YARGITAY
İÇTİHADI BİRLEŞTİRME
BÜYÜK GENEL KURULU KARARI

ESAS : 1983/3
KARAR : 1984/1
TARİH : 25/01/1984

"Kararlar arasındaki içtihat uyuşmazlığı, inşaat sözleşmelerinde müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmeyerek kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda; BK m.360 ın kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağında toplanmaktadır. 15 HD nin kararlarında, bu hallerde 360. maddenin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararında ise, müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda uyuşmazlığın yalnızca BK m.106-108 hükümleri uyarınca çözümlenmesi, m.360 ın kıyasen uygulanamayacağı görüşü benimsenmiştir.

Raportör üyenin, konuya ve ayrıca sorunun çözümüne ilişkin bilimsel görüşler hakkındaki açıklamaları da dinlendikten sonra, aşağıdaki gerekçelerle içtihat uyuşmazlığı giderilmiştir.

Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanunu`nda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri BK m.106-108 dir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğuna göre, hakimin görevi, herşeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde mümkündür. (MK.m.1).

Kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığı altında düzenlenen BK m.360 hükmü, kural olarak, bir eserin istenen vasıflara uygun olarak meydana getirilmemesi (yani işin ayıplı tamamlanması) hallerinde

uygulanabilir. İnceleme konusu olaylarda ise, müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmemesi yüzünden temerrüde düşmesi ve yapıyı kısmen tamamlaması söz konusudur. Bu nedenlerle, uyuşmazlık konusu olaylarda 360. maddenin doğrudan doğruya uygulanabileceği yolundaki görüş de benimsenmemiştir.

Öte yandan, BK m.358 genellikle iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline ilişkindir. Bu nedenle, içtihadı birleştirmeye konu olayda 358. maddenin uygulanabileceğini kabul etmek de mümkün görülmemiştir.

A) Borçlar Kanunu`muzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin birinci fıkrasında akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, MK m.1 ile birlikte m.2/1 de düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK m.2/1 deki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı; herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar açısından bakıldığında; müteahhidin yapının tamamladığı kısmı (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmı ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmı ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.

B) 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 içine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü

kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. BK m.106-108 ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılaşmaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedr. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla,inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih geriye mi, ileriye mi etkili sonuç doğuracaktır?

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (BK. m. 98/2, 43) Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak MK m.2 de yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk-İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, MK m.1 in değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı"ndan yararlanılabilir. Bugün hakim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medeni Kanun tasarısını Millet Meclisine sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: "Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların

kapalı bulunduğu hallerde, MK m.2/2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkan sağlamaktır" Prof.Dr. Zahit İmre`nin Türk Medeni Hukukuna göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde (Prof. Dr. Fikret Arık`a Armağan, Ankara 1973. Sh. 173) görüşüne yer verilen İsviçre`de Medeni Hukuk Profesörü MERZ`in ifade ettiği gibi, bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet mülahazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. Ord. Prof.Dr. Andreas B. SCHWARZ`ın (Medeni Kanunun 2. maddesi ile Borçlar Kanunu`nun 106-108. maddelerine ilişkin) görüşü de; özetle şöyledir: I - MK m.2 deki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Bu umumi esaslar Kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir. (Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1946, Sh. 203 vd.) II - MK m.2 deki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hakimin, her hadisede "feshin doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir. (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül`ula Mardin`e Armağan, İstanbul 1944, Sh. 759 vd).

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır:

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK m.106-108 uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi

hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkileride olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

KARAR : İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak BK m.106-108 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına; birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25.1.1984 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verildi.

GEREKÇE BAKIMINDAN MUHALEFET ŞERHİ

Bu "Tevhidi İçtihat Kararı", Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesinin 26.4.1983 gün ve 1983/56 sayılı kararı ve bu karara atfen aynı tarihli yazılı isteği üzerine "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu" tarafından ittihaz buyrulmuş bir karardır. Gerek söz konusu özel daire kararında ve gerekse 2797 sayılı "Yargıtay Kanunu"nun 45 inci maddesi hükmüne göre "Yargıtay Birinci Başkanlık" makamına yazılan yazıya eklenen, (8.4.1977 gün ve E.1977/470, K.1977/837 İzmir Asliye Beşinci Hukuk Hakimliğine, 14.2.1980 gün ve E.1979/2683, K.1980/341 Antalya Asliye Üçüncü Hukuk Hakimliğine ve 2.4.1980 gün ve E.1980/679, K.1980/843 sayılı Ankara Asliye Altıncı Hukuk Hakimliğine) ait dava dosyaları ile ilgili olarak söz konusu özel dairece verilen karar örnekleri ile aynı "istek yazısına" ekli Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna ait 6.10.1982 gün ve E.1982/15-356, K.1982/817 sayılı ve (Samsun Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi)ne ait dava dosyası ile ilgili kararların bir teki dahi (bedel) yani (para) karşılığı yapılan inşaat sözleşmesi ile ilgili olmayıp tamamı (arsa payı karşılığında apartman inşaatına ilişkin) olup (arsa sahibi) ile o inşaatı deruhte eden (müteahhit) arasında zuhur etmiş ve bu nedenle de Borçlar Kanunu`nun 358, 360 ve 371 inci maddeleri hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara ait bulunmasına rağmen, - her nedense - Tevhidi İçtihat Kararının hemen hemen hiçbir yerinde (ana metnin ikinci satırı içindeki tek kelime dışında) bu "maddi olay" yönünde değinilmediği gibi, sanki Tevhidi İçtihat isteği - genel olarak - "para karşılığı inşaat yapımı"

uyuşmazlığından kaynaklanmış ve bu nedenle böyle bir karar verilmişcesine, - okuyanlar üzerinde - yanlış bir kanaat ve intiba uyandırır tarz ve uslupla kaleme alınmış bulunmaktadır.

