

İMAR PLANINDAKİ DEĞİŞİKLİĞİN VEYA İPTALİN ESER VE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

THE EFFECT OF AMENDMENT OR CANCELLATION IN THE ZONING PLAN ON THE CONTRACT FOR WORK AND SERVICES AND THE CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN FOR LAND SHARE

E. Sabâ Özmen^a , Müge Ürem^b 

^a Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı.

^b Doç. Dr., İstanbul S. Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

ÖZET

Şehirleşme ve kentsel dönüşüm sebebiyle yapı gereksinimi artmış olduğundan eser sözleşmesinden veya arsa payı karşılığı eser sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Kamu düzenine ilişkin emredici imar mevzuatında imar engeli bulunmasına rağmen tarafların aksi yönde sözleşme hükmüne yer vererek, imar engelini yok sayan nitelikte eser meydana getirme borcu altına girdiği sıklıkla görülmektedir. Taraflar sözleşmenin kurulduğu esnada mevcut bir imar engeline aykırılık oluşturacak eser imalatını üstlenmekte, bununla birlikte yine sözleşmenin kurulduğu esnada veya ileride söz konusu olabilecek bir imar engelini ortadan kaldırmaya yönelik yasal girişimlerde bulunmayı ya da sözleşmenin kurulmasından önce açılmış bir davanın sonucuna bağlı olarak eser meydana getirmeyi taahhüt eden hükümler kararlaştırmaktadır. Yargıtay pek çok kararında eser imalatıyla ilgili olarak imara aykırılık halinde eser veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından “*imkânsızlık*”tan bahsetmekte ve bu halde “*geçici veya devamlı/sürekli imkânsızlık*” kavramlarını kullanarak sözleşmenin geçersizliğine hükmetmektedir. Halbuki bu noktada yapılması gereken, çeşitli olasılıklar açısından değerlendirme yapmaktır. Emredici hüküm niteliğindeki imar mevzuatına aykırı şekilde eser imalatının kararlaştırıldığı sözleşmeler elbette kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle TBK m. 27/I hükmünce kendiliğinden kesin hükümsüz olacaktır; ancak sözleşmede mevcut imar engelini kaldırılması yönünde yasal yollara başvurulmasının kararlaştırılması, mevcut bir davanın sonucunun beklenmesi ve iptal kararının alınması halinde eserin meydana getirileceğinin kararlaştırılması gibi haller bakımından sözleşmeyi ayakta tutan yorum tercih edilmeli ve geciktirici koşul veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme yönünden de değerlendirme yapılarak sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Türk hukukunda imar planı değişikliğinin yapılması, imar planı teklifinin sunulması, iptal edilmesi mümkün olduğundan bu çalışma, imara aykırılık hususunda neden “*imkânsızlık*” olgusuna dayanmadığımızı ve hangi durumlarda sözleşmenin geçerli olduğunu değerlendirme amacını gütmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İmar Planı, İptal, Değişiklik.

ABSTRACT

Since the need for building has increased due to urbanisation and urban transformation, disputes arising from the contract of work and services or the construction contract of work in return for land share are frequently encountered. Although there is a zoning obstacle under the mandatory zoning legislation related to public order, the parties have a contractual provision to the contrary; it is frequently observed that the parties undertake to produce works that ignore the zoning obstacle. The parties undertake to produce a piece of work that will constitute a contradiction of an existing zoning obstacle at the time of the conclusion of the contract; however, at the time of the conclusion of the

contract or in the future, to take legal initiatives to remove a zoning obstacle that may be in question, or the contract is concluded on the basis of the outcome of a lawsuit filed before the conclusion of the contract. In many decisions of the Court of Cassation, the Court of Cassation mentions “*impossibility*” in the case of violation of zoning in relation to the production of a work under the contract of work and services or the construction contract of work in return for land share. In this case, it judges the invalidity of the contract by using the term of “*temporary or permanent/continuous impossibility*”. However, what should be done at this point is to evaluate various possibilities. If the parties have agreed under the contract to produce a piece of work contrary to the zoning legislation, which is a mandatory provision, of course, it will automatically be null and void in accordance with Article 27/I of the Turkish Civil Code due to the violation of the mandatory provisions of the law. However, under the contract it can be agreed to take legal action to remove the existing zoning obstacle, to wait for the outcome of an existing lawsuit and to have a cancellation decision etc., in such cases *favor negotii* should be preferred, and the condition precedent or the guarantee of performance by a third party should be evaluated to accept that the contract is valid. Under Turkish law, it is possible to amend the zoning plan, submit a zoning plan proposal, and cancel the zoning plan; therefore, this study aims to evaluate why we do not rely on the “*impossibility*” in the case of zoning violation and in which cases the contract is valid.

Keywords: Contract For Work and Services, Construction Contract In Return For Land Share, Zoning Plan, Cancellation, Amendment.

EXTENDED SUMMARY

According to Article 683/I of the Turkish Civil Code, the person who is owner of a object has the right to use, benefit and dispose (*usus, fructus and abusus*) of that object as he/she sees fit within the limits of the law. However, Article 35/II of the Constitution titled “Right of Property” stipulates that the right of property can only be limited by law for the purpose of public interest, and it is clear that the right of property does not vest an unlimited right to the owner. Article 731/I of the Turkish Civil Code (“*Statutory restrictions on ownership exist irrespective of whether they are recorded in the land register.*”), which is the provision of Article 35/II of the Constitution related to property law, regulates that there may be restrictions arising from the law on immovable property. At this point, it is clear that the person cannot build structures as he/she sees fit within the scope of the authority to use, benefit and dispose depending on the land ownership.

Pursuant to Article 35/II of the Constitution and Article 731/I of the Turkish Civil Code, the Zoning Law is characterised as a “*limit of the common law*” on the ownership of immovable property registered in the land registry. Zoning plans are based on the Zoning Law and are binding on the administration and the owner. In zoning law, the principle of unamendability of plans is fundamental; in order to achieve the objectives set out in the plans, plans should be kept unamended as much as possible, and plans should not be amended unless it is very important, and the principle of longevity should not be violated. However, it may be necessary to amend zoning plans for reasons such as changes in public needs, protection of rights and freedoms, and prevention of restriction of property rights.

On the other hand, in practice, it is seen that the production of a piece of work contrary to mandatory zoning regulations is agreed in the contract of work and services or in the construction contract in return for land share. At this point, under the doctrine and the decisions of the Court of Cassation, the fact of “*impossibility*” is shown as a cause for the sanction of “*absolute nullity*” according to the Article 27/I of the Turkish Code of Obligations. However, in this case, the cause for the sanction of absolute nullity should not be impossibility, but the violation of mandatory provisions; because the zoning legislation consists of mandatory provisions and zoning plans can be subject to amendment. In other words, since it is not impossible to amend zoning plans, it is erroneous to rely on the cause

of impossibility. Therefore, this situation should be assessed within the scope of private law in terms of a contract of work and services or a construction contract in return for land share, and the cause of impossibility should not be relied upon when accepting the sanction of absolute nullity.

It is not the right approach to reach the same conclusion in every case. Although it can be concluded that the contract in which the obligation to produce a piece of work in violation of the zoning legislation is agreed upon is absolute null due to “*contradiction to the mandatory provision*” according to Article 27/I of the Turkish Code of Obligation, it is necessary to make a different assessment in some cases. Therefore, it is not sufficient to conclude that the sanction of absolute nullity should be accepted only in terms of contracts in which the obligation to produce a piece of work in violation of the existing zoning obstacle is agreed upon. At the same time, an assessment should be made in terms of different possibilities, and in some cases, the interpretation that makes the contract valid (*favor negotii*) should be preferred. This study discussed the four possibilities that are frequently seen in practice are discussed. The first of these is *agreeing on the obligation to build construction contrary to the existing zoning obstacle in the contract*. It is clear that the contract will be absolute null, not on the cause of impossibility, but on the cause of violation of the mandatory provision in accordance with Article 27/I of the Turkish Code of Obligation. The second possibility is *to agree on a provision to take a legal action to remove an existing zoning obstacle during the conclusion of the contract*. In this case, the parties undertake to take a legal action to carry out such preparations as he/she is obliged to make to remove the existing zoning obstacle pursuant to Article 106/I of the Turkish Code of Obligation. In this case, instead of the principle of “*Ab initio nullum semper nullum.*” accepted in Roman Law, it would be more appropriate to prefer the interpretation (*favor negotii*) that maintains the contract in some cases and to accept the validity of the contract. In the third possibility, *the parties agree on a provision in order to take a legal action to remove the zoning obstacle that may arise in the future*; in this case, we consider that the contract is valid. In such cases, there is no impossibility, because in this possibility, an assessment should be made to guarantee of performance by a third party regulated under Article 128 of the Turkish Code of Obligation and the condition precedent regulated under Article 170 of the Turkish Code of Obligation. Since these two institutions are regulated in Turkish law, the impossibility will no longer be an issue in terms of the third possibility in question. The last possibility is the case *where it is agreed during the conclusion of the contract that the obligation to build the construction will be fulfilled as a result of the cancellation decision to be rendered in the previously filed a lawsuit regarding the cancellation of the zoning plan*. In this case, there is no cause for the sanction of absolute nullity at the time the contract is concluded, and such contract is valid; because a condition precedent has been agreed in the contract in accordance with Article 170 of the Turkish Code of Obligation. Therefore, as the third possibility, the result relating to the condition precedent issue will not change.

1. KONUNUN SUNUMU

Arazi üzerinde eser imalatıyla ilgili olarak doktrinde ve bazı içtihatlarda imara aykırılık halinde “*imkânsızlık*”tan bahsedilmekte ve bu halde “*geçici veya devamlı/sürekli imkânsızlık*” kavramları kullanılmaktadır.¹ Çalışmamızda, eser meydana getirme edimi içeren sözleşmelerde imara aykırılık konusunda “*imkânsızlık*” olgusuna dayanan görüşler ve kararlar eleştirilecek, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27/I hükmüne göre kesin hükümsüzlük sebebi

¹ Örneğin doktrinde, 3194 sayılı İmar Kanunu m. 32/I,c. 2 hükmü gereğince inşaatı devam eden yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulması halinde geçici imkansızlığın varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Ş. Barış Özçelik, ‘Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları’(2014) (63-3) AÜHFD 569, 578; Mehmet Deniz Yener, ‘Yargıtay Kararları Kapsamında İmara Aykırı Yapılarda Tescil Ve Tazminat Talepleri’ (2016) (C.22,S.3,1) Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2967, 2967-2976; Umut Ulusoy, *Türk Hukukunda Geçici İmkânsızlık* (Yetkin 2023) 95, 96.

kabul edilmekle birlikte bu yaptırımın “*sebebi*” olarak “*emredici hükümlere aykırılık*” gerekçesine dayanacağız. Bu noktada araştırmamızın amacı, sözleşme özgürlüğünün sınırları kapsamında kararlaştırılan imar uygulamasına aykırı hükümler bakımından doğru yorumlar yapabilmektir. Dolayısıyla imar planlarına aykırı hükümler içerdiği iddia edilen sözleşmelere dayalı olarak verilen mahkeme kararlarında özel hukuk bakımından varılan yanlışlıklar değerlendirilecek ve borçlar hukukunun genel hükümleri uyarınca neden “*imkânsızlıktan söz edilmeyeceği*”, sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususu açıklanmaya çalışılacaktır.

2. ARAZİ-YAPI İLİŞKİSİ VE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KANUNDAN DOĞAN SINIRLAMASINA TABİ KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bu başlık altında öncelikle “*arazi/arsa*” terimleri arasındaki tercihimizi belirleyeceğiz. Bilinmelidir ki “*arsa*” terimi yerine Türk Medeni Kanunu² (TMK) m. 404/I, b.1 hükmü uyarınca taşınma mülkiyetinin konusu olarak “*arazi*” terimi tercih edilmiş; arazi teriminin tanımına ise TMK’da yer verilmemiştir. Arazi, Tapu Sicili Tüzüğü m. 9(1) hükmünde “*Arazi, sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır.*” şeklinde (eski tabiri ile “*hudutları tefrika kafi vasıtalarla tahdit ve tayin edilmiş bilim sathı zemin*” şeklinde) tanımlanmıştır. Arsanın³ ise arazi tanımından farklılık göstermediğini ve İmar Kanunu⁴ hükümlerince arazinin üzerinde yapı imaline engel olmayan hal olduğunu söyleyebiliriz. Böylece artık taşınmaz mülkiyetinin asıl konusu olan arazi üzerindeki bütünleyici parça niteliğindeki yapı imaline yönelik kurulan sözleşmelerin tabi olduğu emredici kuralara bağlı hukuki sonuçları irdelemeye geçebiliriz.

Yapı ve arazi üzerindeki diğer eserler, TMK’da tanımlanmamış olsa da İmar Kanunu’nun 5. maddesinde “*yapı*” ve “*bina*” ayrı ayrı tanımlanmıştır. Buna 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 müteharrik tesislerdir.*”

“*Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılarıdır.*”

Dikkat edilirse hükümde “*yapı*”, üst kavram olarak anılmış, “*bina*” ise yapı kavramına giren tesislerden özgülleme içeriği bakımından ayrılmıştır. Kanımızca hükümdeki tanımlamanın başarısızlığı, TMK’ya dayanmamakla oluşmuştur. Şöyle ki İmar Kanunu’nda her iki kavramın da içeriğinde taşınır mülkiyetine konu olan bileşik eşya düzenlenmiş ve böylece TMK’nın temelinden ayrılmıştır. Örneğin İmar Kanunu’nda “*yapı*” kavramı içinde “*eklenit*” niteliğinde taşınır eşyalara “*müteharrik tesis*” olarak yer verilmişken “*bina*” kavramı ile de TMK m. 728 hükmünde düzenlenmiş “*taşınır yapı*” kavramı kapsama alınmıştır.

