taraflar arasında kurulan inşaat sözleşmesi ile iş sahibinin borcunun, diğer bir ifade ile müteahhidin sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacağının bir miktar para olarak belirlenmesi mümkündür⁵⁴¹. Uygulamada da tarafların ücret olarak bir miktar para üzerinde anlaşmaları yaygın olarak görülmektedir. Bu şekilde kurulan inşaat sözleşmelerinde müteahhit, sözleşmeye konu yapı eserini meydana getirerek iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. İş sahibi ise, meydana getirilen yapı eserine karşılık olarak sözleşme ile taraflarca kararlaştırılan bir miktar parayı ödemeyi taahhüt etmektedir. Yani müteahhidin alacağı, taraflarca anlaşmaya varıldığı üzere bir miktar paradır.

Ancak tarafların ücretin miktar ve çeşidini belirlemiş olmaları zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu itibarla taraflar, ücret ödenmesi konusunda anlaşmış olmakla birlikte ücretin niteliği ve miktarı konusundan hiç bahsetmemiş de olabilirler. Bu durumlarda sözleşmedeki ücret miktarı hususundaki boşluk BK. md. 366 hükmü

⁵⁴¹ **OLGAÇ**, 1967, sf. 449; **EREN**, 1996 a, sf. 57; **DUMAN**, a.g.e., sf. 29; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 23; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 27; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 70; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7454; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 127; **ALTAŞ**, 2002, sf. 44; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 956

uyarınca doldurulacaktır⁵⁴². Tarafların, ücret miktarını ileride yapacakları bir anlaşmayla çözümleyeceklerini kararlaştırmış olmaları ve fakat bu konuda bir anlaşmaya varamamaları veya ücretin müteahhidin masraflarına göre tespitinin öngörüldüğü ya da ücretin doğrudan BK. md. 366'ya göre belirleneceğinin kararlaştırıldığı durumlar dahi ücret miktarının sözleşme ile belirlenmemiş olması şeklindedir⁵⁴³. Sözlü olarak yapılan inşaat sözleşmelerinde de durum aynıdır. Şöyle ki; sözlü olarak yapılan inşaat sözleşmelerinde ücret bakımından uyuşmazlık çıkması halinde, ücret miktarı yine BK. md. 366 hükmüne göre tayin ve tespit edilecektir⁵⁴⁴.

Yukarıda anılan durumların hepsinde, yani sözleşme ile belirlenmemiş ücretin BK. md. 366 hükmüne göre tespit ve tayini durumunda, ücret bir miktar para olarak belirlenecektir. Yani sözleşme ile belirlenmediği durumlarda, ücretin, örneğin yapılan bağımsız bölümlerin bir kısmının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi şeklinde belirlenmesi mümkün değildir. Ücret için istisna sözleşmesini tanımını içeren BK. md. 355'de "semen" ve fakat BK. md. 366'da ise "bedel" ifadelerinin kullanılmış olması bu zorunluluğun bir sonucudur. Bu sebeple; ücretin sözleşme ile belirlenmemiş olduğu durumlarda dahi müteahhidin alacağı bir miktar para olmaktadır⁵⁴⁵.

⁵⁴² **BAYGIN**, a.g.e., sf. 15, 48; **OLGAÇ**, 1967, sf. 448; **DUMAN**, a.g.e., sf. 29; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 23; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 26; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7454; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 321; **YAVUZ**, 2002, sf. 486; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 128; **ALTAŞ**, 2002, sf. 45; **AKINTÜRK**, a.g.e., sf. 256; **DAYINLARLI**, a.g.e., sf. 12; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 303; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 956

⁵⁴³ **TANDOĞAN**, 1987, sf. 298; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 48; "... saptanan iş bedelinin miktarında, tarafların sonradan anlaşamamaları ve uyuşmazlığın yazılı şekilde ispatlanamaması nedeniyle ücretin BK. 366. maddesine göre bilirkişi aracılığı ile tespit ettirilmesi gerektiği... Yarg. 15. HD. 80/314 E., 81/657 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 959)

⁵⁴⁴ **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 959; Yarg. 15. HD. 08.10.1992 t., 997 E., 4610 K.; Yarg. 15. HD. 05.03.1992 t., 547 E., 1100 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 990, 991)

⁵⁴⁵ "... kalan işin niteliği ve miktarı ile piyasa rayicine göre ikmal ettirme durumu, *bunların parasal tutarları* araştırılıp incelenmek ve bu konuda bilirkişi incelemesi de göz önünde tutulup delillerin değerlendirmesinde hâsıl olacak uygun *hesabi sonuca* göre davada bir karar vermek icap ederken..." Yarg. 15. HD. 02.04.1986 t., 85/2767 E., 86/1285K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1003); "Mahkemece halli gereken husus bu işlerin tutarını tesbit ve davalının savunduğu üzere ödediği miktardan ibarettir. BK'nun 366. maddesinin tarifi dairesinde ve bilirkişi aracılığı ile Mühendis ve Mimar Odaları ücret tarifesine göre eser *parasının* tayin olunması ve uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekir" Yarg. 15. HD. 20.11.1974 t., 1443 E., 1834 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 52); "... rayiç bedel üzerinden *fiyatın* saptanması gerekmektedir" Yarg. 15. HD. 28.12.1988 t., 4300 E., 4649 K.; Yarg. 15. HD. 30.06.1992 t., 570 E., 3468 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 995, 990)

Sonuç olarak; ücretin sözleşme ile bir miktar para olarak belirlendiği veya ücretin sözleşme ile belirlenmediği durumlarda, müteahhidin alacağı bir miktar paradan ibaret olup; alacak hakkının kapsamı, para borcunun ifasını talep hakkıdır⁵⁴⁶.

Müteahhit inşaat sözleşmesinden doğan bu alacağının, yani para borcunun ifasını sadece iş sahibinden isteyebilir. Diğer bir ifade ile; müteahhit alacağını herkese karşı değil, yalnızca iş sahibine karşı ileri sürebilir. Bu sebeplerle; daha önce arz ve izah edildiği gibi, müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan ücret alacağı müteahhit açısından nisbi bir haktır⁵⁴⁷.

Borçlar Hukukunda düzenlenmiş olan borç ilişkilerinden doğan alacak, kural olarak para ile ölçülebilen ekonomik bir değer taşıdığı ve böylece alacaklının malvarlığının aktifinde yer aldığı için, mameleki bir nitelik taşır. Bu itibarla alacak hakkı, bir malvarlığı hakkıdır⁵⁴⁸. BK. md. 184 f. 1 hükmüne göre; “menkul satımı, araziden veya gayrimenkul olmak üzere tapu siciline kaydedilen haklardan başka her türlü şeyin satımıdır”. Bu itibarla; tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilen inşaat ve kaynak hakları dışındaki mameleki mahiyetteki diğer hakların satımı, taşınır satımının konusunu teşkil etmektedir. Alacak hakkı, böyle bir haktır ve taşınır satımına konu olabilir. Bu sebeple; alacak hakkı, bir malvarlığı hakkı olarak satılabilir ve satımın ifası ise BK. md. 162 vd. hükümlerine göre alacağın devri suretiyle olur. Yani, müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkını satması durumunda, bu satım alacağın devri hükümlerine tabi olacaktır⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ “Genel olarak teslimi lazım gelen şey belli bir para değil de, tedavülde bulunan paradan belli bir miktardır. Para borcundan söz edildiği zaman kasdolan bu sonuncu manadır” **TUNÇOMAĞ**, 1961, sf. 67

⁵⁴⁷ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 144; **YAVUZ**, 2002, sf. 514, 519; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 674; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; “... inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14-420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1191, 1198); Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3-9 E., 9 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (**YAVUZ**, 2002, sf. 514)

⁵⁴⁸ **EREN**, 2003, sf. 49; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 101; **TUNÇOMAĞ**, 1961, sf. 22

⁵⁴⁹ **TANDOĞAN**, 1988, sf. 101, 103; **ENGİN**, 2002., sf. 12; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 366, 367

Ancak bu yolun dolambaçlı olmasının yanında, müteahhit, inşaat sözleşmesinden doğan alacağını satım dışında bir sebeple de üçüncü kişilere geçirebilmektedir. Gerçekten de müteahhit, söz konusu alacağını bağışlayabileceği gibi; sağlamış olduğu krediye teminat olarak ya da ifa amacıyla da üçüncü kişilere geçirmek isteyebilir. Sayılan sebeplerin hangisi olduğu fark etmeksizin, müteahhidin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan para alacağını (alacak hakkını) üçüncü kişilere geçirmesi BK. md. 162 vd. hükümlerine göre alacağın devri niteliğindedir⁵⁵⁰. Zira BK. md. 162'ye göre; “kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını armaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir”.

Alacağın devri ile nisbi bir hak olan alacak hakkı bir üçüncü şahsa geçmekte; bunun sonucu olarak da bir borç ilişkisinin alacaklısının sahip olduğu, borçlunun borçlanmış olduğu edimi talep etme yetkisi bir üçüncü şahsa geçmektedir. Bu itibarla ilk borç ilişkisinin alacaklısı değişmektedir. Esasen bu değişim alacaklının “alacak hakkını” devretmesinin görünümüdür⁵⁵¹. İşte müteahhidin inşaat sözleşmesinde kaynaklanan para alacağını satım, bağışlama, ifa, teminat gibi sebeplerle üçüncü kişiye geçirmesi de tam anlamıyla bu kapsamdadır.

Kural olarak, her türlü alacak alacağın devrine konu teşkil edebilir. Yani, devredilen alacağın kaynağı önem teşkil etmez. Bu anlamda; hukuki işlemde doğan alacakların yanı sıra, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeden doğan alacaklar da devredilebilir. Ayrıca kamu alacaklarının dahi devri mümkündür⁵⁵². BK. md. 162 f. 1 hükmüne göre, alacağın devri için hukuki bir engel

⁵⁵⁰ **KAPLAN**, a.g.e., sf. 164; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 80; **ENGİN**, 2002., sf. 12 vd.; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 674, 688; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; “Müteahhitler, BK. 162 ve onu izleyen maddeleri uyarınca, şahsi haklarını üçüncü kişilere temlik edebilirler” Yarg. 14. HD. 07.05.1985 t., 8820 E., 3269 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 689); “BK. 162 ve onu izleyen maddeleri uyarınca şahsi hakkın temlik mümkünüdür ve yapılan işlem hukuken geçerlidir” Yarg. 14. HD. 24.06.1986 t., 562 E., 4433 K. (**UYGUR**, 2003 d, sf. 4375)

⁵⁵¹ **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 178; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4367; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88; **KOCAMAN**, a.g.e., sf. 9; “BK'nun 162. maddesinde alacaklının alacağını tahriri şekilde temlik etmesi üzerine alacak, borçlunun mal varlığından çıkarak alacaklının malvarlığına (mamelekine) girmiş olur. Bu vaziyette temellük eden kişi alacaklı yerine geçer”, Yar. 15. HD., 1977 t., 3126 E., 751 K. (**DAYINLARLI**, 2000, sf. 76)

⁵⁵² **EREN**, 2003, sf. 1187; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4369; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1082; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 507; **TUHR**, a.g.e., sf. 839; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **ÖNEN**, a.g.e., sf.93; **ENGİN**, 2002., sf.24

bulunmaması gerekir ki; engel kanun hükmünden, sözleşmeden veya işin niteliğinden kaynaklanabilir. Bu sebeple; devri madde hükmüne göre mümkün olmayan alacaklar hakkında yapılan devir işlemleri, kural olarak, geçersizdir⁵⁵³. Müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan para alacağını devretmesini yasaklayan kanuni bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde; işin niteliği de söz konusu alacağın devrine engel değildir. Burada önemli olan husus; müteahhit ile iş sahibi arasında kurulan inşaat sözleşmesinde müteahhidin alacağını devretmesini engelleyen hüküm bulunması noktasındadır. İnşaat sözleşmesinde devri engelleyen veya sınırlayan hüküm bulunmaması halinde, müteahhit söz konusu alacağı serbestçe üçüncü şahıslara devredebilir. Aksi halde, yani sözleşme hükmü ile devrin yasaklanmış olması halinde devir işlemi, kural olarak, geçersiz olacaktır⁵⁵⁴. Yani alacak intikal etmeyecek, devreden müteahhidin malvarlığında kalacaktır. Ancak, devir işlemi, iş sahibinin devre izin veya icazet vermek suretiyle rıza göstermesi halinde başından itibaren hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğurur. İş sahibi rıza gösterdiğine dair iradesini açıkça veya borcunu yeni alacaklıya ifa etmesi halinde olduğu gibi örtülü olarak dahi beyan edebilir⁵⁵⁵.

Devirden sonra devredilen alacak, devralan üçüncü şahsın malvarlığına dâhil olduğundan; alacaklı sıfatını kaybeden devreden, alacak üzerindeki tüm hakları devralana geçer. Bu sebeple; devreden devirden sonra alacağı borçludan tahsil edemez veya alacağın tahsilini dava ve takip edemez. Bu işlemleri yapmaya tek yetkili hak sahibi, alacağı kendi malvarlığında bulunduran devralandır. Yani devir işleminden sonra; inşaat sözleşmesinden doğan para alacağının ifasını ancak devralan üçüncü kişi talep edebilecektir⁵⁵⁶.

⁵⁵³ DAYINLARLI, 2000, sf. 153; EREN, 2003, sf. 1189; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; TUHR, a.g.e., sf. 840; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; OLGAÇ, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 183; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 323; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175

⁵⁵⁴ KAPLAN, a.g.e., sf. 164; DAYINLARLI, 2000, sf. 153; KARAHASAN, 1997 a, sf. 689; EREN, 2003, sf. 1189; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; TUHR, a.g.e., sf. 840; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; OLGAÇ, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 183; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 323

⁵⁵⁵ EREN, 2003, sf. 1189; DAYINLARLI, 2000, sf. 166; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1085; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 509; TUHR, a.g.e., sf. 845; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398

⁵⁵⁶ KURU, 1990 c, sf. 759; DAYINLARLI, 2000, sf. 259, 273; TUHR, a.g.e., sf. 834; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; FRANKO, a.g.e., sf. 188; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 339; ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 691; ÖNEN, a.g.e., sf. 88; KOCAMAN, a.g.e., sf. 6, 11; KARAHASAN, 1997 a, sf. 689; “Davacının dava ettiği alacağı dava

Alacağın devri ile borç ilişkisinin alacaklısı değişmiş olmakta ve fakat alacakta hiçbir değişiklik meydana gelmemektedir. Bu sebeple söz konusu alacağın muacceliyet zamanı bakımından değişiklik meydana gelmez. Başka bir ifade ile devralan üçüncü kişi tarafından ücretin ödenmesi talebi; yine müteahhidin alacağı muaccel olduğu zaman istenilebilir⁵⁵⁷. Daha önce detaylı arz ve izah edildiği şekilde müteahhidin alacağı, BK. md. 364 hükmüne göre kural olarak yapı eserinin tamamlanarak teslimi zamanında muaccel olur⁵⁵⁸. Ancak bu hüküm yardımcı hukuk kuralı niteliğinde olup, taraflarca aksine sözleşme hükmü getirilmesi mümkündür⁵⁵⁹. Bu sebeple; müteahhit ile iş sahibi arasında kurulan inşaat sözleşmesi ile ücretin teslimden bağımsız şekilde (zamana bağlı ya da inşaatın aşamalarına bağlı olması durumunda) ödeneceğine dair hükümler getirilmiş ise ücret söz konusu anlaşma hükümleri uyarınca muaccel olacak ve buna uygun olarak talep edilebilecektir⁵⁶⁰.

Ayrıca ücretin muaccel olması eserin *tamamlanarak* teslimine bağlıdır; bu durumda yapı eserinin tamamlanmamış olması ya da teslim edilmemesi halinde alacak muaccel olmayacaktır ve iş sahibi ödemezlik def'ini ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir (BK. md. 81). BK. md. 167'de ise devredilen alacağın borçlusuna ait

tarihinden evvel temlik ettiği dosya içindeki temliknameden anlaşılmaktadır. Alacağın temliki neticesi olarak davacının alacak üzerinde hiçbir hakkı kalmadığı ve bu hakkın temellük edene intikal ettiği..." Yarg. TD. 26.03.1957 t., 7783 E., 773 K.; Yarg. 15. HD. 29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (KURU, 1990 c, sf. 759)

⁵⁵⁷ KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175

⁵⁵⁸ EREN, 1996 b, sf. 72; OLGAC, 1977, sf. 950; TANDOĞAN, 1987, sf. 302; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; YAVUZ, 2002, sf. 492; ARAL, a.g.e., sf. 358; BAYGIN, a.g.e., sf. 190; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; DAYINLARLI, 1988, sf. 14; KAPLAN, a.g.e., sf. 156; UÇAR, 2001, sf. 542; KARAHASAN, 1997 a, sf. 308; Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); "BK. 364.maddede yer alan hüküm, eser bedelinin istenebilirliği (muacceliyeti) ile ilgilidir. Maddenin ilk fıkrasına (işin parası, teslim zamanında ödenir) deyiminden amaç, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yüklenicinin kural olarak teslimden önce iş bedelinin ödenmesini isteyemeyeceğini, iş sahibinin de eserin tesliminden sonra ödemelerini geciktiremeyeceğini belirtmektedir" Yarg. 15. HD. 06.10.1988 t., 87/4501 E., 88/3152 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1034); Yarg. 15. HD. 09.04.1987 t., 2168 E., 1543 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1298)

⁵⁵⁹ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; ARAL, a.g.e., sf. 390; OLGAC, 1977, sf. 951; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; YAVUZ, 2002, sf. 492; TANDOĞAN, 1987, sf. 302, 303; BAYGIN, a.g.e., sf. 197, 198; KARAHASAN, 1997 a, sf. 308, 309; KAPLAN, a.g.e., sf. 157; SELİÇİ, 1978, sf. 8; DAYINLARLI, 1988, sf. 12, 86; KARTAL, Blm. 1, sf. 104, 105; AYAZLI, a.g.e., sf. 44; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 963

⁵⁶⁰ YAVUZ, 2002, sf. 492, 493, 510, 511; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336, 337; TANDOĞAN, 1987, sf. 306, 308; BAYGIN, a.g.e., sf. 197, 198; KAPLAN, a.g.e., sf. 162; KARAHASAN, 1997 a, sf. 311

def'iler düzenlenmiştir. Buna göre; “borçlu, temlike vakıf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu def'ileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir” denilmek suretiyle; açıkça borçlunun devri öğrendiği zaman, devredene karşı sahip bulunduğu def'ileri devralana karşı da ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği def'ilerden bir tanesi de ödemezlik def'idir. Açıklanan sebeplerle; müteahhidin eseri tamamlamaması ya da teslim etmemesi durumlarında, iş sahibi ödemezlik def'ini ileri sürerek devralan üçüncü kişiye ödeme yapmaktan kaçınabilir⁵⁶¹.

Son olarak; müteahhit ile üçüncü kişi arasında yapılan işlem alacağın devri niteliğinde olduğu için; söz konusu işleme BK. md. 162–171 hükümleri uygulanacaktır. Bu itibarla müteahhidin, devredilen alacağa ilişkin olarak garanti borcu, ispat araçlarını devralana teslim borcu gibi borçları bulunmaktadır. Ancak çalışmanın ikinci bölümünde alacağın devrinin hüküm ve sonuçları üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş olması sebebiyle, konu burada tekrar ele alınmayacaktır.

b. Devir Sözleşmesinin Şekli

Müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan para alacağının üçüncü şahıslara geçirilmesi alacağın devri niteliğindedir. Bu itibarla söz konusu işleme; alacağın devrine ilişkin BK. md. 162–171 hükümleri uygulanacaktır.

BK. md. 163 f. 1'e göre; “tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temliki muteber olmaz”. Madde hükmünden anlaşıldığı gibi; alacağın devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır.

⁵⁶¹ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81; **EREN**, 2003, sf. 1193; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 287; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4428; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1114; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 531; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 400; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 551; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1461; **OLGAÇ**, 1976, sf. 949 **TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 333; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 97; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 689; **EREN**, 1996 b, sf. 72; **OLGAÇ**, 1977, sf. 950; **BURCUOĞLU**, a.g.e., sf. 287; **ARAL**, a.g.e., sf. 358; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 327; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 14; ; **UÇAR**, 2001, sf. 542; **DUMAN**, a.g.e., sf. 239; Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. 15. HD. 09.04.1987 t., 2168 E., 1543 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 1298)

Maddedeki yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir. Yazılı şekil alacağın devri için geçerlilik şartı olup; bu şekle uyulmaksızın yapılan devir sözleşmeleri geçersizdir. Devir sözleşmesi, BK. md. 13 hükmüne tabidir. Buna göre, devir sözleşmesi devredenin devretme iradesini ve imzasını içermelidir. Sözleşmenin devredilecek alacağı yeter derecede, yani belirlenebilir olacak şekilde göstermesi kâfidir⁵⁶².

Sadece devredenin devir beyanı ile imzası şekil şartına riayet için gerekli ve yeterlidir. Şöyle ki; daha önce arz ve izah edildiği gibi, devralan iradesini açıkça beyan edebileceği gibi örtülü olarak da beyan edebilir⁵⁶³. Ancak devralanın da yeterince belirlenebilir olması gerekmektedir⁵⁶⁴.

Müteahhidin alacağını ivazsız devretmesi durumunda, yani bağışlaması⁵⁶⁵ durumunda devrin şekli üzerinde ayrıca durmak gereklidir. Zira bu durumda yapılan devir, BK. md. 237 f. 1 hükmüne tabidir. İşbu maddeye göre; “elden bağışlama, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle vücut bulur”. Anlaşıldığı üzere bağışlama ile teslim dışında bir şekil şartı getirilmemektedir. Ancak bu durum, alacağın devrine ilişkin şekil şartlarını ortadan kaldırmamaktadır. Sonuç olarak; ivazsız devrin alacağın devrine ilişkin şekil şartlarına uygun olarak yapılması

⁵⁶² **KAPLAN**, a.g.e., sf. 164; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 80; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 689; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **EREN**, 2003, sf. 1185; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4420; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1088; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 513; **TUHR**, a.g.e., sf. 831; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 137; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 925; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 91; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1178; “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik muteber olmadığı BK. md. 163 hükümlerinden bulunmasına göre...” Yarg. 4. HD. 02.12.1950 t., 8820 E., 5932 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1430)

⁵⁶³ **EREN**, 2003, sf. 1185; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 99; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396 vd.; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 924; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 321; “BK. md. 162’de temlikin geçerliliği için öngörülen yazılı biçim, bir taraflı devir iradesini açıklayana düşen ve bu iradeyi haricen malum kılmayı amaç tutan bir biçimdir” Yarg. HGK. 21.11.1970 t., 4-1582 E., 637 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1613)

⁵⁶⁴ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 514

⁵⁶⁵ **BK. md 234 f. 1**: “Bağışlama, hayatta olan kimseler arasında bir tasarruftur ki onunla bir kimse, mukabilinde bir ivaz taahhüt edilmeksizin malının tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye temlik eder”.

gerekmektedir. Bu sebeple müteahhidin alacağını bağışlaması durumunda dahi; devreden ve devralan, alacağın devrine ilişkin yazılı sözleşme yapmak zorundadır⁵⁶⁶.

Görüldüğü gibi; devir sözleşmesi müteahhit ile üçüncü şahıs arasında yazılı olarak yapılmalıdır derken, iş sahibinden hiç bahsedilmemiştir. Gerçekten de; müteahhidin para alacağını üçüncü kişilere devri için iş sahibinin sözleşmeye katılımı gerekmemektedir. Zira BK. md. 162 hükmü gereği; alacağın devrine borçlunun katılması yahut rıza göstermesi gerekmemektedir⁵⁶⁷. Hatta alacağın devrinden haberdar dahi olması gerekmemektedir⁵⁶⁸.

III) Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağını Devretmesi

a. Genel Olarak

Müteahhidin arsa ayı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını, iş sahibinin mülkiyetini müteahhide geçirmeyi taahhüt ettiği bir kısım arsa payı (bağımsız bölümler) ve bunların mülkiyetinin kendi adına geçirilmesini talep hakkı oluşturmaktadır. Bu itibarla; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz mülkiyetinin nakline yönelik sözleşmedir. Müteahhidin alacağı, sözleşme ile belirlenmiş bulunan taşınmaz mülkiyetinin iş sahibi tarafından kendi adına devir ve ferağı ile kendi adına tescilini taleptir⁵⁶⁹. Müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan

⁵⁶⁶ DAYINLARLI, 2000, sf. 110; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 544; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; OLGAÇ, 1976, sf. 926; FRANKO, a.g.e., sf. 194; UYGUR, 2003 e, sf. 5601

⁵⁶⁷ EREN, 2003, sf. 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 97; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1106; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 526; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 549; OLGAÇ, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

⁵⁶⁸ EREN, 2003, sf. 1176; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1106; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 549; OLGAÇ, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318

⁵⁶⁹ YAVUZ, 2002, sf. 509; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 258; EREN, 1996 a, sf. 57; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; KARAHASAN, 1997 a, sf. 633; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; SELİÇİ, 1978, sf. 11, 14; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 29; TANDOĞAN, 1988, sf. 243; ARAL, a.g.e., sf. 335; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 324; YAVUZ, 2002, sf. 512; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 6; KAPLAN, a.g.e., sf. 123; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 16, 960; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 62; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; KOSTAKOĞLU, 1984, sf. 928; AYAZLI, a.g.e., sf. 47, 48; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; "... (kat karşılığı inşaat) sözleşmesi uyarınca kendisine

hakkı nisbi hak niteliğindedir. Müteahhidin alacağına bu niteliği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de bir fark göstermez⁵⁷⁰.

Daha sade bir anlatımla; müteahhit, iş sahibinin maliki olduğu arsaya bağımsız bölümlerden oluşan yapı eseri inşa edecektir. Bu emek ve faaliyetlerinin karşılığı olarak da ücret alacaktır. İşte bu sözleşmeden doğan ücret, müteahhidin meydana getirdiği bağımsız bölümlerin belli bir kısmının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi şeklindedir. Müteahhit genel olarak bu sözleşmeden kendisine kalacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmaktadır. Bu satışlar ile müteahhit hem inşaatı tamamlayacak parasal kaynağı elde etmektedir hem de iş sahibi parasal olarak ücret ödemediği için esasen müteahhit, yaptığı işin ve harcadığı emeğin karşılığını bu satışlardan sağlamaktadır.

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, çeşit ve kapsam olarak çeşitli tiplerde düzenlenmektedir⁵⁷¹. Bu çeşitler genellikle ücretin ödenme (muacceliyet) zamanına göre değişiklik göstermektedir. Her ne kadar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin gerçekleştirilme şekillerini (çeşitlerini) sınırlayıcı bir şekilde sayma ve belirleme imkânı yoksa⁵⁷² da; burada, uygulamada sıkça görülen çeşitleri üzerinde durarak müteahhidin kendisine kalacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere geçirmesini bu çeşitler üzerinden ele almak yerinde olacaktır. Böylelikle,

birakılan bağımsız bölümlerin adına teşkilini isteme hakkını kazanır. Bu, şahsi haktır.” Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (**BALKIZ**, a.g.e., sf. 17); “Yüklenici ile mal sahibi arasında noterden resmi şekilde yapılmış bir inşaat sözleşmesi vardır. Bu inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici edimlerini arsa sahibine karşı yerine getirirse ondan sözleşmeye göre kendisine düşen dairelerin adına tescilini istemek hakkını kazanır” Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 15. HD. 24.01.1994 t., 93/1676 E., 94/259 K.; Yarg. 15. HD. 09.12.1997 t., 4431 E., 5308 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 1070, 1089)

⁵⁷⁰ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 144; **YAVUZ**, 2002, sf. 514, 519; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 674; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14-420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1191, 1198); Aynı yönde; Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3-9 E., 9 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (**YAVUZ**, 2002, sf. 514)

⁵⁷¹ **YAVUZ**, 2002, sf. 510 vd.; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 629; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175 vd.; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 104 vd.; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 44; **UYGUR**, 2003 c, sf. 8007; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 235

⁵⁷² **YAVUZ**, 2002, sf. 510; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 103

uygulamada görülen çeşitli şekiller ve ihtimallere göre de konuyu inceleme fırsatı yakalamış olacağız.

b. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin, İş Sahibinin Maliki Olduğu Arsa Paylarının (Bağımsız Bölümlerin) Satışını Vaad Etmesi Suretiyle Gerçekleştirilmesi

1. Sözleşmenin Özellikleri

Bu şekilde kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhit iş sahibinin mülkiyetinde bulunan arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan yapı eseri veya eserleri meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. İş sahibi ise; ücret olarak müteahhide belli bir kısım arsa payının satışını vaad etmektedir. Bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hem taşınmaz satış vaadi hem de istisna sözleşmesi bir arada görülmektedir. Uygulamada en sık görülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çeşidi, bu şekilde yapılanlardır⁵⁷³.

Bu sözleşme ile inşaatın tamamlanması ve teslimi ile iş sahibine ait arsanın bir kısım paylarının ücret olarak müteahhide geçirilmesi öngörülmektedir. Görüldüğü gibi; öncelikle yapı eseri meydana getirilecek, teslim edilecek ve ancak bundan sonra arsa payları müteahhide geçirilecektir. Bir başka ifade ile; ancak müteahhit sözleşmeye uygun olarak edimlerini ifa ettiği takdirde, sözleşme ile belirlenmiş olan arsa payları müteahhit adına tescil edilecektir. Yani; müteahhidin kendisine vaad edilen paylara hak kazanabilmesi, edimini yerine getirmesine bağlıdır. Müteahhidin edimi ise, sözleşmeye uygun olarak yapı eserini meydana getirmek ve bunu iş sahibine teslim etmektir⁵⁷⁴.

⁵⁷³ YAVUZ, 2002, sf. 511, 512; DAYINLARLI, 1988, sf. 13; ERMAN, a.g.e., sf. 511; KARTAL, Blm. 1, sf. 105; KOSTAKOĞLU, 1984, sf. 928; AYAZLI, a.g.e., sf. 44; BAYGIN, a.g.e., sf. 142; KARATAŞ, a.g.e., sf. 236; KARAHASAN, 1997 a, sf. 623; SELİÇİ, 1978, sf. 8; UYGUR, 2003 c, sf. 8008; Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981–1990, C. 6, sf. 503); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. HGK. 06.06.1979 t., 190 E., 799 K. (UYGUR, 2003 b, sf. 7468); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (DALAMANLI, a.g.e., sf. 95); Yarg. 15. HD. 11.03.1977 t., 468 E., 625 K.; Yarg. 15. HD. 08.04.1977 t., 470 E., 837 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1140, 1155)

⁵⁷⁴ YAVUZ, 2002, sf. 512; KAPLAN, a.g.e., sf. 156; KARAHASAN, 1997 a, sf. 689; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 963, 964; KARATAŞ, a.g.e., sf. 236; “Kural olarak, yüklenici

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz mülkiyetinin nakline yönelik sözleşmedir. Müteahhidin alacağı, sözleşme ile belirlenmiş bulunan taşınmaz mülkiyetinin iş sahibi tarafından kendi adına devir ve ferağı ile kendi adına tescilini talep hakkıdır⁵⁷⁵. Müteahhidin sözleşmesinden doğan bu alacak hakkı nisbi hak niteliğindedir⁵⁷⁶.

Müteahhitler uygulamada, kendilerine düşecek bağımsız bölümleri (arsa paylarını) henüz inşaat devam ederken üçüncü kişilere satmaktadırlar. Böylece

sözleşmede öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmişse şahsi hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan dairelerin mülkiyetinin adına naklini isteyebilir” Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14–508 E., 634 K.; “... yüklenici eser sözleşmesindeki edimlerini yerine getirirse sözleşme uyarınca kendisine düşen dairelerin tescilini arsa sahibinden isteyebilir” Yarg. 14. HD. 04.11.1993 t., 7851 E., 5361 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 692, 693); “... kat karşılığı inşaat sözleşmesi karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmedir. Davacı yüklenici sözleşmeden doğan edimlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde, kendisine düşen bağımsız bölümlerin ve bunlara isabet eden pay tapusunun verilmesini isteyebilir” Yarg. 15. HD. 30.06.1994 t., 93/5728 E., 94/4463 K.; “Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bir tarafın diğer taraftan edimini yerine getirmesini isteyebilmesi için, BK’nun 81. maddesi uyarınca öncelikle kendi edimini ifa etmiş olması gerekir” Yarg. 15. HD. 31.01. 1994 t., 93/1091 E., 94/441 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1118, 1110); “Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise binayı imal ve teslimdir” Yarg. HGK. 25.10.2000 t., 1–1280 E., 1554 K. (**YAVUZ**, 2002, sf. 512); “İnşaatın tasdikli projesine aykırı yapılması halinde davacı yüklenicinin edimini yerine getirdiğinden söz edilemeyeceğinden ve sözleşmeye uygun yükümlülük yerine getirilmediği sürece de arsa sahiplerinin edimlerini yerine getirmesi istenemez” Yarg. 15. HD. 04.06.1998 t., 1706 E., 2391 K. (**KARATAŞ**, a.g.e., sf. 237)

⁵⁷⁵ **YAVUZ**, 2002, sf. 509; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 258; **EREN**, 1996 a, sf. 57; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 16; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 633; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7455; **SELİÇİ**, 1978, sf. 11, 14; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 71; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 29; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 243; **ARAL**, a.g.e., sf. 335; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 324; yavuz özel sf 512; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 6; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 123; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 15; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 16, 960; **FEYZİOĞLU**, 1980, sf. 62; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **KOSTAKOĞLU**, 1984, sf. 928; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 47, 48; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; “... (kat karşılığı inşaat) sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin adına tescilini isteme hakkını kazanır. Bu, şahsi haktr.” Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (**BALKIZ**, a.g.e., sf. 17); “Yüklenici ile mal sahibi arasında noterden resmi şekilde yapılmış bir inşaat sözleşmesi vardır. Bu inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici edimlerini arsa sahibine karşı yerine getirirse ondan sözleşmeye göre kendisine düşen dairelerin adına tescilini istemek hakkını kazanır” Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 15. HD. 24.01.1994 t., 93/1676 E., 94/259 K.; Yarg. 15. HD. 09.12.1997 t., 4431 E., 5308 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 1070, 1089)

⁵⁷⁶ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 144; **YAVUZ**, 2002, sf. 511, 519; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 674; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1173; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14–420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14–508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1191, 1198); Aynı yönde; Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3–9 E., 9 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (**YAVUZ**, 2002, sf. 514)

inşaatı tamamlamak için kaynak ve kâr elde etmektedirler. Üçüncü şahıslar ise, henüz inşaatı devam eden bir yapıdan bağımsız bölüm olarak satış bedelini daha az ödemektedirler. Zira; devam eden inşaatın bağımsız bölüm satışı, tamamlanmış ve kat mülkiyetine geçilmiş bir yapıdan bağımsız bölüm satışından daha ucuz olmaktadır.

2. Müteahhidin, Üçüncü Kişilerle Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yaparak Alacağını (Kendisine Düşen Arsa Paylarını-Bağımsız Bölümleri) Üçüncü Kişilere Geçirmeyi Taahhüt Etmesi

i. Genel Olarak

Doktrin⁵⁷⁷ ve uygulamada⁵⁷⁸; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile mülkiyetine geçirilmesi öngörülen arsa paylarının müteahhit adına tescili yapılmadan önce müteahhit tarafından üçüncü kişilere satışında, işlemin genellikle alacağın temlik olduğu üzerinde durulmaktadır. Bunu sebebi işlemin uygulamada genellikle bu şekilde yapılıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak; müteahhit sözleşme uyarınca kendisine geçirilecek arsa paylarını taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile de üçüncü kişilere satmayı taahhüt edebilir⁵⁷⁹. Zira işlemin taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılmasına da hukuki engel bulunmamaktadır.

Öncelikle; taşınmaz satış vaadi borç doğurucu bir işlemdir. Bu sözleşme, taraflara taşınmazın satım sözleşmesinin yapılmasını talep etme hakkı verir. Satış

⁵⁷⁷ YAVUZ, 2002, sf. 514; KARTAL, Blm. 3, sf. 559; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; KARAHASAN, 2002, sf. 688; KAPLAN, a.g.e., sf. 164; DUMAN, a.g.e., sf. 235

⁵⁷⁸ Yarg. 15. HD. 12.10.1989 t., 1135 E., 4191 K.; Yarg. 15. HD. 24.05.1995 t., 868 E., 3045 K.; Yarg. 15 HD. 02.06.1997 t., 2087 E., 2871 K.; (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1206, 1207); Yarg. 15. HD. 22.06.1990 t., 2477 E., 3059 K.; Yarg. 14. HD. 13.09.1988 t., 3849 E., 5572 K.; Yarg. 14. HD. 11.03.1986 t., 5387 E., 1644 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 690, 691)

⁵⁷⁹ ERTAŞ, a.g.e., sf. 84; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 17; DALAMANLI, a.g.e., sf. 24; KARATAŞ, a.g.e., sf. 394; "...müteahhide kalacak dairelerden nizalı olanı alıcı davacıya yükleniciler tarafından noterden satış vaadi suretiyle satılmıştır" Yarg. 15. HD. 27.05.1991 t., 90/9093 E., 91/5228 E. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1197);

vaadi sözleşmesi ile doğan bu alacak hakkı nisbi niteliktedir⁵⁸⁰. Bu itibarla; kişinin kendisine ait olmayan, yani başkasının mülkiyetinde bulunan bir taşınmaz hakkında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması geçerlidir. Zira; satış vaadi borç doğurucu bir sözleşmedir ve borç doğurucu sözleşmelerin kanunda gösterilen konu yönünden sınırları arasında “malik olmak” şartı yer almamaktadır. Başka bir ifade ile; satışı vaad edenin tasarruf yetkisinin olmaması veya sınırlandırılmış olması sözleşmenin geçersizliğini gerektirmez⁵⁸¹.

Bunun yanı sıra; henüz meydana getirilmemiş bir yapı eserinden bağımsız bölüm satılması hususu da tartışma konusu yapılabilir. Çünkü müteahhidin satışını vaad ettiği ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca mülkiyeti müteahhide geçirilecek arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler henüz inşa edilmemiştir. Ancak konu ile ilgili Yargıtay İBK. ile; KMK.’nun yürürlüğe girmesinden sonra, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız, eş deyişle arsa payı belirlenmiş veya belirlenmemiş olarak kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli olarak yapılabileceğine karar vermiştir⁵⁸². Diğer bir deyişle; henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin satış vaadi sözleşmeleri geçerli olarak yapılabilir⁵⁸³.

Açıklanan sebeplerle henüz yapı eseri meydana getirilmemiş ve arsanın mülkiyeti de müteahhitte bulunmamasına rağmen; arsa payı karşılığı inşaat

⁵⁸⁰ TANDOĞAN, 1988, sf. 244, 248; OLGAÇ, 1967, sf. 147; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 336; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 692; BALKIZ, a.g.e., sf. 16; DALAMANLI, a.g.e., sf. 1; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 15

⁵⁸¹ TANDOĞAN, 1988, sf. 246; OLGAÇ, 1967, sf. 148; DALAMANLI, a.g.e., sf. 4; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 93; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 692; “Tapulu bir taşınmazın üçüncü bir şahıs adına tapuda kayıtlı olması halinde dahi, satış vaadinin geçerliğine engel bir kanun hükmü yoktur. Çünkü gerek taşınmaz mal satışı, gerekse taşınmaz satış vaadi, borç doğuran birer akiddir; borç doğuran bir akdin geçerliği ise BK. md. 19’da aranan şartların ve (şayet akid bir şekle bağlı ise) şekil şartının gerçekleşmiş bulunmasına bağlıdır; bunlardan başka bir şarta ve örneğin borç altına girenin malik olması şartına bağlı değildir. Böyle bir halde, satıcının veya satış vaadinde bulunanın üçüncü şahıs adına kayıtlı bir taşınmazı malikinden satın alarak alıcıya temlik etmesi imkânsız bulunmadığı cihetle akdin konusunun BK. md. 20 gereğince imkânsız olduğu da ileri sürülemez” Yarg. HGK. 10.02.1960 t., 4–6 E., 188 K. (FEYZİOĞLU, 1980, sf. 123); Yarg. 4. HD. 08.01.1973 t., 72/4505 E., 73/157 K. (TANDOĞAN, 1988, sf. 246); Yarg. 3. HD. 19.01.1964 t., 270 E., 176 K. (OLGAÇ, 1967, sf. 147); Yarg. 14. HD. 1983 t., 6969 E., 6808 K. (BALKIZ, a.g.e., sf. 17)

⁵⁸² Yarg. İBK. 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1578)

⁵⁸³ TANDOĞAN, 1987, sf. 247; KARAHASAN, 1997 a, sf. 660; DALAMANLI, a.g.e., sf. 100; KARTAL, Blm. 1, sf. 100; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 691

sözleşmesi ile mülkiyeti müteahhide geçirilmesi taahhüt edilmiş bulunan arsa paylarının (bağımsız bölümlerin), müteahhit tarafından taşınmaz satış vaadi yolu ile mülkiyetlerinin üçüncü şahıslara geçirilmesi taahhüt edilebilir.

ii. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Genel Olarak Hükümleri

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile sözleşmeye konu taşınmazın ileride satışına ilişkin bir sözleşme yapılması taahhüt edilmektedir. Yani bu sözleşme ile doğrudan taşınmazın mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ve başkası adına tescili söz konusu olmamaktadır. Bu itibarla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bir başka sözleşmenin yapılmasının borçlanıldığı bir ön sözleşme ve borç doğuran bir sözleşmedir. Sözleşme sadece tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Bu sebeple; satış vaadi sözleşmesinden doğan hak, nisbi niteliktedir. Taşınmaz satış vaadi ile sözleşmeye konu taşınmazın tapuda resmi şekilde satış sözleşmesinin yapılarak, devir ve tescilinin sağlanacağı taahhüt edilmektedir. Satış vaadi sözleşmesi ile tarafların her ikisine ya da sadece birine satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı verilebilir. Bu itibarla talep hakkı olan tarafın satışı istemesi üzerine, diğer tarafın tapuda satış yapma ve mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmesi gerekir. Yani borç muaccel olur⁵⁸⁴.

Ancak; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden müteahhide düşen payların vaad alacaklısı üçüncü kişinin satışı isteyebilmesi için BK. md. 81 uyarınca öncelikle kendi borcunu ifa etmiş olması gerekmektedir⁵⁸⁵.

Müteahhitten satış vaadi ile arsa payı (bağımsız bölüm) alan üçüncü şahıs, BK. md. 125 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde sözleşmenin ifasını müteahhitten talep edebilir. Bu talep karşısında tarafların tapuda resmi şekilde satış sözleşmesi yapmaları ve taşınmazın mülkiyetini vaad alacaklısı üçüncü kişiye

⁵⁸⁴ **OLGAÇ**, 1967, sf. 147; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 244, 248; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 334; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 691; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 16, 17; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 4, 5, 15; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 1; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 106, 108; Yarg. 14. HD. 08.11.1983 t., 6969 E., 6808 K. (**OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 334)

⁵⁸⁵ **OLGAÇ**, 1967, sf. 156; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 163; **DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1039

geçirmeleri gereklidir. Müteahhidin devir ve tescilden kaçınması halinde, vaad alacaklısı üçüncü kişi TMK. md. 716 hükmü uyarınca tescil davası açarak mülkiyetin hükmen adına geçirilmesini isteyebilir⁵⁸⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile üzerinde yapı eseri inşaatına konu olan arsanın tapusuz bir taşınmaz olması durumunda dahi sözleşme uyarınca müteahhide düşen arsa payları, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu yapılabilir. Ancak; tasarruf işleminin yapılması, taşınmazın tesciline bağlıdır. Zira mülkiyet hakkı tescilsiz de kazanılabilir ve fakat bunlar üzerindeki tasarruflar ancak tapuya kayıtlarından sonra yapılabilir⁵⁸⁷.

