

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ARSA PAYI KARŐILİĐI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
NAZ AYDIN ESKİYAPAN

ANKARA-2020

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ARSA PAYI KARŐILİĐI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
NAZ AYDIN ESKİYAPAN

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. FİKRET EREN

ANKARA-2020

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı çerçevesinde Naz AYDIN ESKİYAPAN tarafından hazırlanan bu çalışma, aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi: 08 / 01 / 2020

Tez Adı: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Hükümleri

Tez Jüri Üyeleri (Unvanı, Adı - Soyadı, Kurumu)

İmza

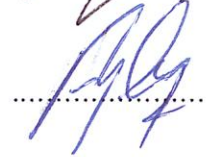
Prof. Dr. Fikret EREN (Danışman) - Başkent Üniversitesi



Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER - Başkent Üniversitesi



Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi



ONAY

Prof. Dr. İpek KALEMCI TÜZÜN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Tarih: ... / ... /

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 10 / 01 / 2020

Öğrencinin Adı, Soyadı : Naz AYDIN ESKİYAPAN
Öğrencinin Numarası : 21410238
Anabilim Dalı : Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Fikret EREN
Tez Başlığı : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Hükümleri

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 115 sayfalık kısmına ilişkin, 27 / 12 / 2019 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 16 'dır.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:



ONAY

Tarih: 10 / 01 / 2020

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Prof. Dr. Fikret EREN



TEŞEKKÜR

Gerek tez konumun seçimi sırasında gerekse araştırma ve yazım aşamasında engin bilgi birikimi ve kıymetli tecrübeleriyle bana yol gösteren saygıdeğer danışman hocam Prof. Dr. Fikret EREN'e ve ęalıřmam boyunca destekleriyle yanımda olan aileme sonsuz teőekkürlerimi sunarım.

Ankara, 2020

Naz AYDIN ESKİYAPAN

ÖZET

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ

Naz AYDIN ESKİYAPAN

Başkent Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Fikret EREN

Ankara, 2020

Hukukumuzda sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Bu sebepten ötürü kanunlarda düzenlenmeyen ve kendine has nitelikler taşıyan sözleşmeler meydana gelmiş ancak bu sözleşmelere hangi hukuk kurallarının uygulanacağı sorunu oluşmuştur. Özellikle son zamanlarda hızla gelişen inşaat sektörü, değişen ekonomik ihtiyaçlar ve teknoloji sebebiyle inşaat alanında da kanunda düzenlenmeyen sözleşme tiplerine ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin, inşaat sektörünün pahalı bir sektör olması sebebiyle daire satın alamayan arsa sahipleri farklı yollarla daire sahibi olma arayışına girmektedirler. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sayesinde, maddi durumu iyi olmayan ve arsasının üzerine inşaat yapamayan arsa sahiplerinin bu ihtiyacı karşılanabilmektedir. Ayrıca, arsa fiyatlarından şikâyetçi olan yükleniciler de bu sözleşme türü sayesinde arsa için herhangi bir bedel ödmeden sadece inşaat masraflarını karşılayarak yapımını sağladıkları daireleri satabilmektedir. Özetle; iki tarafın da kazançlı görüldüğü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, ihtiyaçtan kaynaklı ve sözleşme serbestisi ilkesi sonucu ortaya çıkan sözleşmelerdir. Ancak bu sözleşmeye hangi hukuk kurallarının uygulanacağı uygulamada sorun yaratan tartışmalı konulardan biridir. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri çeşitli yönleri ile ele alınarak konuya ilişkin karşılaşılan sorunlar bu çalışma ile incelenecek, doktrindeki ve Yargıtay'daki görüşlere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, yüklenici, arsa sahibi, arsa payı, bağımsız bölüm.

ABSTRACT

THE TERMS OF CONSTRUCTION AGREEMENTS IN RETURN FOR LAND SHARE

Naz AYDIN ESKİYAPAN

Başkent University

Institute of Social Sciences

Master in Civil Law with Thesis

Supervisor: Prof. Dr. Fikret EREN

Ankara, 2020.