² Kanun Numarası : 4721, Kabul Tarihi : 22/11/2001, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi : 8/12/2001, Sayı : 24607.

³ Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik m.4/b hükmünde arsa, “*İmar planı ve imar mevzuatına göre oluşmuş imar parselidir.*” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁴ Kanun Numarası : 3194, Kabul Tarihi : 3/5/1985, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi :9/5/1985, Sayı: 18749.

Ayrıca İmar Kanunu'nun "Umumi hizmetlere ayrılan yerlerde muvakkat yapılar" kenar başlıklı 33. hükmü uyarınca "muvakkat inşaat veya tesisat/muvakkat yapı"ların da bütünüyle parça niteliği taşıyabileceğini ve fakat hükümdeki "on yıllık müddet için muvakkat inşaat veya tesisat" tabiri ile süreye bağlı olarak bileşik eşya arazide mevcudiyetine müsaade edildiğini anlamaktayız. İmar Kanunu m. 33 hükmünün "...normal şartlarla yapı izni verilmeyen ...parsellerde üzerinde yönetmelik esaslarına uygun yapı yapılması mümkün olanlarında sahiplerinin istekleri üzerine ...imar planı tatbikatına kadar muvakkat inşaat veya tesisata müsaade edilir ve buna dayanılarak usulüne göre yapı izni verilir. Bu gibi hallerde verilecek müddetin on yıl olması, ...on yıllık müddet için muvakkat inşaat veya tesisat olduğunun, lüzumlu ölçü ve şartlarla birlikte tapu kaydına şerh edilmesi gereklidir. Muvakkatlık müddeti tapu kaydına şerh verildiği günden başlar." şeklindeki ifadesi gereğince bütünüyle parça niteliğinde olanların yapı ruhsatına tabi olduğunu, buna karşılık hükümden açıkça anlaşılmasa da TMK m. 728 hükmüne tabi taşınır yapıların ise böyle bir ruhsata tabi olmayacağını, hükmün aksiyle kanıtından sonuç çıkarmaktayız.

Bu araştırmada bu iki kavramdan uzaklaşarak ve araştırmayı eşya hukuku hükümleri çerçevesinde sınırlandırarak sadece "yapı" kavramını ve TMK m. 684 hükmüne "bütünüyle parça" niteliğine dayalı hüküm ve sonuçları ele alacağız.

İmar Kanunu'nda (5. maddedeki "daimî tesis" ifadesiyle) bütünüyle parça yapıların yapı ruhsatına tabi olmasına ilişkin açık bir kurala rastlamamaktayız. Ancak kanımızca İmar Kanunu'nun "Yapı" kenar başlıklı 20/son hükmü "İmar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir." şeklinde olup hükümde yalnızca "yapı" kavramına yer verilmekle bu defa tanımlarda yer verilmiş "bina" tabirinin anılmamış olması, zaten binanın üst kavram olarak yapı tabiri içinde değerlendiriliyor olmasının sonucu olarak kabul edilmelidir.

TMK m. 683/I hükmüne göre bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip olsa da TMK m. 731/I⁵ hükmünde taşınmaz mülkiyetine ilişkin kanundan doğan kısıtlamaların olabileceği düzenlendiğinden arazi mülkiyetine bağlı olarak kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi kapsamında kişinin dilediği gibi yapı yapamayacağı da açıktır. Bu konuda İmar Kanunu ve ilgili mevzuat, emredici olma özelliğini, idarelerin bu alanda sahip olduğu denetim yükümlülüğü kapsamında kamu düzenini sağlama işlevinden almaktadır⁶.

⁵ "Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur."

⁶ Bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2001/4351, K. 2002/545, T. 31.1.2002: "...imar yasalarıyla buyurucu nitelikte hükümler getirilerek şehirleşmede kargaşanın, alt yapıda sıkıntının çevrede kirliliğin önüne geçilmesi kısaca toplum yararının korunması amaçlanmıştır. Kamu düzeninden olan hükümlerin mahkemeye doğrudan gözönünde tutulması zorunludur. ...Kamu düzenine aykırılığı mahkeme kararı ile saptanmış inşaatı devam edilmesi yükleniciden beklenemez." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01. 11. 2023)

3. İMAR PLAN VE NOTLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

“Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı Anayasa m. 35 hükmü

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

şeklinde olup mülkiyet hakkının, hak sahibine sınırsız bir hak bahşetmediği açıktır. Bu hükmün taşınmaz mülkiyetine yansımaları niteliğinde olan TMK m. 731/I hükmü ise “*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.*” şeklinde olup bu yönde kısıtlama getiren tüm emredici mevzuata yollama yapılmıştır ve imar mevzuatı, bu kısıtlamaların en önemlisi olarak sayılabilir.

İmar Kanunu, öncelikle TMK m. 731/I hükmü anlamında değerlendirilecek olursa, arazinin TMK m. 683/I hükmünce hangi içerikle kullanma, yararlanma ve tasarrufla bulunmaya konu edilebileceği hususunda sınırlandırmalar getirmekte ise de tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerindeki mülkiyetin “*kamu hukuku kısıtlaması*” olarak TMK m. 1020/I⁷ hükmündeki “*tapu sicilinin açıklığı ilkesi*”nce tapuda uyarı anlamında yazım zorunluluğuna bağlanmıştır.

İmar planları, açık norm (*das Blankettnorm*) olarak dayanağını İmar Kanunu’nda bulmaktadır. İmar Kanunu’nun “*Tanımlar*” başlıklı 5. maddesinde “*nazım imar planı, uygulama imar planı*” gibi ayrıma tabi tutulan planlar arasında bir “*hiyerarşik ilişki*” bulunmakla farklı düzeylerdeki imar planlarının birbirine uyumu, imar hukukunda “*planların kademeli birlikteliği ilkesi*” çerçevesinde değerlendirilmektedir.

İmar planları, düzenleyici idari işlem olarak normlar hiyerarşisinde Anayasa’ya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ve yönetmeliklere uygun hazırlanması gerekmekte olup üst derecedeki planlara bağlılık (*hiyerarşi*) ilkesi gereğince farklı kademelerde yer alan planların birlikte uygulanmasını sağlayan bir hiyerarşinin olması gerektiği kabul edilmektedir. İmar Kanunu m. 6/I hükmü “*Mekânsal planlar, kapsadıkları alan ve amaçları açısından Mekânsal Strateji Planlarına uygun olarak; “Çevre Düzeni Planları” ve “İmar Planları” kademelerinden oluşur. İmar planları ise nazım imar planı ve uygulama imar planı olarak hazırlanır. Her plan bir üst kademedeki plana uygun olarak hazırlanır.*” şeklinde olup bu hükümde de açıkça hiyerarşiden söz edilmektedir.

İmar hukukunda planlar arasında hiyerarşik ilişki bulunmakta olup imar planlaması ülke çapında bütünlüğün sağlanması için getirilmiştir. Bu ilişkinin amacı, en üst düzeyde alınan plan kararlarının, en alt düzeydeki planlara kadar inebilmesinin sağlanması ve böylece üst düzey kararların çeşitli aşamalardan geçerek mekâna indirilmesi aşamasında, her düzeydeki planlar arasında koordinasyon sağlanması ve alt düzeydeki bir planın kendisinden bir üst

⁷ “*Tapu sicili herkese açıktır.*”

düzeydeki plana uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığının denetim altına alınmasıdır.⁸ Başka bir deyişle planların kademeli birlikteliği ve alt düzeydeki planları yönlendirme zorunluluğu bulunmaktadır; zira planlamanın bütüncül bir plan anlayışı çerçevesinde yapılması gerekir.⁹ Buna göre alt ölçekli planlar, üst ölçekli planlarla alınan kararları detaylandırmakta ve bu kararların uygulamaya yansıtılmasını sağlayarak onları somutlaştırmakta; dolayısıyla her alt ölçekli plan, üst ölçekli plana göre daha somut nitelik taşımaktadır.¹⁰ Üst ölçekli planlarla alınan kararların uygulanmasının alt ölçekli planlarla sağlanması, alt ölçekli planların üst ölçekli planlara uygunluğu zorunlu olup bu ilke, her alt ölçek planlama kademesinin bir üst ölçekli planlama kademesinden daha fazla ayrıntı içermesini, kendisine özgün ölçeğin daha fazla bilgi içermesini, ancak bir üst ölçekli plandaki ana kararı da korumasını ifade etmektedir¹¹.

Bununla birlikte mekânsal planların değiştirilmezliği esas olup planlarla belirlenen hedefe ulaşabilmek için gerek nazım gerekse uygulama imar planında mümkün olduğunda değişiklik yapılmaması, çok önemli görülmedikçe değiştirilmemesi ve uzun süreli olma ilkesinin çiğnenmemesi gerekir. Ancak planın sonradan kentsel ihtiyaçları karşılayamaması ya da kat arttırma yoluyla veya yeşil alan, park, çocuk bahçesi gibi kullanımları oturma, ticaret, sanayi türü kullanımlarına dönüştürmek yoluyla yoğunluk artışına yol açan planlama işlemleri imar planı kapsamında kalan işlem olarak bu ihtiyaçlar uyarınca planların değiştirilmesi zorunlu hale gelebilir.¹² Özellikle de kamusal ihtiyaçlarda değişiklik, hak ve özgürlüklerin korunması, mülkiyet hakkının kısıtlanmasının önlenmesi gibi gerekçelerle imar planlarında değişiklik yapmak gerekebilir¹³.

İmar planları, idareyi ve de arazi ile ilgili hak sahibi olan herkesi bağlayıcı etkiye sahiptir. Arazi ile ilgili olarak “*hak sahibi*” ifadesini tercih etmemizin sebebi, sadece malik açısından değil, aynı zamanda (üst-intifa hakkı sahibi gibi) sınırlı aynı hak sahipleri ile örneğin kiracının da uygulamada “*yap işlet devret*”¹⁴ olarak anılan sözleşme uyarınca arazi üzerinde yapı yapma yükümlülüğünü üstlendiği hallerde de bu kuralların, emredici olarak kişileri bağlayıcı olmasından kaynaklanmaktadır.

Araştırmamızda “*imkânsızlık*” nitelendirmesinden ayrılarak TBK m. 27 hükmüncü “*emredici hukuk kurallarına aykırılık*” gerekçesine ulaşacağımız noktada özellikle belirt-

⁸ Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri* (12. Baskı, Seçkin 2023) 185 vd.

⁹ Nusret İlker Çolak, *İmar Hukuku* (On İki Levha 2014) 113 vd.; Oğuz Sancaktar, *İmar Hukuku Genel Esaslar* (Soru Bankası Net 2020) 87.

¹⁰ Büşra Akdemir, ‘İmar Planlarında Hiyerarşi’ (2021) (1) Konya Barosu Dergisi 133, 169.

¹¹ Melih Ersoy ve Hüseyin Çağatay Keskinok, *Mekan Planlama ve Yargı Denetimi* (Yargı 2000) 37; Çolak (n 8) 104 vd.

¹² Kalabalık (n 7) 143.

¹³ Çolak (n 8) 283 vd.

¹⁴ Özel hukukta bu terimin yeri yoktur; çünkü 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun’a göre yat-işle-devret modelinin idare hukukuna özgü kamu hizmeti imtiyazı olduğu niteliğinde olduğu açık olup borçlar ve eşya hukuku kapsamına dahil edilmesi düşünülemez. Başkasının arazisine belirli bir süre yapı yapılması ve sonrasında yapıya bütünüyle parça olarak doğal niteliği ile arsa malikine ait olmasına dayalı sözleşmeler eşya hukuku kurumu olarak üst ve intifa hakkıyla, borçlar hukuku açısından ise kira sözleşmesine veya isimsiz sözleşmelere konan hükümlerle gerçekleştirilebilir.

mek istediğimiz husus, güçler ayrılığı ilkesince en doğal sonucu ile imar planlarının “*mutlak ve değişmez*” bir nitelik arz etmemesidir. Şöyle ki idare hukuku teorisi uyarınca imar mercileri (*belediye/valilik vd. yetkilendirilmiş kamu tüzel kişilikleri*) işlemi geri alabilme veya ortadan kaldıracı yetkisine her zaman sahiptir. Böylelikle önceki planların hatalı yapıldığı veya artık ihtiyacı karşılamadığı hallerde “*ilave veya revizyon imar planı*” olarak planlar ile önceki planlar üzerinde değişikliğe gidilebilmekte ya da imar planı, iptal davalarıyla ortadan kaldırılabilir. Örneğin Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği’nin¹⁵ 25. maddesi “İmar planlarının ihtiyaca cevap vermediği veya uygulamasının mümkün olmadığı durumlar ile üst kademe plan kararlarına uygunluğunun sağlanması amacıyla planın tamamının veya plan ana kararlarını etkileyecek bir kısmının yenilenmesi için bu *Yönetmelikte belirtilen ilke, esas ve standartlara uygun olarak imar planlarında revizyon yapılır. İmar planlarının ihtiyaca cevap vermediği durumlarda, mevcut plana bitişik ve mevcut planın genel arazi kullanım kararları ile süreklilik, bütünlük ve uyum sağlayacak biçimde, bu Yönetmelikte belirtilen ilke, esas ve standartlara uygun olarak ilave imar planı yapılabilir.*” şeklindedir.