2797 sayılı "Yargıtay Kanunu" nun 45/f-4. hükmü ile "Yargıtay İç Yönetmeliği"nin 16 ncı maddelerinde; (İçtihadı Birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır) hükmü yer almış bulunmaktadır. Diğer taraftan, aynı Kanun`un 17/C bendi hükmüne göre İçtihadı Birleştirme görüşmeleri ve kararlarının alınış biçimi ile ilgili olarak Yargıtay Başkanlar Kurulu tarafından alınan ve Resmi Gazete`nin 13.7.1975 gün ve 15294 sayısının onbirinci sayfasında yayınlanmış olan 18 maddelik İlke Kararı`nın 8. maddesinde aynen:

"İçtihadı Birleştirme görüşmelerinde söz alanların konuşmaları elektromanyetik aletlerle tesbit ve sonradan daktilo edilir. Daktilo edilen metin raportör üye ve konuşmacı tarafından imzalanır. Bantlar Birinci Başkanlıkça saklanır..." denildiği gibi, "Kararın yazılmasında gözönünde tutulacak esaslar" başlıklı kısmında da:

M-13- İçtihadı Birleştirme Kararına neden olan kararların dayandıkları hukuki esaslar ve bu kararlar arasındaki çelişkiler, ön sorunların oylamasına ilişkin açıklamalar.

M-14- Müzakereler sırasında ortaya çıkan başlıca hukuki görüşler ve gerekçesi.

M-15- Oylama sonucu içtihatların birleştirilmesi yönünde benimsenen hukuki görüş ve bu görüşün gerekçesi.

M-18- İçtihadı Birleştirme kararı yazım işi ile görevlendirilen Kurul üyesi tarafından kaleme alındıktan sonra Başkana sunulur, karara son yazılış biçimi vermek Başkana aittir denilmektedir.

25.1.1984 gün ve E.1983/3, K.1984/1 sayılı bu "Tevhidi İçtihat Kararı" nın, madde metinleri aynen yukarıya aktarılan "İlke Kararı"na tam manasiyle uyularak kaleme alındığı iddia edilemez. Diğer taraftan, söz konusu "ilke Kararı"nın Resmi Gazete ile yayınlanmasından bugüne kadar aradan geçen sekiz yılı aşkın uzun süre içerisinde, "İçtihadı Birleştirme" müzakereleri ile ilgili olarak, "İlke Kararı" ; - müzakerelerin elekromanyetik aletlerle (teyp`le) tesbit ve sonradan daktilo ile çözülüp konuşmacıya

imzalatılması - gereğinin yerine getirildiğini ve bu suretle "İlke Kararı"na uyulduğunu, hiçbir yetkili kişi ileri süremez ve bu itibarla da söz konusu " İlke Kararı", sadece yayınlandığı Resmi Gazete`nin sayfaları arasında kalmış bulunmaktadır. Şayet bu "İlke Kararı" gereği yerine getirilmiş olsa idi o zaman, bu "Tevhidi İçtihat Kararı" müzakere zabıtları - karar metni ile birlikte - tıpkı 1927-1954 yılları arasında olduğu gibi yayınlanması gerekecek ve hangi üyenin, hangi görüş istikametinde ne şekilde bir fikir beyan ettiği ve alınan kararın hangi hukuki ilkeler doğrultusunda bir sonuca bağlandığı hususu, hiç bir tereddüde meydan vermeyecek bir şekilde, tebeyyün edecek idi.

Her ne kadar, "Yargıtay Kanunu" nun 45 inci maddesinin son fıkrası hükmüne göre, İçtihadı Birleştirme Kurulları, özel daire ve Genel Kurulların kararlarında yer alan gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın karar vermek imkanına sahip iseler de, hiç şüphesiz ki, bu hal, madde metinlerini bu muhalefet şerhine aynen aktardığı söz konusu "İlke Kararı" nın, kararların yazılması ile ilgili açık hükümleri karşısında - "Tevhidi İçtihat Kararı" yazılırken heyetin hangi nedenlerle değişik bir sonuca ulaştığı hususunu, karar metninde belirtmeyi bertaraf etmez. Tevhidi İçtihada neden olan kararlarda yer alan "maddi vakıa ve varılan hukuki görüşlere, bu Tevdihi İçtihat Kararında olduğu gibi karar metninde hiç yer verilmeden, "mücerret olarak", kararın kaleme alınmış olması hali, o kararın, hangi benzer olaylarda uygulanacağı hususunda, başta, mahkeme hakimleri olmak üzere, bil`umum sair ilgilileri tereddüde sevk eder ve sebepsiz olarak yanlış uygulamalara ve hatta "karşılıklığa" neden olur ve olacaktır da!...

Yargıtay Kanunu`nun 45/f.5. hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, (İçtihadı Birleştirme Kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.) Binaenaleyh, "bağlayıcılık" yönünden "Tevhidi İçtihat kararı" ile kanun hükmü arasında hiçbir "değer farkı" yoktur. Her kanun gibi, "Tevhidi İçtihat Kararı" da, hiçbir tereddüde ve karışıklığa mahal vermeyecek derecede "açık" ve "kesin" bir ifade ile kaleme alınmış olması şarttır. Malüm olduğu veçhile, kanun metinlerinin açık olmaması ve uygulama alanında tereddütlere neden olması halinde, ilgililerin vaki müracaatı üzerine, teşrii organ olan, (Türkiye Büyük Millet Meclisi) tarafından "tefsir kararı" verilmek suretiyle kanunlardaki tereddüt ve müphemiyetin giderilmesi her zaman mümkün bulunduğu halde, "Tevhidi İçtihat" kararlarındaki aynı müphemiyeti açıklığa kavuşturacak, Yargıtay Kanunu`nda hiçir hüküm sevk edilmiş değildir.