The principle of freedom of contract has been adopted in our law. For this reason, contracts that are not regulated by the law, which have specific characteristics have been created, which has the question of which rules of law will be applied to these contracts. Especially in the recently rapidly developing construction sector, due to changing economic needs and technology, there is a need for contract types in the construction area that are not regulated by law. For instance, landowners who cannot buy apartments because of the high costs of construction sector are looking for different ways to own apartments. By the help of construction agreements in return for land share, this necessity can be met by landowners who are not in good financial position and cannot build on their own land. In addition, contractors, who are complaining about the land prices, can sell the apartments they built only by paying the construction costs without paying any price for the land with this type of contract. In a nutshell, construction agreements in return for land share, which both parties seem to be profitable for, are contracts arising out of necessity and as a result of the principle of contract liberalization. However, which rules of law will be applied to this type of contract is one of the controversial issues that create problems in practice. For this reason, the problems experienced on the subject will be examined with this study by addressing various aspects of construction contracts in exchange for land share, and opinions in the doctrine and the Supreme Court will be included.

Keywords: Construction Agreements In Return For Land Share, contractor, land owner, land share, independent section.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	I
ÖZET	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

§ 1. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI VE UNSURLARI	2
I- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı	2
II- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları	4
III- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları	5
A) Arsa Sahibinin Arsa Payını Yükleniciye Devretme Yükümlülüğü	5
B) Yüklenicinin Belirlenen Bağımsız Bölümleri Arsa Sahibine Devretme Yükümlülüğü.....	5
C) Arsa Sahibi ile Yüklenicinin Anlaşması	6
IV- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	7
A) Genel Olarak	7
B) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	7
C) İsimsiz Karma Bir Sözleşme Olması	8
D) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Hakkında Doktrindeki Görüşler	10
1) Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü	10
2) Sürekli Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü	11

3) Ani- Sürekli Edim Olduğunu Kabul Eden Karma Görüş	12
4) Görüşlerin Değerlendirilmesi	12
V- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler	13
VI- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Türleri	15
A) Arsa Payı Sahibinin Belirli Arsa Paylarını veya Arsanın Tamamını Devri Sonucu Meydana Gelen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi	15
B) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsa Paylarının İnşaat Gelen Aşamaya Göre Yükleniciye Devri	16
C) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsa Sahibinin Yükleniciye Arsa Paylarının Devrini Vaat Etmesi	16
VII- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılık	16
A) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli	16
1) Genel Olarak.....	16
2) Arsa Sahibi İle Yüklenici Arasındaki Sözleşmenin Şekli	17
3) Yüklenici İle Üçüncü Kişiler Arasındaki Sözleşmenin Şekli	20
B) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılık	21
1) Genel Olarak.....	22
2) Şekle Aykırılığın Sonuçları Hakkında Doktrindeki Görüşler	22
a) Yokluk Görüşü.....	22
b) Mutlak Butlan Görüşü	23
c) Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü	24
3) Şekle Aykırılığın İleri Sürülemediği Durumlar	25
VIII- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Bazı Sözleşmelerden Farkı	29
A) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Eser Sözleşmesinden Farkı	29
B) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinden Farkı	31
C) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesinden Farkı	33
D) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Farkı	33

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

§ 2. TARAFLARIN BORÇLARI	35
I- ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI	35
A)Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarını Yükleniciye Devretme Borcu	35
1) Genel Olarak	35
2) Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarını Yükleniciye Devretme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi	36
a) Genel Olarak.....	36
b) Arsa Sahibinin Temerrüdü.....	37
c) Tescile Zorlama Davası	39
aa) Genel Olarak.....	39
bb) Tescile Zorlama Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme	40
cc) Tescile Zorlama Davasının Sonuçları	40
dd) Tescile Zorlama Davasında Zamanaşımı	41
B)Arsa Sahibinin Diğer Borçları	41
II- YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	45
A) Yüklenicinin Özen ve Sadakat Borcu	45
B) Yüklenicinin Gerekli Araç – Gereci ve Malzemeyi Sağlama Borcu	48
C) Yüklenicinin İş Bizzat Kendi Yapma veya Kendi Yönetimindekilere Yaptırma Borcu	52
D) Yüklenicinin İnşaata Zamanında Başlama ve Bitirme Borcu	54
E) Yüklenicinin İnşaatı Arsa Payı Sahibine Teslim Borcu	56
1) Genel Olarak	56
2) Yüklenicinin İnşaatı Teslim Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi Sebebiyle Temerrüde Düşmesi	59
a) Yüklenicinin Temerrüdünün Şartları	59
aa) Genel Olarak	59