İmar planı değişikliğinin, özel hukuk açısından “*imkânsızlık*” oluşturduğu yanılığına varılsa da her zaman imar planları, değiştirme, geri alma veya ortadan kaldırılma özelliğini bünyesinde barındırmakla özel hukuk ilişkilerine etkisi bakımından imar planlarının “*geçici/sürekli imkânsızlık*” olarak anılmasının mümkün olmadığı ve farklı bir nitelemeye tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

4. ARAZİDEN “YARARLANMAYA” İLİŞKİN İMAR PLANLARINA DAYALI KISITLAMALARIN EŞYA HUKUKU AÇISINDAN HUKUKİ KAYNAĞI

TMK m. 718/son hükmünün yollaması uyarınca TMK m. 684/II¹⁶ hükmünde tanımlanmış “*bütünleyici parça*”nın inşasına başlanmasından tamamlanmasına kadar kamu düzeyine ilişkin imar mevzuatı uyarınca yapı ruhsatı ile başlayan süreçte yapı kullanma izin belgesi ile tamamlanması gereken bağlayıcı normlar söz konusudur. Yapı ruhsatının alınabilmesi için daha ilk başta başvurunun tabi olduğu emredici normlar, inşa edilecek yapının nitelik olarak imar planlarına uygun yapılmasını zorunlu kılar; şöyle ki İmar Kanunu m. 3 hükmü gereğince “*Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz.*”. Bu hükmün doğru yorumu için “*yerleşme amacı/kullanım fonksiyonu*” gibi ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TMK’da “*yerleşme amacı/kullanım fonksiyonu*” tabirlerine rastlanmamakla birlikte eşya hukuku kitabında tercih edilen tabir, “*özgülenme*”¹⁷ olup kısıtlayıcı nitelikteki “*yerleşme amacı/kullanım fonksiyonu*” imar planlarına konu olarak arazinin malikleri tarafından hangi amaçla kullanılabileceğini belirlenmesinden ibarettir.

¹⁵ Yönetmelik m. 3(1): “*Bu Yönetmelik, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 5 inci, 8 inci ve 44 üncü maddeleri ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 97 nci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.*”

¹⁶ “*Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.*”

¹⁷ TMK m. 696, 817, 827, 938.

Arazi, Kadastro Kanunu¹⁸ ile öncesinde tapusuz bir taşınmaz (*tapuya kayıtlı olmayan*) iken kadastro faaliyeti sonucu tapuya kayıtlı hale gelmekle, yani TMK m. 704 hükmüncüce üzerinde arazi mülkiyeti doğmakla artık üzerinde yapı yapılabilmesi emredici mevzuata tabi olur. Örneğin Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu¹⁹ m. 10/IV hükmü “*Tarım arazileri, bu Kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, arazi kullanım plânlarında belirtilen amaçları dışında kullanılamaz.*” şeklinde olup bir tarım arazisinin imar planlarına konu olması, kamu yararı doğrultusunda bir karara dayanır.

Belirtmek gerekirse TMK’da taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak (*TMK m. 704*) “*arazi*” tabiri tercih edilmiş ve “*arsa*” tabirine yer verilmemiştir. Uygulamadaki sınıflamayla ise kadastro parselinden imar parseline geçiş sonucu araziler, artık üzerinde ruhsatlı yapı inşası mümkün hale gelmiş olan “*arsa*” olarak anılmaktadır; yeter ki yerleşme amacı başta olmak üzere yapı kullanma izin belgesi alınıncaya kadar imar mevzuatının emredici kurallarına uyulmuş olsun.

Özellikle de depremin meydana gelmesi ve böylece konuta olan talebin artması veya ekonomik durum itibarıyla işyerine olan ilginin azalması gibi sebeplerle birlikte son zamanların güncel bir tartışması olarak, işyeri olarak belirlenmiş alanlarda kalan yapıların konut ihtiyacının artması nedeniyle imar planlarının bağlı olduğu mevzuata dayalı olarak değiştirilmesi her zaman gündeme gelecektir. Dolayısıyla araştırmamızın konusu, yalnızca yerleşme amacı doğrultusunda “*kısıtlama*” oluşturan imar planlarında ortaya çıkan değişikliklerin/iptallerin, eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelere (*eser sözleşmesinde veya karma nitelikteki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi isimsiz sözleşmelerde*) dayalı olarak etkisine ilişkindir.

5. İMAR PLANI DEĞİŞİKLİĞİ YAPILMASININ, İMAR PLANI TEKLİFİNİN SUNULMASININ VE İMAR PLANININ İPTAL EDİLMESİNİN MÜMKÜN OLMASI

İdare, düzenleyici işlemini hukuki veya maddi koşullardaki değişiklik neticesinde her zaman değiştirebilir veya kaldırabilir; düzenleyici işlemin muhatabı kişiler de düzenleyici işlemin değiştirilmesini ya da kaldırılmasını idareden isteyebilir.²⁰ Başka bir deyişle idari işlemlerin kaldırılması, bununla birlikte idari işlemlerin dava açma süresi içinde geri alınabilmesi mümkündür.²¹ İmar Kanunu m. 8/V hükmüncüce onaylanmış planlarda yapıla-

¹⁸ 3402 Kabul Tarihi: 21/6/1987, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 9/7/1987, Sayı: 19512.

¹⁹ Kanun Numarası: 5403, Kabul Tarihi: 3/7/2005, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 19/7/2005, Sayı: 25880.

²⁰ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (13. Baskı, Turhan 2019) 416.

²¹ Bir idari işlemin hukuka uygun olmasına ya da hukuka aykırı olmasına göre ilgili işlemin geri alınma süresine ilişkin bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. I* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 1214 vd.

cak değişiklikler de 8/I-II²² hükmündeki usullere tabi kılınmış olup değişiklik talebi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından²³ gelebileceği gibi belediye, il özel idaresi gibi ilgili mahalli idarelerden veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişisi tarafından da gelebilir.²⁴ Örneğin İmar Kanunu Ek m. 8/IV, c.1 hükmü “*Taşınmaz maliklerinin tamamının talebi üzerine ada bazında yapılacak imar planı değişikliği sonucunda ...*”; Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği m. 31(4), c. 1 ise “*İmar planı teklifleri, planın kapsadığı alanın maliki veya maliklerinin yasal vekilleri tarafından sunulabilir.*” şeklindedir. Bu düzenlemelerden de anlaşılmaktadır ki idarelerin imar planları ile arazilere ilişkin oluşturdukları yapılaşma statüsüne ilişkin kararları her zaman geri alabilecekleri açıktır. Buna yönelik olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), “*Kadastro parseli olan bir taşınmazın, imara açık hale getirilmesi iş ve işlemlerinin zamana bağlı olarak yapılabileceği bilinen bir gerçektir. Zira bu durum sadece tarafların arzu etmeleri ile gerçekleşmez.*” yönündeki kararıyla²⁵ açık bir şekilde imar engelinin zaman içinde kalkmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir.

Görüldüğü üzere özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinince sağlıklı ve düzenli bir şehirde yaşamın sağlanması açısından imar planı teklifinde bulunmaları; bununla birlikte imar planları düzenleyici idari işlem olduklarından imar planları ile menfaatlerinin ihlâl edildiğini düşünen kimselerce hukuki başvuruda bulunulması mümkündür.

İmar planlarının iptali veya plan değişikliği günlük yaşamın bir gerçeği olarak karşımıza

²² “Planların hazırlanmasında ve yürürlüğe konulmasında aşağıda belirtilen esaslara uyulur.

a) Bölge planları; sosyo-ekonomik gelişme eğilimlerini, yerleşmelerin gelişme potansiyelini, sektörel hedefleri, faaliyetlerin ve alt yapıların dağılımını belirlemek üzere hazırlanacak bölge planlarını, gerekli gördüğü hallerde Devlet Planlama Teşkilatı yapar veya yaptırır.

b) İmar Planları; Nâzım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nâzım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. “Planlar, plan değişiklikleri ve plan revizyonları; kayıt altına alınmak ve arşivlenmek üzere Bakanlıkça oluşturulan elektronik ortama yüklenmek ve aynı sistem üzerinden Plan İşlem Numarası almak zorundadır.” “Planlar, belediye” meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. “Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir.” Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi onbeş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak planlar valilik veya ilgisince yapılır veya yaptırılır. Valilikçe uygun görüldüğü takdirde onaylanarak yürürlüğe girer. “Onay tarihinden itibaren valilikçe tespit edilen ilan yerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir.” Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. İtirazlar valiliğe yapılır, valilik itirazları ve planları onbeş gün içerisinde inceleyerek kesin karara bağlar.”

²³ Örneğin İmar Kanunu m. 9/III hükmü “Bir kamu hizmetinin görülmesi maksadı ile resmi bina ve tesisler için imar planlarında yer ayrılması veya bu amaçla değişiklik yapılması gerektiği takdirde, Bakanlık, valilik kanalı ile ilgili belediyeye talimat verebilir veya gerekirse imar planının resmi bina ve tesislerle ilgili kısmını re’sen yapar ve onaylar.” ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 97/1-h hükmü “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan veya mülkiyeti Hazineye, kamu kurum veya kuruluşlarına veya gerçek kişilere veyahut özel hukuk tüzel kişilerine ait olan taşınmazlar üzerinde kamu veya özel sektör tarafından gerçekleştirilecek olan yatırımlara ilişkin olarak ilgililerince hazırlandığı veya hazırlatıldığı halde yetkili idarece üç ay içinde onaylanmayan etüt, harita, her tür ve ölçekteki çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parselasyon planlarını ve değişikliklerini ilgililerinin valilikten talep etmesi ve valiliğin Bakanlığa teklifte bulunması üzerine bedeli mukabilinde yapmak, yaptırmak ve onaylamak, ...” şeklindedir.

²⁴ Kalabalık (n 7) 144, 145.

²⁵ E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.4.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

çıkarmakta olup meşru menfaate dayalı olarak imar planlarının iptalinin veya idareye başvuru ile değiştirilebilme²⁶ olasılığını, bunun sözleşmeye etkilerini irdelemeye çalışacağız. Bu yönde de idarenin re'sen hareket etme özelliği, mevcut imar planlarını iptal edilme veya değiştirilebilme özelliği ile Anayasa m. 125/I, c.1 hükmünce idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması uyarınca iptal davaları sonucunda arazinin yeni plan ve plan kısıtlamalarına konu edilmesi irdelenecek olup böylece öncesinde mevcut plan kısıtlaması ve sınırlamalarına dayalı inşası mümkün olmayan yapılara kısıtlılık getiren imar planlarının kanuni yollarla değişmesi sonucu yapılacak arsa payı karşılığı inşaat veya eser sözleşmesi açısından sözleşme denetimi yapmaya çalışacağız. Ancak ayrıntılı açıklamalara geçmeden evvel önemle vurgulamak gerekir ki bu sonuçla da görüldüğü üzere mevcut imara aykırılığın imkânsızlık oluşturmadığı, eser meydana getirme borcunun ifasının mümkün olabileceği açıktır.

6. İMAR PLANINA AYKIRI EDİMLERİN KARARLAŞTIRILMASININ TBK m. 27 HÜKMÜNCE DEĞERLENDİRİLMESİ

6.1. GENEL OLARAK

İmar planlarına aykırı olarak bütünleyici parça yapının arazi üzerinde yapımına yönelik sözleşme hükümlerinin geçerliliği tartışılması gereken önemli bir konudur. Şöyle ki TMK m. 728²⁷ hükmü gereğince bir taşınır yapının İmar Kanunu m. 33 hükmünde düzenlenen muvakkat yapı olarak İmar Kanunu m. 3 hükmüne aykırı olarak arazi üzerinde konuşlandırılması mümkün değildir. Örneğin son yılların gözde yatırımı olan bungalov, tiny house gibi imalatlar, TMK m. 728 hükmüne tabi olarak tarım arazisi üzerine inşa edilecek olur ise bu halde taşınır özelliğine bağlı olarak araziden kaldırılmaları gerekecektir. TMK m. 728/I hükmünde başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapıların, taşınır yapı olduğu ve bunların malikine ait olduğu düzenlenmiş, hükümde “*kalıcı olması amaçlanmaksızın*” ifadesinden (*aksiyle kanıtı; argumentum e contrario*) yapıların, “*kalıcı*” ve “*taşınır*” yapı olarak ayrıldığı görülmekle imar mevzuatının emredici hükümlerine tabi olarak sözleşmelerde yerleşme amacının değiştirilmesine veya tarım arazisinin niteliğinin kaldırılmasına yönelik taahhütler irdelenecek olup çalışmamızda, uygulamada özellikle de kentsel dönüşümün artmasıyla birlikte sıklıkla karşımıza çıkan eser ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin sonuçlar ele alınacaktır.

Bu noktada çalışmamızda çeşitli olasılıklar kapsamında değerlendirme yapmak gerektiğinden

- *sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imar engelinin varlığına rağmen buna aykırı*

²⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Üst makamlara başvurma” kenar başlıklı 11. madde şöyledir: “1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.”

²⁷ Hükmün ilk fıkrası şöyledir: “Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir.”

eser meydana getirme edimini içeren sözleşmenin kurulması,

- *sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imar engelinin ortadan kaldırılmasına (İmar Kanunu m. 8 hükmüne göre itiraz edilmesine²⁸ veya geri alınmaması kapsamında idari yargıya iptal davası açmasına) yönelik yasal bir girişimde bulunulması yönünde hükme yer verilmesi,*
- *ileride ortaya çıkabilecek imar engelinin ortadan kaldırılmasına yönelik yasal bir girişimde bulunulması yönünde hükme yer verilmesi,*
- *sözleşmenin kurulması esnasında imar planının iptaline ilişkin önceden açılmış davada verilecek iptal kararı neticesinde imar engelini ortadan kalkmasıyla edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması²⁹*

halinde neden sonuçların farklılaşacağı ve “*imkânsızlık*” tabirine yer olmadığı irdelenecektir.