Bu "Tevhidi İçtihat" isteği ile ilgili olarak "Yargıtay Büyük Genel Kurulu"nda ayrı ayrı zamanlarda ve tam dört defa yapılan müzakereler sırasındaki her konuşmamda da belirttiğim üzere, Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesine ait - bu muhalefet şerhinin baş kısmında - tarih ve numaraları yazılı daire kararları ile Yargıtay Genel Kuruluna ait (27 oya karşı 6 muhalif oyla alınmış olan) karar arasındaki aykırılık; (arsa payı karşılığı apartman inşaatı yapımı sözleşmelerinde), inşaatı (keyfi) veya kendi (kusurlu hareketi) sonucu sözleşmede belirtilmiş olan (süre) içinde tamamlamayarak inşaatı yarıda bırakıp işi terk eden ve fakat o arsa sahibi tarafından, ya kendi imkanları içinde veya bir başka müteahhitle yeni bir sözleşme yapmak suretiyle ancak inşaatı tamamlanan o apartman binasında - kusurlu ilk müteahhide yaptığı iş oranında ve (kar) şeklinde - kendisine apartman dairesi vermek suretiyle, o müteahhit, o binanın mülkiyetine ortak mı olacak, yoksa Borçlar Kanunu`nun "haksız iktisap hükümleri"ne göre, müteahhidin arsa sahibinden sadece inşaatı yarım bıraktığı ana kadar o inşaata sarfettiği ve inşaatın bünyesine giren (malzeme bedeli + işçilik ücreti) toplamı neye baliğ oluyorsa sadece onu para olarak mı alabileceği noktasında toplanmakta idi. Özel daire, münhasıran, inşaatı yapılıp ikmal edilmiş olan ve sadece yapımında "nefaset farkı" bulunan istisna akitlerinde ancak uygulanma olanağı bulunan ve bu nedenle de yarı kalan ve henüz tamamlanmamış olan inşaatlarda asla uygulanması mümkün bulunmayan - Borçlar Kanunu`nun 360/f.3 hükmünün - (kıyas yolu) ile yarı kalmış inşaatlarda da uygulanabileceği, iddia ve görüşünde idi. Buna mukabil, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu," ise - 6.10.1982 gün ve 356/817 sayılı kararında açıkca belirttiği üzere - kendi kusuru veya ihmali ile inşaatı yarı bırakan müteahhidin (arsa sahibi) inşaat sahibinden biraz önce belirttiğimiz üzere, sadece (inşaatın bünyesine giren malzeme bedeli + o inşaatın o hale gelebilmesi için inşaatta kullanılan usta ve işçilik ücretleri =) toplamı neye bağlı oluyorsa o miktarı (para) olarak alabileceği ve fakat asla kendisine müteahhitlik karı karşılığı olarak kendi kusuru veya ihmali hareketi ile yarı bıraktığı o inşaattan (daire) verilemiyeceği, aksi halde, (kusurlu) müteahhidin (kar karşılığı kendisine daire verilip o apartmanın malikleri arasına girdiği sürece) malzeme ve işçilik ücretlerinin - piyasa şartlarına göre - yükseliş gösterdiği hallerde işi yarıda bırakmasının onun lehine daha karlı bir sonuç doğuracağı ve arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin asıl gayesinin inşaatı bir an önce bitirmeyi hedef aldığı ve aksi takdirde "kusurlu" veya "keyfi" hareketi sonucu inşaatı yarıda bırakıp arsa sahibini kendi kaderi ile baş-başa bırakan ve bunun sonucu olarak onu mahkeme kapılarında süründürüp perişan eden müteahhidin aynı binada arsa sahibi ile birlite (kat maliki) durumuna girmesinden, burada sayılamıyacak kadar, değişik mahzurlar ortaya çıkacağı ve bu halin tam bir (huzursuzluk kaynağı) oluşturacağı ve müteahhidin (kar karşılığı) olarak kendisine düşen daire veya daireleri bir başkasına satsa ve o binada fiilen oturmasa bile bu satışı - arsa

sahibine sırf huzursuzluk vermek için - içtimai ve ahlaki durumları münasip olmayan kişilere satmayı tercih edeceği, halbuki 634 sayılı (Kat Mülkiyeti Kanunu)`nun ana espirisinin her şeyden önce apartmanda huzur ve sükunu sağlamak olduğu ve eskilerin (ev alma, komşu al!...) deyimini kullandıkları, bunun da ancak (kusurlu) hareketi ile inşaatı yarıda bırakıp kaçan müteahhide sadece yaptığı işe karşılık (nakit para) vermekle mümkün olabileceği, noktasında toplanmakta idi.

"Tevhidi İçtihat" müzakereleri sırasındaki müteaddit konuşmalarımda da etraflıca ve mükerreren belirttiğim üzere, müteahhin (kar) karşılığı olarak ve yaptığı iş oranında o apartmandan daire alabilmesi yani (kat maliki) olabilmesi için Borçlar Kanununun 371 incimaddesi şartlarının - o olayda - gerçekleşmemiş olması icap eder. Müteahhit inşaatı yürütürken ölür veya bütün maddi olanakalırın seferber edip bunları kullanmasına rağmen, sırf, içinde düştüğü ekonomik (aciz hali) sonucu, - inşaatın % 85-90`ını ikmal etmiş olduğu halde - mütebaki kısmı bitirememiş ise, işte bu takdirde ve bu şartlar altında, ancak hakim, Medeni Kanunun ikinci maddesinde yer alan (objektif iyi`niyet) ve (hakkaniyet) kuralları içerisinde, elbette, böyle bir müteahhide yaptığı işle orantılı olarak o inşaata bir karşılık yani (daire) verecek ve onu (kat maliki) durumuna getirecektir. Bilindiği üzere, Medeni Kanunun ikinci maddesi hükmünde yer alan "objektif iyiniyet kuralı", her hukuk kuralının en üstünde yani (zirvede) yer alan ve her halükarda hakimin "resen" gözönünde bulundurup uygulaması gereken bir "ana kural" olması itibariyle, bu kuralın, bu "Tevhidi İçtihat" kararında hakimleri müteahhitler lehine, -inşaat ne oranda yapılmış olursa olsun ve müteahhit yaptığı inşaatı hangi sebepler altında yarı bırakırsa bıraksın, aman, sen bu kuralı her zaman müteahhide uygula!... Sakın bunu hatırından hiç çıkarma!..- anlamı, yaratacak bir ifade uslubu içerisinde kaleme alınıp işlenmiş olması, genç ve tecrübesiz hakimleri daima yanlış ve haksız bir uygulamaya sevk edecektir. Halbuki, bu "tevhidi İçtihat Kararı", şimdi benim bu "muhalefet şerhi"nde, Borçlar Kanununun 371 inci maddesi hükmü ile ilgili olarak belirtmeğe çalıştığım ve müteahhidin hiçbir "kusuru - keyfi hareketi" olmaksızın, inşaatın en az % 80-90 nisbetinde ikmal edilmiş olmasına rağmen, müteahhidin "hali - acze" düşmesi veya ölümü sonucu yarı kalması halinde ancak uygulanabileceği ve "iyi niyet kuralı" nın bu şartlar dışında müteahhit lehine uygulanmasına imkan olmadığı, aksi halde, müteahhidin - sudan sebeplerle - inşaatı daima yarıda bırakıp kaçma kanaat ve temayülünü gönlünde taşıyacağı görüşünün, heyetce,-12 özel daire görüşü oyuna karşı, 65 gibi çok farklı bir oyla - benimsenmesi sonucu, ittihaz buyrulmuş bir karardır.