bb) Yüklenicinin Teslim Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi ve Teslim Borcunun Muaccel Olması.....	60
cc) Teslim Borcunun İfasının İmkânsız Olmaması	63
dd) Yüklenicinin Temerrüde Düşmesini Engelleyecek Herhangi Bir Sebep Bulunmaması	65
ee) Arsa Sahibinin Yükleniciye İhtarda Bulunması	66
b) Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları	69
aa) Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları	69
aaa) Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Hakkı	69
bbb) Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zararı Talep Hakkı	71
ccc) Sözleşmeden Dönerek Menfi Zararı Talep Hakkı	73
bb) Seçimlik Hakların Kullanılması Şartları	81
aaa) Arsa Sahibi Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre Vermelidir.....	81
bbb) Arsa Sahibi Seçimlik Haklarını Derhal Kullanmalıdır.....	85
F) Yüklenicinin Ayıptan Dolayı Sorumluluğu	85
1) Yüklenicinin Ayıptan Dolayı Sorumluluğunun Şartları	85
a) İnşaat Arsa Sahibine Teslim Edilmiş Olmalıdır.	85
b) İnşaat Ayıplı Olmalıdır.	86
aa) Genel Olarak	86
bb) Açık Ayıbın Bulunması Halinde	88

cc) Gizli Ayıbın Bulunması Halinde	89
c) Ayıp Arsa Sahibinin Kusurundan Kaynaklanmıyor Olmalıdır.....	89
d) Ayıp Arsa Sahibi Tarafından Kabul Edilmemiş Olmalıdır.....	90
e) Arsa Sahibi Muayene ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olmalıdır.....	92
2) Ayıptan Dolayı Arsa Sahibinin Hakları	95
a) Genel Olarak	95
b) Sözleşmeden Dönme Hakkı	97
aa) Genel Olarak	97
bb) Dönme Hakkının Sınırlandığı Durumlar ...	97
cc) Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	100
dd) Dönmenin ��nc� Kişilere Etkisi	100
c) Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı	103
d) Ayıbın �cretsiz Olarak Giderilmesini Talep Hakkı	106
e) Tazminat Talep Hakkı	108
3) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Gereğince Arsa Sahibinin Tüketicisi Sayıldığı Durumlarda Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu	110
4) Ayıba Karşı Sorumluluğu Sona Erdiren Nedenler	112
a) Ayıbın Arsa Sahibinden Kaynaklanması	112
b) Arsa Sahibinin Ayıbı İhtirazı Kayıt Olmadan Kabul Etmesi	112
c) Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunması Durumu	114
d) Zamanaşımı Süresinin Geçmesi	114
SONUÇ	116
KAYNAKÇA	119

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar Numarası
KDV	: Katma Değer Vergisi
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
ss.	: sayfa sayısı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

Vd. : ve devamı

Yarg. : Yargıtay

GİRİŞ

Hukumumuzdaki sözleşme serbestisi ilkesi sayesinde ortaya çıkan isimsiz sözleşmelerden olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda tanımlanmayan bir sözleşme olması sebebiyle mevzuatta, doktrinde ve uygulamada birçok farklı isimle anılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 1009. maddesi ve Tapu Kanunu 26. maddesinde "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" olarak, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 47. maddesinde "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Hakkı", KDV Kanunu 2. maddesinde "Arsa Karşılığı İnşaat", Kat Mülkiyeti Kanunu 10. Maddesinde ise "Kat Karşılığı Temlik Sözleşmesi" şeklinde adlandırılmıştır. Yargıtay ise, içtihatlarında "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" terimini daha çok kullanmaktadır.¹ Doktrinde ise sıklıkla "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi"², "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi"³ ve "Arsa Payı Karşılığı Yapı Sözleşmesi"⁴ terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Adlandırmada olduğu gibi sözleşmenin tanımı, unsurları, hükümleri ve sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları konusunda da farklı görüşler mevcuttur. Bu bağlamda çalışmanın ilk bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, tarafları, unsurları, hukuki niteliği ve arsa payı inşaat sözleşmesine yakın olan temel sözleşme tiplerinin karşılaştırılmasına yer verilecektir. İkinci bölümde ise öncelikle arsa sahibinin borçları ile eser sözleşmesinin bir türü olarak nitelendirilmesi sonucunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulama alanı bulan TBK m. 471 – 478 hükümleri kapsamında yüklenicinin borçları ve borçlarından doğan sorumlulukları incelenecektir.