6.2. MEVCUT İMAR ENGELİNE RAĞMEN SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE YARGITAY KARARLARINDA DAYANILAN “İMKÂNSIZLIK” GEREKÇESİ

6.2.1. Genel Olarak

Normlar hiyerarşisinde “*asıl yürürlük kaynakları*” arasında yer alan ve kamu düzenine ilişkin emredici hüküm niteliği taşıyan yasal düzenlemelerin yanında özel hukuk bakımından sözleşmenin de bir hukuk kaynağı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Türk hukukunda düzenlenmemiş olsa da Fransız Medeni Kanunu m. 1103/I³⁰ hükmünde kanuna uygun olarak kurulmuş bir sözleşmenin taraflar arasında kanunun yerini aldığı kabul edilmiş olup kanaatimizce de sözleşmenin, bir hukuk kaynağı olarak TBK m. 27 hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmadıkça kanunlarda düzenlenmiş yedek hukuk kurallarının yerine geçeceği açıktır.

Anayasa m. 48/I, c.1 hükmünde herkesin, sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu düzenlenmiş olup bu özgürlüğün sınırsız bir özgürlük olmadığı da tartışmasızdır. Şöyle ki TBK m. 27/I hükmü sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen genel hüküm olarak “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklinde olup sözleşme özgürlüğünce emredici hükümlerin aksinin kararlaştırılması durumunda bu sözleşmenin TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu açıktır. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarının genel kural olarak düzenlenmiş olduğu TBK m. 27/I hükmü gereğince kanunun emredici

²⁸ İmar Kanunu m. 8,b: “...Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir.”.

²⁹ Bu yönde örnek olarak bkz. Yargıtay 6. HD. E. 2021/6164, K. 2022/5553, T. 29.11.2022: “*Dava konusu arsa, konut ve ticaret alanı olarak imar planında kayıtlıyken belediyece yapılan imar değişikliğiyle kapalı otopark haline dönüştürülmüştür. Davacı-arsa sahipleri imar değişikliğine karşı idare mahkemesinde iptal davası açtıktan sonra, yüklenici şirketle 05.01.2012 tarihinde arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesi yapmışlardır. İmar durumu için açılan davada kapalı otopark olan imar durumu iptal edilmiş belediyenin arsa ile ilgili ikinci imar düzenlenmesinde bu kez açık otopark yapılmış bu karara karşı da açılan iptal davası neticesinde, 18.11.2016 tarihinde arsa inşaat yapılabilecek durumu gelmiştir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁰ “*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.*”.

hükümlerine aykırı olan sözleşmeler, baştan itibaren kendiliğinden “kesin hükümsüz” olup taraflarca emredici niteliğe sahip olan imar kurallarının aksi sözleşme özgürlüğünce kararlaştırıldığında bu hükümlerin bağlayıcılığı yoktur. Örneğin imar planında düzenleme konusu (*İmar Kanunu m. 18 hükmünce arazi düzenlemesine konu olmuş*) arsanın konut alanı olarak özgüleme içeriğine tabi tutulması halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin şu anda konut ihtiyacının varlığına dayalı olarak konut yapımını üstlenmesi geçerli olarak kararlaştırılabilirken -alt başlıkta değineceğimiz üzere- İmar Kanunu’nun ilgili hükmü uyarınca sözleşmede aynı arsa üzerinde bir fabrika inşası üstlenildiğinde bu hüküm emredici kurallara aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç itibariyle kanaatimizce *sözleşmenin kurulması esnasında taraflarca mevcut imar engelinin varlığına rağmen buna aykırı eser meydana getirme edimini içeren sözleşmenin kurulması* durumunda imar mevzuatının emredici hüküm olması nedeniyle böyle bir sözleşme, TBK m. 27/I hükmünce emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Aşağıdaki başlıklarda buna ilişkin açıklamalarımıza yer vereceğiz.

6.2.2. Yargıtay’ın İmkânsızlık Olgusuna Dayanmasının Eleştirilmesi

6.2.2.1. İmkânsızlık Olgusunun Kabul Edildiği Örnekler

Yargıtay tarafından sözleşmenin kurulduğu sırada inşaatın imar mevzuatına aykırı olması nedeniyle inşaat ruhsatının alınamayacağı kamu düzeninden sayılan imar mevzuatı uyarınca açık olması halinde sözleşmenin TBK m. 27/I hükmü uyarınca baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı yerinde olarak kabul edilmektedir.³¹ Bu yöndeki 2015 tarihli bir Yargıtay kararı³² da “Sözleşme kurulduğu tarihi itibariyle, inşaatın yapılacağı taşınmazlar tarımsal alan içerisinde kaldığından, bu parseller üzerinde inşaat yapılmasına kamu düzeninden olan imar mevzuatının cevaz vermemesi nedeniyle, sözleşmenin hukuken bir geçerliliği bulunmamaktadır.” şeklindedir. Görüldüğü üzere Yargıtay, bu kararında “imar mevzuatının cevaz vermemesi nedeniyle” sözleşmenin geçerli olmadığını yerine bir şekilde kabul etmekte ve fakat başka kararlarında ise -eleştirdiğimiz yönüyle- sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususunu “*imkânsızlık*” kavramı ile açıklamaktadır.³³ Şöyle ki Yargıtay

- “...öncelikle araştırılması gereken husus, taşınmazın sözleşmedeki amaca uygun biçimde imara müsait duruma getirilip getirilemeyeceği olmalıdır. Bu konuda mutlak imkânsızlık olduğu saptanırsa, imar mevzuatı kamu düzenine ilişkin olmakla mahkemece durumun doğrudan dikkate alınması ve BK. 20. madde (TBK m. 27) hükmünce akdin

³¹ Bu yönde bkz. Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat* (Vedat 2013) 187, dn.78; Zekeriya Kurşat, ‘İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri’ (2004) Ergun Özsunay’a Armağan 751, 760-761. Ayrıca örnek olarak bkz. Yargıtay 15. HD, T. 5.4.2006, E. 2005/1974, K. 2006/2012; Yargıtay 15. HD, T. 11.10.2001, E. 2001/2101, K. 2001/4508 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³² 23. HD. E. 2014/6655, K. 2015/8277, T. 18.12.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³³ Doktrinde inşaatın yapılacağı arazi bakımından imar yasağının getirilmesi halinde imkânsızlıktan söz edileceği yönünde bkz. Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2014) 124, 128.

batıl olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekir.”³⁴,

- “Sözleşme konusundaki ifa imkânsızlığı sözleşmenin kurulması sırasında da mevcut bulunması halinde, objektif yönden imkânsızlık bulunduğundan BK’nın 20. maddesi uyarınca borç ilişkisi esasen meydana gelmeyecektir.”³⁵,
- “...ortaya çıkan geçici imkânsızlık için icabında beklemeyi, süre uzatımını kabullenecek sözleşmeyi imzalamıştır. Sonuçta da geçici olan imkânsızlık iş sahibi kooperatifçe giderilmiştir. O halde mutlak imkansızlıktan söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmenin BK.nun 20. (TBK m. 27) maddesince geçersiz olduğunun kabulü doğru olmamıştır.”³⁶,
- “...inşaat yapımı için gerekli ruhsat alınamamıştır. Yapım için komşu 5 ve 6 parsel sayılı taşınmazlarla birleştirme sağlanıp yeni imar parseli oluşmasından sonra inşaat yapılabilceği ortaya çıkmıştır. Yapılan imar çalışmaları sonucunda 4-5 ve 6 parsel sayılı taşınmazların tevhit edilip 23.03.2004 tarihinde 170 ada 13 nolu parsel meydana gelmiştir. Oluşan bu parsel itibariyle yapılaşma olağan hale gelmiştir. Davacılar a ait 4 nolu parsel açısından işin başında, daha ...sözleşmenin yapıldığı aşamada objektif imkânsızlık bulunmaktadır. Bu haliyle sözleşme geçersizdir.”³⁷,
- “...sözleşme anında inşaat yapılacak taşınmazın imarsız olduğu taraflarca bilinmekte olup, iradeleri dışında ortaya çıkan bu imkansızlığın geçici ve objektif olduğu...”³⁸,
- “...tapu tahsis belgesinin konusu olan taşınmaza inşaat yapılması objektif olarak imkânsız olabilir. Ancak, bazı hallerde objektif imkânsızlık geçici olabilir. Somut olayda da; geçici objektif imkânsızlık, sözleşmenin yapıldığı tarihte vardır.”³⁹

şeklinde kararlar vermiştir.

Anılan kararlara benzer bir yönüyle İsviçre Mühendisler ve Mimarlar Derneği’nin (*Der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein*) tarafından yayınlanan SIA Norm 118 (*Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten*) Art. 185⁴⁰ hükmünde de (*OR Art. 378’e benzer olarak*) işin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasının, yüklenici açısından tesadüfi bir olay nedeniyle (*örneğin kamulaştırma veya inşaat yasağı nedeniyle*) “imkânsız” hale gelmesi halinde sözleşmenin sona erdiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede kamu makamlarının iradesi ile alınan inşaat yasağının, sözleşmeyi sonlandırdığı, işin tamamlanmasında ortaya çıkan imkânsızlığın nedeninin iş sahibinin sözleşmesel risk alanında yer alması sebebiyle

³⁴ Yargıtay 15. HD. E. 1997/1995, K. 1997/2319, T. 1.5.1997 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁵ Yargıtay 6. HD. E. 2022/1045, K. 2022/1268, T. 9.3.2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁶ Yargıtay 15. HD. E. 1993/283, K. 1993/1515, T. 1.4.1993 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁷ Yargıtay 15. HD. E. 2005/1974, K. 2006/2012, T. 5.4.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁸ Yargıtay 23. HD. E. 2016/1509, K. 2019/269, T. 4.2.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁹ Yargıtay 15. HD. E. 2011/7525, K. 2012/7157, T. 15.11.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁴⁰ “Wird die vertragsgemässe Vollendung des Werkes durch einen beim Bauherrn eingetretenen Zufall unmöglich (z.B. wegen Enteignung oder Bauverbotes), so erlischt der Werkvertrag (Art. 378 OR).”

borcun imkânsız hale geldiği, ancak bu sonuç için söz konusu imkânsızlığın, kalıcı olması gerektiği⁴¹; zira geçici süreliğine varolan bir imkânsızlığın ileride ortadan kalkması mümkün olduğu⁴² kabul edilmiştir.⁴³

Görüldüğü üzere imar planına aykırı olarak inşaat yapımına yönelik sözleşmelerin kurulmasından önce varolan mevcut engelin (*Leistungshindernis*) neden “*imkânsızlık*” olarak kabul edildiği, ayrıca imar planlarının her zaman ortadan kaldırılabilmesi, iptal edilebilmesi mümkün olmasına rağmen neden mahkeme kararlarında bu hususun göz ardı edilerek ve gerekçe verilmeksizin neden “*geçici imkânsızlık*” tabirinin kullanıldığı anlaşılamamaktadır.

Kuşkusuz ki yukarıdaki başlıkta da açıkladığımız üzere sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olan imar engeli, eser meydana getirme edimi içeren sözleşmenin TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasını gerektirmektedir. Bu noktada Yargıtay da yerinde bir şekilde katıldığımız yönde karar vermekle birlikte yukarıda da belirttiğimiz üzere bu sonucu “*imkânsızlık*” kavramı ile açıklamayı tercih etmekle görüşümüzden ayrılmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda “*imar kısıtlamalarının/imar planlarına aykırı eser imalatına yönelik taahhütlerin*” hangi sınıra tabi olacağına belirlenmesinin bu araştırmanın kaleme alınmasında büyük önemi olduğu ve hatalı gerekçe ile sonuca varılmaması gerektiği vurgulanacaktır.

6.2.2.2. *İmkânsızlık Olgusuna Dayanmaya Yönelik Eleştirilerimiz*

Günümüzde deprem ve kentsel dönüşüm sebebiyle işyeri olarak planlanan yerlerin konut amaçlı kullanılmasına yönelik gereksinim sıklıkla dile getirilmekle birlikte idarenin re’sen hareket ederek plan yapımında olduğu gibi gelişen ihtiyaçlarla planı değiştirmesi; başka bir ifadeyle planların yerleşme amacına yönelik kullanım fonksiyonlarının idari yargı denetimi ile ortadan kaldırılabilmesi, bu araştırmanın temel gerekçesini oluşturmaktadır. Bununla birlikte eser meydana getirme edimini içeren bir sözleşme henüz kurulmadan evvel mevcut olan imar planlarının sözleşmede kararlaştırılan eser imalatına uymaması halinde “*neden*” Yargıtay’ın kabul ettiği gibi “*imkânsızlık*” sonucuna varmadığımızı açıklamak gerekmektedir.

İdari işlem olarak imar planları, geçici nitelikte ve değiştirilemez özellikte işlemler olduğundan ve de yasal yollarla idarelerin üstün kamu yararı, değişen ihtiyaçlar, korunması

⁴¹ Peter Gauch ve Hubert Stöckli, *Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten* (2. Auflage, Schulthess Verlag 2017) Art. 185, N. 1.2, 5.1.

⁴² Ulusoy (n 1) 92.

⁴³ Bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2002/1412, K. 2002/2969, T. 3.6.2002: “Sözleşme yapılırken taşınmazın mevcut vasfı itibarıyla imara müsait olmadığı taraflarca bilinmektedir. Bunun içindir ki sözleşmenin 6.maddesinde inşaatın başlama tarihi olarak ilgili mercilerden bina yapılabilir anlamını taşıyan ön izin belgesinin alınması, imarla ilgili işlemlerin tamamlanması koşulu getirilmiştir. Bu koşulun tahakkukunun zamana bağlı olduğu kabul edilerek inşaata başlanması için belli bir tarih kararlaştırılmamıştır. Geçici imkansızlığın varlığı sözleşme anında kabul edildiğine göre istikrar kazanmış Yargıtay İçtihatlarında bu imkansızlığın ortadan kaldırılması için yanların makul bir süre bekleme peşinen göze aldıkları kabul edilmelidir. Uygulamada bu süre “tahammül süresi” olarak isimlendirilmektedir. Bunun olayın özelliğine göre takdiri gerekir. Kamu düzeninden olan imara müsait olma durumu ortaya çıkmadan inşaat öngörüldüğüne göre sözleşme yasaya aykırı değildir. Bu nedenle aksine kabul de isabet bulunmamaktadır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

gereken yararlar doğrultusunda önceki imar uygulamasının iptali mümkündür. Başka bir ifadeyle mevcut imar planlarına aykırılık, idarenin alacağı kararlarla sona erebilir ve arazi üzerinde ruhsatlı bir yapı yapma imkânı her zaman mümkün olduğundan yadsınamayacak boyutla mevcut imar planlarına aykırılığın sona erebilmesinin mümkün olması, imkânsızlık düşüncesini de ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce Yargıtay'ın “geçici imkânsızlık” olarak dayandığı gerekçe, yerinde değildir; zira imar planları geçici olarak yürürlüğe konmamakla birlikte yönetimin yasallığı ilkesince idare, gelecekte değişebilir veya sona erdirilebilir düşüncesiyle ilkesiz olarak imar planlarına icrai nitelikte yürürlük kazandırmaz.