Yapı eserinin tamamlanmaması, iş sahibinin taşınmazı iyiniyetli başka üçüncü kişilere satması gibi sebeplerle müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine düşen arsa payının mülkiyetini kazanamaması veya mülkiyeti kazanmasına rağmen iyiniyetli başka bir üçüncü kişiye tapuda resmi şekilde satması gibi durumlarda ise vaad alacaklısı müteahhit aleyhine tescil davası açamayacaktır. Zira bu durumlarda müteahhit satış vaadi sözleşmesine konu arsa payının maliki değildir ve bu sebeple tescil talebi mahkeme tarafından reddedilir. Bu gibi hallerin varlığı halinde vaad alacaklısının hakları BK. md. 96, 106 ve 108 hükümleri dairesinde tespit olunacaktır. Vaad alacaklısının söz konusu hükümlere göre işlem yapması ve müteahhitten, ödemiş olduğu ücretin iadesini, zararlarının tazminini ve sözleşmede kararlaştırılmış ise cezai şartı istemesi mümkündür⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ **TANDOĞAN**, 1988, sf. 249; **OLGAÇ**, 1967, sf. 156; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 695, 700; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 27, 181; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 15, 26; **DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1039; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 107; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 338 (Yazarlar; tescilin doğrudan istenemeyeceğini, öncelikle vaad edenin satış sözleşmesi için irade beyanında bulunmasına hüküm verilmesini ve ancak bu irade beyanından kaçınırsa tescilin talep edilebileceğini belirtmektedirler); Yarg. 25.10.1971 t., 70/1 E., 71/2 K. (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 696)

⁵⁸⁷ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 273; **OLGAÇ**, 1967, sf. 150; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 654, 701; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 339; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 126; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 8 (Yazar; taşınmazın tapuda kayıtlı olması gerektiğini, bunun geçerlilik şartı olduğunu iddia etmektedir)

⁵⁸⁸ **OLGAÇ**, 1967, sf. 148, 149; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 251, 252; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 696; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 9; Yarg. 4. HD. 18.02.1960 t., 3444 E., 2068 K. (**DALAMANLI**, a.g.e., sf. 9)

Taşınmaz satış vaadi alacaklısının TMK. md. 1009 uyarınca, sözleşmeden doğan nisbi hakkını tapu siciline şerh ettirme imkânı vardır⁵⁸⁹. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca müteahhide geçirilmesi taahhüt edilen arsa paylarını, müteahhitten taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile satın alan üçüncü kişinin bu imkândan faydalanarak hakkını sicile şerh ettirme olanağı bulunmamaktadır. Zira; söz konusu şerhin yapılabilmesi için satış vaadi sözleşmesinin arsa maliki ile yapılmış olması gerekmektedir. Fakat burada müteahhit inşaat yapılan arsanın maliki değildir. Bu sebeple vaad alacaklısı üçüncü kişi, sözleşmeden doğan hakkını tapu siciline şerh ettiremez. Ancak vaad alacaklısı üçüncü kişi, TMK. md. 1010 b. 1 uyarınca mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alması ve buna istinaden hakkını, çekişmeli hak olarak tapuya şerh ettirmesi mümkün olabilir⁵⁹⁰.

iii. Sözleşmenin Şekli

BK. md. 213 hükmün uyarınca, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ancak resmi şekilde yapılmakla geçerli olarak kurulabilir. Gerçekten de madde hükmüne göre; “gayrimenkule dair satım vadi... mukavelesi resmi senede raptedilmedikçe muteber değildir”.

Satış vaadi sözleşmesinin yetkili merci tarafından re’sen düzenlenmesi gerekir. BK. md. 213 resmi şekil şartı getirmekle birlikte, yetkili merciyi belirtmemektedir. NK. md. 60 ve 89 hükümleri, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılabileceğini açıkça düzenlemektedir. Bu itibarla; satış vaadi sözleşmesi yapmak görevi öncelikli olarak noterlere verilmiştir. Bunu yanı sıra zaman içerisinde tartışılmış olmakla birlikte bugün için; asıl satış sözleşmesini yapmaya yetkili olmaları ve bu sözleşmeyi düzenlemelerini yasaklayıcı herhangi bir hüküm bulunmaması sebepleriyle, tapu memurlarının da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmektedir⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ **OLGAÇ**, 1967, sf. 155; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 252, 253; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 698; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 337; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 34; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 11; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 637

⁵⁹⁰ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 85; ; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 642

⁵⁹¹ **OLGAÇ**, 1967, sf. 152; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 243; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 688 vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 335; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; Bazı

Tarafların icap ve kabulünün sözleşmede birleşmiş olması, her iki tarafın da imzasının bulunması ve sözleşmenin yetkili merci tarafından re'sen düzenlenmiş olması geçerlilik koşuludur⁵⁹². Sözleşmenin tüm esaslı unsurları kapsamının yanı sıra; ileride yapılması vaad olunan satış sözleşmesine ilişkin temel unsurları da kapsamı gerekmektedir. Bu sebeple; satılacak taşınmazın ve karşılık bedelin satış vaadi sözleşmesinde de belirli olması gerekmektedir. Ancak taşınmazın tereddüde meydan vermeyecek şekilde belirlenebilir olması yeterli ve gereklidir⁵⁹³. Diğer bir deyişle; henüz mevcut olmayan, yapımı başlamış veya başlayacak olan bir bağımsız bölüm dahi satış vaadi sözleşmesine konu edilebilir⁵⁹⁴.

Tarafların fiil ehliyeti gibi sözleşmenin esasa ilişkin şartları ise genel olarak diğer borç doğurucu sözleşmelerden bir farklılık göstermez⁵⁹⁵.

3. Müteahhidin, Alacağın Devri Sözleşmesi İle Alacağını Üçüncü Kişilere Geçirmesi

i. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; müteahhidin, iş sahibinin (arsa maliki) arsası üzerine bağımsız bölümler yapmak suretiyle inşaat yapım işini üstlendiği ve arsa malikinin ise, ücret olarak bir kısım arsa payının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetini müteahhide geçirmeyi vaad ettiği sözleşmedir⁵⁹⁶.

yazarlar ise diğer açıklamalarımız yönünde düşünmekle birlikte, bu sözleşmeyi sadece noterin düzenleyebileceğini belirtmektedirler; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 60, 62; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 2, 3; **DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1039

⁵⁹² **OLGAÇ**, 1967, sf. 147; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 248; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 687; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 74; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 3; **DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1039

⁵⁹³ **OLGAÇ**, 1967, sf. 147; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 688; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 19; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 100; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 8

⁵⁹⁴ **TANDOĞAN**, 1987, sf. 247; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 660; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 100; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 100; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 691; Yarg. İBK. 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1578)

⁵⁹⁵ **OLGAÇ**, 1967, sf. 147; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 83 vd.

⁵⁹⁶ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 142; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 25; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 623; **SELİÇİ**, 1978, sf. 8; **YAVUZ**, 2002, sf. 504; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7447; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 13; **ERMAN**, a.g.e., sf. 511; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 98; **KOSTAKOĞLU**, 1984, sf. 928; **AYAZLI**,

Bu itibarla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; “*çift tipli karma sözleşme*” niteliğindedir. Zira sözleşme kanununun başka başka sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurları, kanunun öngörmediği bir biçimde bünyesinde barındırmaktadır. Gerçekten de; müteahhidin yapı eseri meydana getirme edimi, istisna sözleşmesinin asli edimi ve fakat iş sahibinin edimi ise bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir unsurudur⁵⁹⁷. Daha önce arz ve izah edildiği gibi; sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının resmi şekilde yapılmasına bağlı olması da, zaten sözleşmenin taşınmaz satış vadinin unsurlarını taşımasından kaynaklanmaktadır⁵⁹⁸. Yargı kararlarında da sözleşmenin niteliği⁵⁹⁹ ve geçerlilik şekli⁶⁰⁰ hususlarında bu görüş istikrar kazanmıştır.

a.g.e., sf. 43; Yarg. İBK., 30.09.1988 t., 87/2 E., 88/2 K. (YİBK., Hukuk 1981–1990, C. 6, sf. 503); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. HGK. 06.06.1979 t., 190 E., 799 K. (UYGUR, 2003 b, sf. 7468); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (DALAMANLI, a.g.e., sf. 95); Yarg. 15. HD. 11.03.1977 t., 468 E., 625 K.; Yarg. 15. HD. 08.04.1977 t., 470 E., 837 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1140, 1155)

⁵⁹⁷ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 258; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; UYGUR, 2003 b, sf. 7452; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; SELİÇİ, 1978, sf. 11; KARAHASAN, 1997 a, sf. 628; TANDOĞAN, 1988, sf. 71; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 4; DAYINLARLI, 1988, sf. 13; ERMAN, a.g.e., sf. 511; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 58; ÖZ, a.g.e., sf. 2; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 126; YAVUZ, 2002, sf. 507; KARTAL, Blm. 1, sf. 102, 112; AYAZLI, a.g.e., sf. 45

⁵⁹⁸ ERTAŞ, a.g.e., sf. 80, 86; EREN, 1996 a, sf. 57; BAYGIN, a.g.e., sf. 18; DUMAN, a.g.e., sf. 31; KARATAŞ, a.g.e., sf. 28; KOSTAKOĞLU, 1984, sf. 928; TANDOĞAN, 1987, sf. 29; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; KARAHASAN, 1997 a, sf. 633; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 25; SELİÇİ, 1978, sf. 14; ARAL, a.g.e., sf. 333; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 324; YAVUZ, 2002, sf. 451; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 6; KAPLAN, a.g.e., sf. 123; ERTEN, a.g.e., sf. 85; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 960; DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1039; DOĞANAY, a.g.e., sf. 242; KARTAL, Blm. 1, sf. 102; AYAZLI, a.g.e., sf. 47

⁵⁹⁹ “Görülüyor ki, davalının edimi istisna sözleşmesinin; davacının karşı edimi ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece, taraflar arasında, arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır” Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15–1613 E., 82/565 K. (ERMAN, a.g.e., sf. 507); “eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir *karma sözleşme* tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, ... *inşaat sözleşmesi*; diğeri ise, ... *mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmedir*” Yarg. 15. HD. 08.05.1996 t., 1132 E., 2486 K. (KARATAŞ, a.g.e., sf. 27); Aynı yönde Yarg. 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K. (TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 19); Yarg. 15. HD. 04.12.1980 t., 1990 E., 2594 K.; Yarg. 15. HD. 12.11.1981 t., 2098 E., 2240 K.; Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E., 1184 K. (ÖZENLİ, a.g.e., sf. 334, 337, 340); Yarg. 15. HD. 04.10.1974 t., 670 E., 977 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 628)

⁶⁰⁰ “Taraflar arasında kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin sözleşme haricen düzenlenmiştir. Oysaki arsa payı geçirimini içeren bu sözleşmenin TMK’ un 634 [karş. 4721 syl. TMK. md. 706], BK. 213. maddesi, Noterlik Kanunu’nun 60. madde ve Tapu Kanunu’nun 26. madde hükmü uyarınca *resmi senet şeklinde düzenlenmesi geçerlilik şartıdır*” Yargıtay 15. HD.’nin 29.12.1989 t., 1802 E., 5510 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 87); Yarg. 15. HD. 17.10.1978 t., 1327 E., 1958 K. (ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 7); “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

Müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkı, nisbi hak niteliğindedir⁶⁰¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin borcu, sözleşmede belirli bir kısım arsa payının mülkiyetini müteahhide geçirmektir. Bu itibarla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin alacağını, sözleşme ile belirlenmiş bulunan taşınmaz mülkiyetinin iş sahibi tarafından kendi adına devir ve ferağı ve alacak hakkının kapsamını ise, iş sahibinin mülkiyetini müteahhide geçirmeyi taahhüt ettiği bir kısım arsa payı mülkiyetinin kendi adına geçirilmesini talep hakkı oluşturmaktadır⁶⁰².

sözleşmeyi düzenleyen (355 ve bunu izleyen) maddelerinin uygulanmasına karşılık, davacının arsa payı mülkiyetini davalıya devir borcu yönünden, satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır (TMK. 634, BK. 213, Tpk. 26, NK. 60). Hal böyle olunca da, davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya devir borcu için, yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır”; “Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır” Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15-1613 E., 82/565 K. (ERMAN, a.g.e., sf. 507); Yarg. 15. HD. 20.07.2005 t., 04/7112 E., 05/4421 K. (YDD., S. 118, İstanbul, Ekim 2005, sf. 159); Yarg. 15. HD. 12.11.1981 t., 2098 E., 2240 K.; Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E., 1184 K. (ÖZENLİ, a.g.e., sf. 337, 340)

⁶⁰¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 144; YAVUZ, 2002, sf. 514, 519; KARAHASAN, 1997 a, sf. 674; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; DUMAN, a.g.e., sf. 235; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; Taşınmaz satış vaadinden doğan hak, nisbi niteliktedir TANDOĞAN, 1988, sf. 244, 248; OLGAC, 1967, sf. 147; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 336; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 692; BALKIZ, a.g.e., sf. 16; DALAMANLI, a.g.e., sf. 1; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 15; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14-420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1191, 1198); Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (BAYGIN, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3-9 E., 9 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (YAVUZ, 2002, sf. 514)

⁶⁰² YAVUZ, 2002, sf. 509; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 258; EREN, 1996 a, sf. 57; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; KARAHASAN, 1997 a, sf. 633; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; SELİÇİ, 1978, sf. 11, 14; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 29; TANDOĞAN, 1988, sf. 243; ARAL, a.g.e., sf. 335; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 324; YAVUZ, 2002, sf. 512; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 6; KAPLAN, a.g.e., sf. 123; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 16, 960; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 62; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; KOSTAKOĞLU, 1984, sf. 928; AYAZLI, a.g.e., sf. 47, 48; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; “... (kat karşılığı inşaat) sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin adına teşkilini isteme hakkını kazanır. Bu, şahsi haktr.” Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (BALKIZ, a.g.e., sf. 17); “Yüklenici ile mal sahibi arasında noterden resmi şekilde yapılmış bir inşaat sözleşmesi vardır. Bu inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici edimlerini arsa sahibine karşı yerine getirirse ondan sözleşmeye göre kendisine düşen dairelerin adına tescilini istemek hakkını kazanır” Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (BAYGIN, a.g.e., sf. 144); Yarg. 15. HD. 24.01.1994 t., 93/1676 E., 94/259 K.; Yarg. 15. HD. 09.12.1997 t., 4431 E., 5308 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1070, 1089)

Kural olarak; her türlü alacak, alacağın devrine konu teşkil edebilir. Yani, devredilen alacağın kaynağı önem teşkil etmez. Bu anlamda; hukuki işlemde doğan alacakların yanı sıra, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeden doğan alacaklar da devredilebilir⁶⁰³. Açıklanan sebeplerle; müteahhit, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını (alacak hakkını) alacağın devri ile üçüncü kişilere geçirebilir⁶⁰⁴.

Gerçekten de; uygulamada sıklıkla görülen, müteahhidin yapım aşamasındaki bir inşaattan kendi payına düşen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satması genellikle böyle alacağın devri yolu ile yapılmaktadır. Her ne kadar “satım” desek de, müteahhidin kendi payına düşen bağımsız bölümleri bağışlaması, teminat olarak göstermesi vs. durumlarda da alacağın devrine başvurulabilir. Zira; alacağın devrinin sebeplerini bir borcun ifası (ifa amacıyla ya da ifa yerine temlik), tahsil, teminat vs. amaçların oluşturması devre engel değildir⁶⁰⁵.

Alacağın devrine ilişkin sınırlama BK. md. 162 f. 1 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre; kanun hükmünden, sözleşmeden veya işin niteliğinden kaynaklan ve alacağın devrini sınırlayan bir engel bulunmamalıdır. Aksi halde; yani devredilemeyen bir alacak bulunması durumunda yapılan devir işlemi, kural olarak, geçersizdir⁶⁰⁶.

Müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesini yasaklayan kanuni bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde; işin

⁶⁰³ **EREN**, 2003, sf. 1187; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4369; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1082; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 507; **TUHR**, a.g.e., sf. 839; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **ÖNEN**, a.g.e., sf.93; **ENGİN**, 2002., sf.24

⁶⁰⁴ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 80; **YAVUZ**, 2002, sf. 514; **KARTAL**, Blm. 3, sf. 559; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175; **KARAHASAN**, 2002, sf. 688; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 164; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; **ARBİL**, Semih, “Müteahhitlerin Üçüncü Kişilere Adi Yazılı Şekilde Yaptığı Satış Sözleşmelerinin Geçerliliği”, MBD., Y. 5, S. 16, Manisa, Ocak 1986, sf. 30; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 395

⁶⁰⁵ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 81; **EREN**, 2003, sf. 1181; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 32; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1447; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 495; **TUHR**, a.g.e., sf. 828; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 90

⁶⁰⁶ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 153; **EREN**, 2003, sf. 1189; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **TUHR**, a.g.e., sf. 840; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 323; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175

niteliği de söz konusu alacağın devrine engel değildir. Burada önemli olan husus; müteahhit ile iş sahibi arasında kurulan inşaat sözleşmesinde müteahhidin alacağını devretmesini engelleyen hüküm bulunması noktasındadır. İnşaat sözleşmesinde devri engelleyen veya sınırlayan hüküm bulunmaması halinde, müteahhit söz konusu alacağı serbestçe üçüncü şahıslara devredebilir. Aksi halde, yani sözleşme hükmü ile devrin yasaklanmış olması halinde devir işlemi, kural olarak, geçersiz olacaktır⁶⁰⁷. Yani alacak intikal etmeyecek, devreden müteahhidin malvarlığında kalacaktır. Ancak, devir işlemi, iş sahibinin devre izin veya icazet vermek suretiyle rıza göstermesi halinde başından itibaren hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğurur. İş sahibi rıza gösterdiğine dair iradesini açıkça veya borcunu yeni alacaklıya ifa etmesi halinde olduğu gibi örtülü olarak dahi beyan edebilir⁶⁰⁸.

Sonuç olarak; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde devre ilişkin bir sınırlama veya yasaklama bulunmayan her durumda, müteahhit sözleşme hükmü uyarınca kendisine düşecek arsa paylarının (bağımsız bölümleri) mülkiyetini talep haklarını üçüncü kişilere devredebilir. Bu işlem alacağın devri niteliğindedir ve bu sebeple kural olarak BK. md. 162–171 hükümlerine tabidir.

ii. Sözleşmesinin Şekli

ii-a) Genel Olarak

Müteahhidin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi dolayısıyla kendisine düşecek arsa paylarını (bağımsız bölümleri) üçüncü şahıslara satması mümkündür. Müteahhit bunu taşınmaz satış vaadi ile yapabileceği gibi; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkını üçüncü kişiye devrederek de gerçekleştirebilir. Bu işlem alacağın devri niteliğindedir.

⁶⁰⁷ KAPLAN, a.g.e., sf. 164; DAYINLARLI, 2000, sf. 153; KARAHASAN, 1997 a, sf. 689; EREN, 2003, sf. 1189; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; TUHR, a.g.e., sf. 840; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; OLGAÇ, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 183; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 323

⁶⁰⁸ EREN, 2003, sf. 1189; DAYINLARLI, 2000, sf. 166; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1085; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 509; TUHR, a.g.e., sf. 845; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398

Alacağın devri, esas olarak sözleşmeye dayalı bir işlemdir. Yani taraf iradelerine bağlı bir işlemdir. Bu itibarla alacak hakkı; devreden tek taraflı bir hukuki işlemi ile değil, devreden ve devralanın, birbirine uyan irade beyanlarıyla, birlikte yapmış oldukları bir sözleşme ile devredilmektedir⁶⁰⁹.

O halde sözleşmenin esasa ve şekle ilişkin şartları üzerinde durmak gerekmektedir. Ancak sözleşmenin esasa ilişkin şartlarını çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak ele almış olduğumuzdan, burada saymakla yetinerek ayrıntıya girmeyeceğiz. Sözleşmenin esasa ilişkin şartları dört başlık altında toplanabilir. Buna göre; tarafların sözleşme ehliyetine sahip olması⁶¹⁰, devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması⁶¹¹ ve tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması⁶¹² ilk üç şartı meydana getirir. Son şart ise olumsuz bir şarttır. Buna göre, alacağın devredilemeyen bir alacak olmaması gerekir ki; genel hatlarıyla önemi dolayısıyla yukarıda tekrar ele alınmıştır.

Müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere devretmesinde uyulması gereken şekli ise, önceki açıklamalarımızın yanında burada tekrar ele almanın uygun olacağını düşünüyoruz.

*ii-b) Doktrin ve Uygulamanın Genel Kabulü
(Adi Yazılı Şeklin Yeterli Olduğu
Görüşü)*

Müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağı, üzerinde yapı eseri meydana getirilen belli bir kısım arsa paylarının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetinin, kendi adına devri ve tescilidir. Bu itibarla, mülkiyetin naklini

⁶⁰⁹ EREN, 2003, sf. 1181; DAYINLARLI, 2000, sf. 78 vd.; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; ÖNEN, a.g.e., sf. 89; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 395; FRANKO, a.g.e., sf. 178; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 495; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1086

⁶¹⁰ EREN, 2003, sf. 1184; DAYINLARLI, 2000, sf. 93; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1092; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 504; OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., sf. 135

⁶¹¹ EREN, 2003, sf. 1180; DAYINLARLI, 2000, sf. 95; UYGUR, 2003 d, sf. 4368; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1093; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 504; TUHR, a.g.e., sf. 827; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; OLGAC, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 179

⁶¹² EREN, 2003, sf. 1184; DAYINLARLI, 2000, sf. 95; TUHR, a.g.e., sf. 826; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; FRANKO, a.g.e., sf. 179

amaçlayan bir sözleşmedir. Müteahhidin alacak hakkının kapsamı, sözleşme ile belirli arsa paylarının tapuda kendi adına devir ve tescilini talep hakkıdır ve bu hak nisbi niteliktedir⁶¹³.

Kural olarak, BK. md. 162 f. 1’de şartları belirtilen devredilemeyenler dışında kalan her türlü alacak hakkı alacağın devrine konu olabilir⁶¹⁴. Bu itibarla; müteahhidin bu sözleşmeden doğan alacak hakkını üçüncü kişilere geçirmesi mümkündür ve bu işlem, alacağın devri niteliğindedir⁶¹⁵. Bu sebeple; doktrinde kabul gören görüşe göre, müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesi BK. md. 162–171 arasında düzenlenen alacağın devri hükümlerine tabidir ve sözleşmenin geçerlilik şekli de buna göre belirlenmelidir⁶¹⁶.

Alacağın devrine ilişkin şekil BK. md. 163 f. 1’de düzenlenmiştir. Maddeye göre; “tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temliki muteber olmaz”. Madde hükmünden anlaşıldığı gibi; alacağın devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır.

Maddedeki yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir. Yazılı şekil alacağın devri için geçerlilik şartı olup; bu şekle uyulmaksızın yapılan devir sözleşmeleri geçersizdir. Devir sözleşmesi, BK. md. 13 hükmüne tabidir. Buna göre, devir sözleşmesi devredenin devretme iradesini ve imzasını içermelidir. Sözleşmenin

⁶¹³ BAYGIN, a.g.e., sf. 144; YAVUZ, 2002, sf. 514, 519; KARAHASAN, 1997 a, sf. 674; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; DUMAN, a.g.e., sf. 235; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; Taşınmaz satış vaadinden doğan hak, nisbi niteliktedir; TANDOĞAN, 1988, sf. 244, 248; OLGAÇ, 1967, sf. 147; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 336; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 692; BALKIZ, a.g.e., sf. 16; DALAMANLI, a.g.e., sf. 1; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 15; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14–420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14–508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1191, 1198); Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (BAYGIN, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3–9 E., 9 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (YAVUZ, 2002, sf. 514)

⁶¹⁴ EREN, 2003, sf. 1187; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1082; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 507; TUHR, a.g.e., sf. 839; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; KARAHASAN, 2003, sf. 1446; FRANKO, a.g.e., sf. 183; ÖNEN, a.g.e., sf.93; ENGİN, 2002., sf.24

⁶¹⁵ ERTAŞ, a.g.e., sf. 80; YAVUZ, 2002, sf. 514; KARTAL, Blm. 3, sf. 559; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; KARAHASAN, 2002, sf. 688; KAPLAN, a.g.e., sf. 164; DUMAN, a.g.e., sf. 235; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; ARBİL, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 395

⁶¹⁶ KARTAL, Blm. 3, sf. 559; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; KARAHASAN, 1997 a, sf. 688; DUMAN, a.g.e., sf. 235; KARATAŞ, a.g.e., sf. 395; ERTAŞ, a.g.e., sf. 80

devredilecek alacağı yeter derecede, yani belirlenebilir olacak şekilde göstermesi kâfidir⁶¹⁷.

Sadece devredenin devir beyanı ile imzası şekil şartına riayet için gerekli ve yeterlidir. Şöyle ki; daha önce arz ve izah edildiği gibi, devralan iradesini açıkça beyan edebileceği gibi örtülü olarak da beyan edebilir⁶¹⁸. Ancak devralanın da yeterince belirlenebilir olması gerekmektedir⁶¹⁹.

Müteahhidin alacağını devretmesinin BK. 162–171. maddeleri hükmüne tabi olduğunu ileri süren doktrindeki kabule göre; bu sözleşmeden doğan hakkın devrinde de BK. md. 163'e göre hareket edilmesi lazımdır. Buna göre; açıklandığı üzere, alacağın devrinin geçerliliği adi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devrinde de adi yazılı şekil yeterlidir. Söz konusu hakkın taşınmaza ilişkin olmasının şekle etkisine dair; alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği, devredilen hakkı doğuran asıl sözleşmenin varlığına bağlıdır ve devredilen alacak hakkı resmi sözleşme ile geçerli olarak doğduğuna göre, doğmuş hakkın devredilmesi için yeniden resmi biçimde sözleşme yapılmasına gerek yoktur denilmektedir. Ayrıca; BK. md. 163 hükmü ile getirilen yazılı şekil şartının, devredilecek hakkın taşınmaza ilişkin olması yönünden de Kanun'da ayırım yapılmadığı, bu sebeple madde hükmünden ayrılmanın gerekli olmadığı ileri sürülmüştür. Herhalde, bu görüşe göre; müteahhit ile üçüncü kişinin yapmış olduğu

⁶¹⁷ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **EREN**, 2003, sf. 1185; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4420; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1088; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 513; **TUHR**, a.g.e., sf. 831; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 137; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 925; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 91; “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlikî muteber olmadığı BK. md. 163 hükümlerinden bulunmasına göre...” Yarg. 4. HD. 02.12.1950 t., 8820 E., 5932 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1430)

⁶¹⁸ **EREN**, 2003, sf. 1185; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 99; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396 vd.; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 924; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 321; “BK. md. 162’de temlikin geçerliliği için öngörülen yazılı biçim, bir taraflı devir iradesini açıklayana düşen ve bu iradeyi haricen malum kılmayı amaç tutan bir biçimdir” Yarg. HGK. 21.11.1970 t., 4–1582 E., 637 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1613)

⁶¹⁹ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 514

yazılı alacağın devri sözleşmesi ile, müteahhidin sözleşmeden doğan alacağı üçüncü kişiye geçerli olarak devredilebilir⁶²⁰.

Yargı kararlarına bakıldığında, Yargıtay'ın da bu görüşü benimsediği ve istikrarlı olarak bu yönde karar verdiği görülmektedir. Gerçekten de Yargıtay 14. HD'nin yakın tarihli bir kararında bu yöndeki uygulamayı ve anlatılmalardan özetleyecek şekilde hüküm tesis edilmiştir⁶²¹. Karar'a göre; "Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olan yüklenici yukardan beri sayılan edimleri yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazandığı kişisel hak sebebiyle arsa payı veya bağımsız bölüm tapusunun devrini ondan isteyebileceği gibi BK'nun 162 ve devamı maddelerine dayanarak kişisel hakkını arsa sahibinin onamı gerekmeksizin üçüncü kişilere *yazılı olmak koşuluyla* devir ve temlik edebilir". Görüldüğü gibi Yargıtay, müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkını üçüncü kişilere geçirmesini, alacağın devri olarak nitelemekte ve bu sebeple doktrinde kabul gören görüş gibi yazılı devir sözleşmesini yeterli görmektedir.

Yine yakın tarihli bir kararda; "Yüklenici, edimini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hak sebebiyle arsa payı ve bağımsız bölüm tapunun devrini ondan isteyebileceği gibi, BK'nun 162. maddesine dayanarak kişisel hakkını arsa sahibinin onamı gerekmeden *yazılı olmak koşuluyla* üçüncü kişilere devir ve temlik edebilir" denilmektedir⁶²².

Her ne kadar; sunulan Kararlar aynı Daire'ye ait ise de, bu görüş farklı daire kararlarında da aynı şekilde uygulanmaktadır. HGK. da bir kararında; "Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden inşaat sözleşmesi

⁶²⁰ **YAVUZ**, 2002, sf. 514; **KARTAL**, Blm. 3, sf. 559; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1178; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 689; **DUMAN**, a.g.e., sf. 236; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 18; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 395; **UYGUR**, Turgut, Açıklamalı İcraatlı İnşaat Hukuku-Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1993, sf. 840; **ARBİL**, a.g.e., sf. 30; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 164 (Yazar; ayırım yapmaksızın tüm inşaat sözleşmeleri için bu görüşü beyan etmektedir); **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 80 (Yazar; uygulamayı belirtmekle birlikte, devredilen hakkın taşınmaz mülkiyetine ilişkin olduğunun dikkate alınmaması sebebiyle bu düşünceye sevk olunduğunu belirterek görüşü eleştirmektedir)

⁶²¹ Yarg. 14. HD. 11.01.2005 t., 04/7796 E., 05/77 K. (YDD., S. 114, İstanbul, Haziran 2005, sf. 136)

⁶²² Yarg. 14. HD.22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir veyahut ta BK'nun 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce, yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatini almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir” şeklinde hüküm kurarak, Yargıtay'ın görüşünü teyit etmiştir⁶²³. Yargıtay 15. HD. De bir kararında, HGK'nun sunulan kararının tıpa tıp aynısı cümlelerle, yazılı şeklin yeterli olduğuna karar vermiştir⁶²⁴. Yüksek Mahkeme'nin yukarıda sunulan yönde pek çok kararı bulunmaktadır. Açıkça anlaşıldığı gibi; Yargıtay kararlarında bu yöndeki kabul, neredeyse kararların birbirinin aynısı cümlelerle kurulmasını gerektirecek kadar netlik kazanmıştır⁶²⁵.

Sonuç olarak; doktrin ve yargı kararlarında, müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkını üçüncü kişilere geçirebileceği (satabileceği), bu işlemin alacağın devri niteliğinde olduğu ve bu sebeple BK. md. 163 hükmüne uygun olarak taraflar arasında adi yazılı sözleşme yapılmasının yeterli olduğu genel olarak kabul görmektedir.

ii-c) Devredilen Hakkın Taşınmaz Mülkiyetine İlişkin Olması Sebebiyle, Geçerliliği Resmi Şekilde Yapılmasına Bağlıdır

Öncelikle belirtmek gerekir ki; müteahhidin alacak hakkının kapsamını, sözleşme ile belirli arsa paylarının tapuda kendi adına devir ve tescilini talep hakkı oluşturmaktadır. Müteahhidin bu hakkı, nisbi nitelikte bir haktır⁶²⁶. Bunun yanı sıra;

⁶²³ Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14–420 E., 595 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1189)

⁶²⁴ Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1789)

⁶²⁵ Yarg. 14. HD. 04.10.1983 t., 3908 E., 5918 K. (GÜLAL, a.g.e., sf. 61); Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14–508 E., 634 K.; Yarg. 15. HD. 10.01.1992 t., 91/5660 E., 92/66 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K.; Yarg. 15. HD. 24.10.1990 t., 1487 E., 4325 K.; Yarg. 15. HD. 12.10.1989 t., 1135 E., 4191 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1191, 1194, 1198, 1200, 1206); Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K.; Yarg. 14. HD. 07.05.1988 t., 8820 E., 3269 K.; Yarg. 14. HD. 13.09.1988 t., 3849 E., 5572 K.; Yarg. 14. HD. 30.06.1987 t., 4792 E., 5647 K. ; Yarg. 14. HD. 11.03.1986 t., 5387 E., 1644 K. ; Yarg. 14. HD. 11.02.1986 t., 3855 E., 878 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1792, 1802 vd.); Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1092)

⁶²⁶ BAYGIN, a.g.e., sf. 144; YAVUZ, 2002, sf. 514, 519; KARAHASAN, 1997 a, sf. 674; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; DUMAN, a.g.e., sf. 235; BALKIZ,

BK. md. 162 f. 1 hükmüne göre devredilemeyen alacaklar hariç olmak üzere, kural olarak, her türlü alacak hakkı alacağın devrine konu olabilir⁶²⁷. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın üçüncü kişilere devredilmesi açısından da ne kanundan ne de işin niteliğinden kaynaklanan bir devir yasağı söz konusudur. Bu durumda; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın, sözleşme hükmü ile devri yasaklanmış olmadıkça müteahhit tarafından üçüncü kişilere devredilmesi mümkündür⁶²⁸.

Bu sebeple kanımızca da; müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesi kural olarak BK. md. 162–171 arasında düzenlenen alacağın devri hükümlerine tabidir.

Ancak kural bu olmakla birlikte; kanımızca, taraflar arasında kurulacak alacağın devri sözleşmesinin geçerlilik şeklinin doğrudan bu ilkeye uygun olarak BK. md. 163 hükmüne göre belirlenmesi ve bu sebeple yazılı şeklin sözleşmenin geçerliliği bakımından yeterli bulunması yönündeki hâkim görüş isabetsizdir.

Zira; müteahhit ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşmenin sebebi satış olabileceği gibi; bağışlama, ifa gibi sebepler de oluşturabilir. Herhalde; geçerliliği resmi şekilde düzenlenmesine bağlı bulunan sözleşme uyarınca müteahhide düşen

a.g.e., sf. 17; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 244, 248; **OLGAÇ**, 1967, sf. 147; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 336; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 692; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 16; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 1; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 15; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14–420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14–508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1191, 1198); Aynı yönde; Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3–9 E., 9 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (**YAVUZ**, 2002, sf. 514)

⁶²⁷ **EREN**, 2003, sf. 1187; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4369; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1082; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 507; **TUHR**, a.g.e., sf. 839; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **ÖNEN**, a.g.e., sf.93; **ENGİN**, 2002., sf.24

⁶²⁸ **KAPLAN**, a.g.e., sf. 164; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 153; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 689; **EREN**, 2003, sf. 1189; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **TUHR**, a.g.e., sf. 840; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 323; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 80; **YAVUZ**, 2002, sf. 514; **KARTAL**, Blm. 3, sf. 559; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175; **KARAHASAN**, 2002, sf. 688; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; **ARBİL**, a.g.e., sf. 30; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 395

arsa paylarının üçüncü kişilere nakli öngörülmektedir. Yani müteahhidin sözleşmeden doğan alacağını devretmesi, her ne kadar sözleşmeden doğan alacak hakkının nakli olsa da, esasen taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlamaktadır.

Alacağın devri sözleşmesinin şeklini düzenleyen BK. md. 163'e göre, sözleşme yazılı şekilde yapılmalıdır. Yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekil olup; bu geçerlilik şeklidir⁶²⁹.

Taşınmaz mülkiyetinin sözleşme ile naklini düzenleyen TMK. md. 706 f. 1 hükmüne göre; "taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır".

Taşınmaz satımında ve satış vaadinde şekli düzenleyen BK. md. 213 hükmü ise; "Gayrimenkul satımı muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair satım vaadi ve bey'i bilvefa ve istimlâk mukavelesi resmi senede raptedilmedikçe muteber değildir" şeklindedir.

Nihayet; taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin TMK. md. 706 ve taşınmaz satımına ilişkin BK. md. 213 hükümleri ile alacağın devrine ilişkin BK. md. 163 hükmü; şekle ilişkin olarak birbiri ile örtüşmeyen düzenlemeler getirmektedir. O halde; müteahhit ile üçüncü kişi arasında kurulan alacağın devri sözleşmesinin geçerlilik şeklinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Şöyle ki; salt sözleşmenin niteliğine bakılarak BK. md. 163'e mi tabi olacaktır, yoksa sözleşmenin nihai gayesi göz önünde bulundurularak taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanması gerektiği sonucuna varılacaktır.

Medeni Kanun, 706 maddesi ile taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan sözleşmeler için genel bir kural olarak açıkça şekil şartı getirmektedir. Gerçekten de;

⁶²⁹ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **EREN**, 2003, sf. 1185; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4420; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1088; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 513; **TUHR**, a.g.e., sf. 831; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 137; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 925; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 91; "Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik muteber olmadığı BK. md. 163 hükümlerinden bulunmasına göre..." Yarg. 4. HD. 02.12.1950 t., 8820 E., 5932 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1430)

madde hükmünde “mülkiyetin devrini amaçlayan” denilerek bu genellik ve kesinlik vurgulanmıştır. Zira; bu ifade ile iki sonuç meydana gelmektedir. İfadeden çıkan ilk sonuç; bu şekil şartının yalnızca taşınmaz mülkiyetini doğrudan geçiren sözleşmeler ile sınırlı olarak değil, bu amacı taşıyan veya nihayetinde taşınmaz mülkiyetinin devri sonucunu ortaya çıkaran tüm sözleşmeler için geçerli olduğudur. Bu ifade ile belirtilen diğer sonuç ise; hükmün sadece tipik sözleşmeler için değil, isimsiz sözleşmeler için de, yani tüm sözleşmeler bakımından amir olduğudur. Zira mülga Medeni Kanun’un karşılık maddesinde (md. 634); 4721 sayılı Medeni Kanun ile yapılan ifade değişikliği de, hükmün bu özel konuda genel ve amir kural niteliğini ortaya çıkartmaktadır. Aynı şekilde; Borçlar Kanunu da hem taşınmaz satımı hem de bunun vaadi için açıkça resmi şekil şartı öngörmektedir. Yasa koyucunun amacı açık olup; kamusal önemi dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan ve bu sonucu doğuran her türlü sözleşmenin, kural olarak, her koşulda resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Bu genel kuralın dışına çıkılması ise, ancak bunun kanunda açıkça düzenlenmiş olduğu istisnai hallerde mümkündür⁶³⁰.

Müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesi, her ne kadar alacağın devri niteliğinde olsa da; tarafların ve sözleşmenin

⁶³⁰ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 257; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 657; **DOĞANAY**, a.g.e., sf. 237; “...TMK’un 634. maddesi mucibince mülkiyeti nakledecek olan akdin resmi şekilde yapılması zoruridir” Yarg. İBK. 26.05.1954 t., 8 E., 18 K.; “... tapuda malik sıfatıyla mukayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihini isteyen kimsenin TMK’un 634. maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerinde intikal etmiş muteber bir akde istinat etmesi lazımdır” Yarg. İBK. 07.10.1953 t., 8 E., 7 K. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 241); “Tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin devrini öngören her türlü sözleşmelerin resmi şekilde yapılması, geçerlilik koşuludur” Yarg. HGK. 02.07.2003 t., 14–452 E., 456 K. (**MEYDAN/YAPAL**, a.g.e., sf. 847 vd.); Yarg. 14. HD. 27.09.2004 t., 6412 E., 6312 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 130); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (**DALAMANLI**, a.g.e., sf. 96); Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E., 1184 K. (**ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 340); Yarg. HGK. 24.04.1985 t., 83/14–613 E., 85/354 K.; Yarg. 14. HD. 03.02.1983 t., 82/5744 E., 83/814 K.; Yarg. 14. HD. 22.11.1979 t., 3306 E., 5541 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1014, 1018, 1029); Anılan hükümlerin yanı sıra; yasa koyucu, taşınmaz başışının ve başışlama vaadinin de resmi şekilde yapılmasını öngörmektedir (BK. md. 237 f. 2 ve md. 238 f. 2). Ayrıca her ne kadar Kadastro Kanunu ile tapu dışı satıma değer verilmiş de olsa; bu Kanun tapu sicillerinin fiili duruma uygun olarak kurulmasını sağlamayı amaçlayan çok özel bir tasfiye kanunu olup, yasa koyucunun taşınmaz mülkiyetinin naklini resmi şekle tabi kılma hedefinden saptığı şeklinde yorumlanamaz. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 245); Aynı yönde olmak üzere Yargıtay’ın da tespiti “Kadastro Kanunları TMK’un öngördüğü biçimde sicil oluşturulmasını hedefleyen, süresi işlevi ile sınırlı geçici, zilyetliğe özel önem ve değer vermek suretiyle tasfiyeyi amaçlayan özel kanunlardır. Bu nedenle Kadastro Kanunlarında TMK. gibi temel kanunlara aykırı düşen hükümlere de yer verilmesi gerekmiştir... Tapu dışı satıma değer verilmemesi halinde tasfiyenin yapılması ve eylemli duruma paralel yasal sicillerin oluşturulması mümkün değildir” şeklindedir. Yarg. HGK. 23.01.2002 t., 01/1–1067 E., 02/20 K. (**MEYDAN/YAPAL**, a.g.e., sf. 23 vd.)

amacı ile nihai sonucunun taşınmaz mülkiyetinin devrine yöneldiği açıktır. Gerçekten de; alacağın devri ile müteahhide düşen arsa paylarının (bağımsız bölümler) mülkiyeti, üçüncü kişi adına devir ve tescil edilmektedir. Bu noktada; ister müteahhitten denilsin, isterse de iş sahibinden üçüncü şahsa mülkiyetin geçirilmesi söz konusudur denilsin sonuç değişmemektedir. Alacağın devri sözleşmesi bu noktada konusu ve sonucu itibariyle taşınmaz mülkiyetinin nakline yönelmektedir.

Diğer taraftan; alacağın devri sözleşmesinin bu sonuca yönelmesi durumunda, TMK. md. 706'da düzenlenmiş bulunan amir kuraldan sapılmasını gerektirecek bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Oysaki belirttiğimiz gibi; ancak açıkça kanunla getirilen istisnai durumlarda, remi şekil şartı getiren bu kuralın dışına çıkılabilir. Bu durumda; alacağın devri için bu kuralın dışına çıkılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Öte yandan doktrinde bir görüş bu açıklamamızın tam tersine olarak; TMK. md. 706'nın burada uygulanabilmesi için alacağın devrini düzenleyen hükümler arasında bu kuralın uygulanmasını gerektirecek bir hükmün bulunmasını aramaktadır. Yani ilke kuralın uygulanmaması için değil de, ilke kuralın uygulanması için açık düzenleme aranmaktadır. Gerçekten de bu görüşe göre; alacağın devri sözleşmesinin şekli düzenlenirken, devredilecek hakkın taşınmaza ilişkin olması yönünden ayırım yapılmamıştır ve bu sebeple yazılı şekil yeterlidir⁶³¹.

Ancak; BK. md. 163 hükmü Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer almakta ve alacağın devri açısından genel bir düzenleme getirmektedir. Taşınmaz mülkiyeti açısından getirilen kural ise; taşınmaz mülkiyetinin düzenlendiği Medeni Kanun hükümleri arasında yer almakta ve çok özel bir kural olup, bu özelliği dolayısıyla uygulama alanı çok geniş tutulan (zira "devri amaçlayan" her sözleşmeye uygulanmak zorundadır) amir bir kuraldır. Bu durumda; böyle özel ve kesin bir kuralın daha hafif şekil şartına bağlanmış bir düzenlemeye uyması değil, aksine genel düzenlemenin bu özel hükme göre yorumlanması gerekmektedir. Yani taşınmaz mülkiyetinin devri amaçlanan sözleşmelerde kanunda aranması gereken istisna getiren hüküm; görüşte belirtildiği gibi alacağın devrinin resmi şekilde yapılması gerektiği yönünde bir kuralın varlığı değil, aksine alacağın devrinin

⁶³¹ KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1178

taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelmesi halinde dahi yazılı olarak yapılabileceği yönünde bir hükmün varlığıdır.