¹ Yarg. İBK, 30.9.1988, 1987/2 E. 1988/2 K. RG. T. 21.12.1988. S. 20046.

² **DUMAN**, İ. Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Nasıl Düzenlenmelidir, Ankara, 2018; **ERMAN**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s. 1; **GÜR**, Mustafa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Ankara, 2017, s. 19 vd; **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan: Yüklenicinin İfa Engelleri, İstanbul, 2019, s. 11 vd; **KURŞAT**, Zekeriya: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 7-8.

³ **BERBEROĞLU YENİPİNAR**, Filiz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2019; **DEMİR**, M. Duhan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2017, s. 15 vd; **ERTAŞ**, Şeref: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir, 2001; **SÜTÇÜ**, Nezihe: Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Ankara, 2018, s. 31 vd.

⁴ **GÜMÜŞ**, M. Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul, 2015, s. 360 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

§ 1. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI VE UNSURLARI

D) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada çok sık rastlanan ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş isimsiz sözleşme tiplerinden biridir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği için kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Bu sebeple, sözleşmenin taraflarının edimi dikkate alınarak doktrinde birden fazla tanıma yer verilmiştir. ERMAN 'a göre; "... (A)rsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, yüklenicinin ise arsa üzerinde inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesidir."⁵ Ancak SÜTÇÜ; bu tanımı arsa payının tamamının da devredilmesinin mümkün olduğunu belirterek, arsanın belli bir payının devredilmesinden bahsedildiği için yetersiz bulmaktadır.⁶

KILIÇOĞLU 'na göre; "Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa sahibinin, yüklenici ile arsasında inşaat yapması, yaptığı inşaata karşılık ona kararlaştırılan bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarının mülkiyetini devretmeyi üstlendikleri sözleşmedir."⁷

GÜR 'e göre; "... (A)rsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin maliki bulunduğu arsa üzerinde müteahhidin yapacağı bütünlük arz eden binadaki bağımsız bölümlerin teslimi karşılığında, müteahhide arsanın belirli paylarını devretmeyi üstlendiği bir sözleşmedir."⁸ Yine SÜTÇÜ, bu tanımı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsanın belirli payları dışında tamamının da yükleniciye devredilmesinin mümkün olması ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin bütünlük arz eden bağımsız bölüm taahhüt etmesi zorunluluğunun bulunmaması sebebiyle doğru bulmamaktadır.⁹

YAVUZ 'a göre "... (A)rsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bir tarafın (yüklenici), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık

⁵ ERMAN, s. 1.

⁶ SÜTÇÜ, s. 32.

⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, (Borçlar Özel), s. 493.

⁸ GÜR, s. 21-22.

⁹ SÜTÇÜ, s. 32-33.

bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır.”¹⁰

DUMAN 'a göre ise, “... (A)rsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerinde bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmedir.”¹¹

GÜMÜŞ 'e göre ise, “... (A)rsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı ve/veya bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşa etme borcu; arsa sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli bir payını veya meydana getirilecek bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği sözleşmedir.”¹²

SÜTÇÜ 'ye göre ise bu tanımlar doğru değildir. Şöyle ki; yazar, arsa sahibinin belirli bir payı devretmesinin mümkün olduğu gibi arsanın tamamını da devretme vaadinde bulunabileceğini, hatta inşaatın yapılacağı arsa dışında arsa sahibine ait başka bir arsanın belirli bir payının veya tamamının devrinin taahhüdüyle de sözleşmenin kurulabileceğini belirtmektedir.¹³ Ayrıca SÜTÇÜ, yüklenicinin arsa üzerine yeni bir bina yapma taahhüdünde bulunma zorunluluğunun bulunmadığını, arsa sahibinin maliki olduğu başka bir taşınmazın depreme karşı güçlendirilmesi, tamamlanmamış taşınmazların tamamlanması gibi taahhütlerde de bulunabileceğini belirtmiştir.¹⁴ Ancak yüklenicinin taahhüdünün taşınmaz yapıya ilişkin inşa olması gerektiğini de eklemiştir.¹⁵

Nihayetinde SÜTÇÜ 'nün tanımı şu şekildedir: “Yüklenicinin arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde yapacağı inşaat karşılığında arsa sahibinin, yükleniciye taşınmaz devrini yükümlendiği sözleşmeye; ‘Taşınmaz Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi’ denir.”¹⁶

Yargıtay İBK kararında, “... (Y)üklenici, arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık inşaat bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır.” şeklinde tanım yapmıştır.¹⁷

Yargıtay Genel Kurulu ise, “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca inşaat yapıldığında, kural olarak yüklenici inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine

¹⁰ YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 1066.