İmar mevzuatını kamu düzenine ilişkin emredici hükümler oluşturur. Bu konuda verilmiş Yargıtay HGK'nın 2020 tarihli bir kararı⁴⁴ da “...imar mevzuatı, kamu düzenine ilişkindir ve mahkemece resen göz önünde bulundurulması gerekir. Zira sosyal devlet ilkesi gereği kamu sağlığı ve güvenliği, şehirleşme, etkin yerleşme politikası gibi prensipler çerçevesinde kamu yararının sağlanması amacıyla Devletin yapılaşmaya ilişkin faaliyetlere müdahalesi zorunludur.” şeklindedir. Bu halde sözleşmede TBK m. 1 hükmünce karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile imar mevzuatına ve kısıtlamalarına aykırı olacak şekilde eser imalatının kararlaştırılması halinde sözleşmenin TBK m. 27/I hükmünce “emredici hukuk kurallarına aykırılık” sebebiyle baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı ve fakat anılan durum karşısında yine aynı hükümde sayılan “imkânsızlık” bulunmadığı açıktır. Eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelerde ilerideki muhtemel imar planı değişikliğinin “öngörülerek” buna ilişkin yasal girişimde bulunulması kararlaştırıldığında artık mevcut emredici kurala aykırılık nedeniyle TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olacağı sonucuna varılmakla birlikte bu yönde hatalı olarak “geçici imkânsızlık”tan söz edilmesi ve geçici imkânsızlık olgusu ile sözleşmeyi ayakta tutan yorum, aşağıda da irdeleyeceğimiz gibi sonucu itibari ile doğru ve fakat gerekçesi hatalıdır.

Doktrinde katıldığımız görüşe göre Yargıtay gibi somut olayda geçici imkânsızlık olduğu kabul edilse bile geçici imkânsızlık borcu sona erdirmez.⁴⁵ Edimin ifası her ne kadar yürür-

⁴⁴ E. 2017/13-599, K. 2020/431, T. 17.6.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁴⁵ Doktrinde borcun ifasının önünde engel olmakla birlikte ifanın daha sonraki bir zamanda ise mümkün hale gelebilecek olmasına “geçici imkânsızlık” (*vorübergehende Unmöglichkeit, temporary impossibility*) denmektedir. Bkz. Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag 1974) 96; Rolf H. Weber ve Susan Emmenegger, *Berner Kommentar Art. 97-109 OR. Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung* (2. Auflage, Stämpfli 2020) Art. 97, N. 131; Hermann Becker, *Berner Kommentar Art. 1-183 OR. Allgemeine Bestimmungen Band IV: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR* (Stämpfli 1945) Art. 97, N. 21; Aslı Çavuşoğlu, *Geçici İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2020) 87, 88; Başak Başoğlu, ‘Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık’ (2011) Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan 489, 489-517, 499; Seçkin Topuz ve Ferhat Canpolat, ‘Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi’ (2008) (C.57,S.3) AÜHFD 673, 679; Gündoğdu (n 33) 102; Leyla Müjde Kurt, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (Yetkin 2016) 169; Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (Fakülteler Matbaası 1976) 100. Buna göre geçici imkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda aynen ifa borcu sona ermeyip, bu borcun ifası hukukî engel var olduğu sürece ertelenmektedir. İmkânsızlığın aynen ifa borcu üzerindeki sona erdirici etkisinin söz konusu olabilmesi için borcun ifasını engelleyen olgunun “süreklî” nitelikte olması gerekmektedir birlikte TBK’da geçici imkânsızlığın borç üzerindeki etkisine ilişkin herhangi bir hüküm düzenlenmemiştir. Bkz. Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I, m. 1-48* (Yetkin 2022) m. 27, N. 48; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III, m. 83-206* (Yetkin 2022) m. 136, N. 12.

lükteki hukuk kurallarına aykırılık teşkil ediyor ve hukuki imkânsız olarak anılıyor olsa da borcun ifası mümkündür; edimin ifasının bir hukuk kuralı ile yasaklanması durumunda bile bu yasağa rağmen ifa imkânsız değildir.⁴⁶ Kaldı ki ortadan kalkacağı tahmin edilen, ortadan kalkması hukuken mümkün bir engelin ne zaman ortadan kalkarak borçlanılan edimin ifasının emredici kurallara aykırılık teşkil etmeyeceği meselesinin sürekli imkansızlıkla açıklanması, sakıncalı ve gereksizdir; zira böyle bir sonuç, sözleşmenin baştan itibaren sona ermesini beraberinde getirir ki, bu keskin bir sonuçtur. Tarafların sözleşme ile bağlı olmama yolunda tanınan tek imkân, imkânsızlık gerekçesiyle sözleşmenin sona erdiğini kabul olmamalıdır.⁴⁷ Yerinde bir şekilde ifade edildiği üzere “*Sonradan giderilebilecek salt “geçici” bir ifa engeli ilke olarak, imkânsızlık potasına atılamaz.*”⁴⁸

Borcun doğumu esnasında imara aykırılık nedeniyle borcun ifasının mümkün olmadığı hallerde eser imali içeren sözleşmelerin “*emredici kurallara aykırılık*” nedeniyle TBK m. 27/I hükmü uyarınca kendiliğinden kesin hükümsüz olması, kural olarak bu araştırmanın temel saptamasını oluşturmakla bu yöndeki 2011 tarihli bir Yargıtay kararı⁴⁹ da “*3194 Sayılı İmar Kanunu’nun ilgili hükümleri de emredici niteliktedir. Emredici hukuk kurallarına aykırı olarak sözleşme ve hukuki işlemler yapılamaz ve yapılması halinde de yasal hale getirilemez ve kesin hükümsüz olur.*” şeklindedir. Bu olguyu kabul etmekle birlikte çalışma konumuzun özelliği gereği gerekçemizi neden imkânsızlık olgusuna dayandırmadığımızı, bu noktada farklı bir değerlendirme yapılması gerektiğini açıklamaya çalışacağız. Eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelerde kamu düzenine ilişkin yönüyle mücavir alanlar içerisinde ruhsata tâbi olan herhangi bir yapının inşaatına başlanabilmesi için gereken yapı ruhsatı edinmenin mümkün “*olmadığı*” bir dönemde hukuki bir engelin söz konusu olduğunu ve fakat bir yaptırımla karşılaşılacak olmasının ifanın imkânsız olduğunu göstermeyeceğini öncelikle vurgulamak isteriz. Kanaatimizce tarafların mevcut imara aykırılığın “*sonradan ortadan kaldırılabilmek olasılığı*” nı öngörmeleri üzerine koşula bağlı veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğiyle hüküm kararlaşmaları halinde kurulan sözleşme, TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabi tutulmamalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalandığı tarihte halihazırda eserin meydana getirileceği arsaya ilişkin olarak mevcut imar uygulamasıyla oluşan bir kısıtlamanın bulunması halinde bu kısıtlamanın aksi yönünde bir eser meydana getirme borcu üstlenilmiş ise, örneğin on katlı binanın inşasına izin verilen bir yerde yirmi katlı binanın inşasının üstlenilmesi halinde, bu durumda imkansızlıktan değil, hukuki bir engelden söz edilmesi gerektiği

⁴⁶ Ivo G. Caytas, *Der unerfüllbare Vertrag: Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Diss. Recht, Wilmington* (Morgan 1984) 23. Bu yönde verilmiş Yargıtay 15. HD. E. 2003/4184, K. 2004/1686, T. 25.3.2004 kararı da “*...imar mevzuatı açısından yeni bir hukuki statü kazanarak bu durum kesinleşmişe ortaya çıkan imkânsızlık geçici imkânsızlık sayılacağından borcun, dolayısı ile karşılıklı edimleri içeren sözleşmenin ifasında imkansızlığın bulunduğu düşünülemez.*” şeklindedir. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁴⁷ Kurt (n 40) 177.

⁴⁸ Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (8. Bası, On İki Levha 2022) §14, N. 2.

⁴⁹ 15. HD. E. 2011/46, K. 2011/8014, T. 28.12.2011(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

kanaatindeyiz.⁵⁰ Bu noktada “*hukuki engel*” tabirini kullanmamızın sebebi, araştırmamızın temel amacının “*bu engelin niteliğinin belirlenmesi*”ne ilişkin olmasıdır.

İmar uygulamasına aykırılık oluşturacak şekilde eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelerde aynı zamanda taraflarca TBK m. 1 hükmünce karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile imar uygulamasında değişiklik yapılacağına yönelik taahhüdün varlığı halinde sözleşme, TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Örneğin imar planında turizm amaçlı olarak belirlenmiş bir arazide yüklenici, günümüzde yaşanmakta olan konut krizi karşısında ihtiyaca yönelik olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile konut inşası kararlaştırıldığında -arazinin özgülediği amacın⁵¹ değiştirilmesi yolunda tarafların herhangi bir girişimde bulunmayı da taahhüt etmemeleri ihtimalinde- sözleşme TBK m. 27/I hükmünce baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacak; eğer sözleşmede para borcu dışında bir karşı edim varsa bu halde mülkiyetin geçişinde illilik prensibi sonucu istihkak (*rei vindicatio*); eğer para borcu kararlaştırıldığında ise TBK m. 77 hükmünce sebepsiz zenginleşme (*condictio sine causa*) davası ile iade gündeme gelecektir.

İdarenin plan değişikliğine veya iptaline gitmesinden evvel örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde (*veya eser meydana getirme edimi içeren diğer sözleşmelerde*) yüklenicinin imar planı değişikliği ile işyeri amacıyla ayrılmış arazi üzerinde konut amaçlı bağımsız bölümler inşa edeceği yolunda borç altına girmesi, TBK m. 106/I hükmü gereğince borçlu yüklenicinin işe başlaması bakımından “*ifaya hazırlık fiili*” niteliğiyle “*imar kısıtlılığını kaldırma taahhüdü*” olarak kabul edilmeli ve dolayısıyla da bu yönde yükleniciye verilecek temsil yetkisi geçerli olmakla birlikte sözleşme, mevcut imar planlarına aykırılık nedeniyle imkansızlık sebebiyle TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmamalıdır. Sözleşmede yüklenicinin “*imar planlarını değiştirme yolunda fiil*” üstlenmesi halinde artık “*geçici imkânsızlık*”tan söz edilmesi, yerinde değildir. Şöyle ki idare tarafından imar planları, asla geçici nitelikte yapılmamakla birlikte meşru bir talebin varlığı halinde idarenin re’sen hareket ederek imar planlarını geri alma ve ortadan kaldırma işlemine vücut vermesi ya da idari yargılama makamlarınca verilen kararlara riayet yükümlülüğü ile yeniden plan yapmak zorunda kalması her zaman mümkündür. Örneğin yüklenicinin, imar planlarında işyeri inşası için ayrılmış arazi üzerinde konut inşa etmeyi taahhüt etmesi halinde eğer sonrasında imar planlarında değişikliği sağlayamaz ise bu halde artık eser meydana getirme borcunun konusunu işyeri imalatının aldığı savunulamaz; bu örnekten de anlaşılacağı üzere böyle bir durumda imkânsızlık değil, yüklenicinin bu edimini ifa etmemesine dayalı olarak TBK m. 112 hükmünce subjektif nitelikte kusurlu ifa imkansızlığı söz konusu olup olumlu (*müspet*) zararı ödeme yönünde tazminat sorumluluğunun doğacağı açıktır.

Son olarak her ne kadar araştırmamızın içeriğine dahil olmasa da belirtmek gerekirse imar planlarına aykırılığın “*borcun doğumundan/sözleşmenin kurulmasından sonra*” oluşması halinde ise bu defa karşımıza çıkan hüküm, TBK m. 136 hükmü olacaktır. Örneğin uygula-

⁵⁰ İmkânsızlık, ifa engelinin “*aşılabilirliğine*” yönelik bir yargıda bulunmayı gerektirmektedir. Bkz. Çavuşoğlu (n 40) 48.

⁵¹ TBK m. 692/I: “*Paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.*”

mada imar planlarının re'sen tapuya tescili ile gelinen süreçte alınan yapı ruhsatları ile inşaatların başlanmasına rağmen sonradan görülmekte olan imar planlarının iptali davalarının neticelenerek imar planların iptal edilmiş olması ihtimaline sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu durumda sözleşmenin kurulduğu esnada taraflarca kararlaştırılan bağımsız bölüm inşasına yönelik edimin ifası, kararlaştırılan niteliği ve niceliği ile mümkün iken sonradan iptal edilen planlar ile artık eser imalinin sözleşmede kararlaştırılan hükümlerce ifasının mümkün olmaması halinde TBK m. 136/I hükmünün “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer.*” şeklindeki ifadesinde yer alan “*imkânsızlaşır*” ifadesinin “*mümkün olmaması*” şeklinde değiştirilmesi yolunda bir kanun değişikliğine gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından sonra imar planının iptal edilmesi ve değiştirilmesi ile ortaya çıkan “engel”, katıldığımız görüşe göre geçici ifa engeli (*vorübergehende Leistungshindernisse*) olup TBK. m. 27, 112, 136 hükümleri anlamında imkânsızlık sayılmamalıdır.⁵² Engel oluşturan olgunun sözleşmenin icrasını mümkün kılmaması, uygulamada imkânsızlık olarak nitelendirilse de bu husus, aşağıda gerekçeleriyle ele alınarak eleştirilecektir.