"Tevhidi İçtihat kararı" bizim ve muhalefet şerhinde açıklamaya çalıştığımız "hukuki görüş" doğrultusunda çıkmış olmasına rağmen, kararın kaleme alınış şekli itibariyle, uygulamada bazı tereddüt ve hatta yanlış anlamlara sebep olacağı kanaatı ile sırf bir mesleki sorumluluk duygusu altında bu "muhalefet şerhi" ni yazmak gereğini, hissetmiş bulunmaktayız.

"Tevhidi İçtihat Kararı"nın 2. bendinin en son paragrafında, Borçlar Kanununun 358 inci maddesi hükmünün olayda uygulanma olanağı bulunmadığına, çünkü bu madde hükmünün "sözleşmeden erken dönme haline ilişkin" bir hüküm olduğuna değinilmiştir. Kararda yer alan bu görüş çok mutlak bir şekilde ifade edilmiştir. Borçlar Kanunu`nun 358. maddesi hükmü müteahhidin temerrüdünün "diğer bir çeşidini" hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu "Tevhidi İçtihad Kararı"na ana dayanak yapılmış olan (temerrüt nedeniyle aktin feshi - B.K. m. 106-108) hali ile, Borçlar Kanunu`nun 358/f.1 hükmünün iş sahibine (arsa sahibine) "geriye etkili dönme hakkı tanımış olduğu" hususunda, doktrinde ittifak vardır (Guhl-Merz-Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht-İsviçre Borçlar Hukuku - 7. Auufl. Zürich 1980, s. 47, IV, 3, sayfa: 453, Oser - Schönenberger, Art 366, Nr. 2, Becter, Art, 366, Nr. 4, Prof, DR. Haluk Tandoğan, Arsa üzerine inşaat yapma sözleşmelerinde işi tamamlamadan bırakan müteahhidin yapılan kısımla orantılı ücret alması sorunu üzerinde görüşler - Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1981, Cilt XI, Sayı: 1, sayfa 33 den naklen). Binaenaleyh, - Tevhidi İçtihat Kararına göre - Borçlar Kanunu`nun 358. maddesi hükmü gereğince erken dönmede "akdin feshi" geriye etkili olarak kabul edilirken, işi yarıda bıakan müteahhidin bir de mütemerrit olması halinde "akdin feshinin geriye etkili olamayacağını" bu kararda ileri sürmek, müteahhidi hakkaniyete hiç de uygun olmayan bir biçimde "koruma" sonucunu doğurur.

"Tevhidi İçtihat Kararı"nın (B) bendinin ikinci paragrafında, müteahhidin "kısmi temerrüdünün" sonuçlarının ne olacağı hususunda Borçlar Kanunun`da bir "boşluk" olduğuna değinildikten sonra ilaveten "bazı istisnai hallerde hakkı şekle mahkum edecek" derecede, adalete aykırı sonuçlar ortaya çıkacağı belirtilerek bu haksızlığın ancak Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü ile giderilebileceği görüşü ortaya atılmıştır. Bizim şahsi kanaatımızca, "kısmi temerrüdün" sonuçlarının ne olacağı hususunda Borçlar Kanunu`nda bir "boşluk" yoktur. Çünkü "kısmi temerrüdün sonuçları" için Borçlar Kanununun 20/f.2 hükmünü, (kıyas yoluyla) uygulamak mümkündür. Şayet, müteahhit tarafından (ifa) edilmeyen yani henüz inşa edilmemiş olan bina kısmı olmadıkça,sözleşme yerine getirilmiş sayılmayacak bir

derecede ise, o zaman, "geriye etkili fesih halini" o inşaat sözleşmesinin tamamına teşmil etmek, en isabetli bir hal şekli olur.

Her ne kadar, "Tevhidi İçtihat Kararı"nda, müteahhidin inşaatı sözleşmede belirtilen süre içinde tamamlamayarak temerrüde düşmesi nedeniyle Borçlar Kanunu`nun 106-108 inci maddeleri hükümlerine göre yapılacak feshin "kural olarak" geriye yürürlüğü (etkili) olacağı, ancak (istisnaen) ileriye etkili sonuç doğuracağı belirtilmişse de, gerekçede (3-A bendinde) müteahhidin haklı beklentilerinde "hayal kırıklığına uğratılmaması" gerektiğine ilişkin görüş biçimi, işi (inşaatı) tamamlamama hallerinin hepsinde veya büyük bir kısmında - objektif iyi niyet kuralının uygulanması görüntüsü altında - kusurlu müteahhide yaptığı az işle orantılı ücret yani (apartman dairesi) verilmesi yolunun açılması tehlikesini doğuracak bir mahiyettedir. Halbuki, "objektif iyi niyet" kuralı, ancak, işin (inşaatın) tamamına yakın büyük bir kısmının yapılıp tamamlandığı ve geriye cüz`i bir kısmının kaldığı hallerde "ileriye etkili" feshi, haklı kılar, yoksa müteahhit, velevki işin yarısından fazlasını yapmış olsa bile, "kusuruyla" veya "keyfi" olarak işi (inşaatı) yarıda bırakmış ve geri kalan kısmı - B.K. 371. maddesi şartları da olmamasına rağmen tamamlamak için hiçbir çaba göstermemiş ise, kendisinin "objektif iyi niyet" kuralına dayanması ve bu kuralla mükafatlandırılması asla mümkün değildir. Bu tevhidi içtihatla ilgili müzakereler sırasında açıka belirttiğim üzere, işi (inşaatı) kusuruyla yarıda bırakan mütemerrit müteahhide yaptığı işle orantılı işçilik ücreti + inşaatın bünyesine giren malzeme bedeli toplamı nakit para dışında) kar (daire) vermek, yalnız müteahhidin "sun`u taksiri" olmadan işi (inşaatı) yapmaktan acze düşmesi veya ölmesi halinde o müteahhide (kar) verilmesini öngören B.K.`nun 371. maddesi hükmüne aykırı bir sonucun da ortaya çıkmasına neden olur. Bu halin doğuracağı sakıncalar ise çok aşikardır.