Bu bakış açısına emsal teşkil etmesi bakımından; alacağın ivazsız olarak devri vaadinin geçerlilik şekli açısından doktrindeki genel kabul de gösterilebilir kanaatindeyiz. BK. md. 163 f. 2, alacağın devri vaadinde şekli düzenlemektedir. Buna göre; “bir alacağın temlikini va’detmek, hususi şekle tabi değildir”. Kanun devir taahhüdünü herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır⁶³². Ancak; alacağın ivazsız (karşılıksız) olarak devrinin taahhüt (vaad) edilmesi halinde bir ayırım yapmak gerekmektedir. Alacağın devri vaadinin ivazsız olarak yapılması durumunda, bu işlem niteliği itibariyle “bağışlama vaadi”dir. BK. md. 238 bağışlama vaadi için şekil şartı öngörmektedir. BK. md. 163 f.2 hükmü genel hükümler arasında yer almakta olup, genel bir ilkeyi beyan etmektedir. Ancak, BK. md. 238 özel bir hüküm getirmektedir. Bu sebeple; bizimde katıldığımız şekilde, alacağın devri taahhüdünün ivazsız olması durumunda, kural olarak devir vaadinin şekle tabi olmamasına rağmen özel hüküm getiren BK. md. 238 hükmüne öncelik tanınmalı ve böylesi durumlarda ivazsız devir vaadi sözleşmesi açısından 238. madde hükmüne bağlı kalınmalıdır⁶³³.

Görüldüğü gibi burada; alacağın vaadi şekle tabi olmamasına rağmen bunun ivazsız yapılması durumunda, sözleşmenin özelliği göz önünde bulundurularak bir başka kuralın tercih edilerek uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Yani konu hakkındaki özel düzenlemeye öncelik tanınmaktadır. Bu durumda aynı bakış açısı ile alacağın devri yazılı şekle tabi olmasına rağmen; taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelmesi durumunda, taşınmaz mülkiyeti ve devri hakkındaki özel düzenlemelere öncelik tanınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Açıklanan sebeplerle kanımızca; müteahhidin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere devretmesi, ancak devir sözleşmesinin resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

⁶³² **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 104; **EREN**, 2003, sf. 1186; **TUHR**, a.g.e., sf. 833; **FRANKO**, a.g.e., sf. 182; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 322

⁶³³ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 104; **EREN**, 2003, sf. 1186; **TUHR**, a.g.e., sf. 833

Son olarak konu ile ilgili açıklama getiren ve yazılı şeklin geçerli sayılmasını gerekli gösteren bir Yargıtay kararına da değinmek istiyoruz. Söz konusu Karar'a göre; "Müteahhidin kat karşılığı yaptığı inşaattan payına, henüz tapusunu almadığı ve payına düşecek dairelerden birini satması; bir hakkın, diğer bir ifade ile alacağın temlik niteliğindedir. BK. 163. maddesine göre alacağın temlik sözleşmelerinin yazılı olması geçerlik yönünden yeterlidir. O halde taraflar arasındaki sözleşmenin, bir hakkın temlik yönünden geçerli ve hukuki sonuç doğurduğu gözetilmeden, akdin taşınmaz mal satışı şeklinde nitelendirilerek geçersizliğinin kabulü yanlıştır"⁶³⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu Karar'da konu sadece BK. md. 213 bakımından ele alınmıştır. Bu açıdan, yani salt BK. md. 213 yönünden bakıldığında; müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesinde gerçekten de taşınmaz satışı söz konusu değildir. Bu sebeple BK. md. 213 hükmünün doğrudan uygulanamayacağı açıktır.

Ancak; taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerle ilgili ilke TMK. md. 706'da düzenlenmiştir. Yargıtay kararında ise olay bu madde hükmü bakımından değerlendirmeye tabi tutulmamıştır. Madde hükmü açık olup; taşınmaz mülkiyetinin devri amacını taşıyan ve bu sonucu doğuran sözleşmelerin geçerli olmasını resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamaktadır. Yani sadece taşınmaz satımının değil çok daha geniş bir ifade ile mülkiyetin naklini amaçlayan tüm sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Sonuç olarak; burada Yargıtay'ın da belirttiği gibi, BK. md. 213 anlamında taşınmaz satışı söz konusu değildir. Ancak TMK. md. 706 sadece satışa ilişkin bir madde değildir. Bu itibarla; satışın olmaması, buradaki taşınmaz mülkiyetinin devri amacının göz ardı edilmesi ve bu amaçla getirilen kuralın işlevsiz bırakılması sonucunu doğurmamaktadır. Sadece taşınmazın satış sözleşmesini resmi şekille sınırlandırdığı kanaati uyandıran bu karar, bu yönüyle kanımızca isabetli olmamıştır.

⁶³⁴ Yarg. 15. HD. 22.06.1990 t., 2477 E., 3059 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1796)

iii. Resmi Şekilde Sözleşme Düzenlemeye Yetkili Mercii

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın, müteahhit tarafından üçüncü kişilere devredilmesi amacıyla kurulan sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu belirtmiştik. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyecek yetkili mercinin hangisi olduğu üzerinde de durulması gerekmektedir.

Öncelikle sözleşmenin tapu memurları tarafından düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı akla gelmektedir. TPK'nda bu konuda bir hüküm mevcut değildir. Ancak konu; tapu memurunun taşınmaz satış vaadini düzenlemeye yetkisi hususunda ileri sürülen fikirlere göre çözülebilir. Zaman içerisinde tartışılmış olmakla birlikte bugün için; asıl satış sözleşmesini yapmaya yetkili olmaları ve bu sözleşmeyi düzenlemelerini yasaklayıcı herhangi bir hüküm bulunmaması sebepleriyle, tapu memurlarının da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmektedir⁶³⁵. Aynı sebeplerle tapu memurunun söz konusu alacağın devri sözleşmesini dahi düzenleyebileceği ileri sürülebilir.

Noterler açısından ise; NK. md. 60 ve 89 hükümleri, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılabileceğini açıkça düzenlemektedir. Bu itibarla; noterler, satış vaadi sözleşmesi yapmak görev ve yetkisine sahiptirler⁶³⁶. Ayrıca noterlerin görevlerini düzenleyen NK. md. 60 b. 1 uyarınca, “yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek” görevi noterlere verilmiştir. Aynı maddenin takip eden bendinde de; “kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak” görevi yine noterlere verilmiştir. TMK. md. 706 taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliğini resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamakla birlikte; yetkili merciyi göstermemiştir. Bu durumda; NK. md. 60 b. 2 hükmüne

⁶³⁵ **OLGAÇ**, 1967, sf. 152; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 243; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 688 vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 335; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108

⁶³⁶ **OLGAÇ**, 1967, sf. 152; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 243; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 688 vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 335; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 60, 62; **DALAMANLI**, a.g.e., sf. 2, 3; **DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1039

uygun olarak; kanunda resmi şekilde yapılması emredilmiş, ancak mercisi belirtilmemiş bir hukuki işlem olduğu rahatlıkla söylenilebilir. Açıklanan sebeplerle; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesine ilişkin alacağın devri sözleşmesini, noterlerin düzenlemesi gerekmektedir.

Ayrıca kanımızca; söz konusu sözleşmenin niteliğine uygun düşmesi sebebiyle, sözleşmenin NK. md. 89 uyarınca noter tarafından re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir.

c. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin, Arsa Mülkiyetinin Başlangıçta Müteahhide Geçirilmesi Suretiyle Gerçekleştirilmesi

1. Sözleşmenin Özellikleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin maliki olduğu bir kısım arsa payının mülkiyetini müteahhide geçirmeyi taahhüt etmesi şeklinde yapılabilir ve uygulamada sıklıkla görülen çeşidi de böyle yapılanlardır. Ancak; sözleşme bununla sınırlı değildir, farklı uygulamalara yol açacak şekillerde yapılabilir.

Arsa mülkiyetinin, inşaat sözleşmesi kurulurken müteahhide geçirilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi de böyledir. Arsa mülkiyeti başlangıçta bütünüyle müteahhide geçirilebileceği gibi; sadece inşaat sözleşmesinin ücreti olarak müteahhide ait olacağı belirlenen bir kısım arsa payının müteahhide geçirilmesi dahi mümkündür. Kat irtifakı kurulması zorunluluk olmamakla birlikte; kat irtifakı kurularak, ileride bağımsız bölümlere özgülenecek belli payların mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi de böyledir. Bu çeşit sözleşme ile; müteahhidin borcu yine arsa üzerinde yapı eseri meydana getirmektir. Ancak üzerinde yapı eseri meydana getirilecek arsa mülkiyeti başlangıçta, tapu işlemi ile müteahhide geçirilmektedir. İşte bu sözleşmeyi farklı kılan nokta da buradadır. Zira burada ücreti oluşturan bir kısım arsa payının devri taahhüt edilmemektedir. Bu sözleşme ile arsa mülkiyeti

başlangıçta müteahhide devredilmektedir. Esasen burada yapılan işlem de, müteahhidin inşaat aşamasındayken bağımsız bölüm satışı yapabilmesine ve bu şekilde inşaatı tamamlamak için kaynak sağlayarak, bir yandan da emeğinin karşılığını alabilmesine olanak sağlamaktan başka bir şey değildir. Bu satışların kolaylaştırılabilmesi ve müteahhidin çeşitli işlemleri arsa maliki sıfatı ile daha kolay yapabilmesi gibi sebeplerle, arsa mülkiyeti başlangıçta müteahhide devredilmektedir⁶³⁷.

Sözleşme ile müteahhide kalacağı belirlenen bir kısım arsa payının ya da kat irtifaklı payın başlangıçta müteahhit adına devir ve tescil edilmesi, esasen sadece ücretin başlangıçta ödenmesidir. Ancak arsa mülkiyetinin bütünüyle müteahhide geçirilmesi halinde, bir özellik bulunmaktadır. Burada, işlemler ters çevrilmiştir denilebilir. Daha önce anlattığımız ve genel olarak uygulanan sözleşme çeşidinde; önce yapı eseri tamamlanarak iş sahibine teslim edilmekte ve sonrasında ise müteahhide düşen payların mülkiyeti müteahhide geçirilmektedir. Gerçi genellikle arz ve izah edildiği şekilde, müteahhit bu payları daha önceden satmış olduğu için mülkiyet satın alan üçüncü kişilere geçirilmektedir; ancak bu bir fark yaratmamaktadır. Bu sözleşme çeşidinde ise; işlemler ters çevrilmiştir. Zira burada; öncelikle üzerinde inşaat yapılacak arsa mülkiyeti bütün olarak müteahhide geçirilmekte. Daha sonra yapı eseri meydana getirilmekte ve nihayet bu sefer tersine işlem yapılarak, iş sahibinin payları onun mülkiyetine geçirilmektedir. Yoksa; ücret olarak, mülkiyetin tamamen müteahhide devredilmesi kararlaştırılmış değildir. Sözleşme ile varılmak istenen sonuç; müteahhidin inşaat aşamasında rahatlıkla üçüncü kişilere bağımsız bölüm satışı yapabilmesi, bu satışlardan sağladığı kaynaklar ile inşaatı tamamlaması ve nihayetinde yapı eseri tamamlandığında sözleşme ile iş sahibinde kalacağı hususunda üzerinde anlaşılmış bir kısım arsa paylarının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetinin tekrar iş sahibine geçirilmesinden ibarettir. Bunun için tapuda yapılan devir işleminin dışında; taraflar arasında bir de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmaktadır ve bu sözleşmede meydana getirilecek bağımsız bölümlerin taraflar arasında bölüşülmesi, yapının nitelikleri vs. koşullar yer almaktadır. Bu itibarla müteahhit; yapı eseri meydana getirilmesi borcunun yanında,

⁶³⁷ YAVUZ, 2002, sf. 510; KARTAL, Blm. 1, sf. 104; AYAZLI, a.g.e., sf. 44 KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1174

eserin tamamlanması ile sözleşmede iş sahibine ait olacağı belirtilen arsa paylarının mülkiyetini iş sahibine geçirme borcu altına da girmektedir⁶³⁸.

Sonuç olarak; müteahhidin alacağı aslında yine bir kısım arsa paylarının mülkiyetine sahip olmaktır. Her ne kadar başlangıçta tüm arsa müteahhide geçirilmekte ise de; sözleşme ile müteahhitte kalması kararlaştırılanlar dışında kalanları iş sahibine iade ederek, mülkiyetlerini iş sahibine geçirmeyi taahhüt etmektedir. Yani tam ifa edildiğinde diğer sözleşme çeşitlerine göre sonuç değişmemektedir.

Arsanın ister bütünüyle, ister bir kısım pay mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi suretiyle olsun; herhalde, taraflar arasında kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapuda yapılan devir ve tescil işleminin TMK. md. 1015 anlamında sebebini oluşturmaktadır. Tarafların devir ve tescilin sebebini, “satış” olarak beyan ettikleri görülmektedir. Ancak yapılan tescilin sebebini satış değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturmaktadır ve uyuşmazlıkların çözümünde bu hususun göz ardı edilmemesi gerekir⁶³⁹.

Bir diğer açıdan ise bu çeşit sözleşme ile mülkiyet müteahhide geçirildiği için, iş sahibinin korumasız kaldığı görülmektedir. Bu sorunun giderilmesi için genellikle, mülkiyeti müteahhide geçirilen arsa veya arsa payları üzerine iş sahibi lehine ipotek konulmaktadır. Ancak bunun yeterli korumayı sağladığı ve sözleşme ile iş sahibine kalacak arsa paylarının, iş sahibine geçirilmesine garanti etmediği söylenebilir⁶⁴⁰.

2. Müteahhidin, Bu Çeşit Sözleşmeden Doğan Alacağını Üçüncü Kişilere Geçirmesi

Müteahhit ile iş sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca; arsa mülkiyetinin tamamen veya arsa paylarının kısmen ya da sözleşme

⁶³⁸ YAVUZ, 2002, sf. 510; KARTAL, Blm. 1, sf. 104

⁶³⁹ YAVUZ, 2002, sf. 511; KARTAL, Blm. 1, sf. 105

⁶⁴⁰ YAVUZ, 2002, sf. 510; KARTAL, Blm. 1, sf. 104; AYAZLI, a.g.e., sf. 44

uyarınca arsada kat irtifakı kurularak, irtifaklı payların tapuda işlem yapılarak müteahhide geçirilmiş olması durumunda arsanın tamamının veya sözleşme ile müteahhide kalması kararlaştırılan payların tek maliki müteahhit olmaktadır. Bu itibarla, söz konusu mülkiyet hakkı üzerinde tasarruf yetkisi de müteahhidindir.

Böyle bir durumda müteahhit, nisbi bir alacak hakkına sahip alacaklı konumunda değildir. Müteahhit aynı hak sahibi maliktir. Temlike konu hakkı bulunmaması sebebiyle; müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine kalan arsa paylarını üçüncü kişilere geçirmesi, hiçbir şekilde alacağın devri olamaz. Zira; müteahhidin mülkiyetini üçüncü kişilere geçirdiği taşınmaz payları, tapu sicilinde bizzat müteahhit adına tescil edilmiş durumdadır. Bu itibarla; tapuda kendi adına kayıtlı bulunan ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine kalan arsa paylarını müteahhidin üçüncü kişilere geçirmesi *taşınmaz satımı* niteliğindedir⁶⁴¹.

Bu durumda; arsa paylarını veya kat irtifaklı paylarını üçüncü kişilere satan müteahhit, yapı eserini tamamlayarak satımını yaptığı bağımsız bölümü alıcı üçüncü kişiye teslim edecektir. Bu noktada üçüncü kişinin talebini yönelteceği kişi müteahhit olup; arsa sahibinden herhangi bir talebi olamayacaktır⁶⁴².

Ancak müteahhidin başvurabileceği tek yol taşınmaz satımı değildir. Müteahhit kendi mülkiyetinde bulunan arsa paylarını taşınmaz satış vaadi sözleşmesine de konu yapabilir. Bu durumda ise; satış vaadinde kararlaştırılmış ise belirtilen zamanda payın üçüncü kişi adına devir ve tescilini yapması ile yapı eserinin teslimi zamanında ilgili bağımsız bölümü alıcı üçüncü kişiye teslim etmesi gerekmektedir⁶⁴³.

Konumuzun inşaat sözleşmelerinde alacağın devri olması sebebiyle, burada taşınmaz satımına ve satış vaadine girmeyeceğiz. Ancak tapulu ve tapusuz taşınmaz

⁶⁴¹ ERTAŞ, a.g.e., sf. 84; KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; ARBİL, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 394; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1174

⁶⁴² KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; KARATAŞ, a.g.e., sf. 394; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1174

⁶⁴³ KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1174

mülkiyetinin geçirilmesi hususunda çalışmamızın birinci bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerlilik şekli arz ve izah edilirken değinildiği için ve taşınmaz satış vaadi ise detaylı olarak bu bölümde ele alınması sebepleriyle açıklama ve görüşlerimize anılan konulardan ulaşılabileceğini hatırlatmakla yetiniyoruz.

d. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin, Arsa Paylarının İnşaatteki Aşamaya Göre Müteahhide Geçirilmesi Suretiyle Gerçekleştirilmesi

1. Sözleşmenin Özellikleri

Bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhidin yapı eseri meydana getirme edimine karşılık ücret olarak iş sahibi, yine bir kısım arsa payının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi borcunu yüklenmektedir. Bu açıdan diğer çeşitlerdeki sözleşmelerden bir farkı bulunmamaktadır. Ancak bu sözleşme ile; iş sahibinin ücret borcunun muacceliyeti inşaatın çeşitli aşamalara ulaşmasına bağlanmaktadır. Diğer bir ifade ile iş sahibi; inşaat belli aşamalara geldikçe, her bir aşama için sözleşmede belirlenmiş arsa payını müteahhide geçirmeyi taahhüt etmektedir. Örneğin temel üstü inşaatın tamamlanmasında belli bir payın, kaba inşaatın tamamlanmasında bir payın, ince inşaatın tamamlanarak eserin tesliminde ise sözleşme ile müteahhide kalacağı belirlenmiş payların en son bölümünün mülkiyeti müteahhide geçirilmektedir. Böylece; inşaatın devamına karşılık olarak müteahhidin doğrudan edindiği arsa paylarını üçüncü şahıslara satarak kaynak yaratması istenmektedir. Sonuçta sözleşme ile müteahhide kalacağı belirlenen arsa payları, zaman içerisinde kısım kısım müteahhide geçirilmekte ve yapının tamamlanarak teslimi sırasında son kısım arsa payının müteahhide geçirilmesi ile iş sahibinin sözleşmeden doğan borcu tamamen ifa edilmiş olmaktadır⁶⁴⁴.

BK. md. 364 f. 2 uyarınca, kısmi teslim ile kısmi ödeme düzenlenmiştir. Buna göre; taraflar eserin kısım kısım teslim edilebileceği yönünde anlaşmışlar ve her bir kısmın ücretini belirlemişler ise iş sahibinin borcu her bir kısım için söz

⁶⁴⁴ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; KARTAL, Blm. 1, sf. 105; YAVUZ, 2002, sf. 511; AYAZLI, a.g.e., sf. 44

konusu kısmın tesliminde muaccel olur⁶⁴⁵. Ancak burada söz konusu olan kısmi teslim ile kısmi ödeme usulü değildir. Zira; bu usulde eserin kısmen teslim edilebilir olmasının kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Her bir kısma karşılık ücretin ödenmesi de eserin söz konusu kısmının teslimine bağlıdır. Ayrıca bu ödeme usulünde, her bir ödeme nihai nitelik taşımaktadır. Bu itibarla; kısmi teslim ile eserin söz konusu kısmı tamamlanmış ve ücreti muaccel olmuştur. Her kısım ve ücreti başlı başına bir bütün teşkil eder denilebilir. Bu usulde yapılan ödemelere ihtirazi kayıt konulmaması halinde, eserin teslim edilen kısmının sözleşmeye uygun olduğu, yani iş sahibi tarafından kabul edildiği anlamını taşır⁶⁴⁶.

Bu çeşit sözleşmelerde ise ücretin muacceliyeti eserin kısımlarının teslimine bağlı değildir. Bu ödemeler teslimden bağımsızdır. Burada iş sahibinin borcunun ödenme zamanı sadece inşaattaki ilerlemeye bağlanmıştır. Yapı eserinin teslimi ise, ancak sözleşmeye uygun olarak tamamlanması üzerine söz konusu olmaktadır. Bu itibarla iş sahibinin ücret ödeme zamanının böyle kararlaştırılması durumunda, ücret borcu teslimden bağımsız olarak muaccel olmaktadır⁶⁴⁷. Bu düzenleme BK. md. 364 hükmünün aksine bir düzenlemedir. Ancak daha önce arz ve izah edildiği gibi; BK. md. 364 hükmü emredici nitelikte olmayıp, bir yedek hukuk kuralıdır. Bu sebeple; taraflarca farklı uygulamalara imkân verecek şekilde aksinin kararlaştırılması olanaklıdır⁶⁴⁸. Bu ödemeler toplam ücrete mahsuben yapılan geçici ödemeler olup; eserin kabulü anlamına gelmemektedir. Hatta tam tersi olmak üzere; müteahhidin bu

⁶⁴⁵ TANDOĞAN, 1987, sf. 305; BAYGIN, a.g.e., sf. 196; KARAHASAN, 1997 a, sf. 310; OLGAÇ, 1967, sf. 475; YAVUZ, 2002, sf. 492; ARAL, a.g.e., sf. 390; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; KAPLAN, a.g.e., sf. 157, 162; Yarg. 15. HD. 29.04.1974 t., 399 E., 390 K. (OLGAÇ, 1977, sf. 957); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. 15. HD. 20.12.1977 t., 2162 E., 2319 K., 30.04.1974 t., 1110 E., 1053 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 319)

⁶⁴⁶ YAVUZ, 2002, sf. 492; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; TANDOĞAN, 1987, sf. 306; BAYGIN, a.g.e., sf. 197; KAPLAN, a.g.e., sf. 162; KARAHASAN, 1997 a, sf. 311

⁶⁴⁷ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; BAYGIN, a.g.e., sf. 198; KARAHASAN, 1997 a, sf. 309; TANDOĞAN, 1987, sf. 302; KAPLAN, a.g.e., sf. 157; SELİÇİ, 1978, sf. 8; DAYINLARLI, 1988, sf. 12, 86; KARTAL, Blm. 1, sf. 104, 105; AYAZLI, a.g.e., sf. 44; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 963

⁶⁴⁸ ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; ARAL, a.g.e., sf. 390; OLGAÇ, 1977, sf. 951; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336; YAVUZ, 2002, sf. 492; TANDOĞAN, 1987, sf. 303; BAYGIN, a.g.e., sf. 197; KARAHASAN, 1997 a, sf. 308; KAPLAN, a.g.e., sf. 157; SELİÇİ, 1978, sf. 8; DAYINLARLI, 1988, sf. 12, 86

ödemelere nihai olarak hak kazanabilmesi için eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlanmış olarak teslim edilmesi gereklidir⁶⁴⁹.

Uygulamada tarafların arsa paylarının satışı veya satış vaadinden hiç bahsedilmediği, bunun yerine tarafların arsa payları oranları veya hangi bağımsız bölümlere sahip olacağı ya da iş sahibinin inşaattaki aşamalara göre müteahhide satış için vekâlet vereceği taahhüdü altına girdiğinden bahsedildiği görülmektedir. Ancak tarafların sözleşmedeki ifadelerinin sözleşmenin niteliğine etkisi yoktur. Sözleşmenin niteliği tarafların amaçladıkları hukuki sonuca ve sözleşmenin unsurlarına göre tayin edilir. Bu itibarla; tarafların nasıl ifade ettiği önemli olmaksızın, bu sözleşmeler taşınmaz satış vaadi unsurlarını taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir⁶⁵⁰.

Sonuç olarak bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile; müteahhide kalması üzerinde anlaşılan arsa paylarının inşattaki yapım aşamalarına göre, kısım kısım müteahhit adına devir ve tescil edilmesi kararlaştırılmaktadır. Yani inşaat ilerledikçe müteahhit, üzerinde inşaat yapılan arsa paylarına sahip olmaktadır. Bu itibarla; müteahhidin alacağı inşaat belirlenen aşamaya geldiğinde o aşama için belirlenen arsa payının kendi adına devir ve tescilidir. Müteahhidin alacak hakkı; her bir kısım muaccel olduğunda, söz konusu kısmın adına devir ve tescilini talep hakkıdır.

2. Mülkiyeti Müteahhide Geçirilmiş Bulunan Arsa Payı Açısından

Yapı eseri meydana getirildikçe ve sözleşme ile belirlenen inşaat aşamalarına ulaşıldıkça müteahhide bir kısım arsa payı geçirilecektir. İnşaat bu aşamalara ulaşılmış ve bunun üzerine sözleşme ile belirlenen bir kısım arsa payı tapuda devir ve

⁶⁴⁹ YAVUZ, 2002, sf. 492, 493, 510, 511; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 336, 337; TANDOĞAN, 1987, sf. 306, 308; BAYGIN, a.g.e., sf. 197, 198; KAPLAN, a.g.e., sf. 162; KARAHASAN, 1997 a, sf. 311; “Eserin bedelinin ne zaman ödeneceği, yani bedel olan bağımsız bölümlerin tapularının hangi anda geçirileceği sözleşmede yer almamıştır... Bu durumda, davacı yüklenicinin eseri teslim etmeden bedelini (yani bağımsız bölümlerin tescilini) talep etmeye hakkı bulunmamaktadır” Yarg. 15. HD. 07.04.1992 t., 1367 E., 1801 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1687)

⁶⁵⁰ KARTAL, Blm. 1, sf. 105; YAVUZ, 2002, sf. 511; AYAZLI, a.g.e., sf. 44

tescil yapılmış olabilir. Bu durumda müteahhit, adına tescil yapılmış arsa payı kısmının maliki konumundadır. Yani söz konusu arsa payı açısından temlike konu olabilecek arsa payı bulunmamaktadır.

Bu itibarla; inşaatın sözleşmede belirlenen aşamaya gelmesi üzerine tapuda müteahhit adına devir ve tescili yapılmış bulunan arsa payları açısından, müteahhidin söz konusu arsa paylarını üçüncü kişilere geçirmesi, hiçbir şekilde alacağın devri olamaz. Zira; müteahhidin mülkiyetini üçüncü kişilere geçirdiği taşınmaz payları, tapu sicilinde bizzat müteahhit adına tescil edilmiş durumdadır. Bu itibarla; tapuda kendi adına kayıtlı bulunan ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine kalan arsa paylarını müteahhidin üçüncü kişilere geçirmesi taşınmaz satımı niteliğindedir. Müteahhidin bu arsa payları ile ilgili olarak üçüncü kişilerle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması da mümkündür⁶⁵¹.

Bu durumda; arsa paylarını üçüncü kişilere satan müteahhit, yapı eserini tamamlayarak satımını yaptığı bağımsız bölümü alıcı üçüncü kişiye teslim edecektir. Bu noktada üçüncü kişinin talebini yönelteceği kişi müteahhit olup; arsa sahibinden herhangi bir talebi olamayacaktır⁶⁵².

3. Mülkiyeti Müteahhide Geçirilmesi Vaad Edilmiş Ancak Henüz Müteahhide Geçirilmemiş Arsa Payı Açısından

İnşaatın belli aşamalara gelmesi üzerine mülkiyeti müteahhide geçirilmesi taahhüt edilen arsa paylarının henüz müteahhit adına tescili yapılmamış da olabilir. Gerçekten de; henüz inşaat hiç başlamamış veya inşaat sözleşmede belirlenmiş aşamaya gelmemiş de olabilir. Bunun yanında inşaat belli bir miktar tamamlanmış ve bunun üzerine bir kısım arsa payı, müteahhit adına tescil edilmiş ancak henüz bir diğer aşamaya gelmediği için müteahhit adına tescil yapılmamış paylar da bulunabilir. Bu durumda, bir kısım paylar müteahhit adına tescil edilmiş ve fakat

⁶⁵¹ ERTAŞ, a.g.e., sf. 84; KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; ARBİL, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 394; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1174

⁶⁵² KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; KARATAŞ, a.g.e., sf. 394; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1174

sözleşme ile belirlenmiş bir kısım paylar ise halen sadece mülkiyetin nakli taahhüt edilmiş durumda bulunmaktadır.

Herhalde; henüz mülkiyeti müteahhide geçirilmemiş paylar açısından, müteahhidin sözleşmeden doğan bir alacak hakkı bulunmaktadır⁶⁵³. Müteahhidin bu alacak hakkı, nisbi hak niteliğindedir⁶⁵⁴.

Bu itibarla; müteahhide geçirilmesi taahhüt edilen bu payların müteahhit tarafından üçüncü kişilere devri açısından bir diğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hiçbir farkı yoktur. Bu sözleşme çeşidi yukarıda ele aldığımız “iş sahibinin maliki olduğu arsa paylarının (bağımsız bölümlerin) satışını vaad etmesi suretiyle gerçekleştirildiği” arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir. Daha önce detaylı olarak üzerinde durulmuş olması sebebiyle ve tekrardan kaçınmak amacıyla burada çok kısa ele alınacaktır.

Kural olarak; her türlü alacak, alacağın devrine konu teşkil edebilir. Yani, devredilen alacağın kaynağı önem teşkil etmez. Bu anlamda; hukuki işlemten doğan

⁶⁵³ YAVUZ, 2002, sf. 509; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 258; EREN, 1996 a, sf. 57; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; KARAHASAN, 1997 a, sf. 633; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; SELİÇİ, 1978, sf. 11, 14; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 71; TANDOĞAN, 1987, sf. 29; TANDOĞAN, 1988, sf. 243; ARAL, a.g.e., sf. 335; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 324; YAVUZ, 2002, sf. 512; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 6; KAPLAN, a.g.e., sf. 123; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 16, 960; FEYZİOĞLU, 1980, sf. 62; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; KOSTAKOĞLU, 1984, sf. 928; AYAZLI, a.g.e., sf. 47, 48; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; “... (kat karşılığı inşaat) sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin adına teşkilini isteme hakkını kazanır. Bu, şahsi haktır.” Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (BALKIZ, a.g.e., sf. 17); “Yüklenici ile mal sahibi arasında noterden resmi şekilde yapılmış bir inşaat sözleşmesi vardır. Bu inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici edimlerini arsa sahibine karşı yerine getirirse ondan sözleşmeye göre kendisine düşen dairelerin adına tescilini istemek hakkını kazanır” Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (BAYGIN, a.g.e., sf. 144); Yarg. 15. HD. 24.01.1994 t., 93/1676 E., 94/259 K.; Yarg. 15. HD. 09.12.1997 t., 4431 E., 5308 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1070, 1089)

⁶⁵⁴ BAYGIN, a.g.e., sf. 144; YAVUZ, 2002, sf. 514, 519; KARAHASAN, 1997 a, sf. 674; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; DUMAN, a.g.e., sf. 235; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; TANDOĞAN, 1988, sf. 244, 248; OLGAÇ, 1967, sf. 147; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 336; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 692; BALKIZ, a.g.e., sf. 16; DALAMANLI, a.g.e., sf. 1; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 15; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14-420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1191, 1198); Aynı yönde; Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (BAYGIN, a.g.e., sf. 144); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K.; Yarg. HGK. 07.03.1956 t., 3-9 E., 9 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1024, 1120); Yarg. 14. HD. 05.12.1995 t., 7194 E., 9114 K. (YAVUZ, 2002, sf. 514)

alacakların yanı sıra, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeden doğan alacaklar da devredilebilir⁶⁵⁵. Açıklanan sebeplerle; müteahhit, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bu alacağını da alacağın devri ile üçüncü kişilere geçirebilir⁶⁵⁶. Müteahhidin henüz kendi adına tescil edilmemiş arsa paylarına ilişkin bu alacağını devretmesini yasaklayan kanuni bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde; işin niteliği de söz konusu alacağın devrine engel değildir. Bu durumda sözleşmede müteahhidin alacağını devretmesini engelleyen hüküm bulunması halinde, müteahhit söz konusu alacağı serbestçe üçüncü kişilere devredebilir⁶⁵⁷.

Henüz müteahhit adına devir ve tescil işlemi yapılmamış arsa paylarının üçüncü kişilere devri için alacağın devri sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Yukarıda çok ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere alacak hakkının taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olması, sözleşmenin taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlaması ve TMK. md. 706 uyarınca bu tip sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasının zorunlu bulunması sebepleriyle; kanımızca, müteahhit ile üçüncü kişi arasında yapılacak alacağın devri sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Sözleşmeyi yapmaya yetkili merci ise tapu memuru ile noterdir.

Ancak doktrin ve yargı kararlarında sözleşmenin geçerliliği için yazılı şeklin yeterli olduğunun kabul edildiğini ve bu görüş için ilgili bölüme bakılmasını tekrar hatırlatırız⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ EREN, 2003, sf. 1187; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1082; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 507; TUHR, a.g.e., sf. 839; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; KARAHASAN, 2003, sf. 1446; FRANKO, a.g.e., sf. 183; ÖNEN, a.g.e., sf.93; ENGİN, 2002., sf.24

⁶⁵⁶ ERTAŞ, a.g.e., sf. 80; YAVUZ, 2002, sf. 514; KARTAL, Blm. 3, sf. 559; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1175; KARAHASAN, 2002, sf. 688; KAPLAN, a.g.e., sf. 164; DUMAN, a.g.e., sf. 235; BALKIZ, a.g.e., sf. 17; ARBİL, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 395

⁶⁵⁷ KAPLAN, a.g.e., sf. 164; DAYINLARLI, 2000, sf. 153; KARAHASAN, 1997 a, sf. 689; EREN, 2003, sf. 1189; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; TUHR, a.g.e., sf. 840; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1454; OLGAÇ, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 183; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 323

⁶⁵⁸ YAVUZ, 2002, sf. 514; KARTAL, Blm. 3, sf. 559; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1178; KARAHASAN, 1997 a, sf. 689; DUMAN, a.g.e., sf. 236; BALKIZ, a.g.e., sf. 18; KARATAŞ, a.g.e., sf. 395; ARBİL, a.g.e., sf. 30; KAPLAN, a.g.e., sf. 164 (Yazar; ayırım yapmaksızın tüm inşaat sözleşmeleri için bu görüşü beyan etmektedir); ERTAŞ, a.g.e., sf. 80 (Yazar; uygulamayı belirtmekle birlikte, devredilen hakkın taşınmaz mülkiyetine ilişkin olduğunun dikkate alınmaması sebebiyle bu düşünceye sevk olunduğunu belirterek görüşü eleştirmektedir); Yarg. 14. HD. 11.01.2005 t., 04/7796 E., 05/77 K. (YDD., S. 114, İstanbul, Haziran 2005, sf. 136); Yarg. 14. HD.22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K.; Yarg. 15. HD. 10.01.1992 t., 91/5660 E., 92/66 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K.;

IV) İş Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İle Müteahhide Nakletmeyi Taahhüt Ettiği Arsa Payını (Bağımsız Bölümleri) Üçüncü Şahıslar Adına Tescil Ettirmesi Halinde Alacağı Devralanın Durumu

a. Müteahhidin Durumu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin borcu; sözleşmenin ücretini oluşturan bir kısım arsa payının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesidir. Ancak; özellikle inşaatın tamamlanması üzerine iş sahibi, sözleşme ile mülkiyetini müteahhide geçirmeyi taahhüt ettiği arsa paylarını veya kat mülkiyetine geçilmiş ise bağımsız bölümleri üçüncü kişiler adına tapuda devir ve tescil ettirebilir. Gerçekten de, örneğin iş sahibi inşaatı tamamlanmış yapı eserindeki bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satabilir. Böyle bir durumda müteahhidin, arsa payını tapuda devir ve tescil suretiyle iktisap eden üçüncü kişilere yönelerek kendi adına devir ve tescili talep edebilmesi hususu önem kazanır.

Kural olarak iş sahibinin devir ve tescilden kaçınması halinde müteahhit; inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine düşen edimi yerine getirmesi üzerine, devir ve tescilden kaçınan iş sahibine karşı TMK. md. 716 uyarınca tescil davası açarak, sözleşmeye konu arsa paylarının mülkiyetinin hükmen adına geçirilmesini isteyebilir⁶⁵⁹. Ancak; anılan durumda iş sahibi taahhüt ettiği arsa paylarını üçüncü kişi adına devrederek tapuda tescil ettirmiştir.

Yarg. 15. HD. 24.10.1990 t., 1487 E., 4325 K.; Yarg. 15. HD. 12.10.1989 t., 1135 E., 4191 K. (KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1191, 1194, 1198, 1200, 1206); Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K.; Yarg. 14. HD. 07.05.1988 t., 8820 E., 3269 K.; Yarg. 14. HD. 13.09.1988 t., 3849 E., 5572 K.; Yarg. 14. HD. 30.06.1987 t., 4792 E., 5647 K. ; Yarg. 14. HD. 11.03.1986 t., 5387 E., 1644 K. ; Yarg. 14. HD. 11.02.1986 t., 3855 E., 878 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1792, 1802 vd.); Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1092)

⁶⁵⁹ TANDOĞAN, 1988, sf. 249; OLGAÇ, 1967, sf. 156; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 695, 700; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 27, 181; DALAMANLI, a.g.e., sf. 15, 26; DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1039; KARTAL, Blm. 1, sf. 107; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 338 (Yazarlar; tescilin doğrudan istenemeyeceğini, öncelikle vaad edenin satış sözleşmesi için irade beyanında bulunmasına hüküm verilmesini ve ancak bu irade beyanından kaçınırsa tescilin talep edilebileceğini belirtmektedirler); Yarg. 25.10.1971 t., 70/1 E., 71/2 K. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 696)

Öncelikle; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak, nisbi niteliktedir. Bu itibarla; sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme olanağı bulunmamaktadır. Yani müteahhit; borcun ifasını herkesten değil sadece iş sahibinden talep ve dava edebilir⁶⁶⁰.

Ayrıca TMK. md. 1023 hükmü uyarınca; tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet... kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımları korunur”. Bu durumda; söz konusu halde olduğu gibi tapuda iş sahibi adına kayıtlı bulunan arsa paylarını, bu kayıtlara güvenerek iş sahibinden devralan iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımları geçerli olarak korunur⁶⁶¹.

Bu sebeplerle; müteahhidin, inşaat sözleşmesi ile mülkiyeti kendisine geçirileceği taahhüt edilen arsa paylarının adına devir ve tescil edilmesini üçüncü kişilerden talep edebilmesi mümkün değildir.

Müteahhit; ancak taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunu ifa etmeyen iş sahibine yönelebilir. Müteahhit kendi borcunu ifa ederek ücrete hak kazanmıştır, ancak iş sahibi borcunu yerine getirmemiş ve arsa paylarını üçüncü kişilere devretmiştir. Arsa payları üçüncü kişilere devredilmiş olduğu için iş sahibinin borcunu ifa etme olanağı kalmadığı gibi; müteahhit te, sözleşmeye konu bu payların adına tescilini üçüncü kişilerden isteyememektedir. Kusurlu ifa imkânsızlığı; sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra borçlunun kusurlu bir davranışı

⁶⁶⁰ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 144; **YAVUZ**, 2002, sf. 511, 519; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 674; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1173; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; **EREN**, 2003, sf. 49, 1180; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 16; **İNAL**, a.g.e., sf. 6; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 30; **ŞENYÜZ**, a.g.e., sf. 5; **TUNÇOMAĞ**, 1961, sf. 25; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **TUHR**, a.g.e., sf. 6, 15; **FRANKO**, a.g.e., sf. 180; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14-420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1191, 1198); Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144)

⁶⁶¹ **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 142; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 98, 160; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 75; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 348; **ÜNAL**, a.g.e., sf. 166; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 872

yüzünden edimin, sürekli ve kesin olarak ifa edilmesinin mümkün olmamasıdır⁶⁶². O halde söz konusu durumda; iş sahibi kusurlu hareketi ile borca aykırı davranmış ve borcun ifasını imkânsız hale getirmiştir.

Borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun sorumluluğunu düzenleyen BK. md. 96'ya göre; "alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur". Borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için borçlunun borca aykırı davranması, alacaklı aleyhine zarar doğmuş olması, borca aykırı davranış ile zarar arasında illiyet bağı bulunması ve borçlunun kusurlu olması gerekmektedir⁶⁶³. İş sahibinin inşaat sözleşmesi uyarınca borçlu olduğu arsa paylarının mülkiyetini üçüncü kişilere geçirmesi durumunda, sorumluluğa ilişkin olarak yukarıda sayılan şartların tamamı gerçekleşmiştir. Gerçekten de borçlu; kusuru ile borca aykırı davranmış ve bu fiili ile müteahhit aleyhine zararın meydana gelmesini sağlamıştır. Bu sebeplerle; iş sahibinin alacaklı müteahhide karşı sorumluluğu doğmuştur.

Borçlunun kusuru ile borcun ifa edilmemesi ve dolayısıyla alacaklının borçlanılan edimi aynen elde edememesi halinde; alacaklı, borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarının tazminini borçludan talep edebilir (BK. md. 96)⁶⁶⁴. Bu durumda arsa paylarının üçüncü kişiye geçirilmesi halinde müteahhit; borca aykırı davranan iş sahibinden BK. md. 96 uyarınca zararının tazminini talep edebilir.

Sonuçta kural olarak; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile taahhüt edilen arsa paylarının mülkiyetini kazanma şansı kalmayan müteahhidin, tapuda mülkiyeti

⁶⁶² FEYZİOĞLU, 1969, sf. 175; EREN, 2003, sf. 994; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 904 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 269 vd.

⁶⁶³ EREN, 2003, sf. 1009 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 273

⁶⁶⁴ EREN, 2003, sf. 993; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 853 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 273 vd.; "Borçlunun kusuru yüzünden ifa imkansız hale gelse bile, taraflar arasındaki borç ilişkisi devam eder. Böyle bir imkansızlık sadece alacak hakkının içeriğini değiştirir. Diğer bir anlatımla o zamana kadar aynen ifa edilmesi gereken alacak bir tazminat alacağı şekline dönüşür" Yarg. 13. HD. 15.01.1991 t., 5909 E., 238 K. (UYGUR, 1993, sf. 659)

kazanan üçüncü kişilerden talebi olamayacaktır. Müteahhit; ancak sorumluluğu doğmuş bulunan iş sahibine başvurarak, zararının tazminini talep edebilir.

Ancak kural bu olmakla birlikte; iş sahibinin arsa paylarını alacaklı müteahhide geçirmekten kaçınmak için muvazaalı işlem yapması mümkündür. Bu halde iş sahibi, arsa paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmemek için, arsa paylarını tapuda işlem yaparak inşaat sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler adına devir ve tescil ettirmektedir. Tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları; fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaşmış olmaları haline “muvazaa” denir⁶⁶⁵. Muvazaalı işlem; geçerli bir hukuki işlem olmayıp, mutlak butlanla geçersizdir. Yani muvazaalı işlemin yaptırımı, hüküm ve sonuçlarını doğurmamasıdır. Muvazaalı bir sözleşmeye dayanılarak yapılan tescil mülkiyeti nakletmez ve geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan bu tescilin düzeltilmesi istenilebilir. Üçüncü kişiler ise; yani doğrudan ya da dolaylı bir menfaate sahip olan kişiler, geçersizliği her zaman ileri sürebilirler. Bu itibarla; alacaklılar geçersizliği ileri sürebilirler⁶⁶⁶.

O halde; iş sahibinin muvazaalı olarak arsa paylarını tapuda üçüncü kişiler adına devir ve tescil ettirmesi durumunda, müteahhit muvazaalı işlemi ileri sürerek tapuda üçüncü kişiler adına yapılan muvazaalı tescilin iptalini ve akabinde de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkının kabul edilerek, arsa paylarının TMK. md. 716 uyarınca adına hükmen tescilini talep ve dava edebilir. Ayrıca bu halde müteahhidin; TMK. md. 1010 b. 1 uyarınca mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alması ve buna istinaden hakkını, çekişmeli hak olarak tapuya şerh ettirmesi ve bu suretle yargılama sırasında geçen sürede tapu kaydına dayanarak sağlanacak iyiniyetli kazanımları engellemesi mümkün olabilir.