6.3. SÖZLEŞMENİN KURULMASI ESNASINDA MEVCUT İMAR ENGELİNİN ORTADAN KALDIRILMASINA YÖNELİK YASAL BİR GİRİŞİMDE BULUNULMASI YÖNÜNDE HÜKME YER VERİLMESİ

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve kararlaştırılan eser imalatının meydana getirilmesini engelleyici boyuttaki kamu engelleri nedeniyle, örneğin edimin ifa edilmesine ilişkin bir iznin veya ruhsatın iptali, kararlaştırılan inşaat miktarının artık yapılmasına engel bir durumun doğması, imar planının değişmesi halinde, yüklenicinin üstlendiği edimin ifasının TBK m. 112 veya 136 hükmüne “*imkânsız*” hale geldiği⁵³ yönünde görüş mevcut olsa da çalışmamızda bu durumda neden “*imkânsızlık*” olgusundan bahsedilemeyeceği vurgulanacaktır.

Uygulamada eser veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde TBK m. 1 hükmüne karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıyla açık bir şekilde “*mevcut imar kısıtlamalarının bulunduğu bilindiğine*” veya yükleniciye/arsa sahibine düşen (TBK m. 106/I hükmüne) “*ifaya hazırlık fiili*” olarak “*bu engelin kaldırılması için girişimde bulunulacağına*” ilişkin hükümlerin kararlaştırıldığı; örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapının inşasını üstlenen yüklenici, aynı zamanda “*mevcut imar kısıtlamasını yasal yollarla değiştirme*

⁵² von Tuhr ve Escher (n 45) 96; Vedat Buz, ‘Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması’ (1994) (C.49,N.1-2) AÜSBFD Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan 23, 24; Eren ve Dönmez, Cilt I (n 40) m. 27, N. 48; Eren ve Dönmez, Cilt III (n 40) m. 136, N. 12.

⁵³ Özçelik (n 1) 579, 606; bu yönde bkz. Yargıtay 15. HD, T. 8.11.2012, E. 2011/7526, K. 2012/6981; Yargıtay 15. HD, T. 20.7.2007, E. 2007/2163, K. 2007/5035 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023). Yapımına başlanan inşaatın İmar Kanunu’nun 32. maddesi gereğince mühürlenerek durdurulması gibi hallerde, kural olarak edimlerin ifası bakımından geçici imkânsızlığın meydana geldiği; geçici imkânsızlık halinde, kural olarak TBK m. 112 ve 136 hükmüne imkânsızlığın değil, halen ifası mümkün bir edimin yerine getirilmesinde gecikme, yani temerrüdün söz konusu olduğu savunulmaktadır. Bkz. Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı* (Yetkin 2005) 248; Özçelik (n 1) 584.

yönünde” taahhüt altına girdiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle yukarıda ikinci olasılık olarak saydığımız yönde, *sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imar engelinin ortadan kaldırılmasına (İmar Kanunu m. 8 hükmüne göre itiraz edilmesine veya geri alınmaması kapsamında idari yargıya iptal davası açmasına) yönelik yasal bir girişimde bulunulması yönünde hükme yer verilmesi* durumu karşımıza çıkabilmektedir.

Bu noktada sözleşmede mevcut imar engelinin yasal (*meşru*) yollarla kaldırılması için girişimde bulunulacağı yolundaki irade açıklamaları hakkında da değerlendirme yapmak gerekmektedir. Tarafların imar uygulamasının yasal yollarla değiştirilmesine ilişkin sürece katlanmayı göze almaları halinde, örneğin mevcut imar planının değiştirilmesine yönelik olarak arsa sahipleri tarafından dava açılacağına sözleşmede kararlaştırılması durumunda, Roma hukukundan beri gelen tabirle sözleşmeyi ayakta tutan (*favor negotii*) ve ona makul bir anlam verilmesini sağlayan yorum tercih edilmelidir. Başka bir deyişle bir sözleşme yorumlanırken o sözleşmeyi geçersiz kılacak yorum yerine onu geçerli hale getiren yorum tercih edilmeli⁵⁴ ve sözleşmeyi ayakta tutacak, ona makul anlam verecek bir yorum tarzına üstünlük tanınmalıdır⁵⁵; nitekim bu yöndeki bir karar⁵⁶ da “*Bir aktin hükümsüz olacak şekilde değil, fakat geçerli olacak şekilde manalandırılması, aktin tarafların ortaklaşa maksatlarına göre yorumlanmasını emreden Borçlar Kanununun 18. Maddesi (yürürlükteki TBK m. 19) hükmü gereğidir.*”, şeklindedir.

Yorum araçlarıyla değerlendirme neticesinde sözleşmede objektif olarak makul olmayan bir içeriğe ulaşıldığı anlaşılıyorsa, örneğin edim olarak bir insanın öldürülmesinin konu edildiği şekilde yorum yapılabiliyorsa, TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yap-tırımına tabi sözleşmenin değiştirilmesi/düzeltilmesi de mümkün değildir. Ancak kimi hal-lerde sözleşme yorumlanırken tüm hükümlerine tutarlı bir anlam ve işlev kazandıran yorum tercih edilmesi yoluyla sözleşmenin ayakta tutulması, somut olayın tüm özelliklerine daha uygun düşebilir. Eş deyişle sözleşmede hüküm bulunmasa da TBK m. 19/I hükmünce tarafların gerçek irade açıklamasını yorumlamak gerektiğinden sözleşmeyi ayakta tutan ve amaçsal (*gai; teolojik*) yorumun tercih edilmesi ile kararlaştırılan sözleşme hükümlerinin, kimi hallerde TBK m. 27/I hükmünce sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmadığı sonucuna varılması gerektiği kanaatindeyiz.

Tarafların imar uygulamasına dayalı olarak eser meydana getirme ediminin ifasına ilişkin engeli kaldırma yönünde “*ifaya hazırlık fiili (TBK m. 106/I)*” olarak yasal yollarla imar planında değişiklik yapmak için girişimde bulunmayı üstlenmesi geçerli olmakla birlikte niteliği bakımından irdelenmeye muhtaçtır. Roma hukukundan beri geçerli olan ile “*Başlangıçtan itibaren batıl (geçersiz) olan daima batıl (geçersiz) kalır.*” (*Ab inito nullum semper nullum*⁵⁷; “*Batıl olan, zamanın müruru ile sahih addolunamaz.*”); “*Başlangıcından itibaren*

⁵⁴ Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri* (15. Basım, Der 2021) 151; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 297.

⁵⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1* (Tıpkı Bası, Filiz 2017), §32, N. 14; Eren ve Dönmez, Cilt I (n 40) m. 19, N. 28.

⁵⁶ Bkz. Yargıtay HGK 10.2.1960T, 416E., 188K., karar içeriğine Yargıtay 8. HD. E. 1997/4174 K. 1997/7956 T. 04.12.1997 kararından ulaşılmıştır. (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁵⁷ Belgin Erdoğan, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2011) 2.

geçersiz olan zamanla geçerli hale gelmez.” (Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.); “Hukuken başlangıçtan itibaren mevcut olmayan şey zamanın geçmesiyle tasdik edilemez, sıhhat kazanamaz. (Non firmatur tractu temporis, quod de iure ab initio non subsistit.)”⁵⁸ ilkesi karşısında vardığımız sonuç nasıl değerlendirilecektir?

Sözleşmede kararlaştırılan edimin daha sonraki bir zaman diliminde yerine getirilmesi mümkün ise, yani edimin ifa edilebilmesi için zaman kararlaştırılmış ve bu zaman geldiğinde edimin ifası mümkün hale gelmiş ise sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaması gerektiği akla gelse bile kanaatimizce bu noktada baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmuş bir sözleşmenin hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı kuralının yerine kimi hallerde sözleşmeyi ayakta tutan (*favor negotii*) ve ona makul bir anlam verilmesini sağlayan yorumun tercih edilmesi, somut olayın özelliğine daha uygun düşecektir.

Sözleşmenin kurulduğu esnada imar planına aykırılığın oluşturduğu hukuki engel öngörülmemiş olsa bile tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra TBK m. 1 hükmünce anlaşmasıyla imar planlarında sözleşmenin ifasını mümkün kılan değişikliğe ilişkin yasal bir girişimde bulunma taahhüdü söz konusu olduğunda, kanaatimizce arsa sahibinin veya yüklenicinin taahhüdünün ifaya hazırlık fiili olduğunun kabulü ile sözleşme ayakta tutulmalıdır. Bu yöndeki güçlü gerekçemiz, sözleşmenin baştan itibaren geçersizliğine dayalı sonradan geçerli kılınamayacağı ilkesini “*bertaraf eden yönü ile*” TBK m. 13 hükmünün eski hükmü olan BK m. 12 hükmünde yatmaktadır. Şöyle ki yürürlükteki TBK m. 13/I hükmü “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*” şeklinde iken 818 sayılı BK m. 12 hükmü “*Kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır. Şu kadar ki bu akdi nakız ve tadil etmiyen mütemmim ve fer’i şartlar bu hükümden müstesnadır.*” şeklinde olup vurgulanması gereken, eski metinde yer alan “*tadil etmeyen*”, yani “*değiştirmeyen*” şeklindeki ifadenin “*çelişmeyen*” olarak metne işlenmesidir. Bu değişiklik, amaçsal yorum ilkelerine bile gerek bırakmayan özelliğiyle son derece başarılı bir değişikliktir; çünkü bir sözleşmeyi geçersiz kılan değil, ayakta tutan ilkenin varlığı, tam anlamıyla yerini bulmuştur. Hal böyle olmakla amaçsal yorum ilkeleri açısından irdelendiğinde sözleşme içeriğine geciktirici koşulun dahil edilmesi ile sözleşme metniyle çelişmeyen, aksine istenen amacı yasal yollarla elde etmeye yönelik sonradan oluşmuş ortak irade olarak böyle bir tamamlayıcı yan hükümle birlikte sözleşmenin ayakta tutulması gerekecektir.⁵⁹

⁵⁸ O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri Cilt I* (4. Baskı, Seçkin 2021) N. 975.

⁵⁹ Ayrıca bu gerekçe ile de belirtmemiz gerekir ki doktrinde örneğin kararlaştırılmış faiz oranının arttırılmasına veya ifa yerinin değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların bulunması halinde bu yöndeki sözleşme değişikliğinin TBK m. 13/I,c.2 hükmüne göre ilk cümledeki kuralın dışında olduğu, sözleşme metniyle çelişmediği kabul edilmektedir. Bkz. Gümüş 287. birlikte çalışma konumuza ilişkin olarak sözleşme değişikliği yapılarak imar planının değişikliğine dayalı hükümler kararlaştırılması halinde artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin TBK m. 13 hükmünce değişikliğinin Noterlik Kanunu m. 60 hükmünce noterde yapılması dayatılmamalıdır. Sözleşmede değişiklik ile ifaya hazırlık fiili olarak imar planındaki değişikliğin taahhüt edilmesiyle veya yapı ruhsatının alınması yolunda işgörme edimlerinin sözleşmeye dahil edilmesiyle sözleşmenin geçerli kılındığını kabul etmek gerekmektedir.

Sonuç olarak eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelerde imar planlarının oluşturduğu engelin kaldırılması yolunda kararlaştırılmış hükümlerin varlığına dayalı olarak TBK m. 27/I hükmüne göre emredici hükümlere aykırılık sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren, kendiliğinden kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı yönündeki sonuca, andığımız yöndeki olasılıklarla varmamak gerekir. Kanaatimizce borçlunun borçlandığı edimin ifasının o an için mümkün olmamasına rağmen gelecekte mümkün olabileceği, yani emredici hukuk kurallarına aykırılığın yasal (*meşru*) yollarla gelecekte ortadan kalkabileceği ya da giderilmesinin söz konusu olabileceği; bu durumda aynen ifa borcunun sona ermeyip hukuki engel var olduğu sürece borcun ertelendiği⁶⁰ kabul edilmelidir.

Bu olasılıkta üstlenilen yasal girişimde bulunarak lehe sonuç elde etmenin altında hukuki nitelik olarak TBK m. 128 hükmünün varlığı gözlenmekte olup bu hususta aşağıda yapılacak açıklamalarla neden imkansızlıktan söz edilmeyeceği irdelenecek; ayrıca imar planlarının sürekli-mutlak olmaması gerçeği karşısında yasal yollarla bunların değiştirilebilmesini veya kaldırılabilmesini öngören ve buna ilişkin olarak taraflardan birinin bir taahhüt altına girdiği sözleşmeler açısından neden imkânsızlık olgusunun bulunmadığı açıklanacaktır. Sözleşme taraflarından birinin eser imaline dayalı edimlerin önündeki “engeli” kaldırma yolundaki taahhütlerinin nitelendirilmesi hususunda öncelikle iki farklı kurum akla gelmektedir. Bunlardan ilki, imara aykırılığı giderme yolunda girişimde (*teşebbüste*) bulunarak imar mercilerinin idari işlemlerine zorunlu hukuki bağlılık nedeniyle üçüncü kişinin fiilini üstlenme, diğeri ise koşul (*şart*) olup aşağıda bu yönlerden değerlendirmeye yer verilecektir.