Yukarda açıklanan nedenlerle işbu (Tevhidi İçtihat Kararına), gerekçe yazılışı noktasından, muhalifim.

İsmail Doğanay
11. Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

Çoğunluk kararında belirlendiği gibi, içtihadı birleştirmenin maddi olay yönünden konusu, borçlu müteahhidin alacaklıya karşı arsa karşılığı birden fazla bağımsız bölümden oluşan bir bina yapımına ilişkin taahüdünü sözleşmede yazılı ve hatta daha sonra verilen sürelere rağmen kendi kusuru ile zamanında yerine getirmemiş olmasından ibarettir. Bu madde olay karşısında hukuki sorun ise, istisna sözleşmesine ve kanun hükümlerine göre alacaklının sözleşmeyi fesh hakkı olup olmadığı, alacaklının akti feshi hakkı varsa fesih sonunda borçlunun alacağının ne olması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Başka bir ifade ile, yukarda sözü edilen maddi olayda, kanunun hangi hükmünün uygulanacağı uyuşmazlık konusudur.

FESİH HAKKI

Görüşmeler sırasında bu hususta üç ana görüşün ileri sürüldüğü gözlenmiştir. Birinci görüşe göre, içtihadı birleştirme konusu maddi olay hakkında Borçlar Kaunu`nun genel ve özel hükümlerinde bir açıklık bulunmamaktadır. İkinci görüşe göre, Borçlar Kanunu`nun özel hükümlerinde açıklık bulunmadığından işin genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Üçüncü görüşe göre de, Borçlar Kanunu`nun istisna (Eser) sözleşmelerini düzenleyen hükümler arasında olaya uygun hükümler bulunmaktadır. Birinci görüşü paylaşanlarca kıyasen Borçlar Kanunu`nun 360. maddesinin iki ve üçüncü bendlerinin uygulanması ileri sürülmüşse de çoğunluk kararı gerekçesinde açıklandığı gibi bu maddenin maddi olaya uygunluğu bulunmadığından sözü edilen görüşe itibar edilmemiştir. Bu noktada, çoğunluk düşüncesine katıldığımızdan ayrıca açıklamada bulunmaya gerek olmadığı kanısındayız.

Kanunda açıklık bulunduğu görüşlerine gelince; biz, istisna sözleşmelerini içeren Borçlar Kanunu`nun özel hükümlerinde konuyu aydınlığa kavuşturacak hükümlerin varlığına inanıyoruz. Onun için Borçlar kanununun genel hükümlerine başvurmadan konunun çözümlenmesi mümkündür. Ancak, şurasını belirtmekte de yarar var ki, istisna sözleşmelerine ilişkin Kanun hükümlerinden birini olayda uygulama olanağı yoksa fesih konusunda son çarenin Borçlar Kanununun genel hükümlerini uygulamak olduğuna kuşku yoktur. 17.4.1972 gün ve 8/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ifade edildiği gibi Kanunun yorumunda, sözünü esas tutmak ve sözünden çıkan anlamı Kanunun tümünden çıkan anlam ile çelişme halinde bulunmadığı takdirde bu anlamı esas almak bir çelişme bulunması halinde tümünden çıkan anlamı uygun şekilde yorum yapmak Medeni Kanunun 1. maddesi gereği bulunmaktadır. Öyle ise, önce kanunun sözlerine ve sonra da Kanunun bu konudaki anlamına uygun olarak Kanunda bir hüküm

bulunup bulunmadığının araştırılması sonuca ulaşmak için zorunludur. Borçlar Kanunu` nun 358/1. maddesine göre müteahhit (yüklenici) işi tehir eder ya da iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teahhür sebebiyle bütün tahminlere rağmen müteahhidin işi belli zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa alacaklı teslim zamanının beklemeye mecbur olmaksızın akti feshedebilir. Kanunun (Tehir) kavramıyla ifade olunan bu bölümü olaya aynen uyduğu halde fesih hakkı yönünden Kanunun açık hükmünün sadece (iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline) ilişkin olarak yorumlanmasının yorum kurallarına uygun düşmediği açıktır. Söz konusu Kanun hükmü bir yönü itibarı ile anıldığı gibi ise de yorum suretiyle açıklanacak sebeplerle diğer sonuca uluşmakta o kadar mümkün bulunmaktadır. Genelde, Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde hakimin ilk başvuracağı yol kuşkusuz hukuki yorumdur. Bu itibarla, hukuki yorumla kanunun özel bir hükmünü uygulama olanağı varsa artık genel de olsa kanunun başka bir hükmünün olaya uygunluğunu araştırmaya gerek yoktur. Hukuki yorumla sonuca üç surette ulaşılabilir: 1- Evleviyet "a fortiori", 2- Kıyas "a Pari", 3- Mefhimi muhalif " a contirario" (E. Arsebük. M.K. Sh. 96). İşte, Kanun hükmü bu kurallardan faydalanarak yorumlanabilir. İşin zamanında bitirelemeyeceğinin anlaşılması halinde alacaklının fesih hakkının bulunduğu Medeni Kanun 358/1. maddesinde açıkça yazılıdır. İçtihat konusu maddi olayda ise, borçlu yüklenici, alacaklının hiç bir kusuru olmadan tamamiyle kendi kusuru nedeniyle işi zamanında bitirememiştir. Öyle ise, teslim için süre gelmediği halde işi tamamlamamış kusurlu borçlu aleyhine alacaklının fesih hakkı tanınmış olmasına göre, çok daha ağır bir durum olan teslim zamanı geçtiği halde işi bitirememiş kusurlu ve mütemerrit müteahhide karşı alacaklının fesih hakkının bulunduğunun evleviyetle kabulü gerekir. İstisna sözleşmesine ilişkin tüm maddi ve hukuki olaylardan en evvel akla gelen örnek olayın herhalde içtihat konusu olay ve benzerleri olduğuna kuşku yoktur. Böylesine her zaman karşılaşılacak olayın Kanun hükümleri düzenlenirken kasten ya da unutulmayla kanun koyucu tarafından düşünülmemiş olduğu iddia olunamaz. Aksine Kanun koyucu olayımıza uygun olan kuralı B.K. 358/1. maddesind başka bir ifade ile ortaya koymak suretiyle bu yöndeki tüm olayları karşılamak istemiştir. Oun için arsa payı karşılığı bina yapımı sözleşmelerinde Borçlunun kusuru ile iş zamanında bitirilememişse alacaklının sözleşmeyi feshe hakkı bulunduğunun haydi haydi kabulü gerekir. Çoğunluk görüşünde ise bu fesih hakkı alacaklıya B.K. 106. maddesi gereğince tanınmıştır.