¹¹ DUMAN, s. 13.

¹² GÜMÜŞ, s. 360.

¹³ SÜTÇÜ, s. 32-33.

¹⁴ SÜTÇÜ, s. 33.

¹⁵ SÜTÇÜ, s. 33.

¹⁶ SÜTÇÜ, s. 35.

¹⁷ Yarg. İBK, 30.9.1988, 1987/2 E. 1988/2 K. RG. T. 21.12.1988, S. 20046.

getirdiğinde kişisel hak kazanır ve inşaat sözleşmesinde kendisine ayrılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin naklini, akidi olan arsa sahibinden isteyebilir veyahut da yüklenici bu kişisel hakkın Borçlar Kanununun 162. vd. maddeleri uyarınca yazılı olmak koşulu ile üçüncü kişilere temlik edebilir.” şeklinde yine edimlere dayanarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tanımlamıştır.¹⁸

Kanımızca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi genel olarak; arsa sahibinin arsanın tamamının ya da belli bir payının üzerinde aynı hak tesis etmeyi, yüklenicinin de arsa sahibi lehine inşaat yapma taahhüdünde bulunduğu sözleşme olarak tanımlanabilir.

II) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iki taraf bulunmaktadır; arsa sahibi¹⁹ ve yüklenici.²⁰ Arsa sahibi veya yüklenici, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.²¹ Bir görüşe göre, sadece tapu sicilinde kaydı bulunan arsalar bu sözleşmenin konusunu oluşturabilmektedir.²² Ancak bazı yazarlara göre, tapu sicilinde kaydı bulunmayan arsalar için, tapusuz taşınmazların devri zilyetliğin devri yoluyla sağlandığı için, arsanın zilyedi sözleşmenin tarafı olabilecektir.²³

Arsa sahibi, tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Elbirliği mülkiyet veya paylı mülkiyetin bulunduğu durumlarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini akdedebilmek için arsa sahibi kişilerin oybirliğinin sağlanması gerekmektedir.²⁴ Ayrıca, arsa sahibi kısıtlı ise veya birden çok arsa sahibin bulunduğu durumlarda bu kişilerden birinin kısıtlı olması halinde, vasinin izni yeterli olmayıp, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin de TMK m.462/3 gereğince izin vermesi gerekmektedir.²⁵

Yüklenici olmayan taraf, arsa sahibi olarak anılırken; arsa sahibinin arsanın maliki olma zorunluluğu yoktur. Arsa üzerinde TMK m.726 gereğince üst hakkı²⁶ sahibi olan kişi

¹⁸ Yarg. HGK. 2.7.2003, 2003/14-452 E. 2003/456 K.

¹⁹ Bazı kaynaklarda “iş sahibi” terimi de kullanılmaktadır.

²⁰ Bazı kaynaklarda “müteahhit” terimi de kullanılmaktadır.

²¹ Yarg. HGK. 30.3.1994, 1993/15-860 E. 1994/181 K. İlamında kooperatiflerin de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tarafı olabileceğini belirtmiştir.

²² **AVCI**, Ali: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, 2015, s. 4.

²³ **ERMAN**, s. 2; **GÜR**, s. 26.

²⁴ **AYDEMİR**, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016, s.127; paylı mülkiyete konu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde paydaşların oybirliğinin aranmaması gerektiği şeklindeki görüş için bkz. **GÜR**, s. 23.

²⁵ **KILIÇOĞLU**, (Borçlar Özel), s. 494.

²⁶ Üst hakkı, maliki farklı olan arazideki yapının maliki olma yetkisi veren sınırlı aynı haktır. Üst hakkı düzensiz kişisel irtifak haklarıdır. Ayrıca bkz. **OĞUZMAN**, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY – ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, 2015, s. 862 vd.

de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olabilir.²⁷ Arsa sahibi, sözleşmede arsanın tamamını ya da arsa payını devretme borcu altına giren kişi iken; yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerine inşaat yapma veya yapılan bir inşaatı onarma gibi bir borcun altına girer. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini akdeden arsa sahibinin, arsanın tamamını veya belli bir payını devir borcu, inşaatın yapımı için yükleniciye vekâlet verme borcu ve yüklenicinin inşaat yapımına engel olmama gibi borçları bulunmaktadır. Yüklenicinin ise sözleşmeye uygun yapılan inşaatı teslim etme, ayıba karşı tekeffül, gerekli malzemeyi temin, özen ve sadakat gibi borçları bulunmaktadır. Arsa sahibinin ve yüklenicinin borçları daha sonra ayrıntılı bir şekilde anlatılacağından burada üzerinde durulmayacaktır.

III) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

A) Arsa Sahibinin Arsa Payını Yükleniciye Devretme Yükümlülüğü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi, arsanın tamamının veya belirli bir bölümünün yükleniciye devri borcu altına girmektedir. Yüklenicinin inşaatı tamamlaması ile meydana gelecek bağımsız bölümlerin arsa sahibine devrinin sebebi ve karşılığı, arsa sahibinin arsanın tamamının veya belirli bir bölümünün yükleniciye devridir.²⁸ Arsa sahibi, arsa payının mülkiyetini devir borcu ile aynı bir borç altına girmektedir.²⁹ Arsa sahibinin devir borcu altına girdiği arsa paylarının belirli olması gerekmektedir. Ayrıca arsa, inşaat yapımına uygun nitelikte değilse, yani fiziki ya da hukuki etkiler sebebiyle arsa üzerinde inşaat yapılma olanağı yok ise, arsa sahibi borcunu yerine getirmemiş olacaktır.³⁰

B) Yüklenicinin Belirlenen Bağımsız Bölümleri Arsa Sahibine Devretme Yükümlülüğü

Yüklenici, arsa üzerine bina inşa ederek, inşa ettiği binalardan daha önce belirlenmiş olan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etme borcu altındadır. Ancak, sadece arsa sahibine teslim edilecek bağımsız bölümlerin tamamlanması yeterli değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile amaçlanan, arsa üzerindeki mülkiyetin kat mülkiyetine çevrilmesidir.³¹ Yüklenicinin inşaatı arsa sahibinin kullanabileceği şekilde teslim etmesi gerekmektedir; örneğin, asansörü tamamlanmamış yüksek bir binanın yapımı halinde veya

²⁷ GÜR, s. 23.

²⁸ ERMAN, s. 2; ÖZ, s. 26.

²⁹ TURUT, Şenol: Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, Ankara, 2009, s.36.

³⁰ ERMAN, s. 2.

³¹ ERMAN, s. 3.

daire kapısı olmasına karşılık binanın kapısının olmadığı durumda bağımsız bölüm eksiksiz tamamlansa da yüklenicinin borcunu ifa ettiği söylenemeyecektir. KMK m. 1 gereğince kat mülkiyeti ancak tamamlanmış binalarda kurulabileceğinden, yüklenicinin tamamlanmış olan bütün bir binayı teslim borcu bulunmaktadır.³² Ancak arsanın üzerinde imar yasağı bulunması gibi nedenlerden ötürü kat mülkiyetine çevrilememesi durumunda, arsa sahibi borcunu yerine getirmediğinden yüklenicinin sorumluluğu doğmayacaktır.³³

Eser sözleşmesinin eser ve bedel olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır.³⁴ Bazı yazarlara göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran özellik de bedel unsuru olduğu için, yüklenicinin arsa sahibinden hiçbir ücret almadan inşaatı tamamlaması gerekmektedir.³⁵ Ancak, bu görüş bazı yazarlarca reddedilmekte olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa payı ile birlikte para ödenmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir.³⁶

C) Arsa Sahibi ile Yüklenicinin Anlaşması

TBK m. 1'e göre, sözleşme, en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarını ihtiva eden hukuki bir işlemdir.³⁷ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de sözleşme niteliği taşıması için arsa sahibi ile yüklenicinin sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekmektedir.³⁸ Esaslı olmayan noktalarda anlaşma sağlanamadığı durumlarda; yedek kurallar devreye girer veya TBK m.2 gereği hâkim, işin özelliğine bakarak uyuşmazlığı çözebilir. Ayrıca, TBK m. 19 gereği sözleşmenin yorumlanması ile de boşluk doldurulabilir.³⁹ Sözleşmede yer almayan hususlar açısından işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesinin hükümleri (TBK m.470-486) uygulanır.⁴⁰

³² ÖZ, s. 25-26.

³³ ERMAN, s. 3; KURŞAT, s. 62.