6.4. İLERİDE ORTAYA ÇIKABİLECEK İMAR ENGELİNİN ORTADAN KALDIRILMASINA YÖNELİK GİRİŞİMDE BULUNULMASI YÖNÜNDE HÜKME YER VERİLMESİ

Bu olasılıkta sözleşmenin kurulması esnasında yüklenicinin eser meydana getirme ediminin ifasına yönelik bir imar engeli bulunmamaktadır; ancak örneğin İmar Kanunu m. 8/b hükmüne göre bir aylık ilan süresi⁶¹ içinde planlara itiraz edilmemiş olsa bile buna yönelik iptal davasının açılabilmesi nazara alınarak sözleşmede buna yönelik bir hükmün kararlaştırılması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımından söz edilemeyecektir.

Doktrinde bir görüşe göre inşaatın imar mevzuatındaki değişiklik nedeniyle yasaklanması, arsanın kamulaştırılması gibi hallerde imkânsızlıktan bahsedilmekte⁶² ise de sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imar engelinin kaldırılması için açılan dava sonucunda başarı sağlanarak sonrasında idare tarafından plan değişikliği yapılması halinde inşaatın yüklenici tarafından tamamlanacağına sözleşmede kararlaştırılması durumunda herkes için imkânsız olan bir durumun bulunmadığı; imar hukukunda imar uygulamasının yasal yollarla değiştirilmesinin mümkün olduğu; başka bir ifadeyle geçici süreliğine var olan

⁶⁰ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. III (Legal 2017) 202.

⁶¹ Her ne kadar İmar Kanunu m. 8/b hükmünde ilan süresinin bir ay olduğuna yer verilmiş ise de Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliği m. 33(1) hükmü “Çevre düzeni planı ve imar planları onaylandığı tarihten itibaren en geç on beş iş günü içinde otuz gün süreyle herkesin görebileceği şekilde idarelerce tespit edilen ilan yerlerinde asılmak suretiyle ... ilan edilir.” şeklinde olmakla hükümler arasında uyumsuzluk yaratılmıştır.

⁶² Kurşat (n 29) 762, 771; Buz 28; Emrah Kulaklı, *Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı* (On İki Levha 2021) 52.

bir hukuki engelin ortadan kalkabileceği gerçeği karşısında imkânsızlıktan söz edilemeyeceği açıktır. Bu noktada neden imkansızlıktan söz edilemeyeceği hususunda, TBK m. 128 hükmünde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile TBK m. 170 hükmünde düzenlenen geciktirici koşul (*taliki şart*) göz önüne alınarak değerlendirme yapmayı tercih ediyoruz.

6.4.1. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Boyutu

Gerek sözleşmenin kurulma anında eser meydana getirme edimi içeren sözleşmede gerekse sözleşmenin kurulmasından sonra mevcut sözleşme ile çelişmeyen ve geçerlilik şekline bağlı olmayan bağımsız bir sözleşmede yasal yollarla imar planında değişiklik yapma/mevcut imar engelini ortadan kaldırma ve arzulanın inşaat imalatını tamamlama yönünde girişiminde bulunmak taahhüt edilebilir. Bu açıdan değerlendirilmesi gereken hüküm ise “Üçüncü kişinin fiilini üstlenme” kenar başlıklı TBK m. 128 hükmü olup hükmün ilk fıkrası “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklindedir. Görüldüğü üzere hükümde bir kimsenin diğer kimseye üçüncü kişinin herhangi bir fiilini taahhüt ederek bu fiilin gerçekleşmemesi, yani üçüncü kişinin fiili neticesinde istenen sonucun sağlanamaması hâlinde uğranılan zararı gidermeyi üstlenmesi düzenlenmiş; bağımsız bir yükümlülük altına girilmiştir⁶³.

Her ne kadar bu kurum “üçüncü kişinin fiilini üstlenme (*başkasının fiilini taahhüt*)” olarak anılsa da bu sözcüklerinin arkasında garanti kurumu yatmaktadır; bu sözleşme garanti sözleşmesinin bir türü olup üçüncü kişinin fiilini üstlenen kimse taahhütte bulunduğu kişiye karşı bir garanti vermektedir.⁶⁴ “Fiil” kavramı, üçüncü kişinin vücut verdiği hukuki işlemi, maddi fiili, hukuki işlem benzeri fiilleri ve bilgi açıklamasını kapsayacak şekilde geniş bir kavramdır.⁶⁵ Bu kapsamda üstlenilen edim, üçüncü kişinin kamu hukukuna bağlı bir fiiline ilişkin de olabilir; burada üçüncü kişinin bir harekete zorlanması değil de tam tersine edimin ifa edilmemesinin sonuçlarını üzerine alma söz konusudur.⁶⁶ Resmi mercilerce *-talih ve tesa-düfe bağlı boyutu ile-* üçüncü kişinin üstlenilen fiilinin neticesinin elde edilememesine bağlı olarak rizikoya dayalı ortaya çıkan ekonomik olumsuzluk, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede olumlu (*müspet*) zararın tazmini olarak istenebilecektir.⁶⁷ Sözleşmede riziko, üçüncü kişinin

⁶³ Burada yanıltıcı olarak “başkasının edimini borçlanma”nın olduğu yönünde bkz. Yargıtay 21. HD. E. 2012/11883, K. 2012/17513, T. 16.10.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁶⁴ Safa Reisoğlu, *Garanti Mukaveleleri* (Ajans Türk Matbaası 1963) 5; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993) 228; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2 (18. Baskı, Vedat 2020) N. 1182; Eren, Dönmez, Cilt III (n 40) m. 128, N. 3; Melek Yüce Bilgin, *Garanti Sözleşmelerinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi* (Vedat 2007) 20; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Beta 2023) N. 216.1; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2016) §26, N. 1362; Sevgi Kayak, *Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt* (Vedat 2010) 53 vd., 70; ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/13-549, K. 2018/1360, T. 27.9.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023).

⁶⁵ Gümüş (n 48) 980.

⁶⁶ Topuz ve Canpolat (n 40) 984, 985.

⁶⁷ TBK’da olumlu (*müspet*) veya olumsuz (*menfi*) zarar tabiri yer almamakla birlikte doktrin tarafından isimlendirilmiş bu tabirlerin altındaki olgular ayrıştırılmıştır. Olumlu zarar bakımından en yerinde ifadeyi TBK m. 125 hükmünde “borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi” şeklinde görmekteyiz. Bu kapsamda bu talebe vücut verecek üçüncü kişinin fiilini üstlenme taahhütlerinin geçerli olacağı kanaatindeyiz.

davranışına dayalı olarak kararlaştırılabilir⁶⁸; bu kapsamda üçüncü kişinin fiilini üstlenme (*başkasının fiilini taahhüt*) sözleşmesi ile eser meydana getirme edimi içeren sözleşmesinin taraflarından birisi (*genellikle de yüklenici*), TBK m. 40 vd. hükümlerince sahip olduğu temsil yetkisi ile imar mercilerini harekete geçirerek (*imar planının iptali sebebi olan amaç, sebep, konu, yetki, şekil açısından*) imar planlarını geri alma, ortadan kaldırma yolunda sonuç alma konusunda taahhütte bulunması söz konusu olabilir. Bu durumda da eleştirdiğimiz aksi görüş, yüklenicinin imar planının değişikliğine karar verme mercii olmadığı, bunun için idareyi zorlayamayacağı ve dolayısıyla bu edim bakımından imkansızlığın olduğu şeklinde karşımıza gelebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki burada imkansızlıktan bahsedilmemelidir, zira üstlenilen borcun yerine getirilmemesi hali için tazminat sorumluluğu düzenlenmiş olup buna benzer bir olayda verilmiş Yargıtay 4. HD. 8.11.1950, 5287/5310 kararı "... davalı askerlik mükellefiyetini ifa için bir şahsın şubeye müracaatını temin etmeyi davacıya karşı taahhüt etmiştir. ... Bu kabil akitlerde mevzu itibariyle muhal ve bundan dolayı batıldır denebilmesi için üçüncü şahsın taahhüt olunan fiilin muhal olması lazımdır. Hiçbir şahıs cebren diğer birini bir fiil ifasına icbar edemeyeceğine ve kanunun 110uncu maddesinde fiil taahhüdüne müsaade etmiş bulunmasına göre ... taahhüdün batıl bulunduğu kabulü yolsuzdur." şeklindedir.⁶⁹ Görüldüğü üzere Yargıtay yerinde bir hüküm kurarak bir kimsenin, bir kimseyi askerlik şubesine götürmeyi taahhüdünü imkânsız (*muhal*) olarak görmemiş ve bu taahhüdün TBK m. 27 hükmünce kesin hükümsüz olduğunu kabul etmemiştir.

Bununla birlikte katıldığımız görüşe göre örneğin kamu hukuku tüzel kişisi olarak bir belediyenin anılan arsayı istimlak etmeyeceğinin bir başkası tarafından taahhüt edilmesi⁷⁰ veya takibin durdurulmasının üstlenilmesi⁷¹ geçerlidir; zira üçüncü kişinin taahhüt edilen ediminin yerine getirilememesi, kanunda da düzenleme konusu edilen bu taahhüdün geçerliliğini etkilemez. Dolayısıyla üçüncü kişinin fiili mümkün olsun veya olmasın bunun gerçekleşmemesi üzerine tazminatın ödenmesi, imkansızlıktan söz edilmesini mümkün kılmamaktadır.

Somut menfaatler incelendiğinde taahhütte bulunanın garanti sorumluluğunu haklı gösteriyorsa o taahhüdü imkânsızlık kavramının ve kesin hükümsüzlük yaptırımının dışına çıkarmak doğru olur; aksi yönde, hukuki imkânsızlık gerekçesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımının kabulü, fırsatçıları tazminattan kurtaran tasfiye yoluna sapmak anlamına gelmektedir.⁷²

Son olarak belirtmek gerekir ki kanunda üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin geçerlilik şekline tabi tutulmaması ve edim olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsızlığı dolayısıyla başlangıçta öngörülmemiş üçüncü kişinin fiilini üstlenme iradesinin, resmi şekilde düzenlenmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğinde yer alması zorunluluğundan da söz edilemez. Örneğin resmi şekilde düzenlenmiş arsa payı

⁶⁸ Gümüş (n 48) 981.

⁶⁹ Karar özeti için bkz. Senai Olgaç, *Kaza Ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Ve Hususi Kanunlar*, C. I (Hak Kitabevi 1959) 870.

⁷⁰ Oğuzman ve Öz, C. 2 (n 59) N. 1200, 1206, 1207.

⁷¹ Reisoğlu (n 59) 52-53.

⁷² Serozan, Baysal ve Sanlı (n 43) §14, N. 8.

karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanmasından sonra taraflarca üçüncü kişinin fiilini üstlenme yönünde TBK m. 1 hükmüncü karşılıklı irade açıklamaları birbiriyle uyduğunda bunun adi yazılı şekilde ve mevcut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bağlantı kurularak düzenlenmesinde hiçbir sakınca bulunmamaktadır; bu halde TBK m. 112 hükmüne dayalı olumlu zararın götürü bir miktarla TBK m. 179/I hükmüncü seçimlik ceza koşulu olarak kararlaştırılması halinde devletin vergi kaybına yol açtığı gerekçesiyle geçersizlik sonucuna bağlanmasına karşı çıkmaktayız. Zira bir sözleşmeyi kanuna uygun şekilde yapmakla taraflar hiçbir şekilde devletin vergi kaybına yol açmazlar; meğerki damga vergisi gibi adi yazılı şekildeki sözleşmeye bağlı kanuni ödeme yükümlülükleri yerine getirilmiş olsun.

6.4.2. İmar Uygulamasını Değiştirme Yönündeki Edimin Sözleşmede Geciktirici Koşul (Taliki Şart) Olarak Kararlaştırılması

Eser meydana getirme edimini içeren sözleşmede kararlaştırılan ve fakat edimin ifasına engel oluşturan imara aykırılığın giderilmesi gerekliliği karşısında “gelecekteki (atiye matuf) kuşkulu (meşkûk) bir olaya” ilişkin olarak üçüncü kişinin, yani idarenin fiilinin (örneğin imar değişikliğini) üstlenilmesi ile idarenin taahhüt edilen sonuca yönelik olarak işlem tesis edeceği olgusunun gerçekleşmesi amaçlanabilir.

Sözleşmelerde “koşul” veya eski tabiriyle “şart” tabiri kullanılsa bile tarafların gerçek ve ortak irade beyanları araştırılmalıdır. “*Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)*”⁷³ kuralının yansıması olan TBK m. 19/I hükmü “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” şeklinde olup hâkim, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin yorumunda TMK m. 4 hükmüncü takdir yetkisini kullanarak uyuşmazlığı çözüme bağlayacaktır.

Uygulamada eser meydana getirme edimi içeren sözleşmelerde “her iki şirketin arsanın imar durumunun iyileştirilmesi için birlikte çalışacakları” şeklindeki ifadelerle sözleşmelerde hükümler kararlaştırıldığını görmekteyiz.⁷⁴ Her ne kadar eser meydana getirme edimini içeren bir sözleşmede taraflardan birinin hukuki/meşru yollarla mevcut imar planının değiştirilmesi, iptali yolunda taahhüt altına girmesi, aslında “idarenin harekete geçirilmesi fiilini” üstlenmesi halinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme söz konusu olsa da bununla birlikte sözleşme özgürlüğü ilkesince TBK m. 1 hükmüne göre karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile önsözleşmede veya sözleşmede TBK m. 170 hükmüncü geciktirici (taliki) koşul kararlaştırılabilir ve “imar planlarının değişmesine, iptal edilmesine, yeni plan yapılmasına veya plan yapan imar merciinin değişmesine, mahkeme kararı alınarak plan değişikliği yapılmasına vb.” yönelik beklenti ile gelecekteki kuşkulu olgunun gerçekleşmesi (*conditio existit*) halinde üzerine eserin meydana getirilmesi/tamamlanması kararlaştırılabilir.