⁶⁶⁵ EREN, 2003, sf. 318; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 75; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 262; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 328

⁶⁶⁶ EREN, 2003, sf. 322; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 77; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 263

b. Müteahhitten Alacağı Devralanın Durumu

1. Alacağı Devralanın, Arsa Paylarını Kazananlara Başvurarak Mülkiyetin Adına Tescilini Talep Hakkı

Alacağın devri ile, bir hukuki ilişkiden kaynaklanan alacak hakkı üçüncü kişinin malvarlığına geçirilmekte ve bunun görünümü olarak da borç ilişkisinin alacaklısı değişmektedir. Gerçekten de devir işlemi ile devreden alacaklı sıfatını kaybederken, devralan ise bu sıfatı eski alacaklıdan devralmaktadır. Ancak alacağın devri ile bir borç ilişkisinin alacaklısı değişmiş olmakla birlikte; alacak hakkı, olduğu gibi ve hiçbir değişiklik meydana gelmeksizin devralana geçmektedir. Bu itibarla alacağın varlığında, miktarında vs. değişiklik olmamaktadır. Bu itibarla devredilen alacak; devralana eski alacaklıya sağladığından fazla hak veremez⁶⁶⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak, nisbi niteliktedir. Bu itibarla; sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı ileri srlebilmek olanağı bulunmamaktadır. Yani müteahhit; borcun ifasını herkesten değil sadece iş sahibinden talep ve dava edebilir⁶⁶⁸. Bu itibarla alacağı devralan üçüncü kişi; herkese karşı ileri sürülebilen bir hakkı değil, sadece kaynaklandığı borç ilişkisinin borçlu tarafına karşı ileri sürülebilen bir hakkı devralmaktadır. Bu sebeplerle; alacağı devralan, arsa paylarının mülkiyetini kazanan üçüncü kişilere başvurarak borcun ifasını, yani arsa paylarının kendi adına tescilini talep ve dava edemez.

⁶⁶⁷ **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 178, 183; **REİSOğLU**, a.g.e., sf. 394; **EREN**, 2003, sf. 1186; **TUNçOMAğ**, 1976, sf. 1075; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 57; **FEYZİOğLU**, 1969, sf. 497; **KILIçOğLU**, a.g.e., sf. 542; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88, 95; **KOCAMAN**, a.g.e., sf. 6, 11; **TUHR**, a.g.e., sf. 831; **ÖZDEMİR**, a.g.e., sf. 691

⁶⁶⁸ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 144; **YAVUZ**, 2002, sf. 511, 519; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 674; **KOSTAKOğLU**, a.g.e., sf. 1173; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; **EREN**, 2003, sf. 49, 1180; **KILIOğLU**, a.g.e., sf. 16; **İNAL**, a.g.e., sf. 6; **REİSOğLU**, a.g.e., sf. 30; **şENYZ**, a.g.e., sf. 5; **TUNçOMAğ**, 1961, sf. 25; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **TUHR**, a.g.e., sf. 6, 15; **FRANKO**, a.g.e., sf. 180; "Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır" Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14-420 E., 595 K.; Yarg. HGK. 04.12.1991 t., 14-508 E., 634 K.; Yarg. 14. HD. 23.03.1999 t., 632 E., 2221 K. (**KOSTAKOğLU**, a.g.e., sf. 1191, 1198); Aynı yönde; Yarg. 15. HD. 02.02.1993 t., 9790 E., 819 K.; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1769, 1792); Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144)

2. Alacağı Devralanın, Uğramış Olduğu Zararın Tazminini Müteahhitten Talep Hakkı

Bu durumda arsa paylarının mülkiyetini kazanan üçüncü kişilere yönelemeyen alacağı devralanın, müteahhide başvurabilmesi söz konusu olabilir mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki; alacağı devralanın müteahhitten arsa paylarının adına tescilini talep etmesi söz konusu değildir. Devralanın, ancak borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zararların tazmini için müteahhide yönelebileceği düşünülebilir. Alacağın devrinde, devreden sorumluğu BK. md. 169'da düzenlenmiştir. BK. md. 169 f. 1' e göre; "alacağın temlik ivaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamındır". Buna göre alacak bir ivaz karşılığında devredilmiş ise; devreden eski alacaklı, devre konu alacağın varlığından sorumludur. Yani devreden; devrettiği alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğması ihtimali bulunduğunu ya da söz konusu alacağın sona ermemiş olduğunu, devralana kanunen garanti etmektedir⁶⁶⁹. Ancak devreden alacağın varlığından sorumluluğu, devir anı ile sınırlıdır. Yani BK. md. 169 hükmüne göre; devreden, devrin yapıldığı anda alacağın varlığını kanunen garanti eder. Devirden sonra, devredenden kaynaklanmamak şartıyla, alacağın zamanaşımına uğraması, ifanın imkânsız hale gelmesi gibi sebepler ile ifaya engel durumların ortaya çıkmasından devreden sorumlu olmaz⁶⁷⁰. O halde taahhüt edilen payların üçüncü kişilerin mülkiyetine geçirilmesi alacağın devrinden sonra gerçekleşmiş ise, müteahhidin sorumluluğu bulunmamaktadır; zira devir zamanında alacak mevcuttur. İfa engeli ise devirden sonra ortaya çıkmış ve bu durum devreden müteahhitten kaynaklanmamaktadır.

Alacağın, arsa paylarının üçüncü kişiye tapuda geçirilmesinden sonra devredilmiş olması halinde ise müteahhit sorumlu gibi gözükmektedir. Ancak;

⁶⁶⁹ EREN, 2003, sf. 1190; DAYINLARLI, 2000, sf. 213; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1099; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; KARAHASAN, 2003, sf. 1467; OLGAC, 1976, sf. 969; FRANKO, a.g.e., sf. 192; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 343; ENGİN, 2002., sf. 105

⁶⁷⁰ DAYINLARLI, 2000, sf. 214; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1099; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 521; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; OLGAC, 1976, sf. 969; FRANKO, a.g.e., sf. 192

devralan, alacağın var olmadığını ya da kuşkulu olduğunu biliyorsa, devreden sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁷¹. TMK. md. 1020 hükmü uyarınca; ilgisi olduğu anlaşılan herkes tapu sicil kayıtlarını inceleyebilir ve bunların örneklerini talep edebilir. Bu tapu sicilinin açıklığı ilkesidir. Bu açıklık ilkesi sebebiyle; hiç kimse tapu kütüğüne kayıtlı olan bir hususu bilmediğini iddia edemez ve bu hususta üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmaz⁶⁷². Bu durumda alacağı devralanın; tapu sicilindeki bu durumu bildiği kabul edilmelidir. Zaten alacağı devralanın; ekonomik değeri yüksek böylesi işlemi yapan her şahıs gibi, tapu sicilini kontrol etmiş olması da gerekir ve beklenebilir. Aksi halde gerekli özeni göstermemiş olduğunun kabulü uygun olacaktır. Arsa paylarının üçüncü kişiye devredilmiş olması sebebiyle tapu sicilindeki malik olarak gözüken şahıs ile inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafındaki şahısların birbirinden farklı olduğunu bilen alacağı devralanın ise en azından alacağın kuşkulu olduğunu bildiği kabul edilmelidir. Bu sebeplerle; arsa paylarının iş sahibi tarafından üçüncü kişiler adına tescil edilmesinden sonra yapılan ivazlı alacağın devri sözleşmesi uyarınca dahi, alacağı devralan devreden müteahhide başvuramayacaktır.

BK. md. 169 f. 3'e göre; "temlik meccanen vaki olmuş ise temellük eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zammın olmaz". Anlaşıldığı üzere ivazsız devirlerde, devreden, alacağın devir zamanındaki varlığından sorumlu değildir⁶⁷³. Yani; alacağın ivazsız olarak devredilmiş olması durumunda da alacağı devralan, müteahhide yönelerek borcun ifa edilememesi dolayısıyla uğradığı zararların tazminini talep edemeyecektir.

Diğer taraftan; BK. md. 169 uyarınca devreden, alacağın varlığından sorumludur. Esasen sözleşme ile mülkiyetinin geçirileceği taahhüt edilen arsa payların üçüncü kişilere geçirilmesinden sonra dahi alacak mevcudiyetini korumaktadır. Böyle bir durumda; alacak ortadan kalkmamakta ve fakat tazminat

⁶⁷¹ KARAHASAN, 2003, sf. 1471; OLGAC, 1976, sf. 969; FRANKO, a.g.e., sf. 192

⁶⁷² ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 98; ÜNAL, a.g.e., sf. 163, 164; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 54; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 142, 143; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 243

⁶⁷³ EREN, 2003, sf. 1190; DAYINLARLI, 2000, sf. 226; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; KARAHASAN, 2003, sf. 1471

alacağı haline gelmektedir⁶⁷⁴. O halde; yukarıda anılan sebeplerin dışında, zaten devreden müteahhidin BK. md. 169 uyarınca sorumluluğu doğmayacaktır.

3. Alacağı Devralanın, Uğramış Olduğu Zararın Tazminini İş Sahibinden Talep Hakkı

Görüldüğü gibi; alacağı devralan ne arsa paylarını devralan üçüncü kişilerden tescili talep edebilir ne de müteahhidin sorumluluğu yoluna giderek, zararlarının tazmin edilmesini isteyebilir.

Alacağın devri sözleşmesi, geçerli olarak kurulduğu anda hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Alacağın devrinin asıl sonucu ise alacağın, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçmesidir. Alacağın devri ile alacak devralanın malvarlığına geçtiği için devreden alacak üzerindeki hakları da devralana geçer ki; bu ise devreden bundan sonra alacak üzerinde tasarruf edemeyeceği anlamındadır. Bir başka ifade ile; devreden alacaklının, alacağın devrinden sonra alacak üzerinde tasarruf yetkisi kalmaz. Bu sebeple devreden; devirden sonra alacağı borçludan tahsil etme veya alacağın tahsilini dava ve takip etme ya da borçluyu ibra etme gibi hakları ortadan kalkar. Artık devirden sonra söz konusu işlemleri yapmaya tek yetkili hak sahibi, alacağı kendi malvarlığında bulunduran devralandır⁶⁷⁵. O halde; müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devralan kişi, borçlu iş sahibinden borcun ifa edilmesini istemek ve ifadan kaçınması halinde ise hukuki yollara başvurmak

⁶⁷⁴ EREN, 2003, sf. 993; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 853 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 273 vd.; DUMAN, a.g.e., sf. 259

⁶⁷⁵ KURU, 1990 a, sf. 1455; DAYINLARLI, 2000, sf. 259, 273; TUHR, a.g.e., sf. 834; ERTAŞ, a.g.e., sf. 85; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; FRANKO, a.g.e., sf. 188; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 339; ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 691; ENGİN, 2000, sf. 320; ÖNEN, a.g.e., sf. 88; “Davacının dava ettiği alacağı dava tarihinden evvel temlik ettiği dosya içindeki temliknameden anlaşılmaktadır. Alacağın temlik neticesi olarak davacının alacak üzerinde hiçbir hakkı kalmadığı ve bu hakkın temellük edene intikal ettiği cihetle, temlikten sonra açılmış olan bu davanın mesmu olmaması icap eder” Yarg. TD. 26.03.1957 t., 7783 E., 773 K.; Yarg. 15. HD. 29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (KURU, 1990 c, sf. 759); “Davacı sıfatıyla dava açan kimsenin dava konusu hak üzerinde bir tasarruf yetkisi olmalıdır. Davadan önce alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmayacağından bu alacağını dava yolu ile takip edemez” Yarg. 15. HD.29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (GÜLAL, a.g.e., sf. 60)

hakkına sahiptir. Hatta devirden sonra, bu hakları kullanmaya yetkili tek hak sahibi alacağı devralandır.

Borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun sorumluluğunu düzenleyen BK. md. 96'ya göre; "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur". Alacağın devrinden sonra, devralan alacaklı sıfatını kazanmıştır. Bu sebeple devralan, alacaklı sıfatı ile bu madde hükmünden yararlanabilecektir. Borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için borçlunun borca aykırı davranması, alacaklı aleyhine zarar doğmuş olması, borca aykırı davranış ile zarar arasında illiyet bağı bulunması ve borçlunun kusurlu olması gerekmektedir⁶⁷⁶. İş sahibinin inşaat sözleşmesi uyarınca borçlu olduğu arsa paylarının mülkiyetini üçüncü kişilere geçirmesi durumunda, sorumluluğa ilişkin olarak yukarıda sayılan şartların tamamı gerçekleşmiştir. Gerçekten de borçlu iş sahibi; kusuru ile borca aykırı davranmış ve bu fiili ile alacaklı (devralan) aleyhine zararın meydana gelmesini sağlamıştır. Bu sebeplerle iş sahibinin, alacağı devralana karşı sorumluluğu doğar.

Borçlunun kusuru ile borcun ifa edilmemesi ve dolayısıyla alacaklının borçlanılan edimi aynen elde edememesi halinde; alacaklı, borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarının tazminini borçludan talep edebilir (BK. md. 96)⁶⁷⁷. Bu durumda arsa paylarının üçüncü kişiye geçirilmesi halinde alacaklı, yani alacağı devralan; borca aykırı davranan iş sahibinden BK. md. 96 uyarınca zararının tazminini talep edebilir. Yani alacağı devralan alacaklı sıfatıyla, borçlu iş sahibinin sorumluluğu yoluna giderek; BK. md. 96 uyarınca borcun ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini iş sahibinden isteyebilir.

⁶⁷⁶ EREN, 2003, sf. 1009 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 273

⁶⁷⁷ EREN, 2003, sf. 993; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 853 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 273 vd.

4. İş Sahibinin Muvazaalı İşlem İle Arsa Payı Mülkiyetini Üçüncü Kişilere Geçirmesi Durumunda, Alacağı Devralanın Muvazaalı Sözleşmeye Dayanan Tescilin İptalini ve Adına Tescili Talep Hakkı

İş sahibinin, müteahhitle birlikte veya bağımsız hareket ederek, arsa paylarını alacağı devralana geçirmekten kaçınmak için muvazaalı işlem yapması mümkündür. Bu halde iş sahibi, arsa paylarının mülkiyetini alacağı devralana geçirmemek için, arsa paylarını tapuda işlem yaparak inşaat sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler adına devir ve tescil ettirmektedir. Tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları; fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaşmış olmaları haline “muvazaa” denir⁶⁷⁸. Muvazaalı işlem; geçerli bir hukuki işlem olmayıp, mutlak butlanla geçersizdir. Yani muvazaalı işlemin yaptırımı, hüküm ve sonuçlarını doğurmamasıdır. Muvazaalı bir sözleşmeye dayanılarak yapılan tescil mülkiyeti nakletmez ve geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan bu tescilin düzeltilmesi istenilebilir. Üçüncü kişiler ise; yani doğrudan ya da dolaylı bir menfaate sahip olan kişiler, geçersizliği her zaman ileri sürebilirler. Bu itibarla; alacaklılar geçersizliği ileri sürebilirler⁶⁷⁹. Alacağı devralan, “alacaklı” sıfatı ile her zaman ve doğrudan geçersizliği ileri sürebilir.

O halde; iş sahibinin muvazaalı olarak arsa paylarını tapuda üçüncü kişiler adına devir ve tescil ettirmesi durumunda, alacağı devralan muvazaalı işlemi ileri sürerek tapuda üçüncü kişiler adına yapılan muvazaalı tescilin iptalini ve devamında ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcun ifasını, yani arsa paylarının TMK. md. 716 uyarınca adına hükmen tescilini talep ve dava edebilir. Ayrıca bu halde alacağı devralan; TMK. md. 1010 b. 1 uyarınca mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alarak, buna istinaden hakkını çekişmeli hak olarak tapuya şerh ettirebilir. Alacağı devralan bu suretle, yargılama sırasında geçen sürede tapu

⁶⁷⁸ EREN, 2003, sf. 318; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 75; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 262; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 328

⁶⁷⁹ EREN, 2003, sf. 322; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 77; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 263

sicilindeki kayda dayanarak sağlanacak iyiniyetli kazanımları engellemesi mümkündür.

c. İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmesi

İş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca mülkiyetini müteahhide geçirmeyi taahhüt ettiği arsa paylarını tapuda üçüncü kişiler adına devir ve tescil ettirmesi durumunda, bu işlemin muvazaalı olması durumu hariç, ne müteahhit ne de müteahhitten alacağı devralan; yeni maliklere yönelerek taahhüt edilen arsa paylarının kendi adına tescilini talep edememektedir. Bu halde taşınmaz mülkiyetine ilişkin alacak, tazminat alacağına dönüşmekte ve ancak uğramış oldukları zararın tazmini iş sahibinden talep edebilmektedirler. Her ne kadar zararları tazmin edilmiş dahi olsa, hem müteahhit hem de alacağı devralan esas amaçlarına yani bir kısım arsa payı mülkiyetine kavuşmamaktadırlar. Gerçi bu durum, genellikle arsa paylarını satarak parasal kaynağa dönüştürmek isteyen müteahhit açısından çok büyük fark yaratmıyor olabilir. Zira müteahhit, arsa mülkiyetini satması halinde de tazminat alacağını elde etmesi halinde de parasal kazanç elde etmiş olmaktadır. Ancak her zaman müteahhidin amacı bu yönde olmayacağı gibi; elde edilen parasal değer arsa paylarının değerine ulaşmaması ihtimali de bulunmaktadır. Hatta tazminat alacağının, iş sahibinin aciz hali dolayısıyla hiç tahsil edilememesi dahi mümkündür. Müteahhitten alacağı devralan açısından ise bu durum büyük sorun teşkil edebilir. Zira devralanın amacı bağımsız bölüm satın almaktır. Olsa tazminat alacağını tahsil edebildiği varsayılsa bile, bu durumda devralan bir miktar para karşılığında sonuçta yine bir miktar para elde etmektedir.

Müteahhit ve alacağı devralan açısından, iş sahibinin bu şekildeki borca aykırı davranışlarına karşı en iyi hukuki korumayı sağlayacak yöntem tapu siciline şerh verilmesidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; her nisbi hak tapu siciline şerh edilemez. Ancak kanunun açıkça belirttiği nisbi hakların sicile şerh edilmesi mümkündür. TMK. md. 1009'da taşınmaz satış vaadi, önalım, alım, geri alım vs. gibi hakların

tapu kütüğüne şerh edilebileceği sayılmıştır. Bu maddede sayılanlar haricinde ise rehlin boş dereceye ilerleme hakkı, bağışlamadan rücu gibi gerek TMK'dan gerekse BK'da sayılan ve şerh edilebilen nisbi haklar mevcuttur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkının şerh edilebileceği hususu ise yine TMK. md. 1009'da belirtilmiştir. Gerçekten de TMK. md. 1009 hükmü uyarınca; "Arsa payı karşılığı inşaat... sözleşmesinden doğan haklar... tapu kütüğüne şerh edilebilir". Bu itibarla; müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkı TMK. md. 1009 hükmü uyarınca tapu kütüğüne şerh edilebilir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilebilmesi, iş sahibi ile müteahhit arasında şerh anlaşması yapılmış olmasına bağlıdır. Yani; müteahhidin doğrudan ve tek taraflı şerh istemi yeterli değildir. Sözleşmenin tapu siciline şerh edilmesi için tarafların ayrıca ve açıkça bu hususta anlaşmış olmaları gerekmektedir⁶⁸⁰.

d. Şerhin Etkisi

1. Müteahhit Açısından Şerhin Etkisi

Tapu kütüğüne yapılan şerh, şerhe konu hakka aynı hak niteliği kazandırmaz. Tapu kütüğüne yapılan şerh; şerh edilen nisbi hakkı, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir hale getirir. Şerhin iki sonucu bulunmaktadır. İlkine göre; şerh eşyaya bağlı borç yaratır. Yani nisbi hakkın tapu siciline şerh edilmesinden sonra taşınmazın mülkiyetini kazanan her malik, şerhe konu hakka ilişkin borçları ifa etmek yükümlülüğündedir. Şerhin diğer sonucu ise; şerhten sonra üçüncü kişilerin kazandığı ve şerh edilen hak sahibi alacaklıya zarar veren, şerh edilen hakkı sınırlandıran veya ortadan kaldıran hakların bertaraf edilmesini sağlamasıdır. Bu sebeplerle; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden

⁶⁸⁰ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 23, 169; **ÜNAL**, a.g.e., sf. 231; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 218; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 84; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 383 vd.; **EREN**, 2003, sf. 277; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 252, 253; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108, 109; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 638, 639; Yarg. 14. HD. 03.10. 188 t., 2986 E., 6164 K.; Yarg. 14. HD. 21.12.1976 t., 5623 E., 6312 K. (**KARAHASAN**, 2002 b, sf. 640); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1024)

doğan nisbi hakkın şerh edilmiş olması durumunda, müteahhit tapuda devir ve ferağ ile taşınmazın adına tescilini taşınmazın sonraki maliklerinden dahi talep edebilir⁶⁸¹.

2. Alacağı Devralan Açısından Şerhin Etkisi

Alacağın devri ile alacak, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçer. Yani devirden sonra devreden alacaklının, alacak üzerinde tasarruf yetkisi kalmaz. Bu sebeple devreden; devirden sonra alacağı borçludan tahsil etme veya alacağın tahsilini dava ve takip etme ya da borçluyu ibra etme gibi hakları ortadan kalkar. Artık devirden sonra söz konusu işlemleri yapmaya tek yetkili hak sahibi, alacağı kendi malvarlığında bulunduran devralandır⁶⁸². O halde; müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devralan kişi, borçlu iş sahibinden borcun ifa edilmesini istemek ve ifadan kaçınması halinde ise hukuki yollara başvurmak hakkına sahiptir.

TMK. md. 1009'a göre; "Arsa payı karşılığı inşaat... sözleşmesinden doğan haklar... tapu kütüğüne şerh edilebilir". Bu itibarla; müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkı TMK. md. 1009 hükmü uyarınca tapu kütüğüne şerh edilebilir⁶⁸³. Görüldüğü gibi; tapu siciline yapılan şerh ile sözleşmeye konu alacak hakkı sicile işlenmektedir. Yani kişiye bağlı bir şerh değil hakkın

⁶⁸¹ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 23, 169; **ÜNAL**, a.g.e., sf. 231; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 218; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 84; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 383 vd.; **EREN**, 2003, sf. 277; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 252, 253; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108, 109; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 639

⁶⁸² **KURU**, 1990 a, sf. 1455; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 259, 273; **TUHR**, a.g.e., sf. 834; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 85; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **FRANKO**, a.g.e., sf. 188; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 339; **ÖZDEMİR**, a.g.e., sf. 691; **ENGİN**, 2000, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88; "Davacının dava ettiği alacağı dava tarihinden evvel temlik ettiği dosya içindeki temliknameden anlaşılmaktadır. Alacağın temlik neticesi olarak davacının alacak üzerinde hiçbir hakkı kalmadığı ve bu hakkın temellük edene intikal ettiği cihetle, temlikten sonra açılmış olan bu davanın mesmu olmaması icap eder" Yarg. TD. 26.03.1957 t., 7783 E., 773 K.; Yarg. 15. HD. 29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (**KURU**, 1990 c, sf. 759); "Davacı sıfatıyla dava açan kimsenin dava konusu hak üzerinde bir tasarruf yetkisi olmalıdır. Davadan önce alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmayacağından bu alacağını dava yolu ile takip edemez" Yarg. 15. HD.29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (**GÜLAL**, a.g.e., sf. 60)

⁶⁸³ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 23, 169; **ÜNAL**, a.g.e., sf. 231; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 218; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 84; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 383 vd.; **EREN**, 2003, sf. 277; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 252, 253; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108, 109; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 639; Yarg. 14. HD. 03.10. 188 t., 2986 E., 6164 K.; Yarg. 14. HD. 21.12.1976 t., 5623 E., 6312 K. (**KARAHASAN**, 2002 b, sf. 640); Yarg. 14. HD. 31.05.1977 t., 2232 E., 3341 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1024)

kaynağına bağlı şerh yapılmaktadır. Bu durumda sözleşme ilişkisinin alacaklısı her kim ise, şerhten yararlanacak kişi de o olacaktır.

Devrin asli sonucu, alacağının devredenden devralana geçmesidir. Esasen alacak hakkının, alacaklıdan üçüncü bir şahsa geçmesi sonucunda borç ilişkisinin alacaklısı değişmiş olmaktadır. Gerçekten de devir işlemi ile devreden alacaklı sıfatını kaybederken, devralan ise bu sıfatı eski alacaklıdan devralmaktadır⁶⁸⁴. O halde; şerhe konu sözleşmeden doğan nisbi hakkın alacaklı sıfatını kazanan devralan, şerhin sonuçlarından da yararlanabilecektir.

Tapu kütüğüne yapılan şerh; şerh edilen nisbi hakkı, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir hale getirir. Şerhin ilk sonucu, eşyaya bağlı borç yaratmasıdır. Bu sonuç uyarınca; nisbi hakkın tapu siciline şerh edilmesinden sonra taşınmazın mülkiyetini kazanan her malik, şerhe konu hakka ilişkin borçları ifa etmek yükümlülüğündedir. Şerhin diğer sonucu ise; şerhten sonra üçüncü kişilerin kazandığı ve şerh edilen hak sahibi alacaklıya zarar veren, şerh edilen hakkı sınırlandıran veya ortadan kaldıran hakların bertaraf edilmesini sağlamasıdır⁶⁸⁵. Bu sebeplerle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan nisbi hakkın şerh edilmiş olması durumunda; alacağı devralan da, alacağa konu arsa paylarının kendi adına tescilini taşınmazın sonraki maliklerinden (iş sahibinin borca aykırı olarak arsa payı mülkiyetini naklettiği üçüncü kişilerden) talep edebilir.

⁶⁸⁴ **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 178; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **EREN**, 2003, sf. 1186; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1075; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 57; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 497; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 542; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88, 95; **KOCAMAN**, a.g.e., sf. 6, 11

⁶⁸⁵ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 23, 169; **ÜNAL**, a.g.e., sf. 231; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 218; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 84; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 383 vd.; **EREN**, 2003, sf. 277; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 252, 253; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108, 109; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 639

V) Ücretin Para veya Taşınmaz Mülkiyetinin Nakli Haricinde Bir Edim Olarak Belirlendiği İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi

a. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesi ile belirlenen ve müteahhidin ediminin karşılığını oluşturan ücretin, bir miktar para veya taşınmaz (bir kısım arsa payı) mülkiyetinin nakli haricinde bir edim olması mümkündür⁶⁸⁶. Bu itibarla; ücret olarak bir hizmetin görülmesi⁶⁸⁷, vekâlet, taşınır veya taşınmaz kirası⁶⁸⁸ yahut başka bir eserin meydana getirilmesi gibi edimler sözleşme ile belirlenebilir. Esasen bir miktar para dışında kalan edimler birbirleri ile benzer niteliktedirler. Bu itibarla; ücretin taşınmaz mülkiyetinin nakli şeklinde belirlendiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de burada sayılabilirdi. Fakat, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamada büyük yer tutması, sıklıkla uyuşmazlıklara neden olması ve bu suretle öneminin bir hayli artması sebepleriyle çalışmamızda ayrıca ele alınmıştır.

Ücretin bu şekillerde belirlenmesi hallerini ikiye ayırarak incelemek yerinde olacaktır. Bu ayırım esere karşı eserin ücret olarak belirlendiği haller ve diğer ücret türleri şeklinde belirlendiği hallerdir.

b. Ücretin, Esere Karşı Eser Olarak Belirlendiği İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi

İnşaat sözleşmesinin ücreti olarak bir başka eserin meydana getirilmesinin kararlaştırılması mümkündür. Bu durumda; sözleşmenin her iki tarafının da borcunu

⁶⁸⁶ BAYGIN, a.g.e., sf. 16; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 28; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; UYGUR, 2003 b, sf. 7454; YAVUZ, 2002, sf. 450; SELİÇİ, 1978, sf. 7; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; OLGAÇ, 1977, sf. 887; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 2; DAYINLARLI, a.g.e., sf. 13; ÖNEN, a.g.e., sf. 304; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 957; KARTAL, Blm. 1, sf. 99

⁶⁸⁷ “Mühendis ile kooperatif arasındaki anlaşma; istisna ve hizmet bağitlarından oluşmuş bir bileşik sözleşme niteliğindedir” Yarg. 10. HD. 22.01.1976 t., 4935 E., 1294 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 971)

⁶⁸⁸ “Taraflar arasındaki sözleşme bu hali ile yalnız bir kira sözleşmesi olmayıp istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir” Yarg. 3. HD. 24.02.1987 t., 12595 E., 2236 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 969)

bir eserin meydana getirilmesi oluşturmaktadır. Tabi ki inşaat sözleşmeleri açısından taraflardan en az birinin borcunu bir yapı eserinin meydana getirilmesinin oluşturması gerekmektedir. Bu yapı esere karşılık olarak belirlenen ücretin ise taşınmaz yapı ya da taşınır yapı yahut istisna sözleşmesine konu olabilecek her hangi başka bir eser olmasının sözleşmenin niteliği bakımından önemi bulunmamaktadır. Herhalde; meydana getirilen iki eserin değişimi söz konusudur. Bu tarz bir değişim kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte; taraf edimlerinin istisna sözleşmesinin unsurlarından oluştuğu açıktır. Şöyle ki, tarafların edimleri kendi faaliyetleri dışında meydana gelmiş eşyaların satımı, değişimi değil; taraflarca meydana getirilecek eserlerin değişimidir. Bu noktada tarafların edimlerinin ağırlıklı özelliğini “meydana getirme” unsuru oluşturmaktadır ki; bu unsur istisna sözleşmesinin en önemli ve belirleyici özelliğidir. Bu sebeple; esere karşı eserin değişiminin öngörüldüğü sözleşmelere trampa hükümleri değil, doğrudan ve bütünüyle istisna sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır⁶⁸⁹.

1. Ücretin, Taşınmaz Yapı Eseri Meydana Getirilmesi Şeklinde Belirlenmiş Olması Halinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi

Bu tip inşaat sözleşmesi ile müteahhidin edimi karşılığında ücret olarak yine bir taşınmaz yapının meydana getirilerek teslimi kararlaştırılmış olabilir. Ücret olarak belirlenen taşınmaz yapı eserinin, müteahhidin maliki olduğu arsa üzerinde meydana getirilmesi kararlaştırılmış olabileceği gibi iş sahibinin maliki olduğu arsa üzerinde meydana getirilmesi de kararlaştırılmış olabilir.

Taşınmaz yapının müteahhidin arsası üzerinde meydana getirilmesi kararlaştırılmış ise; ücreti ödeyecek iş sahibinin borcu da, taşınmaz bir yapı eseri meydana getirmektir. Taşınmaz yapı eseri, sözleşmeye konu arsada devamlı surette kalmak üzere toprağa bağlı olarak yapılan ve yer değiştirmesi mümkün olmayan

⁶⁸⁹ TANDOĞAN, 1987, sf. 28; KARAHASAN, 1997 a, sf. 71; BAYGIN, a.g.e., sf. 16; YAVUZ, 2002, sf. 450; ÖZ, a.g.e., sf. 2

veya ancak tahrip edilerek mümkün olan her çeşit binalar, yol, tünel, kanalizasyon, elektrik gibi yeraltı ve yerüstü yapı eserleridir⁶⁹⁰.

Taşınmaz yapı eseri, arsa üzerinde devamlı kalmak üzere arsa ile bağlı olarak yapılan ve zarara uğratılmadıkça arsadan ayrılması mümkün olmayan yapılardır. Bu itibarla; taşınmaz yapı eserleri, üzerinde inşa edildikleri arsanın bütünleyici parçası olurlar⁶⁹¹. TMK. md. 684 f. 1 hükmüne göre de; “bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur”. Maddenin açık hükmü karşısında; arsanın bütünleyici parçası niteliğinde olan taşınmaz yapı eseri, arsa malikinin mülkiyetine dâhildir. Bu durumda; arsa maliki durumundaki müteahhit, inşaat sözleşmesi uyarınca ücret olarak kararlaştırılan ve meydana getirilen yapının bütünleyici parça kuralına göre maliki olacaktır⁶⁹².

O halde; müteahhidin doğrudan maliki olduğu taşınmaz yapının mülkiyetini devretmeksizin sadece teslimi talep hakkını devretmesi de mülkiyet üzerinde hiç bir etki yaratmayacağı gibi söz konusu da olamayacaktır. Zira; malikin tapuda adına kayıtlı bulunan taşınmazın mülkiyetini nakli, nisbi hakkın temliki olarak nitelendirilemez. Bu sebeplerle; müteahhidin kendi mülkiyetinde bulunan arsa paylarını, yani inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilerin mülkiyetine geçirmesi ancak taşınmaz mülkiyetinin devri niteliğindedir ve devirden sonra müteahhidin üçüncü kişilere geçirdiği arsa payları üzerinde mülkiyet hakkı kalmaz⁶⁹³. Müteahhit; henüz inşaat devam ederken arsa paylarını üçüncü kişilere geçirebileceği gibi, arsanın tümünü veya kat irtifakı kurulmuş ise irtifaklı payları dahi üçüncü kişilere geçirebilir. Herhalde taşınmaz mülkiyetinin devri niteliğinde

⁶⁹⁰ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 330; **EREN**, 1996 a, sf. 54; **ABACIOĞLU**, a.g.e., sf. 48; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 182 vd.; **ERTEN**, a.g.e., sf. 16; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 797; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 136; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 411

⁶⁹¹ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 330; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 245, 796; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 409, 411; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 136

⁶⁹² **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 330; **ÖZ**, a.g.e., sf. 81; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 245, 796; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 409; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 136

⁶⁹³ **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1173, 1174; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 696; **ARBİL**, a.g.e., sf. 30; “Dava kapsamından yapının kat irtifakının tesis edildikten sonra bir kısım bağımsız bölümlerin dava dışı üçüncü kişilere ve davalılara tapudan devredildiği anlaşılmıştır. Bu durumda davacının satılan bağımsız bölümlere ilişkin olarak mülkiyet hakkı kalmadığı...” Yarg. 15. HD. 08.10.1992 t., 1234 E., 4606 K. (**KARATAŞ**, a.g.e., sf. 393); Yarg. 14. HD. 04.12.1995 t., 7835 E., 9080 K. (**DUMAN**, a.g.e., sf. 251)

olan bu işlemler, ancak üçüncü kişi adına tapuda devir ve tescil yapılmak sureti ile geçerli olarak kurulabilir. Yapı eserin tamamlanmasından sonra veya yapının bağımsız bölümlerden meydana gelmesi halinde KMK'ya uygun olarak kat mülkiyetine geçilmiş olması durumunda da bu açıdan bir değişiklik söz konusu olmayacaktır⁶⁹⁴. Ayrıca henüz inşaatı devam eden yapının satış vaadine konu olması da mümkündür. Bu itibarla; müteahhit inşaat sözleşmesi uyarınca ücret olarak belirlenen ve inşaatı devam eden taşınmaz yapı veya yapıda meydana getirilecek bir kısım bağımsız bölümler hakkında üçüncü kişilerle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılabilir. Söz konusu sözleşmenin tapu memuru veya noterlerce re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir⁶⁹⁵.

Ücret olarak belirlenen taşınmaz yapı, iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilecek ise; ücreti ödeyecek iş sahibinin borcu, taşınmaz bir yapı eseri meydana getirmek ve mülkiyetini müteahhide geçirmektir. Bu durumda alacaklı müteahhidin alacağını devretmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesi ile aynı görünümde. Zira burada da, devredilen alacak taşınmaz mülkiyetine ilişkindir. O halde alacağın devri sözleşmesi açısından, müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesinden farkı bulunmamaktadır.

Medeni Kanun, 706 maddesi ile taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan sözleşmeler için genel bir kural olarak açıkça şekil şartı getirmektedir. Bu ifadeden çıkan sonuç; tüm sözleşmeler bakımından amir olduğudur. Aynı şekilde; Borçlar Kanunu da hem taşınmaz satımı hem de bunun vaadi için açıkça resmi şekil şartı öngörmektedir. Yasa koyucunun amacı açık olup; kamusal önemi dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan ve bu sonucu doğuran her türlü sözleşmenin, kural olarak, her koşulda resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Bu genel kuralın dışına çıkılması ise, ancak bunun kanunda açıkça düzenlenmiş olduğu istisnai hallerde mümkündür⁶⁹⁶. Bu sebeplerle ücretin; iş sahibinin arsasında bir

⁶⁹⁴ KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1173; KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; KARATAŞ, a.g.e., sf. 393

⁶⁹⁵ KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1173; KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; KARATAŞ, a.g.e., sf. 393; Yarg. 14. HD. 04.12.1995 t., 7835 E., 9080 K. (DUMAN, a.g.e., sf. 251)

⁶⁹⁶ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 257; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 657; DOĞANAY, a.g.e., sf. 237; "...TMK'un 634. maddesi mucibince mülkiyeti nakledecek

taşınmaz yapı eseri meydana getirilmesi olarak belirlendiği durumlarda, müteahhit alacağını ancak resmi şekilde yapılmış alacağın devri sözleşmesi ile geçerli olarak devredebilir. Sözleşmeyi yapmaya yetkili merci ise, daha önce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde detaylı olarak belirttiğimiz üzere, tapu memuru veya noterdir.

2. Ücretin, Taşınır Yapı Eseri Veya İstisna Sözleşmesine Konu Olabilecek Başka Bir Eserin Meydana Getirilmesi Şeklinde Belirlenmiş Olması Halinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi

Ücretin esere karşı eser meydana getirilmesi şeklinde belirlenmesi mümkündür. Bu ücret, bir eserin meydana getirilmesi ve müteahhide teslimi şeklinde olacaktır. Yukarıda gördüğümüz gibi; inşaat sözleşmesi ile belirlenen bu eserin de yine bir taşınmaz yapı eseri meydana getirilmesi şeklinde kararlaştırılması mümkündür. Ancak bununla sınırlı değildir. Bu itibarla; ücretin taşınır bir yapı eserinin veya istisna sözleşmesine konu olabilecek başka bir eserin meydana getirilmesi şeklinde belirlenmesi mümkündür.

Taşınır yapı eseri, kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan yapı eserleridir. Bu yapıların özelliği, genellikle yapıya zarar verilmeksizin yerlerinin değiştirilebilir olmasıdır. Bu tip yapılar TMK. md. 728’de “taşınır yapılar” madde başlığı altında hükme bağlanmıştır. Geçici yapılara örnek olarak; kulübe, büfe, şantiye binası, seyirciler için kurulmuş geçici tribün gibi yapı eserleri gösterilebilir⁶⁹⁷. Taşınır yapılar, TMK. md. 728 f. 2 hükmüne göre taşınır mal hükümlerine tabidirler. Bu itibarla; taşınır yapı eserlerine ilişkin hakların devri ile taşınır mallara ilişkin hakların devri açısından bir fark bulunmamaktadır.

olan akdin resmi şekilde yapılması zoruridir” Yarg. İBK. 26.05.1954 t., 8 E., 18 K.; “... tapuda malik sıfatıyla mukayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihini isteyen kimsenin TMK’un 634. maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerinde intikal etmiş muteber bir akde istinat etmesi lazımdır” Yarg. İBK. 07.10.1953 t., 8 E., 7 K. (DOĞANAY, a.g.e., sf. 241); “Tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin devrini öngören her türlü sözleşmelerin resmi şekilde yapılması, geçerlilik koşuludur” Yarg. HGK. 02.07.2003 t., 14–452 E., 456 K. (MEYDAN/YAPAL, a.g.e., sf. 847 vd.); Yarg. 14. HD. 27.09.2004 t., 6412 E., 6312 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 130); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (DALAMANLI, a.g.e., sf. 96)

⁶⁹⁷ EREN, 1996 a, sf. 54; ABACIOĞLU, a.g.e., sf. 48; BAYGIN, a.g.e., sf. 182 vd., ERTEN, a.g.e., sf. 16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 797; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 410; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136

Kanunda taşınır mallara ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla; ücret olarak böyle bir eserin meydana getirilmesinin ve müteahhide teslim edilmesinin belirlendiği inşaat sözleşmelerinde müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesi BK. md. 163 hükmüne tabidir. O halde kural olarak; bu çeşit inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devri için müteahhit ile üçüncü kişi arasında kurulacak sözleşmenin BK. md. 163 hükmü uyarınca yazılı olması yeterlidir. Yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir. Yazılı şekil alacağın devri için geçerlilik şartı olup; bu şekle uyulmaksızın yapılan devir sözleşmeleri geçersizdir⁶⁹⁸. Ancak özellikle fikri haklara ilişkin ve motorlu taşıtlara ilişkin kuralların dikkate alınarak; devredilen hakka ilişkin edimin naklinin resmi şekle tabi kılındığı hallerde, genel kuraldan ayrılarak (taşınmaz mülkiyetinin ilişkin hakkın devrinde olduğu gibi) alacağın devri sözleşmesinin de bu şekle uyularak yapılması gerektiği unutulmamalıdır.

c. Ücretin, Diğer Bir Edim Şeklinde Belirlendiği İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Alacağını Devretmesi

Ücret olarak, daha önce anılanların dışında olmak üzere, bir başka sözleşmenin unsurunu oluşturan bir edimin yerine getirilmesi taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Yani ücretin; bir hizmetin görülmesi⁶⁹⁹, vekâlet, taşınır veya taşınmaz kirası⁷⁰⁰ gibi edimler olarak belirlenmesi mümkündür.

Meydana getirilen yapı eseri karşılığında olmak üzere; iş sahibinin maliki bulunduğu bir taşınır ya da taşınmazın müteahhide kiraya verilmesi durumu böyle sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Yahut bir İngilizce öğretmenin, yapılacak

⁶⁹⁸ EREN, 2003, sf. 1185; DAYINLARLI, 2000, sf. 99; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396 vd.; KARAHASAN, 2003, sf. 1449; OLGAÇ, 1976, sf. 924; FRANKO, a.g.e., sf. 181; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 321; “BK. md. 162’de temlikin geçerliliği için öngörülen yazılı biçim, bir taraflı devir iradesini açıklayana düşen ve bu iradeyi haricen malum kılmayı amaç tutan bir biçimdir” Yarg. HGK. 21.11.1970 t., 4-1582 E., 637 K. (KURU, 1990 a, sf. 1613)

⁶⁹⁹ “Mühendis ile kooperatif arasındaki anlaşma; istisna ve hizmet bağlarından oluşmuş bir bileşik sözleşme niteliğindedir” Yarg. 10. HD. 22.01.1976 t., 4935 E., 1294 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 971)

⁷⁰⁰ “Taraflar arasındaki sözleşme bu hali ile yalnız bir kira sözleşmesi olmayıp istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir” Yarg. 3. HD. 24.02.1987 t., 12595 E., 2236 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 969)

inşaat karşılığında müteahhide ders vereceğinin kararlaştırılması halinde de; iş sahibinin borcu para dışında bir edimi oluşturmaktadır. Bu örneklerde ortaya çıkan sözleşme istisna sözleşmesi değil isimsiz birer sözleşmedir. Anılan hallerde müteahhidin borcu inşaat (istisna) sözleşmesinin bir edimini oluşturmakta iken; iş sahibinin borcu ise kira, hizmet vs. sözleşmelerin unsurlarından oluşmaktadır. Yani bu tip sözleşmeler iki farklı sözleşmeye ait unsurları mahiyetlerinde barındırmaktadırlar. Bu itibarla; kanunun başka başka sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurları, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getiren böyle sözleşmeler, istisna sözleşmesi değil “karma sözleşmelerdir”⁷⁰¹.