³⁴ ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2012, s. 159.

³⁵ ENLİ, İsa: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü, Ankara, 2017, s. 6.

³⁶ AYDEMİR, s. 129.

³⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, (Borçlar Genel), s. 53.

³⁸ AYAR BİRKİN, Zeynep: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişikliği, Ankara, 2019, s. 37; ERMAN, s. 3.

³⁹ Yargıtay 23. HD, 4.12.2012, 2012/4437 E. 2012/7145 K. "... (B)K'nın 18. maddesine göre hakimin gerek sehven gerekse de akitteki gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere bakılmayarak harici ve müşterek maksatlarının tespiti gerektiği, inşaat sözleşmesinin 21. maddesindeki daire ifadesinin genişletilen alanların hacmi karşısında bağımsız bölüm olarak kabulü.." (AVCI, s. 7.)

⁴⁰ AYDEMİR, s.133.

TBK m.27 gereği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan bir sözleşme olmaması gerekmektedir.

IV) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

A) Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi her ne kadar TMK m.1009 ‘da ve diğer bazı kanunlarda adı geçse de; TBK’da tanımlanmamıştır ve isimsiz sözleşmelerdendir. Bu sözleşmeler için TBK’da özel hükümler bulunmamaktadır. Bu sebeple, bu tür sözleşmelere uygulanacak hükümlerin bulunabilmesi için öncelikle sözleşmenin hukuki niteliğinin ortaya konması gerekmektedir.

Aydemir’e göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesinin özel bir türü olup, eser sözleşmesine ve taşınmaz satışına ilişkin hükümler kıyasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanabilir.⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “*Arsa payı karşılığında bina yapım sözleşmesi karma bir akittir. Yapım işine eser sözleşmesi ve arsa intikali işine taşınmaz satış vaadi hükümleri uygulanır.*”⁴² ifadelerine yer verdiği kararında, bu tür sözleşmelerin karma nitelikte olduğunu belirtmiştir. Ancak bazı yazarlara göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince ortaya çıkan yepyeni bir sözleşme türüdür.⁴³

B) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Bir hukuki işlemin sözleşme niteliğini haiz olabilmesi için en az iki tarafının bulunması gerekmektedir. Ancak bu tarafların her birinin borcunun bulunması zorunlu değildir. Bazı sözleşmeler sadece tek bir tarafa borç yüklerken – rneğin; şartsız bağışlamada, bağışlayan bağışlayacağı şeyin naklini üstlenirken; bağışlanan kişinin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. – bazı sözleşmeler, sözleşmenin her iki tarafına da borç yükler. Sözleşmenin taraflarından birinin asli edimine karşılık diğer tarafın da asli edim yükümlülüğünün bulunması durumunda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden bahsedilir.⁴⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, arsa payını yükleniciye

⁴¹ AYDEMİR, s. 123-124.

⁴² Yarg. HGK, 9.6.1982, 1979/15-1613 E. 1982/565 K. Sayılı ilamını aktaran AYDEMİR, s.124.

⁴³ AYAR BİRKİN, s. 54; KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1993, (Kat Karşılığı), s. 22.

⁴⁴ EREN, Fikret: Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Ankara, 2019, (Borçlar Genel), s. 223.

devretme borcu altındayken; yüklenici de inşaat sonucu bağımsız bölümleri arsa sahibine devir borcu altındadır. Arsa sahibinin ve yüklenicinin karşılıklı borçlarının bulunması sebebiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir.⁴⁵

C) İsimsiz Karma Bir Sözleşme Olması

Türk Borçlar Hukuku'nda sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre, TBK m.27'ye aykırı olmamak kaydıyla, taraflar dilediği şekilde sözleşme akdedebilirler. Kısacası, sözleşmeler, Borçlar Kanunu'nda veya diğer kanunlarda tanımlanan sözleşmelerle sınırlı değildir. Kanunlarda asli edim yükümlülükleri belirtilmeyen, hüküm ve sonuçları düzenlenmeyen ve sözleşme serbestisi ilkesi gereğince ortaya çıkan sözleşmelere “isimsiz sözleşmeler” denilmektedir.⁴⁶ İsimsiz sözleşmelerin farklı şekillerde ortaya çıkması mümkündür.