Bilindiği üzere geciktirici koşul, kararlaştırıldığı anda hiçbir zaman gerçekleşemeyecek

⁷³ Erdoğan (n 51) 56.

⁷⁴ Bkz. Yargıtay 6. HD. E. 2022/1566, K. 2023/1413, T. 13.4.2023 (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023). Geciktirici koşul olarak inşaat izninin alınması için gerekli tüm girişimler bulunma her iki tarafça da taahhüt edilmiş olabilir, bkz. İlker Duman, *İnşaat Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2021) 81.

nitelikteyse bu durumda koşul, imkânsız bir koşuldur (*unmögliche Bedingung*); örneğin “*meşhur ressam A, benim resmimi yaparsa...*” şeklinde kararlaştırılmış koşula rağmen eğer işlemin yapılması esnasında ressam görme yeteneğini sürekli şekilde kaybetmişse bu halde imkânsızlık söz konusudur.⁷⁵ Ancak eser meydana getirme edimini içeren bir sözleşmede, sözleşmenin taraflarından birinin iradesi dışında meydana gelen olaylara bağlanan “*tesadüfi koşul*” olarak⁷⁶, örneğin üçüncü bir kişinin fiiline/iradesine bağlı olarak imar planının değişmesi, iptal edilmesi veya mahkeme kararı alınarak plan değişikliği yapılmasına vb. gibi gelecekte gerçekleşmesi kuşkulu bir olaya bağlı olarak inşaatın tamamlanacağı kararlaştırılmış ise bu geciktirici koşul, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle TBK m. 176, 27 hükmüne kesin hükümsüzlük yaptırımına mı tabi tutulmalıdır? Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki ölünün diriltilmesine yönelik koşulunu içeren bir sözleşmenin akdedilmesi halinde imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzlükten bahsedileceğinden koşulun gerçekleşmeyeceğinden (*defectus condidonis, condicio deficit*) şüphe yoktur; ancak bu edimin ifasının sonradan mümkün olması halinde ise artık imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzlükten bahsedilemeyecek ve sözleşme geçerli olacaktır.⁷⁷ Dolayısıyla Yargıtay 23. HD. E. 2016/464, K. 2018/5428, T. 22.11.2018 kararı “*İmarlı olmayan gayrimenkul üzerine inşaat yapılması mümkün değildir. Ancak taraflar imar işlemlerinin yapılması şartına bağlı olarak sözleşme yapabilirler.*” şeklinde olup yerindedir.

Bununla birlikte uygulamada, *sözleşmenin kurulmasından sonra imar planının iptaline ilişkin dava açılacağı ve bu davanın kesinleşmesi ile elde edilecek lehe karar neticesinde edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması* da söz konusu olabilir. Bu olasılıkta sözleşmenin kurulmasından sonra imar planlarının kesinleşmesine dayalı olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında eser meydana getirme edimlerine ilişkin engelin ortadan kaldırılması yolunda sözleşme taraflarından birinin iptal davası açması kararlaştırılabilir; bu halde sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı söylenemez. Şöyle ki “*gelecekteki (atiye matuf) kuşkulu (meşkûk) bir olaya*” ilişkin olarak arsa sahibinin idari yargıda iptal davası açması ve bu dava sonucunda lehe karar alınması üzerine edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması hukuka aykırı olmayıp bu noktada karma (*muhtelit*) koşul (*condicio mixta*) söz konusu olacaktır.⁷⁸ Karma koşul, gerçekleşmesi hem hukuki işlemin taraflarından birinin hem de üçüncü kişi-

⁷⁵ A.Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992) 83.

⁷⁶ Gerçekleşmesi üçüncü bir kişinin iradesine ya da tamamen dış etkenlere bağlı olan koşullar tesadüfidir. Bkz. Eren ve Dönmez, Cilt III, m. 170-177'nin Takdimi, N. 23; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku* (18. Basım, Turhan 2020) 248. Örneğin “*Gemi Kartaca'dan gelirse sana 100 kilo buğday satarım.*” ifadesinde olduğu gibi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda taraf iradelerinin bir etkisinin bulunmadığı hallerde koşulun gerçekleşmesi üçüncü kişinin iradesine veya tesadüfi olayların etkisine bırakılmış ise bu koşul türü, “*tesadüfi koşul*” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* (Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1989) 47; Sirmen (n 75) 73; Tahiroğlu ve Erdoğan (n 48) 196; Sinan Okur, ‘Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme’ (2019) (14-1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31, 49.

⁷⁷ Kemal Tunçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Borç İlişkileri, C. I* (Sermet Matbaası 1977) 1010.

⁷⁸ Örneğin “*Sınavı kazanırsan sana bisiklet alacağım.*” ifadesini içeren bağışlama sözleşmesinde hem kişinin ifadesine bağlı hem de iradeden bağımsız bir koşul (*condicio mixta*) kararlaştırılmıştır. Bkz. Özlem Söğütlü, *Roma Özel Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2021) 290.

nin iradesine ya da dış etkenlere bağlı olan koşuldur.⁷⁹ Bu olasılıkta da varılan aynı sonuçla belirtmek gerekir ki karma koşula bağlanmış sözleşme bakımından imkânsızlık tabirinin söz konusu olmayacağı, buna ilişkin hükümler içeren sözleşmelerin de kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmayacağı kanaatindeyiz.

6.5. SÖZLEŞMENİN KURULMASI ESNASINDA İMAR PLANININ İPTALİNE İLİŞKİN ÖNCEDEN AÇILMIŞ DAVADA VERİLECEK İPTAL KARARI NETİCESİNDE EDİMİN İFA EDİLECEĞİNİN KARARLAŞTIRILMASI

Son olasılıkta ise sözleşmenin kurulmasından evvel, imar planının iptali yönünde açılmış davada iptal kararının verilmesi halinde bu sonuca bağlı olarak sözleşmede hüküm tesisi ile kararı neticesinde yapılacak eser edimlerinin koşulları düzenlenebilir. Bu halde anılan sözleşmenin yapıldığı esnada kesin hükümsüzlük yaptırımına sebep olacak bir gerekçe söz konusu olmadığından sözleşme geçerlidir. Zira kanaatimizce bu noktada sözleşmede, tesadüfi koşula bağlı olarak TBK m. 170 hükmünce geciktirici koşul (*taliki şart*) kararlaştırılmıştır ve buna ilişkin yukarıda ele aldığımız üzere sözleşmede geciktirici koşulun kararlaştırılmasına bağlanan sonuç değişmeyecektir.

7. SONUÇ

Mülkiyet hakkının içeriğine ilişkin olarak TMK m. 683/I hükmü uyarınca bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir; ancak hükümde gözden kaçırılmaması gereken nokta “*hukuk düzeninin sınırları içinde*” şeklindeki ifadedir. Bu yönde Anayasa m. 35/II hükmü ile ilintili TMK m. 731/I hükmü “*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.*” şeklinde olup kısıtlama getiren emredici hükümlerden en önemlisi de imar mevzuatıdır. Her ne kadar imar hukukunda mekânsal planların değiştirilmezliği esas olsa da özellikle de kamusal ihtiyaçlarda değişiklik, hak ve özgürlüklerin korunması, mülkiyet hakkının kısıtlanmasının önlenmesi gibi gerekçelerle imar planlarında değişiklik yapmak gerekebilir. Önceki planların hatalı yapıldığı veya artık ihtiyacı karşılamadığı hallerde “*ilave veya revizyon imar planı*” olarak planlar ile önceki planlar üzerinde değişikliğe gidilebilmekte ya da imar planı, iptal davalarıyla ortadan kaldırılabilir. İmar planı değişikliğinin ya da iptal edilmesinin özel hukuk açısından “*imkânsızlık*” oluşturduğu yanılığın varılsa da her zaman imar planları değiştirme, geri alma veya ortadan kaldırılma özelliğini bünyesinde barındırmakla özel hukuk ilişkilerine etkisi bakımından imar planlarının “*geçici/sürekli imkânsızlık*” olarak anılmasının mümkün olmadığı

⁷⁹ Eren ve Dönmez, Cilt III, (n 40) m. 170-177'nin Takdimi, N. 24; Oğuzman ve Öz (n 59) N. 1488; Karadeniz Çelebican (n 71) 248. Bu bakımdan “*karmaşık*” kavramının kullanılması yönünde bkz. Sirmen (n 75) s.74; Pulaşlı (n 71) 48. A, B'nin C ile evlenmesi durumunda B'ye bilezik bağışlayacağını belirtmesi ve B'nin de bunu kabul etmesi durumunda bağışlama sözleşmesinde kararlaştırılan koşul, karma koşuldur; çünkü B ile C'nin evlenebilmesi, hem bağışlama sözleşmesinin tarafı olan B'nin hem bağışlama sözleşmesinin tarafı olmayan ve bu bakımdan üçüncü bir kişi olan C'nin iradesini gerektirmektedir. Bkz. Fahri Erdem Kaşak, ‘*Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio)*’ (2019) (10-2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 548, 556; Tahiroğlu ve Erdoğan (n 48) 196.

ve farklı bir nitelermeye tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu noktada eser veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması esnasında mevcut imar engelinin varlığına rağmen buna aykırı eser meydana getirme edimini içeren sözleşmenin kurulması olasılığında emredici hükme aykırılık sebebiyle TBK m. 27/I hükmü gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımını söz konusu olmalıyken sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imar engelinin ortadan kaldırılmasına yönelik yasal bir girişimde bulunulması veya ileride ortaya çıkabilecek imar engelinin ortadan kaldırılmasına yönelik yasal bir girişimde bulunulması yönünde hükme yer verilmesi veya son olasılık olarak sözleşmenin kurulması esnasında imar planının iptaline ilişkin önceden açılmış davada verilecek iptal kararı neticesinde imar engelini ortadan kalkmasıyla edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması halinde sözleşme, geciktirici koşulun veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme yönünden de değerlendirilerek imkansızlık olgusundan arındırılmalı, sözleşmeyi ayakta tutan yorum tercih edilerek sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akdemir B, “İmar Planlarında Hiyerarşi” (2021) (1) Konya Barosu Dergisi 133-173
- Altunkaya M, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı* (Yetkin Yayıncılık 2005)
- Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri Cilt I* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2021)
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III* (Legal Yayıncılık 2017)
- Başoğlu B, “Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık” (2011) Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan 489-517
- Becker H, *Berner Kommentar Art. 1-183 OR. Allgemeine Bestimmungen Band IV: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR* (Stämpfli 1945)
- Buz V, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması” (1994) (C.49,N.1-2) AÜSBFD Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan 23- 40
- Caytas IG, *Der unerfüllbare Vertrag: Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Diss. Recht, Wilmington* (Morgan 1984)
- Çavuşoğlu A, *Geçici İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayınları 2020)
- Çelebican ÖK, *Roma Hukuku* (18. Basım, Turhan Kitabevi 2020)
- Çolak Nİ, *İmar Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2014)
- Duman İ, *İnşaat Hukuku* (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Dural M, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (Fakülteler Matbaası 1976)
- Erdoğan B, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözcükler* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011)
- Eren F. ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I, m. 1-48* (Yetkin Yayıncılık 2022)
- Eren F. Ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III, m. 83-206* (Yetkin Yayıncılık 2022)
- Ersoy M. ve Keskinok HÇ, *Mekan Planlama ve Yargı Denetimi* (Yargı Yayınevi 2000)
- Gauch P. ve Stöckli H, *Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten* (2. Auflage, Schulthess Verlag 2017)
- Gözler K, *İdare Hukuku C. I* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019)
- Gözübüyük AŞ. ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (13. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019)
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021)
- Gündoğdu F, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayınları

- 2014)
- Kalabalık H, *İmar Hukuku Dersleri* (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2023)
- Kaşak FE, “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio)” (2019) (10-2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 548-562
- Kayak S, *Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt* (Vedat Kitapçılık 2010)
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1* (Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi 2017)
- Kulaklı E, *Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı* (On İki Levha Yayınları 2021)
- Kurşat Z, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri” (2004) Ergun Özsunay’a Armağan 751-777
- Kurt L.M, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (Yetkin Yayınları 2016)
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Beta Yayınları 2023)
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2* (18. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020)
- Okur S, “Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme” (2019) (14-1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31-101
- Olgaç S, *Kaza Ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Ve Hususi Kanunlar, C. 1* (Hak Kitabevi, 1959)
- Öz T, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat* (Vedat Kitapçılık, 2013)
- Özçelik ŞB, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkansızlık ve Sonuçları” (2014) (63-3) AÜHFHD 569-621
- Pulaşlı H, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları* (Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1989)
- Reisoğlu S, *Garanti Mukaveleleri* (Ajans Türk Matbaası 1963)
- Sancaktar O, *İmar Hukuku Genel Esaslar* (Soru Bankası Net Yayınları 2020)
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Sirmen AL, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992)
- Söğütlü Ö, *Roma Özel Hukuku* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Tahiroğlu B ve Erdoğan B, *Roma Hukuku Dersleri* (15. Basım, Der Yayınları 2021)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 1993)
- Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayınları 2016)
- Topuz S ve Canpolat F, “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi” (2008) (C.57,S.3) AÜHFHD 673-718
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Genel Borç İlişkileri, C. 1* (Sermet Matbaası 1977)
- Ulusoy, U, *Türk Hukukunda Geçici İmkansızlık* (Yetkin Yayıncılık 2023)
- von Tuhr A ve Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag 1974)
- Weber RH ve Emmenegger S, *Berner Kommentar Art. 97-109 OR. Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung* (2. Auflage, Stämpfli 2020)
- Yener MD, “Yargıtay Kararları Kapsamında İmara Aykırı Yapılarda Tescil Ve Tazminat Talepleri” (2016) (C.22,S.3,1) Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2967-2976
- Yüce Bilgin M, *Garanti Sözleşmelerinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi* (Vedat Kitapçılık 2007)