Karma sözleşmelere, her bir edim açısından edimin alındığı sözleşmeye ait kanun hükümleri mahiyetleri itibariyle sözleşme ile bağdaştırıldığı ölçüde uygulanır. Ne var ki; değişik sözleşme tiplerine ait kuralların birbirine ters düşmesi durumunda, karşılıklı çıkarlar dengesine ve sözleşmenin kuruluş amacına göre TMK. md. 1 uyarınca hakkaniyete uygun çözüm yolu seçilecektir⁷⁰².

Bu sebeple; ücretini böyle bir edimin oluşturduğu inşaat sözleşmelerinde müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesi bakımından, sözleşmeye konu edime ilişkin hükümler uygulanacaktır. O halde; sözleşmeye konu edimin üçüncü kişilere nakli resmi şekilde yahut noterden imza onaylaması şeklinde yapılan sözleşmenin varlığına tabi ise, müteahhidin nakli şekil şartına tabi edimden ibaret alacağını üçüncü kişilere devri de söz konusu şekle tabi olacaktır. Aksi halde ise, genel kurala uygun olarak BK. md. 163 uyarınca adi yazılı şekilde kurulan sözleşme ile müteahhit bu çeşit sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişilere devredebilir.

⁷⁰¹ **BAYGIN**, a.g.e., sf. 16; **YAVUZ**, 2002, sf. 450; **ÖZ**, a.g.e., sf. 2; **DUMAN**, a.g.e., sf. 30; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 28; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 71; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7454; **SELİÇİ**, 1978, sf. 7

⁷⁰² **BAYGIN**, a.g.e., sf. 16; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 72; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7452; **SELİÇİ**, 1978, sf. 11; **ERMAN**, a.g.e., sf. 511; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 16; **FEYZİOĞLU**, 1980, sf. 62; **ÖZENLİ**, a.g.e., sf. 124; **KARTAL**, Blm. 2, sf. 330; “Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır” Yarg. HGK. 09.06.1982 t., 79/15–1613 E., 82/565 K. (**ERMAN**, a.g.e., sf. 507)

Kural olarak alacağın devri sözleşmesine, BK. md. 162 uyarınca borçlunun katılımı veya izni gerekmemektedir⁷⁰³. Ancak sözleşmeye konu edimin nakli için söz konusu edime ilişkin hükümler ile borçlunun muvafakati şartı getirilmiş olabilir. Özellikle kira ve hizmet sözleşmeleri açısından göz ardı edilmemesi gereken böyle durumlarda; karma sözleşmelerde her bir edim açısından uygun düştüğü ölçüde edime ilişkin kurallar uygulanacağı için, alacağın devri sözleşmesinde dahi borçlunun katılımı ve muvafakati gerekecektir. Aksi halde, alacağın devri sözleşmesi, edime ilişkin hükümlere aykırılık teşkil edecek ve geçerli olmayacaktır.

VI) Devlet İhale Kanunu'na Tabi İşlerde Müteahhidin Alacağın Devretmesi

a. DİK. Kapsamındaki İnşaat Sözleşmeleri

DİK. md. 1'e göre; genel bütçeye dâhil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin yapım işleri, bu Kanun hükümlerine tabidir. Bu itibarla; Kanun'un kapsamına giren ve 89. maddeye dayanılarak ihalesi Bakanlar Kurulu kararı ile kapsam dışında tutulmamış bulunan, kamu kurum ve kuruluşlarının tarafı bulunduğu bütün inşaat sözleşmelerinde DİK. hükümleri uygulanacaktır. Ancak 4734 syl. KİHK. md. 68'e göre; bu Kanun kapsamına giren işlerin ihalelerinde DİK. hükümleri ile diğer kanunların DİK'na istisna getiren hükümleri uygulanmaz. Bu itibarla; KİHK'nun yürürlüğe girmesinden sonra DİK'nun kapsamı oldukça daraltılmış ve ancak DİK. md. 1'de sayılan ve fakat KİHK'nun kapsamında bulunmayan işler Devlet İhale Kanunu'na tabi olarak kalmıştır⁷⁰⁴.

KİHK. kapsamına girmeyen bu işler, yani DİK. kapsamında kalan işler; genel olarak idareye gelir sağlamaya yönelik ihalelerdir. Bu ihaleler ise; satım, kira,

⁷⁰³ EREN, 2003, sf. 1176, 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 97; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1106; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 526; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 549; OLGAC, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 318; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

⁷⁰⁴ GÖK, Yaşar, Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara, 2003, sf. 67; ÖZEK, Ali / KAYA, Osman, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi 4734 syl. KİHK. ve KİHŞK. Uygulaması, Ankara, 2003, sf. 169

mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve trampa gibi işlerdir. İnşaat (Kanun'un deyimi ile yapım işleri) işleri ise bunların arasında değildir. Zira; inşaat işleri KİhK'nun kapsamında sayılmışlardır⁷⁰⁵. Bu sebeplerle; kural olarak DİK. kapsamında inşaat sözleşmesi yapılamayacaktır. İnşaat sözleşmeleri dışında kalan diğer alacakların devrine ise konumuz itibariyle burada değinilmeyecektir.

Kural olarak inşaat sözleşmeleri DİK. kapsamı dışında kalmıştır demekle birlikte; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından durum farklılık arz etmektedir. Zira KİhK.; idarelerin bir bütçe gideri, yani bir miktar para karşılığı olmak üzere kamu kaynağı kullanılarak ve kamu harcaması ile yaptırdığı inşaat işlerini kapsamına almaktadır. İdarenin taşınmazını değerlendirmek amacıyla ihaleye çıkardığı ve sonucunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanan inşaat işlerinde ise, idarenin bütçe gideri bulunmamaktadır. Bu durumda; sadece bütçe gideri karşılığı inşaat işlerinin KİhK. kapsamında olması ve fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde idarenin bütçe gideri olmaması sebepleriyle, idarenin bir miktar arsa payı karşılığı yaptırdığı inşaat işleri halen DİK. kapsamında bulunmaktadır⁷⁰⁶.

Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanarak yürürlüğe giren (22.02.2006 t. ve 26088 syl. RG'de yayımlanan Tebliğ ile değişik) "Kamu İhale Genel Tebliği" ile de konu aynı yönde değerlendirilmiştir. Gerçekten de; Tebliğ'in İdarelerin Kamu Kaynağı Kullanımını Gerektirmeyen İşleri başlığını taşıyan "C" bölümü 1. bendi uyarınca "Kamuya ait taşınmaz malların kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yapım işleri 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamaktadır".

Bu durumda; DİK. md. 1 kapsamında bulunan idarenin arsa payı karşılığı inşaat işleri, ayrıca ek bütçe kaynağı kullanılmaması kaydıyla, KİhK'nun yürürlüğe giriş tarihinden sonra dahi DİK. kapsamındadır.

⁷⁰⁵ GÖK, a.g.e., sf. 67; ÖZEK/KAYA, a.g.e., sf. 169

⁷⁰⁶ GÖK, a.g.e., sf. 66

b. DİK'na Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devrine Uygulanacak Hükümler ve Alacağın Devri Sözleşmesinin Şekli

DİK'na tabi inşaat sözleşmelerine alacağın devri sözleşmesinin şekli açısından öncelikle bu sözleşmelere uygulanacak hükümleri belirlemek gerekmektedir. DİK'na tabi inşaat sözleşmelerine; öncelikle kanunların emredici nitelikteki hükümlerine aykırı olmamak kaydı ile ihale sözleşmesi hükümleri, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise sırasıyla BİGŞ. ve diğer teknik şartname hükümleri, DİK. hükümleri, BK'nun istisna sözleşmesine ait hükümleri uygulanacaktır. Anılan hükümlerde düzenleme bulunmaması halinde ise son olarak BK'nun genel hükümleri uygulanacaktır⁷⁰⁷.

DİK'na tabi işlerde müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesine ilişkin olarak, DİK'nda hüküm bulunmamaktadır. DİK. md. 66 ile sözleşmenin devri düzenlenmiş olmakla birlikte; burada düzenlenen alacağın devri değil, hak ve borçları ile sözleşmenin kül halinde devri veya dar anlamı ile müteahhidin bizzat ifa borcu ile işi üçüncü kişilere yaptırma yetkisidir⁷⁰⁸. Aynı şekilde; BİGŞ'nde de alacağın devrine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. BK'nun istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerinde de bu sözleşmeler açısından alacağın devrine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. O halde; DİK'na tabi inşaat sözleşmelerinde alacağın devrine, BK'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İdarenin tarafı olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesine engel hüküm bulunmamaktadır. Zira; her türlü alacak kural olarak alacağın devrine konu olabilir⁷⁰⁹. BK. md. 162 ve 163 uyarınca; alacaklı, borçlunun muvafakati olmaksızın alacağını sözleşme ile üçüncü kişilere devredebilir. Bu sebeple; müteahhit, sözleşme ile DİK'na tabi inşaat sözleşmelerinden doğan alacağını üçüncü kişilere devredebilir.

⁷⁰⁷ KAPLAN, a.g.e., sf. 120; BAYGIN, a.g.e., sf. 6

⁷⁰⁸ ŞİMŞEK, a.g.e., sf. 200; TANDOĞAN, 1987, sf. 81

⁷⁰⁹ EREN, 2003, sf. 1187; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1082; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 507; TUHR, a.g.e., sf. 839; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; KARAHASAN, 2003, sf. 1446; FRANKO, a.g.e., sf. 183; ÖNEN, a.g.e., sf.93; ENGİN, 2002., sf.24

Alacağın devri sözleşmesinin şekli açısından düzenleme BK. md. 163 hükmünde yer almaktadır. Buna göre; alacağın devri sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmakla geçerlilik kazanır⁷¹⁰. Ancak yukarıda arz ve izah edildiği üzere; KİHK. kapsamı dışında kalan ve halen DİK'na tabi inşaat sözleşmeleri yalnızca idarenin tarafı olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin alacağını, belli bir kısım arsa payının mülkiyetinin adına geçirilmesi oluşturmaktadır⁷¹¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde alacağın devrine ilişkin yaptığımız detaylı açıklamalar ışığı altında; müteahhidin bu sözleşmelerden doğan alacağını üçüncü kişilere geçirmesi sadece nisbi bir hakkın devri olarak kabul edilerek yazılı şekle tabi tutulamaz. Burada sözleşme ile taşınmaz mülkiyetinin nakline yönelinmektedir. TMK. md. 706 uyarınca; taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan her türlü sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu hüküm emredici nitelikte olup; aksi yönde olmak üzere resmi şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin geçerli olabilmesi ancak kanunla açıkça düzenlenmiş olduğu hallerde mümkündür⁷¹². Bu itibarla; taşınmaz

⁷¹⁰ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **EREN**, 2003, sf. 1185; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4420; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1088; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 513; **TUHR**, a.g.e., sf. 831; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 137; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 925; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 91; “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik müteber olmadığı BK. md. 163 hükümlerinden bulunmasına göre...” Yarg. 4. HD. 02.12.1950 t., 8820 E., 5932 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1430)

⁷¹¹ **YAVUZ**, 2002, sf. 509; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 258; **EREN**, 1996 a, sf. 57; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 16; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 633; **UYGUR**, 2003 b, sf. 7455; **SELİÇİ**, 1978, sf. 11, 14; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 71; **TANDOĞAN**, 1987, sf. 29; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 243; **ARAL**, a.g.e., sf. 335; **ZEVKLİLER**, a.g.e., sf. 324; **YAVUZ**, 2002, sf. 512; **ÖZYÖRÜK**, a.g.e., sf. 6; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 123; **DAYINLARLI**, 1988, sf. 15; **TUNÇOMAĞ**, 1977, sf. 16, 960; **FEYZİOĞLU**, 1980, sf. 62; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **KOSTAKOĞLU**, 1984, sf. 928; **AYAZLI**, a.g.e., sf. 47, 48; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17; “... (kat karşılığı inşaat) sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin adına teşkilini isteme hakkını kazanır. Bu, şahsi haktır.” Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (**BALKIZ**, a.g.e., sf. 17); “Yüklenici ile mal sahibi arasında noterden resmi şekilde yapılmış bir inşaat sözleşmesi vardır. Bu inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici edimlerini arsa sahibine karşı yerine getirirse ondan sözleşmeye göre kendisine düşen dairelerin adına tescilini istemek hakkını kazanır” Yarg. 14. HD. 30.11.1993 t., 1375 E., 9459 K. (**BAYGIN**, a.g.e., sf. 144); Yarg. 15. HD. 24.01.1994 t., 93/1676 E., 94/259 K.; Yarg. 15. HD. 09.12.1997 t., 4431 E., 5308 K. (**KARAHASAN**, 1997 a, sf. 1070, 1089)

⁷¹² **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 257; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 657; **DOĞANAY**, a.g.e., sf. 237; “... tapuda malik sıfatıyla mukayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihini isteyen kimsenin TMK’un 634. maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerinde intikal etmiş müteber bir akde istinat etmesi lazımdır” Yarg. İBK. 07.10.1953 t., 8 E., 7 K.; “...TMK’un 634. maddesi mucibince mülkiyeti nakledecek olan akdin resmi şekilde yapılması zaruridir” Yarg. İBK. 26.05.1954 t., 8 E., 18 K. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 241); “Tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin devrini öngören her türlü sözleşmelerin resmi şekilde yapılması, geçerlilik koşuludur”

mülkiyetinin naklini amaçlayan, müteahhidin DİK. kapsamındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan alacağını devri sözleşmesi resmi şekilde yapılmak zorundadır.

c. Sözleşmeyi Düzenlemeye Yetkili Mercî

DİK. kapsamındaki inşaat sözleşmelerinde alacağın devri sözleşmesi resmi şekilde yapılmak zorundadır. Bu sözleşmeyi düzenleyecek mercî; öncelikle noterlerdir. Zira; NK. md. 60 ve 89 hükümleri, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılabileceğini açıkça düzenlemektedir. Bu itibarla; noterler, satış vaadi sözleşmesi yapmak görev ve yetkisine sahiptirler⁷¹³. Ayrıca noterlerin görevlerini düzenleyen NK. md. 60 b. 1 uyarınca, “yapılması kanunla başka bir makam, mercî veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek” görevi noterlere verilmiştir. Aynı maddenin takip eden bendinde de; “kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak” görevi yine noterlere verilmiştir. TMK. md. 706 taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliğini resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamakla birlikte; yetkili merciyi göstermemiştir. Bu durumda; NK. md. 60 b. 2 hükmüne uygun olarak; kanunda resmi şekilde yapılması emredilmiş, ancak mercisi belirtilmemiş bir hukuki işlem olduğu rahatlıkla söylenilebilir. Açıklanan sebeplerle; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesine ilişkin alacağın devri sözleşmesini, noterlerin düzenlemesi gerekmektedir. Ayrıca; söz konusu sözleşmenin niteliğine uygun düşmesi sebebiyle, sözleşmenin NK. md. 89 uyarınca noter tarafından re’sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir.

Yarg. HGK. 02.07.2003 t., 14-452 E., 456 K. (MEYDAN/YAPAL, a.g.e., sf. 847 vd.); Yarg. 14. HD. 27.09.2004 t., 6412 E., 6312 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 130); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (DALAMANLI, a.g.e., sf. 96); Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E., 1184 K. (ÖZENLİ, a.g.e., sf. 340); Yarg. HGK. 24.04.1985 t., 83/14-613 E., 85/354 K.; Yarg. 14. HD. 03.02.1983 t., 82/5744 E., 83/814 K.; Yarg. 14. HD. 22.11.1979 t., 3306 E., 5541 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1014, 1018, 1029)

⁷¹³ OLGAC, 1967, sf. 152; TANDOĞAN, 1988, sf. 243; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 688 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 335; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 60, 62; DALAMANLI, a.g.e., sf. 2, 3; DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1039

Sözleşmenin tapu memurunun tarafından düzenlenmesine ilişkin olarak ise TpK’nda bir hüküm mevcut değildir. Konu; tapu memurunun taşınmaz satış vaadini düzenlemeye yetkisi hususunda ileri sürülen fikirlere göre çözülebilir. Zaman içerisinde tartışılmış olmakla birlikte bugün için; asıl satış sözleşmesini yapmaya yetkili olmaları ve bu sözleşmeyi düzenlemelerini yasaklayıcı herhangi bir hüküm bulunmaması sebepleriyle, tapu memurlarının da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmektedir⁷¹⁴. Aynı sebeplerle tapu memuru da, söz konusu alacağın devri sözleşmesini düzenleyebilir.

VII) Kamu İhale Kanunu’na Tabi İşlerde Müteahhidin Alacağını Devretmesi

Kamu İhale Kanunu’nun kapsamı ve bu Kanuna tabi işler Kanun’un 2. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre; maddede oldukça geniş bir şekilde sayılan idarelerin, kullanımlarında bulunan her türlü kaynaklarından yapacakları inşaat işlerine ait ihaleleri KİhK’na tabidir. Kanun’un kapsamı oldukça geniş tutulmuş olmakla birlikte, 3. maddesinde kapsam dışında kalacak istisnalar da belirtilmiştir.

Kanunun kapsamındaki işlerde, alacağın devrine ilişkin olarak ise KİhK’nda düzenleme bulunmamaktadır. KİhSK. md. 16’da sözleşmenin devri düzenlenmiştir. Ancak işbu madde hükmü ile getirilen düzenleme alacağın devrine ilişkin olmayıp, müteahhidin değişmesine ilişkindir. Yani maddenin düzenlemesi, sözleşmenin müteahhit tarafının tüm hak ve borçlarıyla bir bütün olarak değişmesini ifade etmektedir⁷¹⁵. Bu itibarla; KİhSK’nda da alacağın devrine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak; KİhK. md 53’e göre; Kamu İhale Kurumu KİhK. ve KİhSK’na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını, tip sözleşmeleri, yönetmelik ve tebliğleri hazırlamakla görevli ve yetkilidir. Aynı şekilde KİhSK. md. 5. uyarınca da, kanunun uygulanmasında birliği sağlamak amacıyla mal ve hizmet alımları ile yapım

⁷¹⁴ **OLGAÇ**, 1967, sf. 152; **TANDOĞAN**, 1988, sf. 243; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 688 vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 335; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108

⁷¹⁵ **ÖZEK/KAYA**, a.g.e., sf. 540

(inşaat) işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanır. Kurum'un hazırladığı tip sözleşmeler, standart ihale dokümanları, yönetmelikler vs. Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulur. İş sahibi idarelerce yapılacak sözleşmeler ise yayımlanan bu Tip Sözleşmeler esas alınarak ve Kurum tarafından hazırlanan yönetmelik, tebliğ ve şartnamelere uygun olarak düzenlenir⁷¹⁶.

Bu sebeple; 11.09.2003 t. ve 25226 syl. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 26.02.2006 t. ve 26092 syl. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren yeni Yönetmelik ile değişik "Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği" md. 23 uyarınca; iş sahibi idareler, söz konusu yönetmeliğin ekinde bulunan ve işin niteliği ile ihale teklif türüne uygun düşen tip sözleşmeyi esas alarak sözleşme hazırlarlar. Bu durumda KİHK'na tabi işlerde; Kamu İhale Kurumu'nun hazırladığı tip sözleşmelerin esas alınacağı ve kullanılacağı açıktır. Zira; sözleşmede yer alması zorunlu hususlar Tip Sözleşmelerdeki standart hükümlere aykırı şekilde düzenlenemez⁷¹⁷.

İnşaat işlerine ilişkin olarak, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan ve 26.02.2006 t. ve 26092 syl. RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan iki adet tip sözleşme bulunmaktadır. Bunlar, "Anahtar Teslimi Götürü Bedel İşler İçin Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme" ve Teklif Birim Fiyatlı İşler İçin Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme"lerdir.

Her iki Tip Sözleşme'de de alacağın devrine ilişkin hüküm mevcuttur. Gerçekten de Sözleşmelerin 12.5 maddesi hükmüne göre; "Yüklenici, her türlü hakediş ve alacaklarını idarenin yazılı izni olmaksızın başkalarına temlik edemez".

İşbu durumda; KİHK. tabi işlerde iş sahibi idarece hazırlanan inşaat sözleşmeleri uyarınca müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesi, iş sahibi idarenin iznine bağlanmıştır. Böylelikle BK. md. 162 hükmünün sözleşme ile aksine düzenleme getirilmiş olmaktadır. Zira BK. md. 162 uyarınca, kural olarak alacaklı

⁷¹⁶ ÖZEK/KAYA, a.g.e., sf. 482; GÖK, a.g.e., sf. 422, 434

⁷¹⁷ GÖK, a.g.e., sf. 422; Mal Alım İhalelerine Ait Tip Sözleşmenin 13. maddesine göre ödeme süresi ve şartları idari şartnameye uygun olarak açıkça belirtilmesi gerekirken sözleşme tasarısının 13.2 maddesi, buna aykırı olarak... belirsizlik içermektedir" Kamu İhale Kurulu 29.07.2003 t. ve 2003/UK.Z-273 syl. Kararı (GÖK, a.g.e., sf. 423)

alacağını borçlunun muvafakati olmaksızın devredebilir. Yani inşaat sözleşmelerinde kural olarak müteahhit; iş sahibinin katılımı, rıza ve muvafakati olmaksızın sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişilere devredebilir⁷¹⁸. Ancak BK. md. 162 hükmü emredici nitelikte olmayıp, sözleşme ile aksine düzenlemelerin kabul edilmesi mümkündür⁷¹⁹. Esasen Tip Sözleşme ile getirilen bu hüküm de, işte böylesi BK. md. 162 aksine düzenlemelerden biridir. Zira Tip Sözleşme müteahhit ile iş sahibi idare arasında imzalanan inşaat sözleşmesinden başka bir şey değildir. Nihayet; Tip Sözleşme ile sözleşme ile genel kuralın aksine olmak üzere düzenleme getirilmekte ve alacaklının alacağını devretmesi borçlunun iznine tabi kılınmaktadır. Ayrıca Tip Sözleşme ile borçlu idarenin izni için şekil şartı da getirilmiştir. Buna göre, müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devrine ilişkin iş sahibi idarenin vereceği iznin yazılı olması gerekmektedir.

Anılan sebeplerle; KİHK'na tabi işlerde müteahhit, ancak iş sahibi idarenin (yani borçlunun) yazılı izni ile alacağını devredebilir.

BK. md. 163'e göre alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği adi yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Ancak Tip Sözleşme md. 12.5 hükmü şekil yönünden de Borçlar Kanunu düzenlemesinden ayrılmaktadır. Zira maddeye göre; devir sözleşmesinin geçerliliği noterlikçe düzenlenmesine ve iş sahibi idare tarafından istenilen kayıt ve şartları taşımaya bağlı tutulmuştur. Sözleşmenin açık düzenlemesi karşısında yazılı devir sözleşmeleri geçerli olmayacağı gibi, imzaları noter tarafından onaylı sözleşmeler dahi geçerli olmayacaktır.

⁷¹⁸ **EREN**, 2003, sf. 1176, 1192; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 97; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1448; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4424; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1106; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 526; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 318; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 89; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 677; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; Yarg. 14. HD.22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. 14. HD. 07.05.1988 t., 8820 E., 3269 K.; Yarg. 14. HD. 13.09.1988 t., 3849 E., 5572 K.; Yarg. 14. HD. 30.06.1987 t., 4792 E., 5647 K. ; Yarg. 14. HD. 11.03.1986 t., 5387 E., 1644 K. ; Yarg. 14. HD. 11.02.1986 t., 3855 E., 878 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1792, 1802 vd.)

⁷¹⁹ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 165; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4370; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 509; **TUHR**, a.g.e., sf. 844; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 326; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81

Sonuç olarak; müteahhidin, KİHK'na tabi inşaat sözleşmelerinden doğan alacağını üçüncü kişilere devredebilmesi iş sahibi idarenin devre ilişkin yazılı izninin bulunmasına ve müteahhit ile üçüncü kişi arasında kurulacak devir sözleşmesinin noter tarafından düzenlenmiş olmasına bağlıdır.

VIII)Müteahhit İle Üçüncü Kişi Arasında Kurulan Alacağın Devri Sözleşmesinde İş Sahibinin Durumu ve Sözleşmeye Katılması

Müteahhidin, inşaat sözleşmesinden doğan alacağını kural olarak üçüncü kişilere devretmesi mümkündür. Alacağın devredilebilmesi için devreden müteahhit ile devralan üçüncü kişi arasında alacağın devri sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Buraya kadar bu sözleşmenin hangi durumlarda mümkün olabildiği ve sözleşmenin geçerlilik şekli üzerinde duruldu. Görüldüğü gibi; -KİHK'na tabi inşaat sözleşmeleri hariç olmak üzere- sözleşmenin hep müteahhit ile üçüncü kişi arasında düzenleneceği ifade edilerek, borçlu iş sahibinin bu sözleşmedeki yerinden hiç bahsedilmedi.

Bu BK. md. 162 hükmü gereğidir. Gerçekten de maddeye göre; “Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir”. Başka bir ifade ile; alacağın devrine borçlunun katılması yahut rıza göstermesi gerekmemektedir. Hatta alacağın devrinden haberdar dahi olması gerekmemektedir. İnşaat sözleşmesi açısından da kanunda ayrı bir düzenleme getirilmiş değildir. Bu itibarla; BK. md. 162 uyarınca müteahhit iş sahibinin katılımı, rıza ve muvafakati olmaksızın sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişilere devredebilir⁷²⁰.

⁷²⁰ **EREN**, 2003, sf. 1176, 1192; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 97; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1448; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4424; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1106; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 526; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 318; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 89; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 81; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 677; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olan yüklenici... BK'nun 162 ve devamı maddelerine dayanarak kişisel hakkını *arsa sahibinin onamı gerekmeksizin* üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla devir ve temlik edebilir” Yarg. 14. HD. 11.01.2005 t., 04/7796 E., 05/77 K. (YDD., S. 114, İstanbul, Haziran 2005, sf. 136); “BK'nun 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce... arsa sahibinin rıza ve muvafakatini almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir” Yarg. HGK. 21.10.1992 t., 14-420 E., 595 K. (**KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1189); Yarg. 14. HD.22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128); Yarg. 14.

Ancak bu hüküm emredici nitelikte değildir. Bu sebeple; inşaat sözleşmesi ile aksine düzenlemeler getirilebilir. Gerçekten de yine BK. 162. madde hükmünden anlaşıldığı gibi sözleşme ile alacakların devredilmesi engellenebilir. Burada yapılan sözleşme hükmü ile, esasen devri kanunen mümkün olan alacaklar hakkında devir yasağı getirilmesidir. Bu devir yasağı borçlu ile (eski) alacaklı arasında hükme bağlanmaktadır. Sözleşme ile alacağın devri tamamen yasaklanabileceği gibi, alacağın bir kısmının devredilebileceği yahut alacağın sadece belli kişilere devredilebileceği ve alacağın devrinin borçlunun muvafakatine bağlı olduğu yönünde yasakların dahi sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür. Bu durumda; iş sahibi ile müteahhit inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devrini iş sahibinin rıza ve muvafakatine bağlı tutabilirler⁷²¹.

Sözleşme ile alacağın devrinin iş sahibinin muvafakatine bağlanmış olması halinde; sözleşmeden kaynaklanan devir yasağı söz konusudur ve devir işlemi, kural olarak, geçersizdir. Yani alacak intikal etmeyecek, devreden malvarlığında kalacaktır. Ancak, devir işlemi, borçlu iş sahibinin devre izin veya icazet vermek suretiyle rıza göstermesi halinde başından itibaren hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğurur. İş sahibi, rıza gösterdiğine dair iradesini açıkça veya borcunu yeni alacaklı üçüncü kişiye ifa etmesi halinde olduğu gibi örtülü olarak dahi beyan edebilir⁷²².

Alacağın devrinin iş sahibinin muvafakatine bağlı olmasına ilişkin sözleşme şekle bağlı değildir. Bu itibarla inşaat sözleşmesinde belirtilebileceği gibi ayrıca da düzenlenebilir⁷²³.

HD. 07.05.1988 t., 8820 E., 3269 K.; Yarg. 14. HD. 13.09.1988 t., 3849 E., 5572 K.; Yarg. 14. HD. 30.06.1987 t., 4792 E., 5647 K. ; Yarg. 14. HD. 11.03.1986 t., 5387 E., 1644 K. ; Yarg. 14. HD. 11.02.1986 t., 3855 E., 878 K. (KARAHASAN, 1997 b, sf. 1792, 1802 vd.)

⁷²¹ DAYINLARLI, 2000, sf. 165; UYGUR, 2003 d, sf. 4370; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 509; TUHR, a.g.e., sf. 844; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 326; ERTAŞ, a.g.e., sf. 81

⁷²² ERTAŞ, a.g.e., sf. 81; EREN, 2003, sf. 1189; DAYINLARLI, 2000, sf. 166; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 510; TUHR, a.g.e., sf. 845; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398; KARAHASAN, 2003, sf. 1454

⁷²³ UYGUR, 2003 d, sf. 4370; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 509; TUHR, a.g.e., sf. 844; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; OLGAC, 1976, sf. 914

D) MÜTEHİDİN AYNI ALACAĞI BİRDEN FAZLA KİŞİYE DEVRETMEİ (MÜKERRER DEVİR)

I) Genel Olarak

Aynı alacağın birden fazla kişiye devri (mükerrer devir); bir borç ilişkisinin alacaklısının, alacağını, üçüncü kişiye devretmesinden sonra aynı alacağı bir başka şahsa da devretmesidir⁷²⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki; alacaklı alacağını bütün olarak devredebileceği gibi, bölünebilir olması şartıyla, kısmen dahi devredebilir. Alacağın bölünebilir olmak kaydı ile kısmen devri durumunda da eski alacaklının birden fazla devir işlemi yapmış olduğu görülebilir. Bu durumda; alacaklının, alacağın bölünebilir her bir kısım için geçerli ayrı bir devir işlemi yapması mümkündür ve burada ele alınmayacaktır. Ancak alacaklının, alacağın bölünebilir bir kısmını devretmesinden sonra, *alacağın aynı kısmını* başka bir şahsa daha devretmesi aynı alacağın birden fazla kişiye devrinin konusunu oluşturmaktadır ve bu kısım açısından alacağın bütün olarak mükerrer devrinden farksızdır.

İnşaat sözleşmesi bakımından da müteahhidin bu sözleşmeden doğan alacağını birden fazla kişiye devretmesi olasıdır. Gerçekten uygulamada da müteahhidin kendisine düşecek arsa paylarını birden çok kişiye sattığı ve bu yolla normalden fazla kazanç elde ettiği görülmektedir⁷²⁵.

II) Mükerrer Devir Durumunda Geçerli Olan Alacağın Devri Sözleşmesinin Tespiti

Aynı alacağın birden fazla kişiye devredilmesi durumunda, hangi devrin geçerli olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; hangi devrin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği ve bu suretle alacak üzerinde tasarruf etme yetkisi kalmayan eski alacaklının yaptığı hangi devirlerin geçersiz olacağı önem arz eder.

⁷²⁴ ERTAŞ, a.g.e., sf. 84; DAYINLARLI, 2000, sf. 110; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1089; KARAHASAN, 2003, sf. 1449

⁷²⁵ ERTAŞ, a.g.e., sf. 84

Alacağın devrinde devredilen alacak, başkaca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın, doğrudan doğruya devreden malvarlığından çıkarak devralanın mamelekine intikal etmektedir. Yani alacağın devri ile bir borç doğmamakta, aksine bir hak doğrudan üçüncü bir şahsa devredilmektedir. Bu itibarla; alacağın devri bir tasarruf işlemidir⁷²⁶. Aynı konudaki birden fazla tasarruf işleminden hangisinin geçerli olduğu konusunda ise zamansal öncelik önemlidir. Yani; birden fazla tasarruf işleminden, zaman olarak önce yapılan geçerli olacaktır⁷²⁷.

Geçerli olarak kurulan ilk alacağın devri sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Alacağın devrinin asıl sonucu ise alacağın, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçmesidir. Alacağın devri ile alacak devralanın malvarlığına geçtiği için devreden alacak üzerindeki hakları da devralana geçer ki; bu ise devreden bundan sonra alacak üzerinde tasarruf edemeyeceği anlamındadır. Bir başka ifade ile; devreden alacaklının, alacağın devrinden sonra alacak üzerinde tasarruf yetkisi kalmaz. Ayrıca devirden sonra yapılan mükerrer temlikler; alacak devreden malvarlığından çıkmış olduğu için mevcut olmayan bir alacağın temliki hükmündedir. Bu sebeple devreden; devirden sonra alacağı borçludan tahsil etme veya alacağın tahsilini dava ve takip etme ya da borçluyu ibra etme hakları gibi alacağı bir başka kimseye devretme hakkı da ortadan kalkar. Artık devirden sonra yukarıda sayılan işlemleri yapmaya tek yetkili hak sahibi, alacağı kendi malvarlığında bulunduran devralandır⁷²⁸.

⁷²⁶ **EREN**, 2003, sf. 1180; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 73; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1447; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 318; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 495; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4368; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1090; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 122; **KOCAMAN**, a.g.e., sf. 6, 11

⁷²⁷ **ENGİN**, 2000, sf. 320

⁷²⁸ **KURU**, 1990 a, sf. 1455; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 259, 273; **TUHR**, a.g.e., sf. 834; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 85; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **FRANKO**, a.g.e., sf. 188; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 339; **ÖZDEMİR**, a.g.e., sf. 691; **ENGİN**, 2000, sf. 320; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88; “Davacının dava ettiği alacağı dava tarihinden evvel temlik ettiği dosya içindeki temliknameden anlaşılmaktadır. Alacağın temliki neticesi olarak davacının alacak üzerinde hiçbir hakkı kalmadığı ve bu hakkın temellük edene intikal ettiği cihetle, temlikten sonra açılmış olan bu davanın mesmu olmaması icap eder” Yarg. TD. 26.03.1957 t., 7783 E., 773 K.; Yarg. 15. HD. 29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (**KURU**, 1990 c, sf. 759); “Davacı sıfatıyla dava açan kimsenin dava konusu hak üzerinde bir tasarruf yetkisi olmalıdır. Davadan önce alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmayacağından bu

Açıklanan sebeplerle; müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını birden fazla üçüncü kişiye devretmesi durumunda ilk önce yapılan devir geçerli olacak ve sonra yapılan devir veya devirler ise geçersiz olacaktır. Başka bir ifade ile; alacak hakkı müteahhitten ilk alacağı devralan üçüncü kişinin malvarlığına geçecek ve sonraki devirlerin tamamı geçersiz olacaktır⁷²⁹.

III) Mükerrer Devirde Müteahhidin Sorumluluğu

BK. md. 169 f. 1' e göre; “alacağın temlik ivaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamındır”. Bilindiği gibi; alacağın ivazlı veya ivazsız olarak devredilebilmesi mümkündür. İşte söz konusu fıkra hükmü ile alacağın ivazlı olarak devreden eski alacaklıya bir sorumluluk yüklenmektedir. Buna göre; eski alacaklı, alacağın devrettiği sırada devre konu alacağın varlığından sorumludur. Yani devreden; devrettiği alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğması ihtimali bulunduğunu ya da söz konusu alacağın sona ermemiş olduğunu, devralana kanunen garanti etmektedir. Mükerrer devir durumunda, ilk alacağın devri sözleşmesi ile alacak müteahhidin malvarlığından çıkar ve devralanın malvarlığına girer. Bu durumda alacağın devreden müteahhit açısından, inşaat sözleşmesinden doğan ve temlike konu olabilecek bir alacak kalmamaktadır. Bundan sonra yaptığı devirlerin tamamı, mevcut olmayan bir alacağın devridir. Bu itibarla; mükerrer devir durumunda müteahhit sonradan yaptığı ve geçersiz olan devirlerden dolayı, devralan üçüncü kişilere karşı BK. md. 169 f. 1. uyarınca sorumludur⁷³⁰. Bunun yanında müteahhidin alacağın devralan üçüncü kişi, alacağın var olmadığını ya da kuşkulu olduğunu biliyorsa, müteahhidin sorumluluğu söz konusu olmaz⁷³¹.

alacağın dava yolu ile takip edemez” Yarg. 15. HD.29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (GÜLAL, a.g.e., sf. 60)

⁷²⁹ ERTAŞ, a.g.e., sf. 85; DAYINLARLI, 2000, sf. 111; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1089; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 506; TUHR, a.g.e., sf. 832; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1449; TUHR, a.g.e., sf. 834; ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 691

⁷³⁰ ERTAŞ, a.g.e., sf. 85; EREN, 2003, sf. 1190; DAYINLARLI, 2000, sf. 213; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1099; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; KARAHASAN, 2003, sf. 1467; OLGAÇ, 1976, sf. 969; FRANKO, a.g.e., sf. 192 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 343; ENGİN, 2002., sf. 105

⁷³¹ KARAHASAN, 2003, sf. 1471; OLGAÇ, 1976, sf. 969; FRANKO, a.g.e., sf. 192

Devredenin garanti borcunun kapsamı BK. md. 171’de düzenlenmiştir. Bu durumda; müteahhidin mükerrer devirden dolayı, geçersiz devir sözleşmesinin tarafına karşı sorumluluğunun kapsamı BK. md. 171’e göre belirlenecektir. Maddeye göre devredenin devralana karşı garanti kapsamındaki sorumluluğu, öncelikle devir karşılığı olmak üzere almış olduğu bedel (ivaz) ve bu bedelin faizinden ibarettir⁷³². Bedel ve faizin yanı sıra, devreden, devir masrafları ile sonuçsuz kalan icra takipleri ve açılan davalar nedeniyle devralanın yapmış olduğu masraflardan dahi sorumludur. Görüldüğü gibi madde hükmü ile düzenlenen sorumluluk kapsamına göre; devredenin sorumluluğu, devredilen alacak miktarıyla değil, alınan ivaz ve yapılan masrafların toplam miktarı ile sınırlıdır⁷³³.

Belirtmek gerekir ki; müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını ivazsız devretmesi durumunda, müteahhidin mevcut olmayan alacağı devrinden dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira BK. md. 169 f. 3 hükmü uyarınca; devreden, alacağın devir zamanındaki varlığından sorumlu değildir⁷³⁴. Ancak bu madde hükmü amir hüküm olmayıp; müteahhit ve devralan üçüncü kişi tarafından aksi kararlaştırılabilir⁷³⁵.

IV) İş Sahibinin, Sonra Yapılan ve Mükerrer Olması Sebepiyle Geçersiz Bulunan Devir Sözleşmesinin Alacaklısına Karşı Borcunu İfa Etmesi Durumunda Sorumluluğu

Normal olarak borçlu, edimini alacaklıya karşı ifa etmek zorundadır. Yani, borçlunun alacaklı dışında bir üçüncü şahsa karşı edimini ifa etmesi durumunda, borçlu ifada bulunmuş olmaz ve borç sona ermez. Bu durumda borçlu borcundan

⁷³² **DAYINLARLI**, 2000, sf. 267; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4444; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1100 vd.; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 403

⁷³³ **EREN**, 2003, sf. 1191; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 268; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4444; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1100; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 522; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 403; **OLGAÇ**, 1976, sf. 975; **FRANKO**, a.g.e., sf. 193

⁷³⁴ **EREN**, 2003, sf. 1190; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 226; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4437; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 402; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 553; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1471

⁷³⁵ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 229; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1101; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 402; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 553; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1467; **FRANKO**, a.g.e., sf. 191

kurtulamaz⁷³⁶. Alacağın devrinin asli sonucu, borç ilişkisinin alacağının devredenden devralana geçmesidir. Alacak hakkının, alacaklıdan üçüncü bir şahsa geçmesi sonucunda borç ilişkisinin alacaklısı değişmiş olmaktadır. Gerçekten de devir işlemi ile devreden alacaklı sıfatını kaybederken, devralan ise bu sıfatı eski alacaklıdan devralmaktadır⁷³⁷. Bu itibarla müteahhit inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişiye devrettiğinde; müteahhit alacaklı sıfatını kaybedecek ve devralan üçüncü kişi yeni alacaklı olacaktır. Öyleyse bundan sonra kural olarak iş sahibi (borçlu) ancak artık alacaklı sıfatına sahip olan üçüncü kişiye (devralan) karşı borcunu ifa ederek borçtan kurtulabilir.

Müteahhidin bu ilk devirden sonra aynı alacağı başkalarına da devretmesi durumunda, sonraki devirler geçersiz olacaktır. Bu sebeple; alacak sonraki devralanlara geçmeyecektir. O halde; sonra devralanlar alacaklı sıfatını kazanamayacaklar ve borçlunun sonraki devralanlara ödemedede bulunması durumunda, bu ödeme ifa sayılmayacaktır. İş sahibi borçlu olarak kalmaya devam edecektir⁷³⁸.

Ancak alacağın devrine borçlunun katılması ve muvafakati gerekmemektedir. Hatta alacağın devredilmiş olduğu borçluya haber dahi verilmemiş olabilir⁷³⁹. Bu durumda ise borçlu kendisi dışında oluşan bu yeni fiili ve hukuki durumdan haberdar olmayabilir. İlk devir işleminin kendisine haber verilmemiş olması ve fakat daha sonra yapılan devir işleminin borçluya ihbar edilmiş olması halinde, borçlu kendisine ihbar edilen devrin geçersiz olduğunu bilemeyebilir. İşte bu durumda; ihbar edilen devir işleminin (ihbarı müteahhit veya sonraki devralanın yapmış olması fark

⁷³⁶ EREN, 2003, sf. 895; REİSOĞLU, a.g.e., sf 225

⁷³⁷ OLGAC, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 178; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; EREN, 2003, sf. 1186; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1075; KARAHASAN, 2003, sf. 1446; DAYINLARLI, 2000, sf. 57; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 497; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 542; ÖNEN, a.g.e., sf. 88, 95; KOCAMAN, a.g.e., sf. 6, 11

⁷³⁸ ERTAŞ, a.g.e., sf. 85; DAYINLARLI, 2000, sf. 111; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1089; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 506; TUHR, a.g.e., sf. 832; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1449; TUHR, a.g.e., sf. 834; ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 691; EREN, 2003, sf. 895; REİSOĞLU, a.g.e., sf 225

⁷³⁹ EREN, 2003, sf. 1192; DAYINLARLI, 2000, sf. 97; KARAHASAN, 2003, sf. 1448; UYGUR, 2003 d, sf. 4424; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1106; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 526; TUHR, a.g.e., sf. 826; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 396; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 549; OLGAC, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 179; ÖNEN, a.g.e., sf. 89

etmeksizin) geçersiz olduğunu bilmeyen borçlu, ibraz edilen alacağın devri sözleşmesine güvenmek ve borcunu bu devir sözleşmesine dayanarak yeni alacaklı olarak bildiği sonradan devralana (geçersiz olan) ifa etmek durumundadır.

Anılan durumda; esasen geçersiz devir sözleşmesine göre işlem yapmış olan borçlu, gerçek alacaklıya ödemedede bulunmadığı için borcundan kurtulmuş olamayacaktır. Borçlunun katılımı olmaması sebebiyle haberi olmadan düşeceği böyle olumsuz bir durumun hakkaniyete aykırı olduğu düşüncesi ve tamamen kendisi dışında oluşan böylesi kötü durumdan iyiniyetli borçluyu zarar görmekten korumak amacıyla BK. md. 165 hükmü getirilmiştir⁷⁴⁰.

BK. md. 165 hükmü uyarınca; alacağın devredilmiş olduğu kendisine bildirilmeden önce, birden çok devir yapılmış ve bu sebeple devralanlardan tercihi gereken biri var iken yine iyiniyetle bir diğer alacaklıya ödemedede bulunan borçlu yapmış olduğu ödeme ile borçtan kurtulur. Bu itibarla müteahhidin alacağı birden fazla kişiye devrettiği durumlarda; geçerli olan ilk devrin bildirilmemiş olması sebebiyle, sonraki devrin alacaklısını gerçek alacaklı sanarak borcunu bu devralana ifa eden iş sahibi borcundan kurtulur. Bu durumda; sorumluluk mükerrer devri ve bunun sonuçlarını kusuru ile meydana getiren müteahhittir⁷⁴¹.