FESHİN SONUÇLARI

İçtihadı birleştirmeye neden olan asıl hukuki sorun ve de uyuşmazlık feshin sonuçlarının ne olacağında toplanmaktadır. Hatta denebilir ki, işin zamanında bitirilememiş olması sebebiyle borçlunun hakkının şu ya da bu sebeple ne olacağında birleşilemediğinden uyuşmazlık içtihadı birleştirme genel kuruluna kadar gelmiştir. Peşin kabul etmek gerekir ki aktin feshinden sonra tarafların alacak ve borçlarının tasfiye şekli hakkında Borçlar Kanunun özel hükümleri arasında hesaplaşmanın nasıl yapılacağı yönünden gerçekten bir açıklık yoktur. Bu nedenle, istisna sözleşmesinin feshinden sonra sonuçlarının Borçlar Kanunu` nun genel hükümlerine göre tayininde zorunluk vardır. Hesaplaşmanın Borçlar Kanunu`nun 108. madesine göre yapılmasında aktin, aynı Kanun`un 358/1. maddesi uyarınca feshedilmiş bulunması engel teşkil etmez. Zira açıklık olmayan hallerde Borçlar Kanunu`nun 106. maddesinin genel bir hüküm olarak tüm akitlerin feshinde uygulanma olanağı vardır. Bundan dolayı çoğunluk görüşünde borçlunun alacağının tesbiti için başlangıçta kabul edilen bu ilkeye katılmamak mümkün değildir. Ne var ki, çoğunluk görüşünde, feshin sonuçlarının tayininde Borçlar Kanunu`nun 108. maddesinin uygulanması açıkça kabul edilmişken, ileri sürülen ve kanun hükümleri arasında açıkça yazılı bulunmayan yeni bazı kavramlardan hareketle bu açık ve kesin kanun hükmünün aynen uygulanmasına olanak tanınmamıştır. Ve böylece hesaplaşmada Borçlar Kanunu`nun genel hükümleri esas alınmasına karşı bazı hallerde bu kuralın ihmali ile 108. maddenin aynen uygulanmasından sarfınazar edilmiştir. Şöyle ki, kanunlarda açıkça bulunmadığı halde öğretide, akitlerin nitelendirilmesinde sözü edilen, (sürekli edim) ve (ani edim) kavramlarından daha doğrusu yorumlardan hareketle aktin geriye ya da ileriye doğru feshi tartışma konusu yapılarak yüklenicinin bazı hallerde zaarla karşı karşıya bırakılmasını önlemek amacı ile Medeni Kanunun 2/2. maddesine göre feshin kapsamının tayin ve tesbiti yoluna gidilmiş ve ölçü olarak da olayın niteliği ve özelliği esas alınmıştır. Oysa, bu ayırım ve sonuçla Kanunda öngörlümeyen bir değerlendirmeye başvurulmak suretiyle taraf haklarına ve uygulamaya kesin bir çözüm getirilmemiş olmaktadır. Sadece yüklenicinin durumu gözönünde tutularak sonuca ulaşmaya çalışmak hukukun eşitliği kuralına aykırıdır.

İçtihadı birleştirmeye konu olan Hukuk Genel Kurulunun 6.10.1982 gün ve 15/817 sayılı kararının bir yerinde açıklandığı gibi, iş kusuru ile yarıda terk eden ya da sürüncemede bırakan yükleniciye yaptığı kısımla orantılı bir pay verilmesi halinde yüklenici taşınmazın paydaşı olacaktır ki bu durumda yarım kalan işlerin kim tarafından nasıl tamamlanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Kat Mülkiyeti Kanununa göre ana taşınmazın tamamı bitirilmeden kat mülkiyeti kurulamıyacağından ve iskan izni alınamıyacağından işsahibinin yalnız kendisine kalacak dairelerini bir başkasına yaptırması mümkün değilir. Sözleşmeye

göre yükleniciye kalacak bağımsız bölümleri de yaptırmak zorunda kalacak olan iş sahibini peşinen böyle bir külfete katlanmak zorunda bırakmak adil bir çözüm olmayacaktır. Bu harcamalarını sonra yükleniciye tazmin ettirmesi ve gecikme tazminatı alması olanağı ise haksızlığı giderecek bir neden değildir. İşi kusur ile yarıda bırakan yüklenici hem yaptığı işle orantılı karını almış hem de işin bizzat iş sahibi tarafından tamamlanmasının sonuçlarından yararlanmış olacaktır. Ayrıca, kusurlu yükleniciye böyle bir olanağın tanınması işin karlı kısımlarını yapıp istediği zaman inşaatı yarıda bırkmak gibi kendi kusurundan yararlanmak olanağını da doğuracaktır. Bu itibarla, tartışmasız olan maddi olayda düşünülmesi ağırlık kazanan biri varsa o da alacaklı arsa sahibidir.