İş sahibinin bu hükmünden yararlanabilmesi, iyiniyetli olmasına bağlıdır. İş sahibinin iyiniyetinden kasıt, mükerrer devirlerin varlığı ve bunların kendisine ihbar edilmemiş olması sebebiyle geçerli devir işleminden haberi olmamasıdır. İş sahibi açısından; devreden veya devralan(lar) tarafından ihbarın yapılmış olması fark etmez. Hatta iş sahibi geçerli devri bunların dışında ihbardan bağımsız olarak dahi öğrenmiş olabilir. Herhalde, öğrenme ile iş sahibinin iyiniyeti ortadan kalkar⁷⁴². Bu durumda ise, geçerli devir işleminden haberdar olan borçlunun, buna rağmen

⁷⁴⁰ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 180; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1095; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 527; **TUHR**, a.g.e., sf. 833; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 550; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 96

⁷⁴¹ **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 85; **EREN**, 2003, sf. 1192; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4424; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 528; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 399; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1457; **OLGAÇ**, 1976, sf. 936; **FRANKO**, a.g.e., sf. 190; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 96

⁷⁴² **EREN**, 2003, sf. 1192; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 281; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4424; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1108; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 527; **TUHR**, a.g.e., sf. 857; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 399; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 550; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1459; **OLGAÇ**, 1976, sf. 936; **FRANKO**, a.g.e., sf. 189; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 339; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 96

geçersiz sözleşmenin tarafı olan devralana ifade bulunması kötüniyet olarak kabul edilecektir. Kötüniyetle ve geçerli devirden haberdar olmasına rağmen geçersiz devrin tarafı olan devralana alacaklıya ödeme yapan borçlunun ise işbu ödeme ile borçtan kurtulması mümkün olmayacaktır⁷⁴³.

V) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Uyarınca, Arsa Payının Geçersiz Devir Sözleşmesinin Tarafı Adına Tescili

a. Kural Olarak

Sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olması durumunda; iş sahibinin borcu, bir kısım arsa payı mülkiyetinin tapuda alacaklı adına devir ve tescilinin yapılmasıdır. Bu borcun, yani bir kısım arsa payı mülkiyetinin ilk yapılan geçerli devrin tarafına değil de sonradan yapılan geçersiz devrin tarafı adına tapuda tescil edilerek ifa edilmesi durumunda, tescil geçerli olacak mıdır?

Öncelikle; müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını birden fazla üçüncü kişiye devretmesi durumunda ilk önce yapılan devir geçerli olacak ve sonra yapılan devir veya devirler ise geçersiz olacaktır. Başka bir ifade ile; alacak hakkı müteahhitten ilk alacağı devralan üçüncü kişinin malvarlığına geçecek ve sonraki devirlerin tamamı geçersiz olacaktır. Geçersiz devir sözleşmesi ise hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Yani alacağın devri açısından kural olarak, geçersiz sözleşmenin tarafına yapılan ödemeler hukuki sebebe dayanmayacaktır⁷⁴⁴.

Tapu sicili açısından ise; bir tescilin geçerliliği, tescile esas teşkil eden hukuki sebebe bağlıdır. Diğer bir deyişle; hukuki sebep geçersiz ise tescil de geçersiz olur. Böyle bir tescil, yolsuz tescildir. Bu itibarla; TMK. sadece tescil işlemini yeterli

⁷⁴³ EREN, 2003, sf. 1193; DAYINLARLI, 2000, sf. 182; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1108; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 527; TUHR, a.g.e., sf. 857; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 399; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 550; KARAHASAN, 2003, sf. 1459; OLGAÇ, 1976, sf. 936

⁷⁴⁴ ERTAŞ, a.g.e., sf. 85; DAYINLARLI, 2000, sf. 111; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1089; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 506; TUHR, a.g.e., sf. 832; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; KARAHASAN, 2003, sf. 1449; TUHR, a.g.e., sf. 834; ÖZDEMİR, a.g.e., sf. 691

görmemiş, ayrıca bunun geçerli bir hukuki sebebe dayanmasını da şart koşmuştur⁷⁴⁵. Gerçekten de; TMK. md. 1015 uyarınca; “Tescil... işleminin yapılabilmesi, istemde bulunanın, tasarruf yetkisini ve hukuki sebebi belgelemiş olmasına bağlıdır”. TMK. md. 1024 ise “Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur” hükmünü getirmektedir. Ayrıca TMK. md. 1025’ göre de; “Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş... ise, bu yüzden aynı hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir”.

Tasarruf muamelesinin sebebi, o tasarrufun yapılmasına esas teşkil eden ve *alacaklıya* tescilin yapılmasını istemek hususunda *kişisel hak sağlayan borç doğurucu işlemdir*. İşte tescile esas teşkil eden hukuki işlem geçersiz ise, tescil hukuki dayanaktan yoksun kalacaktır ve sadece şeklen mevcut bir yolsuz tescil olacaktır⁷⁴⁶. Tescile sebep teşkil edecek; alacağı devralan üçüncü kişi için tescil yapılmasını istemek hususunda kişisel hak sağlayan ve geçerli olarak kurulmuş olması gereken hukuki işlemin, inşaat sözleşmesi yanında aynı zamanda kişiye alacaklı sıfatını kazandıran alacağın devri sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz. Zira devralan üçüncü kişiye alacağı, yani bir kısım asa payı mülkiyetini talep hakkı sağlayan hukuki işlem alacağın devri sözleşmesidir. Bu itibarla; alacağın devri sözleşmesinin geçersiz olması durumunda tescilin yapılamayacağı ve yapılmış ise de bu tescilin yolsuz ve geçersiz olacağı kanaatindeyiz⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 97; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 337, 654; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 141, 604; **ÜNAL**, a.g.e., sf. 165; **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 68; **AYAN**, a.g.e., sf. 108; **OĞUZMAN/ BARLAS**, a.g.e., sf. 122; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 610, 618; **CANSEL**, a.g.e., sf. 336; “Bir şahsın adına tapu sicilinde gayrimenkulün tescil olunabilmesi için bir hukuki sebebin mevcut olması icabeder...” Yarg. İBK. 26.05.1954 t., 8 E., 18 K. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 241); “Türk Medeni Kanunu Alman sisteminden ayrılarak, tescil yolu ile mülkiyet hakkının doğumunu, sebebe bağlı bir hukuki işlem olarak kabul etmiş, mülkiyet hakkının tescil ile doğabilmesi için, tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanmasını zorunlu saymıştır” Yarg. 1. HD. 04.05.1990 t., 5966 E., 6122 K. (**UYGUR**, 2003 e, sf. 5611); “Sözleşmenin sahteliğinden bahisle ceza mahkemesinde açılan dava sonucu beklenmelidir. Sözleşmenin sahteliğine karar verilmesi halinde tapu iptaline karar verilmeli(dir)” Yarg. 15. HD., 22.05.2000 t., 573 E., 2470 K. (**KAÇAK**, a.g.e, sf. 1275)

⁷⁴⁶ **ESENER/GÜVEN**, a.g.e., sf. 68; **KARAHASAN**, 2002 b, sf. 620

⁷⁴⁷ TMK. md. 1024 f. 2’nin karşılığını oluşturan İsviçre Medeni Kanunu md. 974 f. 2’ye göre; “Hakka dayanmayan veya bağlayıcı olmayan bir sebebe dayanarak yapılan tescil yolsuzdur” hükmünü getirmektedir. Alacağın devri sözleşmesinin, açıkladığımız manada hakkı meydana getiren sözleşme olduğunu mehaz Kanun’un ifadesi daha açık belirtmektedir. (Çev. **OĞUZMAN/SELİÇİ**, a.g.e., sf. 142)

Sonuç olarak açıklanan sebeplerle arsa payının; mükerrer devir sebebiyle geçersiz olan sonraki devir sözleşmesinin tarafı adına tescil edilmesi durumunda, alacağın devri sözleşmesi geçersiz olacağından hüküm ve sonuçlarını meydana getiremeyecek ve bu sebeple tescil hukuki sebepten yoksun, yani yolsuz olacaktır.

b. Arsa Payı Geçersiz Sözleşmeye Dayanarak Adına Tescil Edilen Kişinin, Arsa Payını İyiniyetli Üçüncü Kişiye Geçirmesi

Mükerrer devir sebebiyle geçersiz olan sonraki alacağın devri sözleşmesi hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez. Böyle geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak söz konusu sözleşmenin devralan tarafı adına yapılan tescil işlemi de hukuki sebepten yoksundur ve bu sebeple yolsuz tescildir.

Kural bu olmakla birlikte; sadece şeklen var olsa dahi yolsuz tescile bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. TMK. md. 1023 ve TMK. md. 1025 f. 2 hükümleri uyarınca tapu kütüğündeki yolsuz tescile dayanarak aynı haklar, ki buna mülkiyet de dâhildir, kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu kazanımları geçerli olarak korunur. Bu, tapuya güven ilkesinin bir sonucudur⁷⁴⁸.

Bu itibarla geçersiz alacağın devri sözleşmesine dayanılarak; arsa payı adına yolsuz olarak tescil edilen sonraki devralan, taşınmaz mülkiyetini başka bir üçüncü kişi adına tapuda devir ve tescil etmiş ise bu tescil geçerli olacaktır. Başka bir ifade ile; mükerrer devir olması sebebiyle geçersiz olan alacağın devri sözleşmesinin tarafı adına tescil edilen arsa payını, tapu kaydına güvenerek satın alan iyiniyetli üçüncü kişi arsa paylarının mülkiyetini geçerli olarak kazanacaktır. Yani tapuya güven ilkesi gereği genel kuraldan ayrılmış ve kütük kaydı geçerli bir sebebe dayanmasa bile mülkiyetin kazanımı geçerli sayılmıştır⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 142; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 98, 160; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 75; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 348; ÜNAL, a.g.e., sf. 166; KARAHASAN, 2002 b, sf. 872

⁷⁴⁹ ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 75; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 348; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 160; KARAHASAN, 2002 b, sf. 872 vd.

E) İŞ SAHİBİNİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ALACAĞI

I) Genel Olarak

Müteahhidin inşaat sözleşmesi ile üstlendiği edim, bir yapı eserinin meydana getirilmesidir⁷⁵⁰. Yani müteahhit hâlihazırda mevcut olan ya da kendi faaliyeti bulunmaksızın gerçekleşecek olan bir eseri sağlamayı değil, sözleşmenin konusunu oluşturan yapı eserini kendi faaliyetleri sonucunda ortaya çıkartmayı taahhüt etmektedir⁷⁵¹. Ancak; müteahhidin borcu bununla sınırlı olmayıp, meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmeyi de içermektedir⁷⁵².

Bu itibarla; iş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağı, müteahhidin meydana getirmeyi taahhüt ettiği yapı eseridir. İş sahibi; müteahhitten, meydana getirmeyi taahhüt ettiği yapı eserini tamamlamasını ve kendisine teslim etmesini talep hakkına sahiptir.

Taahhüt edilen yapının meydana getirilmesi; her şeyden önce yeni ve başlı başına bir bütünlük arz eden yapı eseri ortaya çıkartmayı ifade eder⁷⁵³. Ancak; meydana getirme kavramı yeni bir yapının ortaya çıkartılmasını öncelikle ifade etmekle birlikte bununla sınırlı değildir. Meydana getirme; bir yapı ile bütünleşecek şekilde yapılan kısmi inşaat işlerini de kapsar. Bu itibarla; inşaat sözleşmesi ile

⁷⁵⁰ SELİÇİ, 1978, sf. 6; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; KARATAŞ, a.g.e., sf. 25; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 1; EREN, 1996 a, sf. 55; BAYGIN, a.g.e., sf. 6 vd.; OLGAÇ, 1967, sf. 445; YAVUZ, 2002, sf. 445; KARAHASAN, 1997 a, sf. 63; ALTAŞ, 2002, sf. 45; DAYINLARLI, 1988, sf. 7

⁷⁵¹ BAYGIN, a.g.e., sf. 12; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 2; ALTAŞ, 2002, sf. 45; ÖZ, a.g.e., sf. 8

⁷⁵² BAYGIN, a.g.e., sf. 27; EREN, 1996 b, sf. 72; TANDOĞAN, 1987, sf. 124; ARAL, a.g.e., sf. 357; YAVUZ, 2002, sf. 472; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 327; KARAHASAN, 1997 a, sf. 254; ALTAŞ, 2002, sf. 46; UÇAR, 2001, sf. 532; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; UÇAR, 2003, sf. 35; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 987; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 65

⁷⁵³ EREN, 1996 a, sf. 56; BAYGIN, a.g.e., sf. 13; OLGAÇ, 1977, sf. 886; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 22; KARAHASAN, 1997 a, sf. 69; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1970, sf. 320; SELİÇİ, 1978, sf. 6; ARAL, a.g.e., sf. 331; YAVUZ, 2004, sf. 278; KAPLAN, a.g.e., sf. 120; ALTAŞ, 2002, sf. 45; ÖNEN, a.g.e., sf. 303; ÖZ, a.g.e., sf. 80

mevcut bir yapıya ilave veya mevcut bir yapıda değişiklik ya da onarım yapılması da borçlanılmış olabilir⁷⁵⁴.

İnşaat sözleşmesinin konusunu ve iş sahibinin alacağını, yapı eserinin kısmen veya tamamen meydana getirilmesi ile iş sahibine teslimi oluşturur. İşte iş sahibinin meydana getirilerek kendisine teslimini talep edebileceği yapı eseri ise; “taşınmaz” ve “taşınır” yapı eserleri olmak üzere ikiye ayrılabilir.

II) Taşınmaz Yapı Eseri

Taşınmaz yapı eseri (taşınmaz inşaat), sözleşmeye konu arsada devamlı surette kalmak üzere toprağa bağlı olarak yapılan ve yer değiştirmesi mümkün olmayan veya ancak tahrip edilerek mümkün olan her çeşit binalar, yol, tünel, kanalizasyon, elektrik gibi yeraltı ve yerüstü yapı eserleridir. Taşınmaz yapı eserlerine, devamlı surette kalmak üzere yapılmaları dolayısıyla “sürekli” inşaat da denilmektedir⁷⁵⁵.

Bu itibarla; iş sahibinin maliki bulunduğu arsa üzerinde devamlı kalmak üzere yapılan ve arsaya sabit hale gelen inşaat, taşınmaz yapı eserini oluşturmaktadır. Bu tip bir edimi içeren inşaat sözleşmesinde; iş sahibinin sözleşmeden doğan alacağını, maliki bulunduğu arsada müteahhit tarafından taşınmaz yapı eseri meydana getirilmesi ve meydana getirilen taşınmaz yapının kendisine teslimi oluşturmaktadır.

⁷⁵⁴ EREN, 1996 a, sf. 56; BAYGIN, a.g.e., sf. 182; OLGAC, 1977, sf. 886; DUMAN, a.g.e., sf. 30; KARATAŞ, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1987, sf. 22; KARAHASAN, 1997 a, sf. 69; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; GÜRPINAR, a.g.e., sf. 23; TANDOĞAN, 1970, sf. 320; SELİÇİ, 1978, sf. 6; ARAL, a.g.e., sf. 331; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 320; KAPLAN, a.g.e., sf. 120; YAVUZ, 2004, sf. 278; ALTAŞ, 2002, sf. 45; DAYINLARLI, 1988, sf. 8; ÖNEN, a.g.e., sf. 303; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 955; ÖZ, a.g.e., sf. 80; Yarg. 4. HD. 01.06.1978 t., 2220 E., 7342 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1190)

⁷⁵⁵ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 330; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 797; EREN, 1996 a, sf. 54; ABACIOĞLU, a.g.e., sf. 48; BAYGIN, a.g.e., sf. 182 vd., ERTEN, a.g.e., sf. 16; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 411; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136; Taşınmaz yapı eseri hakkında detaylı açıklama için bkz. “Birinci Bölüm B.1.a. Yapı eseri”

III) Taşınır Yapı Eseri

Taşınır yapı eseri, kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan yapı eserleridir. Bu yapıların özelliği, genellikle yapıya zarar verilmeksizin yerlerinin değiştirilebilir olmasıdır. Bu tip yapılar TMK. md. 728’de “taşınır yapılar” madde başlığı altında hükme bağlanmıştır. Geçici yapılara örnek olarak; kulübe, büfe, şantiye binası, seyirciler için kurulmuş geçici tribün gibi yapı eserleri gösterilebilir⁷⁵⁶. Taşınır yapılar, TMK. md. 728 f. 2 hükmüne göre taşınır mal hükümlerine tabidirler.

Konusunu taşınır yapı meydana getirilmesi oluşturan inşaat sözleşmesinde; iş sahibinin bu sözleşmeden doğan alacağı, müteahhidin taahhüt ettiği eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmesi ve iş sahibine teslim etmesi oluşturur.

F) İŞ SAHİBİNİN, MÜTEAHHİTTEN OLAN ALACAĞINI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMESİ

I) Konusunu Taşınmaz Yapı Eserinin Oluşturduğu İnşaat Sözleşmesinde Alacağın Devri

a. Kural Olarak İş Sahibinin İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağı Olan Taşınmaz Yapı Eserini Üçüncü Kişilere Geçirmesi Alacağın Devri Değil Taşınmaz Satımı veya Satış Vaadidir

1. Genel Olarak

Konusunu taşınmaz yapı eserinin oluşturduğu inşaat sözleşmesinde; müteahhidin borcu, iş sahibinin maliki olduğu arsa üzerinde taşınmaz bir yapı eseri meydana getirmektir. Taşınmaz yapı eseri, sözleşmeye konu arsada devamlı surette kalmak üzere toprağa bağlı olarak yapılan ve yer değiştirmesi mümkün olmayan

⁷⁵⁶ EREN, 1996 a, sf. 54; ABACIOĞLU, a.g.e., sf. 48; BAYGIN, a.g.e., sf. 182 vd., ERTEN, a.g.e., sf. 16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 797; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 410; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136

veya ancak tahrip edilerek mümkün olan her çeşit binalar, yol, tünel, kanalizasyon, elektrik gibi yeraltı ve yerüstü yapı eserleridir⁷⁵⁷.

“Bütünleyici parça” madde başlığını taşıyan TMK. md. 684 f. 2 uyarınca; yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parça, *bütünleyici parçadır*. Taşınmaz yapı eseri, arsa üzerinde devamlı kalmak üzere arsa ile bağlı olarak yapılan ve zarara uğratılmadıkça, hatta yok edilmedikçe (yıkılmadıkça) arsadan ayrılması mümkün olmayan yapılardır. Bu itibarla; taşınmaz yapı eserleri, üzerinde inşa edildikleri arsanın bütünleyici parçasıdır. Ancak; taşınmaz yapı eserinin bütünleyici parça niteliği maddede belirtilen şartlara tabi olmaksızın geçerlidir⁷⁵⁸.

TMK. md. 684 f. 1 hükmüne göre de; “bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur”. Maddenin açık hükmü karşısında; arsanın bütünleyici parçası niteliğinde olan taşınmaz yapı eseri, arsa malikinin mülkiyetine dâhildir. Bu durumda; arsa maliki, inşaat sözleşmesi uyarınca meydana getirilen yapının dahi maliki olacaktır.

Bu itibarla; müteahhidin çalışmaları sonucunda ve inşaat sözleşmesi uyarınca iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilen taşınmaz yapı, TMK’un bütünleyici parça kurallarına göre kendiliğinden ve hiçbir işlem yapmaya gerek olmaksızın arsa maliki olan iş sahibinin mülkiyetine dâhil olur⁷⁵⁹.

O halde; iş sahibinin doğrudan maliki olduğu taşınmaz yapının mülkiyetini devretmeksizin sadece teslimi talep hakkını devretmesi de mülkiyet üzerinde hiç bir etki yaratmayacağı gibi söz konusu da olamayacaktır. Zira; malikin tapuda adına

⁷⁵⁷ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 330; EREN, 1996 a, sf. 54; ABACIOĞLU, a.g.e., sf. 48; BAYGIN, a.g.e., sf. 182 vd., ERTEN, a.g.e., sf. 16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 797; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 411

⁷⁵⁸ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 330; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 245, 796; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 409, 411; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136

⁷⁵⁹ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 330; ÖZ, a.g.e., sf. 81; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 245, 796; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 409; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136

kayıtlı bulunan taşınmazın mülkiyetini nakli, nisbi hakkın temliki olarak nitelendirilemez. Bu sebeplerle; iş sahibinin kendi mülkiyetinde bulunan arsa paylarını, yani inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilerin mülkiyetine geçirmesi ancak taşınmaz mülkiyetinin devri niteliğindedir. Bu durumda, iş sahibinin üçüncü kişilere geçirdiği arsa payları üzerinde mülkiyet hakkı kalmaz⁷⁶⁰.

İş sahibi; henüz inşaat devam ederken arsa paylarını üçüncü kişilere geçirebileceği gibi, arsanın tümünü veya kat irtifakı kurulmuş ise irtifaklı payları dahi üçüncü kişilere geçirebilir. Herhalde taşınmaz mülkiyetinin devri niteliğinde olan bu işlemler, ancak üçüncü kişi adına tapuda devir ve tescil yapılmak sureti ile geçerli olarak kurulabilir. Yapı eserinin tamamlanmasından sonra veya yapının bağımsız bölümlerden meydana gelmesi halinde KMK'ya uygun olarak kat mülkiyetine geçilmiş olması durumunda da bu açıdan bir değişiklik söz konusu olmayacaktır⁷⁶¹.

Ayrıca henüz inşaat devam eden yapının satış vaadine konu olması da mümkündür. Bu itibarla; iş sahibi inşaat sözleşmesi uyarınca inşaatı devam eden taşınmaz yapı veya yapıda meydana getirilecek bir kısım bağımsız bölümler hakkında üçüncü kişilerle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması mümkündür. Söz konusu sözleşmenin tapu memuru veya noterlerce re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir⁷⁶². Yargıtay da; ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız (arsa payı belirlenmiş veya belirlenmemiş) olarak satış vaadi sözleşmesinin geçerli olarak noterlerce düzenleme şeklinde yapılabileceğine ve bu tür bir satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu bulunmadığına karar vermiştir⁷⁶³.

⁷⁶⁰ **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1173, 1174; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 696; **ARBİL**, a.g.e., sf. 30; “Dava kapsamından yapının kat irtifakının tesis edildikten sonra bir kısım bağımsız bölümlerin dava dışı üçüncü kişilere ve davalılara tapudan devredildiği anlaşılmıştır. Bu durumda davacının satılan bağımsız bölümlere ilişkin olarak mülkiyet hakkı kalmadığı...” Yarg. 15. HD. 08.10.1992 t., 1234 E., 4606 K. (**KARATAŞ**, a.g.e., sf. 393); Yarg. 14. HD. 04.12.1995 t., 7835 E., 9080 K. (**DUMAN**, a.g.e., sf. 251)

⁷⁶¹ **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1173; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 696; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 393

⁷⁶² **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1173; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 696; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 393; Yarg. 14. HD. 04.12.1995 t., 7835 E., 9080 K. (**DUMAN**, a.g.e., sf. 251)

⁷⁶³ Yarg. İBK. 24.04.1978 t., 3 E., 4 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1578)

2. Üçüncü Kişinin Müteahhit İle İlişkisi

İş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere geçirmesi, kural olarak taşınmaz mülkiyetinin devridir. Zira iş sahibinin, kendi mülkiyetinde bulunan arsa üzerinde inşa edilmekte olan ve tamamlandığında doğrudan kendi mülkiyetine olacak taşınmaz yapı eserinin tamamlanarak teslimini talep hakkını, mülkiyetten bağımsız olarak üçüncü kişilere devretmesi mümkün ve söz konusu olamaz. Ancak bu durumda arsa mülkiyetini devralan üçüncü kişi ile müteahhit arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekmektedir.

Zira; inşaat sözleşmesi müteahhit ile iş sahibi arasında kurulmuştur ve nisbi nitelikte olup, sadece taraflarını bağlar. Bu durumda; arsa mülkiyetini devralan üçüncü kişi bu sözleşmenin dışında kalmakta ve müteahhide karşı talep ileri sürememektedir. Bu ise, örneğin müteahhidin yapıyı tamamlamaması durumunda arsa mülkiyetini devralan üçüncü kişinin müteahhide başvuramaması ve zarar görmesi sonucunu doğurur. Ancak; arsa mülkiyetinin satımı da mülkiyeti kazanan üçüncü kişiyi doğrudan inşaat sözleşmesinin tarafı haline getirmemektedir.

Uygulamada uyumsuzluk; arsa mülkiyetini satın alan üçüncü kişinin, söz konusu satım sözleşmesi ile aynı zamanda iş sahibinin (eski arsa maliki) inşaat sözleşmesi uyarınca sahip olduğu hakları da devraldığının kabul edilmesi yolu ile çözülmektedir. Yani; iş sahibinden arsa mülkiyetini alan üçüncü kişi, yapılan resmi sözleşme ile aynı zamanda iş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan haklarını da almaktadır. Bu bakımdan, arsa mülkiyetini alan üçüncü kişi alacağın devri hükümleri uyarınca iş sahibinin halefi olarak kabul edilmektedir⁷⁶⁴.

⁷⁶⁴ **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 393; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 696; “Bu durumda davacı kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin bu bağımsız bölümü için halefi durumuna gelmiştir. O halde, sözleşmedeki arsa sahibinin hakları davacıya geçmiş olduğundan davacı yükleniciye karşı bu davayı açabilir” Yarg. 15. HD. 14.09.1992 t., 3517 E., 3953 K. (**KARATAŞ**, a.g.e., sf. 393); “Davacı ile dava dışı arsa sahibi arasında tapuda resmi biçimde yapılan yazılı satış sözleşmesi alacağın temlik hükmünde olup, davacının yüklenici aleyhine dava açmakta yararı vardır” Yarg. 15. HD. 19.03.2001 t., 5178 E., 1331 K. (**DUMAN**, a.g.e., sf. 242); “Davacılar söz konusu tapuda hangi tarihlerde hisse devrettiği konusunun araştırılması ve... bu devrin arsa sahibinin inşaattaki hakkının temlikini de içerdiği konusu göz önünde tutularak...” Yarg. 15. HD. 07.05.1991 t., 4951 E., 2337 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1795)

Kanımızca da bu çözüm yolu isabetlidir. Şöyle ki; iş sahibinin mülkiyetinde bulunan yapı ile ilgili olarak sadece yapının teslimi hakkının devralınması mümkün değildir. Ancak; sadece taşınmaz mülkiyetinin devri de üçüncü kişiyi korumasız bırakmakta ve sözleşme dışında kalan üçüncü kişi açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar meydana getirmektedir. Bu durumda; taşınmaz mülkiyetinin nakli ile mülkiyetin naklinin yanında inşaat sözleşmesinden doğan, taşınmaz yapının tamamlanmasını ve teslimini talep hakkının da üçüncü kişiye devrolunduğunun kabulü olaya, hakkaniyete, taraf iradelerine ve çıkarlar dengesine uygun düşmektedir.

Sonuç olarak; iş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere geçirmesi taşınmaz mülkiyetinin nakli niteliğindedir. Ancak bu nakil ile birlikte, inşaat sözleşmesinden doğan talep hakları da alacağın devri hükümleri uyarınca üçüncü kişiye geçmektedir. Şekil açısından da mani bir durum bulunmamaktadır. Zira alacağın devri sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmak gerekirken, taşınmaz mülkiyetinin devri resmi şekilde yapılmaktadır.

Bu kabul yolu ile; arsa mülkiyetini kazanan üçüncü kişi, alacağın temlik hükümleri uyarınca müteahhide başvurabilmektedir. Böylece üçüncü kişi, taşınmaz yapının tamamlanmasını ve teslimini istemenin yanında; eksik ve ayıplı işlerin tazminini dahi doğrudan müteahhitten talep ve dava edebilir⁷⁶⁵.

⁷⁶⁵ **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 394; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 696; Yarg. 15. HD. 14.09.1992 t., 3517 E., 3953 K. (**KARATAŞ**, a.g.e., sf. 393); Yarg. 15. HD. 19.03.2001 t., 5178 E., 1331 K. (**DUMAN**, a.g.e., sf. 242)

b. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan İstisnai Durum

1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Çeşidi, Özelliği ve İş Sahibinin Bu Tip Sözleşmeden Doğan Alacağı

İş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere geçirmesi, kural olarak, taşınmaz mülkiyetinin devri niteliğindedir. Bu durum, inşaat sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da genel olarak geçerlidir. Zira, genel olarak bu sözleşme ile iş sahibi arsa maliki olarak kalmakta veya inşaatın tamamlanması durumunda ya da inşaatın aşamalarına göre zaman içerisinde bir kısım arsa paylarını müteahhide geçirmektedir.

Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi daha önce ele aldığımız gibi, ayrı uygulamalara yol açacak şekilde farklı çeşitlerde yapılabilmektedir. İşte bu çeşitlerden bir tanesi, anılan kurala istisna oluşturmaktadır. Bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa mülkiyetinin başlangıçta bütünüyle müteahhide geçirilmesi suretiyle gerçekleştirildiği halidir.

Sözleşme kurulurken arsa mülkiyetinin bütünüyle müteahhide geçirilmesi suretiyle gerçekleştirildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; müteahhidin borcu yine arsa üzerinde yapı eseri meydana getirmektir. Ancak üzerinde yapı eseri meydana getirilecek arsa mülkiyeti başlangıçta, tapu devir ve tescil yapılarak müteahhide geçirilmektedir. İşte bu sözleşmeyi farklı kılan nokta da buradadır. Zira burada ücreti oluşturan bir kısım arsa payının devri taahhüt edilmemektedir. Bu sözleşme ile arsa mülkiyeti başlangıçta müteahhide devredilmektedir⁷⁶⁶.

Arsa mülkiyetinin bütünüyle müteahhide geçirilmesi halinde, işlemler ters çevrilmiştir denilebilir. Diğer çeşit sözleşmelerde; önce yapı eseri tamamlanarak iş sahibine teslim edilmekte ve sonrasında ise müteahhide düşen payların mülkiyeti

⁷⁶⁶ YAVUZ, 2002, sf. 510; KARTAL, Blm. 1, sf. 104; AYAZLI, a.g.e., sf. 44 KARAHASAN, 1997 a, sf. 696; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 1174

müteahhide geçirilmektedir. Bu sözleşme çeşidinde ise; öncelikle üzerinde inşaat yapılacak arsa mülkiyeti bütün olarak müteahhide geçirilmekte. Daha sonra yapı eseri meydana getirilmekte ve nihayet bu sefer tersine işlem yapılarak, iş sahibinin payları onun mülkiyetine geçirilmektedir. Yoksa; ücret olarak, mülkiyetin tamamen müteahhide devredilmesi kararlaştırılmış değildir. Sözleşme ile varılmak istenen sonuç; müteahhidin inşaat aşamasında rahatlıkla üçüncü kişilere bağımsız bölüm satışı yapabilmesi, bu satışlardan sağladığı kaynaklar ile inşaatı tamamlaması ve nihayetinde yapı eseri tamamlandığında sözleşme ile iş sahibinde kalacağı hususunda üzerinde anlaşılmış bir kısım arsa paylarının (bağımsız bölümlerin) mülkiyetinin tekrar iş sahibine geçirilmesinden ibarettir. Bunun için tapuda yapılan devir işleminin dışında; taraflar arasında bir de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmaktadır ve bu sözleşmede meydana getirilecek bağımsız bölümlerin taraflar arasında bölüşülmesi, yapının nitelikleri vs. koşullar yer almaktadır. Bu itibarla müteahhit; yapı eseri meydana getirilmesi borcunun yanında, eserin tamamlanması ile sözleşmede iş sahibine ait olacağı belirtilen arsa paylarının mülkiyetini iş sahibine geçirme borcu altına da girmektedir. Bu itibarla; iş sahibinin bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağı, sözleşme ile kendisine ait olacağı kararlaştırılan bir kısım arsa payının mülkiyetinin adına tapuda devir ve tescildir⁷⁶⁷.

2. İş Sahibinin Bu Çeşit Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağını Üçüncü Kişilere Devretmesi

İş sahibinin bir kısım arsa payının adına devir ve tescil edilmesini talep hakkının mülkiyet hakkı ile ilgisi bulunmadığı açıktır. Bu alacak hakkı; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakları sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Yani borç konusu edimin ifası yalnızca borçlusundan talep edilebilir. İşte böylesi sınırlı ve belirli kişiler arasında söz konusu olduğu için, iş sahibinin bu alacak hakkı, nisbi nitelikte bir haktır⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ YAVUZ, 2002, sf. 510; KARTAL, Blm. 1, sf. 104

⁷⁶⁸ EREN, 2003, sf. 49; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 16; İNAL, a.g.e., sf. 6; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 30; ŞENYÜZ, a.g.e., sf. 5; TUNÇOMAĞ, 1961, sf. 25; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; TUHR, a.g.e., sf.

Kanun, sözleşme veya işin niteliği gereğince devrine bir engel bulunmayan her türlü alacak, kural olarak, üçüncü kişilere devredilebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devri açısından ise ne kanuni bir engel vardır ne de işin niteliği devre manidir. Bu itibarla; iş sahibinin bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağı, sözleşme ile yasaklanmış olmadıkça, alacağın devri sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredilebilir⁷⁶⁹.

Ancak müteahhit ile iş sahibi arasında yapılan inşaat sözleşmesi ile alacağın devri yasaklanmış olabilir. Hatta inşaat sözleşmesi dışında dahi devir yasağı getirilmiş olabilir, zira yasağa ilişkin anlaşmanın geçerliliği şekle tabi değildir⁷⁷⁰. Sözleşme ile devrin yasaklanmış olduğu durumlarda, devredilemeyen alacak söz konusu olup; iş sahibinin geçerli olarak alacağını devretmesi kural olarak mümkün değildir⁷⁷¹. Fakat BK. md. 162 f. 2 hükmü saklıdır. Bu itibarla; sözleşmeye dayalı devir yasağı, bu yasağı içermeyen yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralan üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez⁷⁷².

3. Alacağın Devri Sözleşmesinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devri, doktrinde genellikle müteahhidin alacağını devretmesi yönü ile ele alınmıştır. Ancak müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir kısım arsa payının

6, 15; **EREN**, 2003, sf. 1180; **FRANKO**, a.g.e., sf. 180; **BAYGIN**, a.g.e., sf. 144; **YAVUZ**, 2002, sf. 514, 519; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 674; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175; **KARTAL**, Blm. 1, sf. 108; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235; **BALKIZ**, a.g.e., sf. 17

⁷⁶⁹ **EREN**, 2003, sf. 1187; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 55; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4369; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1082; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 507; **TUHR**, a.g.e., sf. 839; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 394; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1446; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 93; **ENGİN**, 2002., sf. 24; “İnşaat sözleşmesi gereğince arsa sahiplerine verilmesi gereken dairelerden birini, arsa sahiplerinden satın alan kişinin, onların bu daireyle ilgili haklarına alacağın temlik hükümleri uyarınca halef olduğunun kabulü gerekir” Yarg. 15. HD. 19.03.2002 t., 623 E., 1220 K. (**DUMAN**, a.g.e., sf. 240)

⁷⁷⁰ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 165; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4370; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 509; **TUHR**, a.g.e., sf. 844; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 326; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914

⁷⁷¹ **EREN**, 2003, sf. 1189; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 166; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 510; **TUHR**, a.g.e., sf. 845; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454

⁷⁷² **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1085; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 511; **TUHR**, a.g.e., sf. 844; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 547; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914; **FRANKO**, a.g.e., sf. 185; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 326

adına devir ve tescilini talep hakkı ile; bu çeşit sözleşmeden doğan iş sahibinin bir kısım arsa payı mülkiyetinin adına devir ve tescilini talep hakkı arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu itibarla; müteahhidin alacağını devri açısından ileri sürülen ve genel kabul gören görüş, iş sahibinin aynı nitelikteki söz konusu alacağının devri açısından da kabul edilebilir. Bu görüşe göre; bir kısım arsa payının adına devir ve tescilini talep hakkından oluşan alacağın üçüncü kişilere geçirilmesi alacağın devri niteliğindedir. Bu sebeple; devir sözleşmesinin geçerlilik şekli alacağın devri hükümlerine tabidir. Yani BK. md. 163 hükmü uyarınca adi yazılı şekilde yapılmakla geçerlilik kazanır⁷⁷³.

Ancak kanımızca da; bu görüşte devredilen hakkın taşınmaz mülkiyetine ilişkin olduğu ve sözleşmenin amacının taşınmaz mülkiyetinin nakline yöneldiği göz önünde bulundurulmamaktadır. Tekrardan kaçınmak maksadı ile müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan alacağının devrine ilişkin yaptığımız detaylı açıklamalara gönderme yapmakla birlikte; iş sahibinin bu sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişilere geçirmesi, sadece nisbi bir hakkın devri olarak kabul edilerek yazılı şekle tabi tutulmasının isabetsiz olduğu kanaatindeyiz. Burada sözleşme ile taşınmaz mülkiyetinin nakline yönelinmektedir. TMK. md. 706 uyarınca; taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan her türlü sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu hüküm emredici nitelikte olup; aksi yönde olmak üzere resmi şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin geçerli olabilmesi ancak kanunla açıkça düzenlenmiş olduğu hallerde mümkündür⁷⁷⁴. Bu

⁷⁷³ **KARTAL**, Blm. 3, sf. 559; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175, 1178; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 688, 689; **DUMAN**, a.g.e., sf. 235, 236; **KARATAŞ**, a.g.e., sf. 395; **YAVUZ**, 2002, sf. 514; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 164; Yarg. 14. HD. 12.05.1992 t., 2333 E., 5292 K.; Yarg. 14. HD. 07.05.1988 t., 8820 E., 3269 K.; Yarg. 14. HD. 13.09.1988 t., 3849 E., 5572 K.; Yarg. 14. HD. 30.06.1987 t., 4792 E., 5647 K. ; Yarg. 14. HD. 11.03.1986 t., 5387 E., 1644 K. ; Yarg. 14. HD. 11.02.1986 t., 3855 E., 878 K. (**KARAHASAN**, 1997 b, sf. 1792, 1802 vd.); Yarg. 14. HD. 06.11.1984 t., 4370 E., 6691 K. (**DÖNMEZ**, a.g.e., sf. 1092)

⁷⁷⁴ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, a.g.e., sf. 257; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1989, sf. 657; **DOĞANAY**, a.g.e., sf. 237; "... tapuda malik sıfatıyla mukayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihini isteyen kimsenin TMK'un 634. maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerinde intikal etmiş muteber bir akde istinat etmesi lazımdır" Yarg. İBK. 07.10.1953 t., 8 E., 7 K.; "...TMK'un 634. maddesi mucibince mülkiyeti nakledecek olan akdin resmi şekilde yapılması zaruridir" Yarg. İBK. 26.05.1954 t., 8 E., 18 K. (**DOĞANAY**, a.g.e., sf. 241); "Tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin devrini öngören her türlü sözleşmelerin resmi şekilde yapılması, geçerlilik koşuludur" Yarg. HGK. 02.07.2003 t., 14-452 E., 456 K. (**MEYDAN/YAPAL**, a.g.e., sf. 847 vd.); Yarg. 14. HD. 27.09.2004 t., 6412 E., 6312 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 130); Yarg. 15. HD. 20.12.1978 t., 2023 E., 2443 K. (**DALAMANLI**, a.g.e., sf. 96); Yarg. 15. HD. 17.05.1982 t., 573 E.,

itibarla taşınmaz mülkiyetinin naklini amaçlayan; iş sahibinin bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağının üçüncü kişilere devrinin geçerliliği, sözleşmenin resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

4. Sözleşmeyi Düzenlemeye Yetkili Mercii

Bu sözleşmeyi düzenleyecek mercii; öncelikle noterlerdir. Zira; NK. md. 60 ve 89 hükümleri, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılabileceğini açıkça düzenlemektedir. Bu itibarla; noterler, satış vaadi sözleşmesi yapmak görev ve yetkisine sahiptirler⁷⁷⁵. Ayrıca noterlerin görevlerini düzenleyen NK. md. 60 b. 1 uyarınca, “yapılması kanunla başka bir makam, mercii veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek” görevi noterlere verilmiştir. Aynı maddenin takip eden bendinde de; “kanunlarda resmi olarak yapılması emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak” görevi yine noterlere verilmiştir. TMK. md. 706 taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliğini resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamakla birlikte; yetkili merciiyi göstermemiştir. Bu durumda; NK. md. 60 b. 2 hükmüne uygun olarak; kanunda resmi şekilde yapılması emredilmiş, ancak mercisi belirtilmemiş bir hukuki işlem olduğu rahatlıkla söylenilebilir. Açıklanan sebeplerle; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesine ilişkin alacağın devri sözleşmesini, noterlerin düzenlemesi gerekmektedir. Ayrıca; söz konusu sözleşmenin niteliğine uygun düşmesi sebebiyle, sözleşmenin NK. md. 89 uyarınca noter tarafından re’sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir.

Sözleşmenin tapu memurunun tarafından düzenlenmesine ilişkin olarak ise TpK’nda bir hüküm mevcut değildir. Zaman içerisinde tartışılmış olmakla birlikte bugün için; asıl satış sözleşmesini yapmaya yetkili olmaları ve bu sözleşmeyi

1184 K. (ÖZENLİ, a.g.e., sf. 340); Yarg. HGK. 24.04.1985 t., 83/14–613 E., 85/354 K.; Yarg. 14. HD. 03.02.1983 t., 82/5744 E., 83/814 K.; Yarg. 14. HD. 22.11.1979 t., 3306 E., 5541 K. (DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1014, 1018, 1029)

⁷⁷⁵ OLGAÇ, 1967, sf. 152; TANDOĞAN, 1988, sf. 243; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 688 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 335; KARTAL, Blm. 1, sf. 108; ÖZENLİ, a.g.e., sf. 60, 62; DALAMANLI, a.g.e., sf. 2, 3; DÖNMEZ, a.g.e., sf. 1039

düzenlemelerini yasaklayıcı herhangi bir hüküm bulunmaması sebepleriyle, tapu memurlarının da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmektedir⁷⁷⁶. Aynı sebeplerle tapu memuru, söz konusu alacağın devri sözleşmesini de düzenleyebilir.

II) Konusunu Taşınır Yapı Eserlerinin Oluşturduğu İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devri

a. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesinin konusunu, TMK. md. 728'de belirtilen nitelikteki taşınır yapı eserlerinin oluşturması mümkündür⁷⁷⁷. Gerçekten de; örneğin bir gösteri organizasyonunda iş sahibinin, seyirciler için geçici tribün inşa edilmesi konusunda müteahhit ile anlaşması böyledir. Ancak burada tribünün, üzerinde kurulduğu arsadan zarar görmeksizin taşınabilir, yer değiştirilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Yoksa; geliştirme çalışmaları kapsamında bir stadyumda yapılan ve stadyum ile bir bütün oluşturarak, onun bir parçası haline gelen tribün inşaatı taşınır yapı konulu inşaat sözleşmesini oluşturmayacaktır. Esasen bu halde dahi bir inşaat sözleşmesi mevcuttur, ancak konusu taşınmaz yapı eserinden ibarettir.

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin asli edim yükümü, sözleşme konusu yapı eserinin meydana getirilmesi ve tamamlanmış yapının iş sahibine teslimidir⁷⁷⁸. Bu itibarla; konusunu taşınır yapı eserinin oluşturduğu inşaat sözleşmesinde müteahhidin asli borcu, sözleşmeye konu kulübe, şantiye binası vs. gibi taşınır yapı eserinin meydana getirilmesi ve tamamlanarak iş sahibine teslimidir.

⁷⁷⁶ OLGAÇ, 1967, sf. 152; TANDOĞAN, 1988, sf. 243; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 688 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 335; KARTAL, Blm. 1, sf. 108

⁷⁷⁷ EREN, 1996 a, sf. 54; BAYGIN, a.g.e., sf. 182 vd., ERTEN, a.g.e., sf. 16

⁷⁷⁸ SELİÇİ, 1978, sf. 6; UYGUR, 2003 b, sf. 7453; KARATAŞ, a.g.e., sf. 25; ÖZYÖRÜK, a.g.e., sf. 1; EREN, 1996 b, sf. 63; BAYGIN, a.g.e., sf. 6 vd.; OLGAÇ, 1967, sf. 445; YAVUZ, 2002, sf. 445; KARAHASAN, 1997 a, sf. 63; DAYINLARLI, 1988, sf. 17

Taşınmaz yapı eserleri, üzerinde inşa edildikleri arsanın bütünleyici parçasıdır⁷⁷⁹. TMK. md. 684 f. 1 hükmüne göre de; “bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur”. Bu itibarla; müteahhidin çalışmaları sonucunda ve inşaat sözleşmesi uyarınca iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilen taşınmaz yapı, TMK’un bütünleyici parça kurallarına göre kendiliğinden ve hiçbir işlem yapmaya gerek olmaksızın arsa maliki olan iş sahibinin mülkiyetine dâhil olur⁷⁸⁰.

Ancak taşınır yapı açısından durum farklıdır. Taşınır yapı, üzerinde meydana getirildiği arsanın bütünleyici parçası değildir ve taşınmaz yapının aksine bütünleyici parça kuralına göre arsa malikinin mülkiyetine dâhil olmazlar. Gerçekten de TMK. md. 728 f. 1’e göre başkasının arazisi üzerinde meydana getirilen taşınır yapılar; arsa malikinin mülkiyetine geçmezler ve arsadan bağımsız olarak meydana getirenin mülkiyetinde kalmaya devam ederler⁷⁸¹.

Bu itibarla; malzemesini müteahhidin sağladığı taşınır yapılar doğrudan ve malzemesini iş sahibinin sağladığı yapılar ise TMK. md. 775 uyarınca, iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilmiş dahi olsalar iş sahibinin mülkiyetine geçmeyecekler ve müteahhit bu yapılara malik kalmaya devam edecektir⁷⁸². Bu sebeple müteahhidin; taşınır yapıyı meydana getirerek teslimi borcunun yanı sıra, inşaat sözleşmesi uyarınca taşınır yapının mülkiyetini iş sahibine geçirmek borcu da bulunmaktadır⁷⁸³.

⁷⁷⁹ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 330; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 245, 796; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 409, 411; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136

⁷⁸⁰ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 330; ÖZ, a.g.e., sf. 81; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 245, 796; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 409; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136

⁷⁸¹ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 331; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 797; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 409; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136

⁷⁸² ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 455; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 797; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 409, 613; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 180

⁷⁸³ TANDOĞAN, 1987, sf. 127; ARAL, a.g.e., sf. 359; YAVUZ, 2002, sf. 472; EREN, 1996 a, sf. 73; BAYGIN, a.g.e., sf. 27

Taşınır yapı eseri, TMK. md. 728’de hükme bağlanmış olup; maddeye göre taşınır mal hükümlerine tabidirler⁷⁸⁴. O halde müteahhit, meydana getirdiği yapının mülkiyetini taşınır mal hükümlerine göre iş sahibine geçirecektir. Taşınır mülkiyetinin devri için aynı sözleşme (hukuki sebep) ve TMK. md. 763 hükmü uyarınca, zilyetliğin devri gereklidir. Bu itibarla taşınır yapının zilyetliği; iktisap edene malik kılmak için geçirilmeli ve iktisap eden de malik olma iradesi ile zilyetliği kazanmış olmalıdır. Ancak zilyetlik teslimsiz olmak üzere, hükmen teslim ve zilyetlik havalesi suretiyle de geçirilebilir (TMK. md. 977–980)⁷⁸⁵. İnşaat sözleşmesinde yapı eserinin *teslimi*, sözleşmeye konu eserin tamamlanarak iş sahibine ifa olarak arzı ve iş sahibinin teslim alması (tesellüm) ile müteahhidin hâkimiyetinde bulunan yapı eserinin iş sahibinin hâkimiyet alanına geçmesidir⁷⁸⁶. Taşınır malların teslimi, tamamlanan eserin iş sahibinin fiili hâkimiyet alanına geçirilmesiyle, bir başka deyişle zilyetliğinin iş sahibine geçirilmesiyle gerçekleşir⁷⁸⁷. Mülkiyetin geçirilmesinin hukuki sebebini ise inşaat sözleşmesi oluşturmaktadır⁷⁸⁸. Bu sebeplerle; inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan eserin teslimi, mülkiyetin naklini dahi sağlamaktadır.

O halde sonuç olarak; müteahhidin borcunu, taşınır yapı eserinin meydana getirilmesi ve iş sahibine teslimi ile mülkiyetinin geçirilmesi oluşturmaktadır. Müteahhidin bu borcu iş sahibinin de alacağını oluşturmaktadır. Yani iş sahibinin; konusunu taşınır yapı eserinin oluşturduğu inşaat sözleşmesinden doğan alacağı, sözleşme konusu taşınır yapının meydana getirilerek kendisine teslimi ile mülkiyetinin geçirilmesini talep hakkından ibarettir.

⁷⁸⁴ EREN, 1996 a, sf. 54; ABACIOĞLU, a.g.e., sf. 48; BAYGIN, a.g.e., sf. 182 vd., ERTEN, a.g.e., sf. 16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1989, sf. 797; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 410; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 136

⁷⁸⁵ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 447; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., sf. 602 vd.; ESENER/GÜVEN, a.g.e., sf. 174; TANDOĞAN, 1987, sf. 127; TANDOĞAN, 1988, sf. 119

⁷⁸⁶ TANDOĞAN, 1987, sf. 126; ARAL, a.g.e., sf. 357; UÇAR, 2001, sf. 531; BURCUOĞLU, a.g.e., sf. 287; TUNÇOMAĞ, 1977, sf. 1012; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 65 vd., 70; Yarg. 15. HD. 14.05.1987 t., 4243 E., 2172 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1297); Yarg. 14. HD. 22.09.2004 t., 5796 E., 6057 K. (YDD., S. 109, İstanbul, Ocak 2005, sf. 128)

⁷⁸⁷ BAYGIN, a.g.e., sf. 27, 191 TANDOĞAN, 1987, sf. 125; OLGAC, 1967, sf. 464; SELİÇİ, 1978, sf. 35; ARAL, a.g.e., sf. 357; ZEVKLİLER, a.g.e., sf. 328; KARAHASAN, 1997 a, sf. 254; EREN, 1996 b, sf. 72; DAYINLARLI, 1988, sf. 26; UÇAR, 2001, sf. 534 vd.; OZANOĞLU, a.g.e., sf. 66; Yarg. 15. HD. 25.03.1991 t., 3841 E., 1451 K.; Yarg. 15. HD. 07.04.1975 t., 2012 E., 1891 K. (KARAHASAN, 1997 a, sf. 1293, 1304)

⁷⁸⁸ ARAL, a.g.e., sf. 359; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, a.g.e., sf. 455

b. İş Sahibinin Taşınır Yapıya İlişkin Alacağını Üçüncü Kişilere Devretmesi ve Sözleşmenin Şekli

Kanun, sözleşme veya işin niteliği gereğince devrine bir engel bulunmayan her türlü alacak, kural olarak, üçüncü kişilere devredilebilir. İş sahibinin, konusunu taşınmaz yapı eserinin oluşturduğu inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere devri açısından ne kanuni bir engel vardır ne de işin niteliği devre manidir. Bu itibarla iş sahibi; inşaat sözleşmesinden doğan bu alacağını, sözleşme ile yasaklanmış olmadıkça, alacağın devri sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredilebilir⁷⁸⁹.

Ancak iş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere devretmesi, müteahhit ile iş sahibi arasında yapılan inşaat sözleşmesi ile yasaklanmış olabilir. Devir yasağının, inşaat sözleşmesinden bağımsız olarak dahi kararlaştırılmış olması mümkündür ve inşaat sözleşmesi haricinde getirilen devir yasağı açısından şekil şartı bulunmamaktadır⁷⁹⁰. Sözleşme ile devrin yasaklanmış olduğu durumlarda, devredilemeyen alacak söz konusu olup; iş sahibinin geçerli olarak alacağını devretmesi kural olarak mümkün değildir⁷⁹¹. Fakat BK. md. 162 f. 2 hükmüne göre sözleşmeye dayalı devir yasağının, bu yasağı içermeyen yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği unutulmamalıdır⁷⁹².

O halde sözleşme ile devir yasağı getirilmemiş ise; iş sahibi, konusunu taşınır yapı eseri meydana getirilmesinin oluşturduğu inşaat sözleşmesinden kaynaklanan alacağını üçüncü kişilere devredebilir. Alacağın devri için iş sahibi ile üçüncü kişinin

⁷⁸⁹ EREN, 2003, sf. 1187; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1082; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 507; TUHR, a.g.e., sf. 839; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; KARAHASAN, 2003, sf.1446; FRANKO, a.g.e., sf. 183; ÖNEN, a.g.e., sf. 93; ENGİN, 2002., sf.24

⁷⁹⁰ DAYINLARLI, 2000, sf. 165; UYGUR, 2003 d, sf. 4370; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1084; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 509; TUHR, a.g.e., sf. 844; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 397; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 326; OLGAÇ, 1976, sf. 914

⁷⁹¹ EREN, 2003, sf. 1189; DAYINLARLI, 2000, sf. 166; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 510; TUHR, a.g.e., sf. 845; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398; KARAHASAN, 2003, sf. 1454

⁷⁹² TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1085; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 511; TUHR, a.g.e., sf. 844; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 398; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 547; OLGAÇ, 1976, sf. 914; FRANKO, a.g.e., sf. 185; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 326

anlaşmaları ve tarafların irade beyanlarının bu konuda uyuşması gerekmektedir; yani taraflar arasında yapılmış alacağın devri sözleşmesinin bulunması gerekmektedir⁷⁹³.

Alacağın devri sözleşmesinin geçerli olabilmesi için BK. md. 163 uyarınca yazılı olarak yapılmış olması gerekmektedir. Daha önce arz ve izah edildiği üzere; bu çeşit inşaat sözleşmesi açısından iş sahibinin alacağı, müteahhidin meydana getirdiği taşınır yapı eserinin kendisine teslimi ile mülkiyetinin geçirilmesidir. Taşınır yapı eserleri, taşınır mal hükümlerine tabidirler. Bu durumda; bu çeşit inşaat sözleşmesinden doğan ve devredilen hak taşınır mülkiyetine ilişkindir.

Taşınır mülkiyetine dair bir hakkın devri açısından kanunda ayrık düzenleme bulunmamaktadır. O halde; bu çeşit inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devri için iş sahibi ile üçüncü kişi arasında kurulacak sözleşmenin BK. md. 163 hükmü uyarınca yazılı olması yeterlidir. Yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir. Yazılı şekil alacağın devri için geçerlilik şartı olup; bu şekle uyulmaksızın yapılan devir sözleşmeleri geçersizdir.

Devir sözleşmesi, BK. md. 13 hükmüne tabidir. Buna göre, devir sözleşmesi devredenin devretme iradesini ve imzasını içermelidir. Sadece devredenin devir beyanı ile imzası şekil şartına riayet için gerekli ve yeterlidir. Şöyle ki; daha önce arz ve izah edildiği gibi, devralan iradesini açıkça beyan edebileceği gibi örtülü olarak da beyan edebilir⁷⁹⁴. Ayrıca sözleşmenin, devredilecek alacağı yeter derecede, yani belirlenebilir olacak şekilde göstermesi de kâfidir⁷⁹⁵.

⁷⁹³ **EREN**, 2003, sf. 1184; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 95; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1448; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179

⁷⁹⁴ **EREN**, 2003, sf. 1185; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 99; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396 vd.; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 924; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 321; “BK. md. 162’de temlikin geçerliliği için öngörülen yazılı biçim, bir taraflı devir iradesini açıklayana düşen ve bu iradeyi haricen malum kılmayı amaç tutan bir biçimdir” Yarg. HGK. 21.11.1970 t., 4–1582 E., 637 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1613)

⁷⁹⁵ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 98; **EREN**, 2003, sf. 1185; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4420; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1088; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 513; **TUHR**, a.g.e., sf. 831; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 137; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1449; **OLGAÇ**, 1976, sf. 925; **FRANKO**, a.g.e., sf. 181; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 91; “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik muteber olmadığı BK. md. 163 hükümlerinden bulunmasına göre...” Yarg. 4. HD. 02.12.1950 t., 8820 E., 5932 K. (**KURU**, 1990 a, sf. 1430)

Söz konusu alacağın devri sözleşmesine, BK. md. 162 uyarınca müteahhidin katılımı veya izni gerekmemektedir⁷⁹⁶. Ancak bu hüküm emredici nitelikte değildir ve inşaat sözleşmesi ile aksine düzenlemeler getirilebilir. Burada yapılan sözleşme hükmü ile, esasen devri kanunen mümkün olan alacaklar hakkında devir yasağı getirilmesidir. Sözleşme ile alacağın devri tamamen yasaklanabileceği gibi, bölünebilir olması kaydıyla alacağın bir kısmının devredilebileceği yahut alacağın sadece belli kişilere devredilebileceği veya alacağın devrinin borçlunun muvafakatine bağlı olduğu yönünde hükümler getirilmesi mümkündür⁷⁹⁷. Alacağın devrinin müteahhidin muvafakatine bağlı olmasına ilişkin sözleşme şekle bağlı değildir. Bu itibarla inşaat sözleşmesinde belirtilebileceği gibi ayrıca da düzenlenebilir⁷⁹⁸. Alacağın devrinin müteahhidin muvafakatine bağlanmış olması halinde; sözleşmeden kaynaklanan devir yasağı söz konusudur ve buna uyulmaksızın yapılan devir işlemi, kural olarak, geçersizdir. Ancak, devir işlemi, borçlu müteahhidin devre icazet vermek suretiyle rıza göstermesi halinde başından itibaren hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğurur. Müteahhit, rıza gösterdiğine dair iradesini açıkça gösterebileceği gibi; taşınır yapıyı yeni alacaklı üçüncü kişiye teslim ederek mülkiyetini üçüncü kişiye geçirmesi halinde olduğu gibi örtülü olarak dahi beyan edebilir⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ **EREN**, 2003, sf. 1176, 1192; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 97; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1448; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4424; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1106; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 526; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 549; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 318; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 89

⁷⁹⁷ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 165; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4370; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 509; **TUHR**, a.g.e., sf. 844; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 326

⁷⁹⁸ **UYGUR**, 2003 d, sf. 4370; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 509; **TUHR**, a.g.e., sf. 844; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914

⁷⁹⁹ **EREN**, 2003, sf. 1189; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 166; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 510; **TUHR**, a.g.e., sf. 845; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454

G) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ HALİNDE ALACAĞI DEVRALANIN DURUMU

I) İnşaat Sözleşmesinin Geçersizliği Halinde Alacağın Devri De Geçersizdir

İnşaat sözleşmesi de her sözleşme gibi; geçerli olarak kurulduğu takdirde hüküm ve sonuçlarını meydana getirecektir. Sözleşmenin hükümleri, tarafların edimlerini, yani borçlarını ve buna mukabil olarak da diğer tarafın alacağını meydana getirmektedir. Başka bir ifade ile, geçerli olarak kurulan inşaat sözleşmesi, sözleşmeye konu borçların doğumunu sağlayacaktır. Aksi halde; yani sözleşmenin geçersiz olması halinde ise, sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını meydana getirmeyecek ve bunun sonucu olarak da sözleşmenin konusunu oluşturan borçlar/alacaklar doğmayacaktır. Bu itibarla; taraflar, geçersiz sözleşme uyarınca alacaklı ve borçlu sıfatlarını kazanamayacaklardır⁸⁰⁰.

Alacağın devri ile bir alacağın alacaklısı değişir. Esasen bu değişim alacaklının “alacak hakkını” devretmesinin görünümüdür. Diğer bir anlatımla alacağın devrinde; bir borç ilişkisinin alacaklısının sahip olduğu, borçlunun borçlanmış olduğu edimi talep etme yetkisi bir üçüncü şahsa geçmektedir. Yani şahsa bağlı bir hak olan alacak hakkı bir üçüncü şahsa geçmekte, bunun sonucu olarak da ilk borç ilişkisinin alacaklısı değişmektedir⁸⁰¹. O halde; bir alacağın devredilebilmesi için öncelikle bir alacağın varlığı gerekmektedir. Gerçi müstakbel alacakların devri de mümkündür; ancak müstakbel alacak, ileride doğması muhtemel ve doğacağı zaman beklenen alacaklardır⁸⁰². Yoksa mevcudiyeti kesinlikle bulunmayan ve doğması da beklenmeyen bir alacağın devri söz konusu olamaz. Bu

⁸⁰⁰ EREN, 1996 a, sf. 58; KARATAŞ, a.g.e., sf. 28; KOSTAKOĞLU, a.g.e., sf. 72; UYGUR, 2003 b, sf. 7455; TUĞ, a.g.e., sf. 65; DAYINLARLI, 1988, sf. 15; KARTAL, Blm. 3, sf. 560

⁸⁰¹ OLGAÇ, 1976, sf. 913; FRANKO, a.g.e., sf. 178; UYGUR, 2003 d, sf. 4367; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 545; ÖNEN, a.g.e., sf. 88; KOCAMAN, a.g.e., sf. 9; “BK.nun 162. maddesinde alacaklının alacağını tahriri şekilde temlik etmesi üzerine alacak, borçlunun mal varlığından çıkarak alacaklının malvarlığına (mamelekine) girmiş olur. Bu vaziyette temellük eden kişi alacaklı yerine geçer”, Yar. 15. HD., 1977 t., 3126 E., 751 K. (DAYINLARLI, 2000, sf. 76)

⁸⁰² EREN, 2003, sf. 1187; DAYINLARLI, 2000, sf. 55; UYGUR, 2003 d, sf. 4369; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1082; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 506; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 394; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 546; KARAHASAN, 2003, sf. 1447; OLGAÇ, 1976, sf. 914; ENGİN, 2002., sf. 28; ÖNEN, a.g.e., sf. 92; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 327

itibarla; mevcut veya müstakbel olmayan bir alacak devre konu olamaz. Aksi halde; yani olmayan bir alacağın devri halinde, alacağın devri geçersiz olacaktır⁸⁰³.

Bu sebeplerle; inşaat sözleşmesinin geçersiz olması durumunda, mevcut olmayan bir hakkın devredilmiş olması sebebiyle, geçersiz sözleşmeye dayanarak yapılan alacağın devri sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Böyle bir durumda alacağı devralanın, geçersiz devrin borçlusuna başvurması söz konusu olamaz. Alacağı devralan, zararlarının tazmini için ancak alacağı devredene başvurabilir.

II) Alacağı Devredenin Sorumluluğu

Alacağın devrinde, devredenin sorumluluğu BK. md. 169'da düzenlenmiştir. BK. md. 169 f. 1' e göre; "alacağın temlik ivaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamındır". Buna göre alacak bir ivaz karşılığında devredilmiş ise; devreden eski alacaklı, devre konu alacağın varlığından sorumludur. Yani devreden; devrettiği alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğması ihtimali bulunduğunu ya da söz konusu alacağın sona ermemiş olduğunu, devralana kanunen garanti etmektedir⁸⁰⁴.

Devredenin alacağın varlığından sorumluluğu, devir anı ile sınırlıdır. Yani BK. md. 169 hükmüne göre; devreden, devrin yapıldığı anda alacağın varlığını olmamasından sorumludur. Devirden sonra, devredenden kaynaklanmamak şartıyla, alacağın zamanaşımına uğraması, ifanın imkânsız hale gelmesi gibi sebepler ile ifaya engel durumların ortaya çıkmasından devreden sorumlu olmaz⁸⁰⁵. O halde; inşaat sözleşmesinin geçersizliğinin alacağın devrinden sonra ortaya çıkmış olması durumunda devreden sorumlu olacak mıdır? İnşaat sözleşmesinin geçersizliği sonucunda, sözleşme başından itibaren geçersiz hale gelecektir. Yani geçersizlik,

⁸⁰³ EREN, 2003, sf. 1193; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1093; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 506; TUHR, a.g.e., sf. 840; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 546; OLGAÇ, 1976, sf. 915

⁸⁰⁴ EREN, 2003, sf. 1190; DAYINLARLI, 2000, sf. 213; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1099; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; KARAHASAN, 2003, sf. 1467; OLGAÇ, 1976, sf. 969; FRANKO, a.g.e., sf. 192 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1985, sf. 343; ENGİN, 2002., sf. 105

⁸⁰⁵ DAYINLARLI, 2000, sf. 214; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1099; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 521; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; OLGAÇ, 1976, sf. 969; FRANKO, a.g.e., sf. 192

geçmişe etkili sonuç doğuracaktır. Bu sebeple; inşaat sözleşmesinin geçersizliği alacağın devrinden sonra dahi ortaya çıksa, sonuç değişmeyecek, alacağın devri tarihinde alacak mevcudiyet kazanamamış olacak ve devreden, inşaat sözleşmesinin geçersiz olması dolayısıyla alacağın mevcudiyet kazanamamasından ötürü devralana karşı sorumlu olacaktır.

BK. md. 169 f. 3'e göre; "temlik meccanen vaki olmuş ise temellük eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zammın olmaz". Anlaşıldığı üzere ivazsız devirlerde, devreden, kural olarak alacağın devri zamanındaki varlığından sorumlu değildir⁸⁰⁶. Ancak madde hükmü emredici nitelikte değildir. Devreden ve devralan, devir sözleşmesi ile serbestçe aksine hüküm getirebilirler. Aksi yönde; yani ivazsız devir durumunda dahi devreden alacağın varlığından sorumlu olacağı kararlaştırılmış ise, devreden taraf, inşaat sözleşmesinin geçersizliği sonucunda alacağın mevcut olmamasından sorumlu olacaktır⁸⁰⁷.

Sonuç olarak inşaat sözleşmesinin geçersiz olması halinde; söz konusu geçersiz sözleşmeye dayanarak alacağımı devreden iş sahibi veya müteahhit, alacağın mevcut olmaması dolayısıyla BK. md. 169 hükmü uyarınca devralan üçüncü kişiye karşı sorumlu olacaktır.

III) Devredenin Sorumluluğunun Kapsamı

Devredenin sorumluluğunun kapsamı BK. md. 171'de düzenlenmiştir. Maddeye göre devreden devralana karşı alacağın varlığını garanti kapsamındaki sorumluluğu, öncelikle devir karşılığı olmak üzere almış olduğu bedel (ivaz) ve bu bedelin faizinden ibarettir⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ EREN, 2003, sf. 1190; DAYINLARLI, 2000, sf. 226; UYGUR, 2003 d, sf. 4437; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; KARAHASAN, 2003, sf. 1471

⁸⁰⁷ DAYINLARLI, 2000, sf. 229; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1101; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 402; KILIÇOĞLU, a.g.e., sf. 553; KARAHASAN, 2003, sf. 1467; FRANKO, a.g.e., sf. 191

⁸⁰⁸ DAYINLARLI, 2000, sf. 267; UYGUR, 2003 d, sf. 4444; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1100 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 403

Bedel ve faizin yanı sıra, devreden, devir masrafları ile sonuçsuz kalan icra takipleri ve açılan davalar nedeniyle devralanın yapmış olduğu masraflardan dahi sorumludur. Görüldüğü gibi madde hükmü ile düzenlenen sorumluluk kapsamına göre; devreden sorumluğu, devredilen alacak miktarıyla değil, alınan ivaz ve yapılan masrafların toplam miktarı ile sınırlıdır⁸⁰⁹. Yani madde ile devralanın, devrin geçerli olmamasından doğan zararı (menfi zararı) garanti altına alınmaktadır⁸¹⁰.

Açıklanan sebeplerle; geçersiz sözleşmeye dayanarak alacağını devreden iş sahibi veya müteahhit, öncelikle devir ivazlı yapılmış ise bu ivazı ve ivazın faizini devralan üçüncü kişiye tazmin etmekle yükümlüdür. Bunun yanı sıra devralan üçüncü kişinin devir masraflarını ve yanı sıra varsa takip ve dava masraflarını da devreden iş sahibi/müteahhit tazminle sorumludur.

H) YENİ ALACAKLININ (ALACAĞI DEVRALANIN) AYNI ALACAĞI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMESİ

Müteahhit veya iş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devralan yeni alacaklının; devraldığı alacağı geçerli olarak üçüncü kişilere devredebilmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde de durmak gerekmektedir. Gerçekten uygulamada da; örneğin inşaat halindeki bir yapı eserinden bağımsız bölüm satın alan kişilerin (ki esasen satın alan değil, alacağı devralan durumundaki yeni alacaklılardır), satın almış oldukları bağımsız bölümleri çeşitli nedenlerle üçüncü kişilere satmak istemesi olasıdır.

BK. md. 162 f. 1 hükmüne göre, kanun veya sözleşme hükmü ya da işin niteliği gereği devredilemeyen alacaklar hariç olmak üzere tüm alacaklar devre konu olabilir. Kanun veya sözleşme hükmü gereği ya da işin niteliği gereği

⁸⁰⁹ EREN, 2003, sf. 1191; DAYINLARLI, 2000, sf. 268; UYGUR, 2003 d, sf. 4444; TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1100; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 522; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 403; OLGAC, 1976, sf. 975; FRANKO, a.g.e., sf. 193

⁸¹⁰ TUNÇOMAĞ, 1976, sf. 1100; FEYZİOĞLU, 1969, sf. 523; REİSOĞLU, a.g.e., sf. 403; UYGUR, 2003 d, sf. 4444

devredilemeyen bir alacak bulunması durumunda ise yapılan devir işlemi, kural olarak, geçersizdir⁸¹¹.

Müteahhit ya da iş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesini yasaklayan kanuni bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde; işin niteliği de söz konusu alacağın devrine engel değildir. Burada önemli olan husus; müteahhit ile iş sahibi arasında kurulan inşaat sözleşmesinde, tarafların, alacaklarını devretmesini engelleyen hüküm bulunması noktasındadır. İnşaat sözleşmesinde devri engelleyen veya sınırlayan hüküm bulunmaması halinde müteahhit ya da iş sahibi, söz konusu alacağı serbestçe üçüncü şahıslara devredebilir. Aksi halde, yani sözleşme hükmü ile devrin yasaklanmış olması halinde devir işlemi, kural olarak, geçersiz olacaktır⁸¹². Ancak devir işlemi, inşaat sözleşmesinin diğer tarafının devre izin veya icazet vermek suretiyle rıza göstermesi halinde başından itibaren hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğurur⁸¹³.

Açıklanan sebeplerle; kanuni olarak veya işin niteliği gereği devre mani bir engel bulunmayan ve inşaat sözleşmesi gereği de devri yasaklanmamış veya yasaklanmış olsa dahi izin veya icazet verilerek geçerli olarak kurulmuş bir alacağın devri sözleşmesi ile müteahhit veya iş sahibi alacaklarını üçüncü kişilere devredebilirler. Devir halinde; alacağı devralan üçüncü kişi, yeni alacaklı olacaktır.

Alacağın devri ile devredilen alacak, başkaca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın, doğrudan doğruya devreden malvarlığından çıkararak devralanın mamelekine intikal etmektedir. Bu sebeple; devreden, alacak üzerindeki tüm hakları devralana geçer⁸¹⁴. Bir başka ifade ile; devreden alacaklının, alacağın

⁸¹¹ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 153; **EREN**, 2003, sf. 1189; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **TUHR**, a.g.e., sf. 840; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 323; **KOSTAKOĞLU**, a.g.e., sf. 1175

⁸¹² **KAPLAN**, a.g.e., sf. 164; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 153; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 689; **EREN**, 2003, sf. 1189; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **TUHR**, a.g.e., sf. 840; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 323

⁸¹³ **EREN**, 2003, sf. 1189; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 166; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1085; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 509; **TUHR**, a.g.e., sf. 845; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398

⁸¹⁴ **EREN**, 2003, sf. 1180; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 73; **OLGAÇ**, 1976, sf. 913; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1447; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**,

devrinden sonra alacak üzerinde tasarruf yetkisi kalmaz. Devirden sonra alacak üzerinde tasarruf yetkisi, devralan yeni alacaklıdır. Yani devredenin; devirden sonra alacağı borçludan tahsil etme veya alacağın tahsilini dava ve takip etme ya da borçluyu ibra etme hakları gibi alacağı bir başka kimseye devretme hakkı da ortadan kalkar. Artık devirden sonra yukarıda sayılan işlemleri yapmaya tek yetkili hak sahibi, alacağı kendi malvarlığında bulunduran devralan yeni alacaklıdır⁸¹⁵.

Bu itibarla; yeni alacaklının, devraldığı alacağı başka bir kişiye devretmesi durumu ancak geçerli olarak kurulan ilk devir sözleşmesi ile alacağın kendi malvarlığına geçmesi üzerine mümkün olabilecektir. Yeni alacaklı ile üçüncü kişi arasında söz konusu olan hukuki ilişki yine alacağın devri olacak ve geçerli olarak kurulacak yeni bir alacağın devri sözleşmesine ihtiyaç duyulacaktır ki; bu sebeplerle işlem, BK. md. 162–171 hükümlerine tabidir.

Bu halde yeni alacaklının, devraldığı alacağı devir sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredebilmesi de yine BK. md. 162’de belirtilen şartlara tabidir. Maddeye göre; kanun veya sözleşme hükmü ile yasaklanmış ya da işin niteliği gereği devredilemeyen bir alacak söz konusu olmadıkça, tüm alacaklar devredilebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki müteahhit ya da iş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesini yasaklayan kanuni bir engel bulunmadığı gibi; yeni alacaklının, devraldığı alacağı üçüncü kişilere devretmesini engelleyen, yasaklayan özel veya ayrı bir düzenleme de mevzuatımızda bulunmamaktadır. İnşaat işlerinin niteliği de söz konusu alacakların devrine engel

1985, sf. 318; **FRANKO**, a.g.e., sf. 179; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 495; **UYGUR**, 2003 d, sf. 4368; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1090; **TUHR**, a.g.e., sf. 826; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **OĞUZMAN/BARLAS**, a.g.e., sf. 122; **KOCAMAN**, a.g.e., sf. 6, 11

⁸¹⁵ **KURU**, 1990 a, sf. 1455; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 259, 273; **TUHR**, a.g.e., sf. 834; **ERTAŞ**, a.g.e., sf. 85; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 396; **KILIÇOĞLU**, a.g.e., sf. 545; **FRANKO**, a.g.e., sf. 188; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 339; **ÖZDEMİR**, a.g.e., sf. 691; **ENGİN**, 2000, sf. 320; **ÖNEN**, a.g.e., sf. 88; “Alacağın temlik neticesi olarak davacının alacak üzerinde hiçbir hakkı kalmadığı ve bu hakkın temellük edene intikal ettiği cihetle, temlikten sonra açılmış olan bu davanın mesmu olmaması icap eder” Yarg. TD. 26.03.1957 t., 7783 E., 773 K.; Yarg. 15. HD. 29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (**KURU**, 1990 c, sf. 759); “Davacı sıfatıyla dava açan kimsenin dava konusu hak üzerinde bir tasarruf yetkisi olmalıdır. Davadan önce alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmayacağından bu alacağını dava yolu ile takip edemez” Yarg. 15. HD.29.03.1977 t., 3126 E., 751 K. (**GÜLAL**, a.g.e., sf. 60)

teşkil etmemektedir. O halde müteahhit ile iş sahibi arasında kurulan inşaat sözleşmesinde, alacağın devrini engelleyen hüküm bulunmaması durumunda; yeni alacaklı serbestçe devraldığı alacağı üçüncü kişilere devredebilir. Ancak inşaat sözleşmesinde devir yasağı bulunması ve alacağı yeni alacaklıya geçiren ilk devir işleminin ise bir defaya mahsus verilmiş bir izin veya icazet sonucu gerçekleşmiş olması durumunda, yeni alacaklı alacağı üçüncü kişilere devredemez⁸¹⁶. Fakat bu durumda da borçlunun, yeni alacaklının alacağı devretmesine baştan izin ya da sonradan icazet vermesi ile alacak devredilebilir. İcazet verilmesi durumunda, devir işlemi başından itibaren hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğurur⁸¹⁷.

Yeni alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılacak devir sözleşmesinin geçerlilik şekli ise; alacağın niteliğine göre daha önce detaylı olarak ve ayrı ayrı ele aldığımız açıklamalara tabidir. Örnek vermek gerekirse; müteahhidin bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa payının tescilini talep hakkını devralan yeni alacaklının, işbu alacağı devretmesi –daha önce arz ve izah edildiği üzere hakkın, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olması sebebiyle- resmi şekilde yapılmasına bağlıdır.

Ancak burada genel bir ilke olarak; yeni alacaklı ile üçüncü kişi arasında kurulacak sözleşmenin yine, yeni alacaklının alacağı geçerli olarak devraldığı sözleşme ile aynı şekilde yapılması gerektiği belirtilebilir.

⁸¹⁶ **DAYINLARLI**, 2000, sf. 153; **KARAHASAN**, 1997 a, sf. 689; **EREN**, 2003, sf. 1189; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1084; **TUHR**, a.g.e., sf. 840; **KAPLAN**, a.g.e., sf. 164; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 397; **KARAHASAN**, 2003, sf. 1454; **OLGAÇ**, 1976, sf. 914; **FRANKO**, a.g.e., sf. 183; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1985, sf. 323

⁸¹⁷ **TUHR**, a.g.e., sf. 845; **DAYINLARLI**, 2000, sf. 166; **TUNÇOMAĞ**, 1976, sf. 1085; **EREN**, 2003, sf. 1189; **FEYZİOĞLU**, 1969, sf. 509; **REİSOĞLU**, a.g.e., sf. 398

D) TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ALACAĞIN DEVRİ

I) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından İnşaat Sözleşmeleri

Buraya kadar çalışmamızda, inşaat sözleşmeleri ve inşaat sözleşmelerinde alacağın devri genel olarak Borçlar, Devlet İhale ve Kamu İhale Kanunları açısından ele alınmıştır. Bu bölümde ise genel hatları ile inşaat sözleşmelerinde alacağın devri, Tüketici Hukuku açısından incelenecektir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 08.03.1995 t. ve 22221 syl. RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. TKHK, yalnızca tüketiciye arz edilen mal ve hizmetlere ilişkin sözleşmeleri kapsamaktadır. Yani sadece “tüketici sözleşmeleri” Kanun’un uygulama alanına girmektedir⁸¹⁸. TKHK. md. 3 hükmü uyarınca tüketici, “bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi” ifade etmektedir.

TKHK. md. 3’de, Kanun’un uygulanmasında kullanılacak çeşitli kavramların tanımları yapılmış olup, bu kavramların neleri ifade ettiği belirlenmiştir. Maddenin yasalaşan ilk haline göre; Kanun’un uygulanmasında kullanılmak üzere yapılan “mal” tanımında, ticaret konusu “taşınır eşyalar” sayılmıştır⁸¹⁹. Ancak daha sonra; 4822 syl. TKHK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁸²⁰ ile bu tanım ve dolayısıyla kapsamı genişletilmiştir. Yapılan değişiklik ile mal tanımına, “konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar, elektronik ortamda hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar” da eklenmiştir. Bu itibarla; taşınır yapıların yanı sıra,

⁸¹⁸ UÇAR, 2001, sf. 524; ZEVKLİLER, Aydın / AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara, 2004, sf. 72

⁸¹⁹ UÇAR, 2001, sf. 524; UÇAR, 2003, sf. 99 vd.

⁸²⁰ 4822 syl Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 14.03.2003 t. ve 25048 syl. RG.

konut ve tatil amaçlı kullanılan taşınmaz yapı eserleri de TKHK. kapsamına dahil olmuştur⁸²¹.

Kanun'un 3. maddesinde; hizmetin de tanımı yapılmıştır. Buna göre hizmet, "bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti" ifade etmektedir. Bu itibarla; bir ücret karşılığı ifa edilen her türlü hizmet (iş görme edimleri) Kanun'un kapsamı dahilindedir⁸²². Bir duvarın meydana getirilmesi, binanın boyanması veya inşaat plan, projelerinin yapılması ve/veya binanın buna uygun olarak meydana getirilmesi gibi faaliyetler TKHK'un uygulama alanı içerisine dahil olabilecek nitelikte hizmetlere örnektir⁸²³.

İnşaat sözleşmeleri açısından ele alındığı zaman ise; konusunu taşınır yapılar ile konut ve tatil amaçlı taşınmaz yapıların oluşturduğu inşaat sözleşmelerinin Kanun kapsamı karşısında durumu üzerinde durmak gerekmektedir. Kanun'un uygulama alanı ve kapsamı dahilindeki sözleşmelerin özellikleri 2. maddede ve ilgili tanımlar ise 3. maddede belirlenmiştir. İlgili maddelere göre Kanun kapsamındaki sözleşmelerin üç özelliği bulunmaktadır:

- 1- Sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması gerekir,
- 2- Tüketicinin, ilgili mal veya hizmeti özel kullanımı ya da tüketimi için satın almış olması gerekir,
- 3- Bedel karşılığı mal ve hizmet arzını amaçlayan ivazlı bir sözleşme olması gerekir⁸²⁴.

Sayılan bu üç özelliği barındıran her türlü sözleşme TKHK kapsamındadır. Yani; tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında kurulan ve bu üç koşulu sağlayan sözleşmenin çeşidi ve niteliği önem taşımamaktadır⁸²⁵. Gerçekten de; TKHK. md 2 hükmüne göre; taraflarından birinin tüketici olduğu *her türlü* "tüketici işlemi" bu Kanun'un kapsamındadır. Takip eden 3. maddede ise "tüketici işlemi"

⁸²¹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 33, 92

⁸²² Ancak niteliği gereği, "hizmet akdi" (iş sözleşmesi, tüketici sözleşmesi sayılmaz. (Bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 74 dip not: 15)

⁸²³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 93

⁸²⁴ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 72 vd.

⁸²⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 74

tanımlanmıştır. Buna göre tüketici işlemi, “mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan *her türlü* hukuki işlemi ifade eder”. Görüldüğü gibi Kanun; tüketici ile satıcı arasında kurulan hukuki işlemleri kapsamı bakımından sınırlandırmamıştır.

Açıklanan sebeplerle; iş sahibinin tüketici niteliğinde bulunduğu ve TKHK. md. 3 uyarınca konusunu, taşınır yapılar veya konut ya da tatil amaçlı taşınmaz yapıların meydana getirilmesinin (hizmetin) oluşturduğu inşaat sözleşmeleri Kanun’un kapsamına girmektedir⁸²⁶. Ancak konut ve tatil amacı dışında kalan; örneğin iş yeri veya üretim, tarım, hayvancılık gibi ihtiyaçları karşılayan büro, fabrika, atölye, ağıl vs. taşınmaz yapı eserlerini konu edinen inşaat sözleşmeleri Kanun’un uygulama alanı dışında kalmaktadır. Zira bu yapılar açısından, iş sahibinin hizmeti özel kullanımı için alma koşulu ortadan kalkmaktadır.

Yargıtay ise Kararlarında aksi görüşü kabul etmektedir. Gerçekten de Yargıtay; istisna sözleşmesinin Borçlar Kanunu’nda düzenlenen özel bir sözleşme olduğunu ve bu sebeple TKHK. hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁸²⁷.

Hatta Yargıtay 4822 syl. Kanun ile getirilen değişiklikten sonra verdiği daha yeni tarihli bir kararında; istisna sözleşmelerine genel hükümlerin uygulanması gerektiği, aksi halde inşaat sözleşmelerinin de TKHK. kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yolunda ve tarafımızca bu şekilde ele alınmasında kesinlikle hukuka uyarlık bulunamayacak yönde bir görüş kabul etmiştir. Gerçekten de söz konusu Karar’da; “Başka bir deyişle, yasada dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri, olağan tüketim işleri kapsamına alınmıştır. *Aksinin düşünülmesi halinde üst düzey teknolojiyle gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi yasa kapsamında kaldığını ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da –yasanın amacına rağmen- tüketici mahkemelerinde bakılmasının gerekeceğinin kabulü icap eder.* Bundan dolayı somut olayda olduğu gibi istisna sözleşmesinden doğan ilişkilerde 4077 syl. TKHK.

⁸²⁶ UÇAR, 2001, sf. 525; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 74

⁸²⁷ Yarg. 15. HD. 09.04.2002 t., 5915 E, 1689 K.; Yarg. 15. HD. 23.09.2002 t., 3627 E., 4107 K. (ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 978-979)

hükümlerinin uygulanması hukuken olanaklı değildir”⁸²⁸. Kararda belirtilen üst düzey teknoloji ürünlerinin ise özellikle taşınmaz yapı eserlerini kapsadığı kanımızca aşıkardır.

Yargıtay’ın konuyu bütünüyle tersten ele aldığı anlaşılmaktadır. Zira Yargıtay’ın kararlarından çıkan sonuca göre, neredeyse bir sözleşmenin tipik olması halinde TKHK. kapsamı dışında kalması gerekmektedir. Oysa TKHK., bu yönde herhangi açık veya dolaylı sonuç çıkarılabilecek bir hüküm içermemektedir. Aksine TKHK; 30. maddesi ile “bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır” demektedir ve Yargıtay’ın kabul ettiği görüşün tam tersi yönde bir yol izlemektedir.

Zira TKHK. özel bir düzenleme getirmektedir. Doğal olarak genel kanunlarla düzenlenmiş konularda dahi; özellikleri bakımından kapsamı dahilinde ise öncelikle bu özel kanunun uygulanması gereklidir. Aksinin kabulü ise; başka kanunlarda düzenleme bulunan hallerde, bu özel amaçlı kanunun uygulama dışında bırakılması sonucunu doğuracaktır⁸²⁹.

Diğer taraftan yukarıya alınmış bulunan Karar’da belirtildiği gibi; üst düzey teknoloji ürünlerine yönelik istisna sözleşmelerinin TKHK. kapsamı dışında bırakılabilmesi için tüm istisna sözleşmelerinin genel hükümlere yönlendirilmesi gibi bir sonuca yönelen görüşün kabul edilmesi, hukuki mesnetten yoksun ve kabul edilemez olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç olarak; konusunu taşınır yapı veya konut ya da tatil amaçlı taşınmaz yapıların oluşturduğu ve iş sahibinin tüketici niteliğinde olduğu inşaat sözleşmeleri TKHK’un uygulama alanındadır. Bu sözleşmelerin taraflarını ise; tüketici niteliğini taşıyan iş sahibi ve bu tüketici tarafa mal arzını amaçlayan müteahhit oluşturmaktadır⁸³⁰.

⁸²⁸ Yarg. 15. HD. 25.01.2005 t., 04/3516 E., 05/230 K. (YDD., S. 116, İstanbul, Ağustos 2005, sf. 88)

⁸²⁹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 75

⁸³⁰ UÇAR, 2001, sf. 525; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 73

II) İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devredilmesinin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Durumu

İnşaat sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunması bir yanda kalmakla beraber; inşaat sözleşmelerinden doğan alacakların üçüncü kişilere devredilmesinin ve bu devirlere ilişkin sözleşmelerin TKHK.'un uygulama alanında bulunması meselesi ayrı bir konuyu oluşturmaktadır.

Gerçekten de müteahhit veya iş sahibi; TKHK. kapsamında bulunan veya bulunmayan bir inşaat sözleşmesinden doğan alacaklarını üçüncü kişilere devredebilirler. Böyle bir durumda ise; devir sözleşmesinin inşaat sözleşmesinden bağımsız bir şekilde ele alınması ve bağımsız olarak TKHK. kapsamında bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Zira; alacağın devri sözleşmesi ile inşaat sözleşmesi birbirinden bağımsız ve niteliği bakımından farklı sözleşmelerdir.