Medeni Kanunun 2. maddesi 1. bendinde aranan iyiniyet, ikinci bendinde aranan suistimal, hakların kullanılmasına ilişkin hukuk ilkeleridir. Bu iki kural kanun ya da sözleşmede açıklık bulunmayan hallerde uygulama olanağı bulunan genel kurallardır. Oysa, fesih hakkının hangi koşullarda kullanılacağı gerek B.K. 106 ve gerekse 351/1. maddesinde açıkça yazılı olduğu gibi fesih halinde borçlunun alacağının neden ibaret olacağı aynı kanunun 106. maddesinde açıkça belirlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, alacaklının fesih hakkını kullanmasında veya borçlunun alacağının neden ibaret olduğunda medeni kanunun 2/2.maddesi hükmünü uygulama olanağı yoktur. Borçlu tarafından işin az veya çok yapılmış olması, alacaklının kanun hükmüne göre doğan fesih hakkını etkilemez. Fesih hakkı doğduktan sonra hesaplaşma sırasında hakların kötüye kullanılmasından ya da borçlunun iyiniyetinden de söz edilemez. Bu aşamada olsa olsa hakkaniyet ilkesi söz konusu olabilirse de, yukarda özetlenen hukuk genel kurulu kararında belirlendiği gibi, kusurlu yüklenicinin hakkaniyet ilkesinden yararlandırılması kusurlu müteahhidi ödüllendirmekten başka bir anlam taşımaz. Alacaklının olayda hiç bir kusuru bulunmadğı anlaşılmasına göre, kusurlu yüklenicinin kendi kusurunun sonuçlarına katlanması kadar tabii bir sonuç düşünülemez. Ve bu sonuç hakkaniyet ilkesine en uygun olanıdır.

Bundan başka hakkın kötüye kullanılmasında sadece izrar kastının bulunması gerekir. Borçlunun temerrüdü karşısında fesih hakkının kullanılmasındaki izrar kastının ya da Borçlar Kanunu`nun 108. maddesine uygun olarak tasfiye istemesindeki izrar kastının varlığına nasıl ulaşıldığını, çoğunluk görüşüne açıklanmadığı için, anlamaya imkan bulunmamıştır.

İşte bütün bu nedenlerden dolayı, İçtihadı birleştirme Genel Kurulunca (İstisna sözleşmelerinin türü olan inşaat sözleşmesi ile alacaklının arsası karşılığında bu arsaya birden fazla daire yapmayı yüklenen borçlu

yüklenicinin kendi kusuru ile işi zamanında bitirememiş olması halinde yapılan binanın kal`i çok fazla zararı gerektirse bile alacaklının Borçlar Kanunu`nun 358/1. maddesine göre fesih hakkı bulunduğuna ve aynı Kanun`un 108. maddesi gereğince borçlunun alacağının yapılan işin malzeme ve işçilik bedeli olduğuna, borçlunun ayrıca yaptığı işin kar payını istemiyeceğine) şeklinde karar verilmesi gerekirken borçlar kanunun özel ve genel hükümlerindeki hukuki açıklığa rağmen buna aykırı olarak, çoğunluk görüşünde belirlenen şekilde, karar verilmiş olmasına karşıyım.

Emin Başaklar
Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

1- İçtihadı Birleştirme Kararı`nın oluşmasına neden olan olayda, davacı arsa sahibi noterde düzenlenmiş sözleşme ile 4 daire ve 1 dükkan karşılığında apartman inşaatını yapmak üzere davalı yüklenici ile anlaşmışladır. Taraflar arasında geçerli ve tipik (kat karşılığı inşaat sözleşmesi) kurulmuş olup, yüklenicinin edimi kendi levazımatı ile başkasının arsası üzerinde yapacağı inşaattan belirli bölümleri arsa sahibine bırakmak, iş verenin edimi ise, inşaatın diğer bölümlerini kat irtifakı ya da kat mülkiyeti şeklinde yükleniciye veya onun göstereceği 3 ncü kişilere apuca ferağını vermekten ibarettir. Böylece ortaya çıkan bu hukuki ilişkide karma akit niteliğinin varlığı açıktır. Yükleniciye veya onun emrine bırakılan bağımsız bölümler açısından taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi; başkasının arsası üzerinde inşaat yapmak, projeleri ve değişikliklerini arsa sahibi adına hazırlamak ve onaylatmak, inşaat ve iskan ruhsatlarını almak gibi işlemler açısından vekalet, istisna ve hizmet sözleşmeleri; kat irtifakı ve kat mlkiyeti kurulması, ortak yerlerden yararlanma ve bunlarla ilgili işlemler açısından taraflar arasında adi ortaklık sözleşmesi oluşmuş bulunmaktadır.

Böyle olunca, kat karşılığı inşaat sözleşmesi adıyla tanımlanan akitlerin genel anlamdaki inşaat sözleşmelerinden soyutlanarak sürekli akit tipi olduğu belirlenmeli ve bunun sonucu olarak bu tür sözleşmelerin yüklenicinin temerrüdüne bağlı feshi halinde istisnasız ileriye etkili sonuçlar doğuracağı açıklanmalıdır.

Bu nedenle ve öncelikle somut olay açısından bu sonucun İçtihadı Birleştirme Kararında belirlenmemiş olmasının sakıncalı olduğunu karşı oy olarak belirtmek istiyoruz.

2- Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri dışında kalan diğer istisna akitlerini sürekli veya ani akit tipine özgü fesih kurallarının inşaat sözleşmelerine uygulanacağını söylemek de olanaksızdır, gerçekten yasa koyucu istisna sözleşmelerinin bazıları için borçlunun temerrüdü halinde uygulanacak fesih sonuçlarını belirlemesine karşın, B.K. nun 358. maddede bu konuda bir açıklık bulunmadığı ortadadır. O halde koşulları mevcut olduğu takdirde B.K. nun 360. maddenin bunlar için uygulanması amaca uygun düşer. Çünkü herşeyden önce anılan madde, inşaat sözleşmeleri ile ilgili hükümleri içermesi bakımından özel bir kural getirmiştir. Özel hüküm bulunduğu yerde genel nitelikte olan M.K. 2. madde hükmünün uygulanması teknik açıdan doğru değildir.

İkincisi objektif iyi niyet kuralını her olayda ve her aşamada uygulamak da son derece sakıncalıdır.

Nihayet B.K. nun 360. maddesi esasen iyi niyet kuralını da beraberinde getirmiştir. Ancak uygulamada karşılaşılabilen duraksamaları gidermek açısından belli ölçüleri içerdiği için, uygulamaya daha yatkın ve yararlar dengesine daha uygun düşmektedir.