Daha önce detaylı olarak ele alındığı üzere inşaat sözleşmeleri açısından; bu sözleşmelerden doğan müteahhit alacağı bir miktar paranın, belli bir hizmetin yerine getirilmesinin veya taşınmaz mülkiyetinin naklini talep olabilir. İş sahibi ise sözleşmeye konu yapı eserinin tamamlanarak teslimini ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir çeşidi için ise taşınmaz mülkiyetinin naklini talep hakkına sahiptir.

TKHK. md. 2 uyarınca; bir sözleşmenin Kanun kapsamında olabilmesi için, mal ve hizmet arzını amaçlayan bir sözleşme olması gerekmektedir. Kanun'un uygulaması açısından mal ve hizmetlerin tanımı ise 3. madde de yapılmıştır. Buna göre mal; alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder.

Aynı maddeye göre hizmet ise; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade etmektedir.

Görüldüğü gibi; alacakların satımı, devri kanun kapsamında sayılmamaktadır. Zira alacak hakları Kanun'da tanımlanan mal ve hizmet kavramları içinde ifade edilmemektedir. Her ne kadar; alacak haklarının satışına taşınır satımına ilişkin hükümler uygulanırsa da⁸³¹, TKHK. anlamında taşınır eşya olmadığı kanaatindeyiz. Zira mal, alış-verişe konu olabilen ve maddi bütünlüğü olan taşınır eşyaları kapsamaktadır. Bunun istisnası ise aynı maddede ayrıca ve açıkça belirtilen ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan gayri maddi malların da Kanun kapsamına dahil olmasıdır.

Bu nokta da; 3. maddede yapılan tanımda konut ve tatil amaçlı taşınmaz malların da Kanun kapsamında ifade edilmiş olması üzerinde durmak gerekmektedir. Zira; bu çeşit taşınmaz malların Kanun kapsamında olduğu ifade edildiği için, bu mallara ilişkin hakların devrinin de Kanun kapsamında olabileceği düşünülebilir.

Gerçekten de; TKHK. md. 3 uyarınca mal, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları da ifade eder. Ancak; bu gibi taşınmazların "satımı" Kanun kapsamında değildir. Burada ifade edilmek istenilen; konut ve tatil amaçlı *kullanılan* taşınmazların Kanun'un uygulama alanında olduğudur. Yoksa konut ya da tatil amaçlı dahi olsa, taşınmazların satımı Borçlar Kanunu (md. 213-217) kapsamındadır⁸³². Bu itibarla; alacak hakları Kanun kapsamında sayılmış olmamasına rağmen, taşınmaz satış vaadi niteliğini barındıran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan talep haklarının devrinin bu madde kapsamında değerlendirilerek Kanun'un uygulamasına dahil edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Bu maddede belirtilen konut ve tatil amaçlı taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, devre tatil sözleşmeleri açısından istisnai olarak uygulama alanına sahiptirler⁸³³.

⁸³¹ TANDOĞAN, 1988, sf. 101

⁸³² ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 91 vd.

⁸³³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, a.g.e., sf. 74, 91 vd.

SONUÇ

İnşaat tekniğinin ulaştığı seviye ve bir yapının meydana getirilmesinin birbirinden farklı uzmanlıklar gerektiren bir hal alması dolayısıyla; günümüzde inşaat yapım işleri, genellikle salt bu işle uğraşan ve bunu meslek edinmiş müteahhitler tarafından yerine getirilmektedir. Bu sebeple; inşaat işine uzak olan iş sahibi ile müteahhit arasında hukuki ilişki kurulması bir zorunluluk haline gelmiştir. İşte; inşaat sözleşmesi, bu ilişkinin sonucunda ortaya çıkmıştır. Her sözleşme gibi; inşaat sözleşmesi de taraflar açısından çeşitli borç ve alacaklar doğurmaktadır.

Uygulamada sözleşmenin tarafları; ülkemizin ekonomik koşulları ile kendi ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, bu sözleşmeden doğan alacaklarını üçüncü kişilere satmaktadırlar. İnşaat sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan alacakların üçüncü kişilere satılması, zaman içerisinde iş sahibi, müteahhit ve alacağı devralan arasında yoğun uyuşmazlıklara sebep ve pek çok yargı kararına konu olmuştur. Yoğunlu zaman içerisinde artan ve günümüzde de devam eden gelişmiş kentlere göç hareketleri, şehirlerde öncelikle konut ihtiyacını artırmıştır. Bu ihtiyacın sonucunda; yoğun olarak başta konut olmak üzere inşaat yapımları gerçekleşmektedir. Bu yoğunluk ise öncelikle arsa maliklerinin, uzman meslek erbabı durumunda bulunan müteahhitlerle inşaat sözleşmeleri kurması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Ancak inşaat işleri; iş gücü, makine parkı ve malzeme gibi ihtiyaçları dolayısıyla büyük harcamalar gerektirmektedir. Bu; büyük parasal kaynakların varlığını zorunlu hale getirmektedir. Kaynak ihtiyacı arsa sahipleri açısından sıkıntı yaratmakta ve inşaat yapımına başlamalarını veya tamamlamalarını engellemektedir.

Kaynak sorunu, uygulamanın hemen çıkış yolunu ve çözümü de üretmesini beraberinde getirmiştir. Uygulamanın bulunduğu çözüm basit olmuştur. Arsa üzerinde çok katlı ve pek çok bağımsız bölümden oluşan taşınmaz yapıların inşasına yönelinmiştir. Bu inşaatların ücreti; bir kısım arsa paylarının (bağımsız bölümlerin)

mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi şeklinde ödenmeye başlamıştır. İşte ekonomik koşullar sonucunda ortaya çıkan ve inşaat sözleşmesinin bir görünüm şekli olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri” bu şekilde ortaya çıkmıştır. Böylece; kaynak sıkıntısı çeken arsa sahipleri para harcamaksızın maliki oldukları arsalarını değerlendirme ve bunun sonucunda birden fazla bağımsız bölüm elde ederek, hem konut ihtiyaçlarını giderme hem de bağımsız bölümleri kiraya vererek veya üçüncü kişilere satarak kazanç elde etme imkânına kavuşmuşlardır. Hatta arsa sahipleri pek çok kez bu satışlar için inşaatın tamamlanmasını dahi beklememiştir. Gerçekten de arsa sahipleri, sözleşme uyarınca kendilerine düşecek arsa paylarını henüz inşaat devam ederken üçüncü kişilere satabilirler.

Ancak inşaat sözleşmesinin diğer tarafı olan müteahhit açısından da pek çok sorun ortaya çıkmıştır. İnşaat işleri pek çok zaman müteahhitlerin dahi, tek başlarına karşılayamadıkları kaynakları gerektirmiş ve müteahhitler inşaatları tamamlayamama durumuna düşmüşlerdir. Kaynak arayışına giren müteahhitler; kimi zaman kredi sağlayan kuruluşlardan kredi temini yoluna gitmektedirler. Bu durumda ise; sağladıkları kredilere teminat olarak inşaat sözleşmesinden doğan alacaklarını göstermektedirler. Ancak; kredi bulmanın zorluğu ve faiz gibi giderlere katlanmak zorunda olmaları, müteahhitlerin uygulamada başka bir yolu tercih etmelerini sağlamıştır. Bu yol; müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını, yani kendilerine düşecek bağımsız bölümleri (arsa paylarını) henüz inşaat devam ederken üçüncü kişilere satmalarıdır. Böylece hem müteahhit inşaatı tamamlayacak parasal kaynak bulmakta hem de üçüncü kişiler henüz tamamlanmamış bir yapıdan bağımsız bölüm olarak kazanç sağlamaktadırlar. Zira; tamamlanmamış inşaatın yapılan satışlarda, satım bedeli daha düşük miktarlarda olmaktadır.

Ortaya çıkan durumda; bağımsız bölüm satışı zaman içerisinde çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir. Zira uygulamanın başlangıcı zamanında; taşınmaz olarak sadece arsa, tapu kütüğüne kaydedilmekte ve bu durumda arsanın bütünleyici parçası olan yapı da bütün olarak tüm arsa sahiplerinin müşterek mülkiyetinde bulunmakta idi. Yani bağımsız bölümler üzerinde, ayrı bir mülkiyet hakkı

kurulamamaktaydı. Bu durum uygulamanın getirdiği zorunluluk dolayısıyla; önce her müşterek malike binanın bir bağımsız bölümü üzerinde, münhasıran yararlanması için irtifak hakkı tesisi yoluyla çözülmeye çalışılmıştır (Önceki TMK. md. 753, TMK. md. 838). Tapu Kanunu md. 26’da yapılan 1954 tarihli değişiklik ile bu durum teyit edilmiştir. Ancak fiili durumun tam olarak karşılanamaması sebebiyle; 1965 yılında 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanun ile; Medeni Kanun sistemiyle bağdaşmamakla birlikte, kat maliklerine bağımsız bölümler üzerinde tam bir mülkiyet hakkı tanınmıştır. Kat mülkiyeti, arsa payları ile bağlantılı özel bir mülkiyet hakkıdır. Zira; KMK. md. 2 hükmü ile, her bağımsız bölüme değeri ile orantılı bir arsa payının tahsisi şarttır. Bu durumda; kat mülkiyeti arsa payının mülkiyetine bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi; uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacaklar hem iş sahibi hem de müteahhit tarafından üçüncü kişilere satılmaktadır. Ancak; bu durum arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile sınırlı değildir. Gerçekten de inşaat sözleşmelerinde; iş sahibi yapının tamamlanmasını güvenceye almak için ücreti, yapının tamamlanarak kendisine teslimi koşulunda ödemek üzere sözleşme yapmak istemektedir. Bu husus Kanun’un sistemine de uygundur. Bu durumda; müteahhit yapı tamamlanana kadar kazanç elde edememekte ve fakat inşaat süresince kaynaklarını yapının tamamlanmasına ayırmak zorunda kalmaktadır. İnşaat işlerinin uzunca sayılabilecek bir zamana yayılması ise müteahhitlerin kâr elde etmeye başlamaksızın harcama yapmasını ve buna yapım süresi boyunca dayanması zorunluluğunu getirmektedir. Oysa inşaat yapımını meslek edinen müteahhitler haklı olarak, nakit kaynaklarını olabildiğince az harcayarak olabildiğince kısa sürede kâr elde etme amacını taşımaktadırlar. Açıklanan durum; müteahhitlerin inşaat sözleşmesinden doğan parasal alacaklarını dahi henüz inşaat devam ederken satmak yoluna gitmelerini ortaya çıkarmıştır. Uygulamada “kırdırma” da denilen bu satışlarda, alacak miktarından daha az bir bedelle alacak üçüncü kişilere satılmaktadır. Üçüncü kişi inşaatın tamamlanmasını bekleyerek sonunda sözleşme ile belirlenen ücreti almaktadır. Müteahhide ödediği bedel ile ücret arasındaki fark ise üçüncü kişinin kârını oluşturmaktadır. Durumun bir nevi faiz geliri gibi düşünülmesi mümkündür. Müteahhit ise bir miktar parasal kayba uğramış olsa dahi; gerek elde

ettiği kaynağı başka işlerde kullanarak kâr etmekte gerekse emeğini inşaat süresini beklemeksizin parasal değere dönüştürebilmektedir.

Daha sonra özellikle niteliğini tekrar ele almak kaydıyla; aynı şekilde iş sahibi de kendi koşulları içerisinde inşaat sözleşmesinden doğan alacağını satabilmektedir.

Anılan durumların tamamı özel hukuk kişileri arasında cereyan etmekle birlikte, inşaat işleri bu alanla sınırlı değildir. Gerçekten de; kamu kurum ve kuruluşları da yapı ihtiyaçlarını, ihaleler yolu ile belirledikleri müteahhitlere yaptırmaktadır. İdare ile müteahhitler arasında kurulan bu amaca yönelik sözleşmeler de, inşaat sözleşmesi niteliğindedir. Müteahhitler bu durumda dahi; daha önce belirttiğimiz gibi sebeplerle, idareden olan ücret alacaklarını üçüncü kişilere satmaktadırlar. İdarenin yapım işlerine ilişkin ihaleleri ve bu ihalelere ilişkin inşaat sözleşmeleri düzenleyen kanunlar ise ayrıca kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Zaman içerisinde çeşitli düzenlemeler getirilmiş olmakla birlikte; bugün için temel olarak üç kanun bulunmaktadır. İlki 1983 tarihli 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'dur. Diğerleri ise 2002 kabul tarihli 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'dur. Başlangıçta kapsamı çok geniş olan DİK'nun uygulama alanı, KihK'nun kabul edilmesi ile inşaat sözleşmeleri açısından oldukça daralmıştır. Zira; bütçe kaynaklarının harcanmasını gerektiren inşaat işleri KihK. Kapsamına dâhil edilmiştir. Bu durumda sadece; bütçe kaynağı harcanmasını gerektirmeyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri DİK. kapsamında kalmıştır.

İnşaat sözleşmesi kanunlarımızda ayrıca ve açıkça bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. İnşaat sözleşmesi ile müteahhit, bir yapı eseri meydana getirme ve iş sahibi ise meydana getirilen yapı eserinin karşılığı olmak üzere müteahhide ücret ödeme borcu altına girmektedir. Bu itibarla; sözleşmenin esaslı unsurları BK. md. 355 ve devamında düzenlenen "istisna sözleşmesinin" esaslı unsurlarından oluşmaktadır. Açıklanan sebeplerle inşaat sözleşmesi; istisna sözleşmesi niteliğinde bir sözleşmedir. Esasen inşaat sözleşmesi; istisna sözleşmesinin bir görünüm şeklidir. İstisna sözleşmesi ile, konusunu pek çok şeyin oluşturabileceği eser meydana

getirilmektedir. İşte meydana getirilecek eserin “yapı eseri” olması durumunda sözleşme, inşaat sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir.

Bu itibarla sözleşmenin tanımı şu şekilde yapılabilir; “*İnşaat sözleşmesi, müteahhidin bir yapı eserinin tamamını veya bir kısmını meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği ve iş sahibinin de karşılık olarak ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir istisna sözleşmesidir*”. Görüldüğü gibi inşaat sözleşmesi ile tarafların her ikisi de borç altına girmekte ve edimleri ise birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Bu itibarla inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir.

Sözleşmenin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar yapı eseri meydana getirme, ücret ve taraflar arasında anlaşmadır. İnşaat sözleşmesi açısından meydana getirilecek eser, yapı eseridir. Yapı eseri, taşınmaz yapı veya TMK. md. 728’de belirtine nitelikte taşınır yapı olabilir. Meydana getirme ifadesi ise; öncelikle yeni baştan bir yapının inşası anlamındadır. Ancak bununla sınırlı olmayıp; mevcut bir yapıda değişiklik veya mevcut bir yapıya ilave yapılması olabilir. Yeni bir yapının sadece bir kısmının inşa edilmesi de meydana getirilme anlamındadır. Bunların yanı sıra, mevcut bir yapının yıkılması dahi meydana getirme kavramı içerisinde ifade edilmektedir.

Ücret; meydana getirilecek yapı eseri sebebiyle müteahhide ödenmesi taahhüt edilen karşılıktır. Sözleşmenin inşaat (istisna) sözleşmesi niteliğini kazanabilmesi için tarafların ücret ödeneceği hususunda anlaşmış olmaları şarttır. Aksi halde ortaya çıkan sözleşme, tarafların amacı ve sözleşmenin hükümlerine göre, vekâlet sözleşmesi veya isimsiz bir sözleşme niteliğinde olacaktır. Ancak; hayatın olağan seyrine göre yalnızca ücret karşılığı meydana getirilebileceğinin, yani karşılığın varlığının tabii sayılacağı durumlarda ücret ödenmesi örtülü olarak kararlaştırılmış sayılır. Genellikle meslek sahipleri ile zanaatkârların gördükleri işlerin ücret karşılığı olduğu söylenebilir. Ücretin ödeneceği hususunda anlaşılmış olması gerekli ve yeterlidir. Ücret miktarının da ayrıca ve açıkça kararlaştırılmış olması ise gerekmemektedir. Miktar kararlaştırılmamış ise ücret, BK. md. 366 hükmü uyarınca

yapı eserinin değerine ve müteahhidin masraflarına göre belirlenecektir. Bu durumda ücret bir miktar paradan ibaret olacaktır.

Sözleşme ile belirlenen ücret ise öncelikle bir miktar paradır. Ancak bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Taraflar ücretin başka şekillerde ödeneceğine serbestçe karar verebilirler. Örneğin ücretin; taşınmaz mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi veya bir işin görülmesi ya da bir başka eserin meydana getirilmesi şeklinde olacağı hususunda anlaşılmış olması böyledir. Ücretin taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi şeklinde anlaşılmış olması halinde; meydana getirilecek yapı eseri karşılığında ücret olarak, üzerinde inşaat yapılan arsanın bir kısım paylarının müteahhide geçirileceği taahhüt edilmektedir. İşte ücret olarak taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesinin taahhüt edildiği sözleşmeler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir.

Sözleşmenin son unsuru ise, taraflar arasında anlaşmadır. Bu itibarla tarafların, belirli bir yapı eserinin meydana getirilmesi ve bu inşaat karşılığında ücret ödenmesi konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Tarafların anlaşmalarında uymaları gereken şekil, yani sözleşmenin şekli açısından kanunda ayırık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple; BK. md. 11. f. 1 uyarınca inşaat sözleşmeleri kural olarak şekle tabi değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından ise durum fark göstermektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhit, yapı eseri meydana getirmeyi ve iş sahibi ücret olarak ise bir kısım arsa payını müteahhide geçirmeyi borçlanmaktadır. Müteahhidin borcu istisna sözleşmesinin esaslı unsurunu oluşturmaktadır. İş sahibinin arsa paylarına ilişkin borcu, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi niteliğindedir. Bu ise taşınmaz satımı ve satış vaadi sözleşmelerinin esaslı unsurudur. Kanunun başka başka sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmesi ile meydana getirilen sözleşmelere “karma sözleşme” denilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de; iki farklı tipik sözleşmenin unsurlarından oluşmaktadır. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çift tipli karma sözleşme niteliğindedir. Karma sözleşmelere; her bir edim açısından edimin alındığı sözleşmeye ait kanun hükümleri mahiyetleri itibariyle sözleşme ile bağdaştırıldığı ölçüde uygulanır. Ne var ki; değişik sözleşme tiplerine ait

kuralların birbirine ters düşmesi durumunda, karşılıklı çıkarlar dengesine ve sözleşmenin kuruluş amacına göre TMK. md. 1 uyarınca hakkaniyete uygun çözüm yolu seçilecektir. Bu sebeple; karma sözleşmenin unsurlarından birini oluşturan diğer sözleşmenin geçerliğinin şekle bağlı olması halinde, ortaya çıkan karma sözleşmenin geçerliği de şekle tabi olur. Bir başka ifade ile; şekle bağlı sözleşmenin edimi dolayısıyla, karma sözleşmenin, istisna sözleşmesinin edimlerini de içermesine rağmen şekle bağlı olarak yapılması gerekmektedir.

TMK. md. 706 ve BK. md. 213 uyarınca; taşınmaz satımı ve taşınmaz satış vaadi resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; karma sözleşmenin iş sahibinin borcunu oluşturan edimi dolayısıyla resmi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak resmi sözleşmenin iş sahibinin edimlerini içermesi geçerliliği için yeterlidir. Yani müteahhidin edimi açısından istisna sözleşmesinin hükümleri uygulanacak ve geçerlilik şekli aranmayacaktır. Sözleşmeyi düzenlemeye yetkili merci ise tapu memurları veya noterlerdir.

DİK. kapsamındaki inşaat işlerinin ise sözleşmeye bağlanması zorunludur. İş sahibi idare ile müteahhit arasında kurulacak sözleşmenin noterlerce imza onaylaması şeklinde yapılması gerekmektedir. KHK'na tabi işlerde de sözleşme yapma zorunluluğu bulunmakla birlikte; sözleşmenin geçerliliği için adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir.

Alacağın devri, BK. md. 162 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı; kanun veya sözleşme hükmü ile yasaklanmış veya niteliği gereği devredilemeyen bir alacak olmaması kaydı ile, alacağını üçüncü kişilere devredebilir.

Alacağın devri ile, bir borç ilişkisinden doğan alacak hakkı üçüncü kişiye devredilmektedir. Bu itibarla mameleki bir değer taşıyan alacak hakkı, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçmektedir. Bunun sonucu olarak da, borç ilişkisinin alacaklısı değişmektedir. Alacağın malvarlığından çıkması sebebiyle, devreden alacak üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalmaktadır. Bunun sonucu olarak; borcun (alacağın) ifasını talep ve dava, borçluyu ibra etme veya

alacağı tekrar devretme gibi haklar alacağı malvarlığında bulunduran hak sahibi devralana geçmektedir.

Kural olarak alacağın devri, sözleşmeye dayalı bir işlemdir. BK. md. 163'de alacağın devri sözleşmesinin şekli düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı ile devralan üçüncü kişi arasında yapılacak devir sözleşmesinin geçerliliği adi yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

İnşaat sözleşmelerinden ve karma sözleşme niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan alacak haklarının üçüncü kişilere devrini yasaklayan kanun hükmü bulunmamaktadır. İnşaat işi ve buna dair sözleşmeden doğan alacağın niteliği de devre engel değildir. Bu durumda inşaat sözleşmesinden doğan alacaklar, kural olarak üçüncü kişilere devredilebilirler. Ancak ücretin para, taşınmaz mülkiyetinin nakli veya başka bir eser meydana getirilmesi dışında bir edim olduğu durumlarda; söz konusu edimin devredilebilir nitelikte olmaması halinde inşaat sözleşmesinden doğan alacağın üçüncü kişilere devri mümkün olamayacaktır.

Ancak alacağın devri; sözleşme ile yasaklanabileceği gibi, sadece belli kişilere devredilebileceği gibi sınırlandırmalar dahi getirilebilir. Alacağın devrine borçlunun katılması veya izin vermesi gerekmemektedir. Ancak bu hüküm emredici nitelikte olmayıp, taraflarca aksi kararlaştırılabilir ve örneğin borçlunun iznine tabi tutulabilir. İnşaat sözleşmesi ile bu tür yasak veya sınırlamaların getirilmiş olması durumunda, sözleşmeden doğan alacağın devri bu hükümlere tabidir. Sözleşme ile getirilen yasak veya sınırlamalara uyulmaması halinde, alacağın devri geçerli olmayacaktır.

Başta anlattığımız şekilde; müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere satması şeklinde görülen uygulama, esasen alacağın devridir. Yani müteahhit ile üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşmenin niteliği satım değil, alacağın devridir.

Müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan alacağı, ücret olarak belirlenen edimin ifasıdır. Bu itibarla; bir miktar paranın ödenmesi veya bir kısım arsa paylarının mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi ya da başka bir edimin ifası müteahhidin alacağı olabilir. Ücret miktar veya çeşidinin sözleşme ile belirlenmemiş olduğu durumlarda da, ücreti bir miktar para oluşturacaktır. Ücretin bir miktar para olarak kararlaştırıldığı durumlarda; alacağın devri sözleşmesi BK. md. 163 hükmü uyarınca yazılı olarak yapılmalıdır.

Ücretin taşınmaz mülkiyetinin nakli olarak belirlendiği sözleşmeler, yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri farklı çeşitlerde yapılabilir. Arsa paylarının mülkiyetinin inşaatın tamamlanması üzerine müteahhide geçirileceği taahhüt edilebileceği gibi; arsa mülkiyetinin başlangıçta bütünüyle veya müteahhide düşen payların mülkiyetinin başlangıçta tapuda müteahhide geçirilmesi şeklinde ya da arsa paylarının inşaatın aşamalarına göre müteahhide geçirilmesi şeklinde sözleşme yapılabilir. Arsa paylarının inşaatın tamamlanması ile müteahhide geçirilmesinin taahhüt edildiği sözleşme çeşidinde, müteahhidin alacağı taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesine yöneliktir. Müteahhidin bu sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişilere devretmesi de, aynı şekilde taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik bir işlemdir. Bu işlemin sadece bir hakkın devri olarak yorumlanması, taşınmaz mülkiyetinin devri sonucunu doğurmasının göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir.

TMK. md. 706 hükmü uyarınca; taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliği, resmi şekilde yapılmış olmalarına bağlıdır. Bu hüküm emredici nitelikte olup; sadece taşınmazın satım sözleşmelerini değil, mülkiyetin naklini amaçlayan her türlü sözleşmeyi kapsar niteliktedir. Zaten maddenin ifade tarzı da açıkça bu sonucu belirtir şekilde düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne aykırı olarak düzenlenen sözleşmelerin geçerli olabilmesi, açıkça bu hususun kanunda düzenlendiği ve TMK. md. 706'ya istisna getirildiği hallerde mümkündür. Bu sebeplerle; taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan alacağın devri sözleşmelerinin geçerliliği resmi şekilde yapılmış olmalarına bağlıdır. Resmi sözleşmeyi düzenleyecek merci ise tapu memurları ile noterlerdir.

Bir diğer çeşit arsa payı karşılığı inşaat sۆzleşmesi ise; başlangıçta arsa mۆlkiyetinin bۆtünüyle veya sadece mۆteahhide dۆřen payların tapuda mۆteahhit adına devir ve tescilinin yapılması şeklinde kurulmasıdır. Bu halde mۆteahhidin sۆzleşmeden doğan ve devre konu olabilecek bir alacak hakkı bulunmamaktadır. Mۆteahhit arsa paylarının maliki durumundadır. Mۆteahhidin maliki olduğu arsa paylarını ۆçüncü kişilere geçirmesi, alacağın devri değil doğrudan taşınmaz satımıdır. Ayrıca mۆteahhidin paylara ilişkin veya ileride kurulacak bağımsız bۆlümlere ilişkin satış vaadi sۆzleşmesi yapması da mۆmkündür. Herhalde; bu durumda alacağın devri sۆz konusu olmamaktadır.

Bir diğer arsa payı karşılığı inşaat sۆzleşmesi çeşidi ise; inşaatın aşamalarına gۆre arsa paylarının kısım kısım mۆteahhide geçirilmesidir. Bu durumda iki sonuç ortaya çıkabilir. Biri bir kısım payların inşaatın aşamasına gۆre mۆteahhide tapuda işlem yapılarak geçirilmiş olması, diğeri ise henüz belirlenen aşamaya gelinmemiş olması sebebiyle mۆlkiyeti mۆteahhide geçirilmemiş ancak geçirilmesi taahhüt edilmiş payların bulunmasıdır. Mۆlkiyeti mۆteahhide geçirilmiş paylar açasından; mۆteahhidin ۆçüncü kişiler ile yapacağı sۆzleşme alacağın devri değil, taşınmaz satımı veya satış vaadi niteliğindedir. Henüz mۆlkiyeti mۆteahhide geçirilmemiş paylar açasından ise, mۆteahhidin taşınmaz mۆlkiyetinin nakline yۆnelik alacağı bulunmaktadır. Bu durumda da yukarıda arz ve izah edildiği gibi sۆzleşmenin resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

Ücret olarak bir başka eserin meydana getirilmesinin taahhüt edildiği inşaat sۆzleşmeleri, her iki tarafın da edimini eser meydana getirilmesinin oluşturduğu istisna sۆzleşmeleridir. Bu sۆzleşmenin inşaat sۆzleşmesi olabilmesi için, mۆteahhidin ediminin taşınmaz ya da taşınır bir yapı eserinin meydana getirilmesi şeklinde olması gerekmektedir. Ancak iş sahibinin ücret borcu olarak belirlenen eserin bunların dışında, taşınır mal veya istisna sۆzleşmesine konu olabilecek başka bir eser olarak belirlenmesi mۆmkündür. Ücretin de taşınmaz yapı olarak belirlendiği durumlarda, alacağın devri açasından, taşınmaz yapı eserinin meydana getirileceği arsanın maliki önem kazanmaktadır. Taşınmaz yapı mۆteahhidin maliki olduğu arsa

üzerinde inşa edilecekse; yapı bütünleyici parça kurallarına göre doğrudan müteahhidin mülkiyetinde olacaktır. Bu durumda, müteahhidin devre konu yapabileceği bir alacak hakkı bulunmamaktadır. Müteahhit ile üçüncü kişi arasında yapılacak işlem, taşınmaz satımı veya satış vaadi niteliğindedir. Taşınmaz yapının iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilmesi halinde; müteahhidin alacağı taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkindir. Bu durumda; müteahhidin alacağını üçüncü kişilere devretmesi mümkün olmakla birlikte, devir sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

Taşınır yapılar; TMK. md. 728 hükmü uyarınca taşınır mal hükümlerine tabidir. Bu durumda ücretin taşınır yapı ya da taşınır bir mal meydana getirilmesi şeklinde belirlenmiş olması fark yaratmamaktadır. Taşınır mülkiyetinin naklinde, zilyetliğin devri gerekmele birlikte; bunlara ilişkin sözleşmeler açısından şekil şartı getirilmemiştir. O halde; ücretin böyle kararlaştırıldığı sözleşmelerde müteahhidin üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmenin geçerliliği alacağın devri sözleşmesinin şekli düzenleyen BK. md. 163 hükmüne tabidir. Bu durumda, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

Ücretin; bir işin görülmesi ya da kira veya başka bir edim şeklinde belirlenmiş olması halinde ortaya çıkan sözleşme, karma nitelikte sözleşmedir. Kural olarak karma sözleşmelerde her edime, edimin ait olduğu sözleşmeyi düzenleyen kurallar uygulanacaktır. Bu durumda; edimin devrine ilişkin kanuni bir engel bulunması ya da edimin niteliğinin devre uygun olmaması halinde, müteahhit alacağını devredemeyecektir. Devre engel bir durum olmaması halinde ise; müteahhidin bu sözleşmeden kaynaklanan alacağını devretmesi mümkündür. Devir sözleşmesinin şekli bakımından da aynı kural geçerlidir. Edime ilişkin sözleşmenin şekil şartına tabi tutulmuş olması durumunda, müteahhidin bu edime ilişkin alacağının devri de aynı şekilde yapılmış devir sözleşme bulunmasına bağlıdır. Böyle bir düzenleme bulunmaması halinde ise; BK. md. 163'e göre adi yazılı şekil yeterli olacaktır.

İş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğan alacağı taşınmaz veya taşınır bir yapı eserinin meydana getirilerek kendisine tesliminden ibarettir. Taşınmaz yapı eseri meydana getirilmesini konu edinen sözleşmelerde, müteahhit, iş sahibinin maliki bulunduğu arsa üzerinde taşınmaz bir yapı eseri meydana getirecektir. Bu durumda; Medeni Kanun'un bütünleyici parça kurallarına göre meydana getirilen yapı eserinin maliki, iş sahibi olacaktır. O halde; iş sahibinin bu sözleşmeden doğan devre konu olabilecek bir alacak hakkı bulunmamaktadır. Zira; iş sahibi taşınmaza ilişkin alacak hakkının sahibi değil doğrudan taşınmazın maliki olmaktadır. Bu durumda iş sahibinin üçüncü kişilerle yapacağı sözleşme taşınmaz satımı veya satış vaadi niteliğinde olacaktır. İş sahibinden arsa payı satın alan üçüncü kişilerin müteahhitle ilişkisi önem kazanmaktadır. Zira üçüncü kişiler meydana getirilecek yapı eserine sahip olmak amacıyla iş sahibinden pay satın almışlardır; ancak inşaat sözleşmesinin nisbi niteliği karşısında eserin tamamlanması için müteahhide başvuramamaktadırlar. Uygulamada bu durum; satım sözleşmesi ile birlikte, inşaat sözleşmesinden doğan hakların da alacağın devri niteliğinde devredildiğinin kabulü ile çözülmektedir. Yani iş sahibinin tek başına devredebileceği bir alacak hakkı bulunmamaktadır; ancak iş sahibinin satım sözleşmesi inşaat sözleşmesinden doğan haklarını da devretmesi anlamına gelmektedir. Kanımızca da bu çözüm tarzı taraf iradelerine ve çıkarlar dengesine uygundur. Şekil bakımından da bir problem çıkmamaktadır, zira alacağın devri için adi yazılı şekil yeterli iken, taşınmaz satımı ile sözleşme resmi şekilde yapılmaktadır.

Ancak; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir çeşidi yukarıda bahse konu kurala istisna yaratmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, başlangıçta arsa mülkiyetinin bütünüyle müteahhide geçirilmek suretiyle yapılması mümkündür. Bu halde müteahhidin borcu; taşınmaz yapının tamamlanması üzerine, sözleşme ile iş sahibine ait olacağı belirlenen arsa paylarının mülkiyetini iş sahibine geçirmek oluşturmaktadır. İşte bu halde; iş sahibinin devre konu edilebilecek bir alacak hakkı bulunmaktadır. Alacak hakkının kapsamı, sözleşme ile kendisine ait olacağı belirlenmiş arsa paylarının mülkiyetinin tapuda adına geçirilmesini talep ve dava hakkıdır. Bu çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde; iş sahibi alacağını – sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa- üçüncü kişilere devredilebilir. Devredilen

hakkın taşınmaz mülkiyetine ilişkin olması ve TMK. md. 706 ile taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliğinin resmi şekle bağlanmış olması sebepleriyle; iş sahibi bu alacağını ancak resmi şekilde yapılmış alacağın devri sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredebilir.

İnşaat sözleşmesinin konusunu taşınır yapı eserinin meydana getirilmesinin oluşturduğu hallerde; meydana getirilen taşınır yapı, iş sahibinin arsasında dahi olsa onun mülkiyetine geçmez. Bu durumda iş sahibinin alacağı; taşınır yapı eseri meydana getirilerek teslimi ile mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesinden ibarettir. İş sahibinin bu alacağını, alacağın devri yolu ile üçüncü kişilere devretmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Hakkın niteliği de devre engel teşkil etmemektedir. O halde; sözleşme ile yasaklanmış olmamak kaydı ile, iş sahibi bu alacağını üçüncü kişilere devredebilir. Devir sözleşmesinin ise adi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

Alacağın devri hususunda sıklıkla yaşanan ve pek çok uyuşmazlığa neden olan bir durum da mükerrer devirlerdir. Mükerrer devir, alacaklının aynı alacağı birden fazla kişiye devretmesi durumudur. Alacağın devri ile alacak devreden malvarlığından çıkmakta ve alacak üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkmaktadır. Devirden sonra alacak üzerinde tasarruf etmeye yetkisi olan tek hak sahibi devralan yeni alacaklıdır. Bu durumda; ilk kurulan devir sözleşmesi ile alacak devreden malvarlığından çıkacağı için, devreden söz konusu alacak üzerinde tekrar tasarrufta bulunarak yeni bir devir işlemi yapması mümkün değildir. Yani ilk kurulan devir sözleşmesi geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını meydana getirecek ve fakat sonradan yapılan devirler ise, devreden malvarlığında devredebileceği böyle bir alacak mevcut olmadığı için geçersiz olacaktır.

İnşaat sözleşmeleri ve bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından da durum bu şekildedir. İlk devir geçerli olacak ve iş sahibi veya müteahhidin alacağı üçüncü kişinin malvarlığına geçecektir. Diğer devirler ise geçersiz olacaktır. Bu durumda devreden iş sahibi/müteahhit, geçersiz olan devir sözleşmeleri bakımından BK. md. 169 uyarınca sorumlu olacaktır. Sorumluluğunun

kapsamı ise BK. md. 171 uyarınca almış olduğu bedel ve faizi ile devralanın devir için ve alacağı takip için yapmış olduğu dava ve takip masraflarının toplamından ibarettir.

Son olarak; Tüketici Hukuku açısından değerlendirildiği takdirde, iş sahibinin tüketici niteliğinde olduğu inşaat sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğu ve istisna sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir sözleşme olması sebebiyle kapsam dışında tutulamayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Ancak; inşaat sözleşmelerinden doğan alacakların devri sözleşmelerinin ise, hakların satımı veya devrinin TKHK. md. 2 ve 3'de kapsam ve tanımlarda yer almaması sebebiyle bu Kanun'un uygulama alanına dahil olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKLAR

- ABACIOĞLU**, Muhittin, İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması (Açıklamalı-İçtihatlı), Ankara, 2001
- AKINTÜRK**, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri), İstanbul, 2001
- AKİPEK**, Jale / **AKINTÜRK**, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C.1, İstanbul, 2004
- AKKANAT**, Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, 2000
- AKYAZAN**, Sıtkı, “Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme”, BATİDER., C. 7, S. 2, Ankara, Aralık 1973, sf. 291-310
- ALTAŞ**, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara, 2002
- ALTAŞ**, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998
- ARAL**, Fahrettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2003
- ARBİL**, Semih, “Müteahhitlerin ÜçÜncü Kişilere Adi Yazılı Şekilde Yaptığı Satış Sözleşmelerinin Geçerliliği”, MBD., Y. 5, S. 16, Manisa, Ocak 1986, sf. 29-31
- AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku, Mülkiyet, C.2, Konya, 2000
- AYAZLI**, Pervin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları Hukuki Özellikleri Şekil Sorunu)”, HAD., C. 2, S. 1, İstanbul, Ocak-Nisan 1987, sf. 43-51
- BALKIZ**, Zeynel, “Paylı Taşınmazlarda Satış Vaadi Sözleşmeleri”, MBD., Y. 4, S. 15, Manisa, Ekim 1985, sf. 16-24
- BAYGIN**, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999
- BURCUOĞLU**, Halûk, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925–1988), Ankara, 1990, sf. 283–332

CAN, Mertol, “Yeni Medeni Kanun’un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, GÜHFD., C. 8, S. 1-2, Ankara, Haziran-Aralık 2004, sf. 49-56

CANSEL, Erol, “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Ayni Sözleşme Kavramı”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, sf. 333–358

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 1994

DALAMANLI, Lütfü, İçtihatlı ve Örnekli Tatbikatta Satış Vaadleri Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, İstanbul, 1980

DAYINLARLI, Kemal, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara, 2000

DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), Ankara, 1988

DOĞANAY, İsmail, “Medeni Kanun’un İkinci Maddesindeki Objektif İyiniyet Kuralı Taşınmaz Mal Satışlarındaki Şekil Şartını Ortadan Kaldırır mı?” Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988); Ankara; 1990, sf. 231-257

DÖNMEZ, İrfan, Tapu İptali ve Tesçili Davaları (En Son İçtihatlarla ve Açıklamalı), Ankara, 1987

DUMAN, İlker Hasan, Kat Karşılıklı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2005

ENGİN, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002

ENGİN, Baki İlkay, “Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiyeye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükümünün Bir İşlevi Var mıdır?”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sf. 313-321

ERDOĞAN, Celal, Tahliye Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Ankara, 2000

ERDOĞAN, İhsan, “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, GÜHFD., C. 1, S. 1, Ankara, Haziran 1997, sf. 125-135

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2003

EREN, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996 a, sf. 45–58

EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996 b, sf. 59–86

EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996 c, sf. 87–103

ERMAN, Hasan, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, İÜHFM., C. L, S. 1-4, İstanbul, 1984, sf. 505-517

ERTAŞ, Şeref, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel’e Armağan, İzmir, 2001, sf. 79–92

ERTAŞ, Şeref / **SERDAR**, İlknur / **GÜRPINAR**, Damla, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara, 2002

ERTEN, M. Ali, Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara, 2000

ESENER, Turhan / **GÜVEN**, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, 1990

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. 1, İstanbul, 1980

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.2, İstanbul, 1969

FRANKO, Nisim, “Alacağın Temliki”, AÜSBFD, C.49, N.1–2, Ankara, Ocak-Haziran 1994, sf. 177–197

GÖK, Yaşar, Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara

GÜLAL, Hamdi, Türk İçtihatlar Ansiklopedisi (Hukuk-Ceza), C. 1, Ankara, 1986

GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1998

HAVUTÇU, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995

İNAL, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2004

KAÇAK, Nazif, Yeni İçtihatlar ile Yeni Türk Medeni Kanunu, Ankara, 2004

KAPLAN, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996, sf. 105–171

KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 1, İstanbul, 1997

- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 2, İstanbul, 1997
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2003
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul, 2002
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C. 2, İstanbul, 2002
- KARATAŞ**, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2004
- KARTAL**, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, Blm. 1, YD., C. 9, S. 1-2, Ankara, Ocak-Nisan 1983, sf. 96-113
- KARTAL**, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, Blm. 2, YD., C. 9, S. 3, Ankara, Temmuz 1983, sf. 329-338
- KARTAL**, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, Blm. 3, YD., C. 9, S. 4, Ankara, Ekim 1983, sf. 551-568
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2002
- KOCAMAN**, Arif B., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınır Sorunu, Ankara, 1989
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz, “Eser Sözleşmesinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil”, YHD., C. 7, S. 7, İstanbul, Temmuz 1984, sf. 925-932
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2005
- KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, İstanbul, 1990
- KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, İstanbul, 1990
- KURU**, Baki, İcra ve İflas Hukuku, C.2, İstanbul, 1990
- KURU**, Baki / **ARSLAN**, Ramazan / **YILMAZ**, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 1994
- MEYDAN**, Nihat / **YAPAL**, Fadime, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları 2002–2003–2004, İstanbul, 2005
- NARMANLIOĞLU**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İzmir, 1998

NOMER, N. Fusun, “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK. md. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, sf. 595–626

OĞUZMAN, M. Kemal / **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul, 2005

OĞUZMAN, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 1988

OLGAÇ, Senai, Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Kazaî ve İlmi İçtihatlarla Göre), C. 1, İstanbul, 1967

OLGAÇ, Senai, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Kazaî ve İlmi İçtihatlarla), Ankara, 1977

OLGAÇ, Senai, Kazaî ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler, Ankara, 1976

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, GÜHFD., C. 3, S. 1-2, Ankara, Haziran-Aralık 1999, sf. 63-121

ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 1999

ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte), İstanbul, 1989

ÖZ, M. Turgut, “Taşınmazda Mevcuttan Fazla Pay Satımında Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği ve Bu Konudaki Yargıtay Kararının Eleştirisi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, sf. 727–751

ÖZDEMİR, Saibe Oktay, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHF.M., C. LVII, S. 1-2, İstanbul, 1999, sf. 264-299

ÖZDEMİR, Türkay, “İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Temlikleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, C.2, İstanbul, 2003, sf. 689–706

ÖZEK, Ali / **KAYA**, Osman, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi 4734 syl. KİhK. ve KİhSK. Uygulaması, Ankara, 2003

ÖZENLİ, Soysal, Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1986

ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi (Yapısı-Feshi Borçlar Kanunu 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları), İstanbul, 1988

- REİSOĞLU**, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2004
- SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977
- SELİÇİ**, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978
- ŞENER**, Esat, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları 1926–2000, Ankara, 2000
- ŞENYÜZ**, Doğan, Borçlar Hukuku, Bursa, 2005
- ŞİMŞEK**, Edip, “Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 1996, sf. 173–216
- TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara, 1988
- TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, İstanbul, 1989
- TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987
- TANDOĞAN**, Halûk, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, sf. 311–332
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku, C.1, İstanbul, 1985
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Eşya Hukuku, C.1, İstanbul, 1989
- TUĞ**, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, 1994
- TUHR**, Andreas von, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. Cevat EDEGE), C.1–2, Ankara, 1983
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul, 1961
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 1976
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul, 1977
- UÇAR**, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003

UÇAR, Ayhan, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, AÜEHFD., AÜEHF’nin 10. Öğretim Yılına Armağan, C. V, S. 1-4, Erzincan, 2001, sf. 513-555

UYGUR, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku-Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1993

UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 1, Ankara, 2003

UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 4, Ankara, 2003

UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 5, Ankara, 2003

UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 6, Ankara, 2003

UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), C. 7, Ankara, 2003

ÜNAL, Mehmet, Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 1989

YALÇINDURAN, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2004

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2002

ZEVKLİLER, Aydın, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2002

ZEVKLİLER, Aydın / **AYDOĞDU**, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara, 2004

ZEVKLİLER, Aydın / **HAVUTÇU**, Ayşe, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, Ankara, 2002