Bu nedenlerle, M.K. 2. madde yerine B.K. 360. maddesinin kıyas suretiyle uygulanarak yasa eksikliğinin giderilmesi gerektiği görüşü ile çoğunluk oyuna karşıyım.

Edip Şimşek
15. Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

İstisna sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığında kat yapımı şeklindeki inşaat sözleşmelerinde, müteahhit, teslim gününde, hatta ek olarak verilen mehlin sonunda, inşaatı yapıp teslim etmemek suretiyle, kusuru ile borçlu temerrüdüne düşmüş ise, alacaklı durumunaki arsa sahibinin, akti feshedip edemeyeceği, fesih hakkının, Medeni Kanunun 2. maddesi çerçevesinde kullanılamayacağı hallerinin öngörülüp öngörülemeyeceği, Borçlar Kanunu`nun 360. maddesi kıyasen uygulanarak feshin mümkün

olmadığı sonucuna varılıp varılamayacağı, feshin caiz olduğu ve olmadığı hallerde, tasfiyenin nasıl yapılacağı hususları, İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklanan durumda, iş sahibinin akti feshedebileceği konusunda, Borçlar Kanunu`nun istisna aktine ilişkin bölümünde, özel bir düzenleme yoktur. Gerçekten, Borçlar Kanunu`nun 358. maddesi, müteahhidin zamanında işe başlaması veya başlasa bile sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi veya işi bütün tahminlere göre zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması, veya imal sırasında müteahhidin kusuruyla yapılı veya sözleşmeye aykırı yapılacağının katiyetle tahmini ve üçüncü kişiye yaptırılmasının mümkün olmaması, yani, teslim zamanı gelmeden önceki temerrüde benzer hallerde, alacaklı iş sahibinin akti feshine dair olmakla, teslim zamanı geldikten sonraki temerrüd hallerini, kapsamamaktadır.

Borçlar Kanunu`nun 360. maddesi ise, tamamlanıp teslim gününde teslim edilen eserlerdeki kusura, ayıba, eserin sözleşme şartlarına aykırı yapılmış olması haline ilişkindir. Anılan Kanunun 371. maddesinde sözü edilen "... müteahhidin sun`u taksiri olmadan işin bitirilememesi" halinde söz konusu değildir. İstisna aktine ilişkin bölümde, fesih hakkı konusunda, başkaca bir hüküm de yoktur. Fakat, Borçlar Kanuu`nun 106-108. maddelerinde, genel hükümlerde, konu düzenlenmiştir. Bu maddelere göre, alacaklı iş sahibi, aktin feshine ilişkin seçimlik hakkını kullanarak akti feshedebilir. Bu nedenle, bu konuda, Kanun boşluğu yoktur. Yasal hüküm mevcut olduğuna göre de, Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca, burada kıyasa gidilemez ve Borçlar Kanunu`nun 360/3. maddesinin kıyasen uygulanması söz konusu olamaz.

Ne var ki, olayların özelliğine göre, Borçlar Kanunu`nun 106. maddesinden kaynaklanan fesih hakkının kullanılmasının, Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca, afaki iyiniyet kurallarına ters düştüğü haller söz konusu olabilir ve bu gibi pozisyonlar ayrık tutulmalıdır.

Şu var ki, vade ve munzam mehle rağmen, inşaatı zamanında teslim etmeme şeklinde kusurlu olan müteahhidin, dürüstlük kurallarına uyduğu söylenemez.

Böyle hallerde temerrütteki kusur ile, dürüstlüğe aykırı davranışın iç içe bulunduğu meydandadır. Böyle durumlarda, işsahibi alacaklının, eser sözleşmesini fesih hakkını kullanması, afaki iyi niyet kurallarına aykırı davranış olarak nitelendirilemez. Kimse kendi kusurundan yararlandırılamaz.

Feshin mümkün olmadığı hallerde, sözleşme yürürlüktedir. Sözleşmede açıklık olmayan konularda Borçlar Kanunu`nun genel ve özel hükümleri uyarınca uyuşmazlıkların çözümlenmesi gerekir.

İnşaat sözleşmesinin, iş sahibi tarafından feshinin mümkün olduğu hallerde, tasfiye konusunda, Borçlar Kanunu`nun 108. maddesinde, iş sahibi için boşluk yoktur. Bu maddeye göre, iş sahibi alacaklı "vadolunan şeyi vermekten imtina edebilir."

Şu anlamdaki, inşaat karşılığında vereceği arsa payı veya katı vermeyebilir. Veya arsa payını önceden vermiş ise, geri almak için tapu iptali davası açabilir. Ayrıca, aktin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini de isteyebilir. Fakat, kusurlu mütemerrit müteahhidin durumu için Borçlar Kanunu`nun 108. maddesinde bir açıklık yoktur. Borçla müteahhit verdiklerini, yaptıklarını sebepsiz iktisap kurallarına göre isteyebilecektir. Çünkü, iş sahibi, müteahhidin işe başladığı ana göre, arsasında yapılan tamamlanmamış inşaat mütemmim cüzü nedeniyle, zenginleşmiştir. Bu zenginleşmeyi geri vermesi lazımdır. Kendisine ücret olarak, arsa payı ve kat, kar verilemez ise de, inşaatın objektif değerinin, yani yapım değerinin, Medeni Kanunun 4. maddesi uyarınca hakkaniyet, adalet ve nesafet ilkesi çevresinde ödenmesi lazımdır.

Öte yandan, fesih tarihindeki malzeme ve işçilik rayicinin tasfiyeye esas tutulması öngörülürse, bu konuda da hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşılmış olur.

Sayın çoğunluğun kararının, açıklanan gerekçelere dayandırılmamış olmasına ve "olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına" yollu bir kabul ile, bu konuda, önceye ve ileriye dönük fesih şeklinde, kabul edilen kurala ters düşen, sun`i bir ayırıma yer verilmesine, Medeni Kanunun 2. maddesindeki koşulların bulunması takdirinde, fesih hakkının hiç kullanılamayacağının, tasfiye konusunda ise, Medeni Kanunun 2. maddesi değil, Medeni Kanunun 4. maddesinin uygulanacağının, gözönünde tutulmasına karşıyım.

İlhan Teoman Ozanoğlu
10. Hukuk Dairesi Üyesi