Birden fazla aynı veya farklı tipteki sözleşmelerin, muhtevalarını, kendilerine has özelliklerini yitirmeden ortak bir amaçla bir araya gelmesi durumunda “*bileşik sözleşmeler*” söz konusu olur.⁴⁷ Bileşik sözleşmelerde iki bağımsız sözleşme, “bağlaşım anlaşmasına” dayalı olarak bir iç bağlılık ile bağlıdır.⁴⁸ Bileşik sözleşmeler kapsamında, iki veya daha fazla türde sözleşmeler, varlık, işleyiş ve geçerlilikleri açısından bir araya gelmektedir.⁴⁹ Örneğin; bir derneğe makinesini satan fırının edimine karşılık, derneğin işletmesinin olan lokantanın ekmeklerini fırından satın almayı borçlandığı sözleşmeler açısından durum böyledir.

İsimsiz sözleşmelerin diğer türü, *sui generis (kendine özgü) sözleşmelerdir*. Bu tür sözleşmelerin unsurları kanunda düzenlenmemiş olup; sözleşmenin unsurları, özgün bir şekilde sözleşme ile bağlanırlar.⁵⁰ Bu tür sözleşmelerde, yeni bir sözleşme yaratma amacı bulunmaktadır.⁵¹ Bu sözleşmelere franchise sözleşmesi, know – how sözleşmesi, sponsorluk sözleşmesi örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁵ SÜTÇÜ, s. 38.

⁴⁶ GÜMÜŞ, s. 4.

⁴⁷ ERGÜN, Ömer: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Notları, Ankara, 2018, s. 35; ERMAN, s. 5; GÜMÜŞ, s. 5; KAYAR, İsmail: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019, s. 258.

⁴⁸ GÜMÜŞ, s. 5.

⁴⁹ EREN, (Borçlar Genel), s. 221.

⁵⁰ GÜMÜŞ, s. 8.

⁵¹ EREN, (Borçlar Genel), s. 221.

İsimsiz sözleşmelerin bir diğ er türü ise, *karışık muhtevalı sözleşme* olarak da adlandırılan *karma sözleşmelerdir*. Dar anlamda karma sözleşme görüşüne göre; kanunda yer alan isimli sözleşmelerin unsurlarının kanunda belirtilmediği şekilde bir araya gelmesiyle karma sözleşme oluşur.⁵² Geniş anlamda karma sözleşme görüşüne göre ise; karma sözleşme, isimli ya da isimsiz sözleşmenin asli unsurlarının değ iş ik oran ve biçimlerde kanunda belirtilmeyen şekilde bir araya gelmesiyle meydana gelen sözleşmelerdir.⁵³ Karma sözleşmeleri bileşik sözleşmelerden ayıran unsur ise, sözleşmenin iç erdiği asli edimleri iç eren, isimli sözleşmelerden bağımsız yeni bir sözleşme oluşmasıdır.⁵⁴ Karma sözleşmeler de kendi iç inde üç e ayrılmaktadır.

Kombine sözleşmeler; taraflardan birinin kanunda belirlenen tipik sözleşme türlerine ait birden fazla asli edim yükümlülüğ ünü borçlandığı, diğ er tarafın ise tek bir borç – genellikle para verme borcu – altına girdiğ i karma sözleşmelerdir.⁵⁵ Tam hastaneye kabul, pansiyon, otelcilik sözleşmeleri bu tür sözleşmelerdendir.

Kaynaşık sözleşmeler; çeşitli sözleşme tiplerine ait edimlerin ayrılmaz bir şekilde birleştirilerek taraflardan birinin asli edimi haline gelmesiyle meydana gelen karma sözleşmelerdir.⁵⁶ Karma bağışlama sözleşmesini, kaynaşık sözleşmelere örnek olarak vermek mümkündür.

Kendisine yabancı yan edim iç eren sözleşmeler ise; kanunda belirtilen bir sözleşmenin asli ediminin dış ında başka bir sözleşmenin yan ediminin de borçlanıldığı durumlarda meydana gelir.⁵⁷ Bu sözleşmelere örnek olarak, bakım kaydıyla kira sözleşmesi verilebilir.

Çifte tipli karma sözleşmeler ise; taraflardan her birinin, farklı sözleşme türlerine ait asli edimlerinin “synallagma ilişkisi” iç erisinde karşılıklı olarak değ iş tirilmesi sonucu meydana gelen karma sözleşmelerdir.⁵⁸ Synallagma ilişkisi tarafların edimlerinin karşılıklı mübadele şeklinde olmasından kaynaklanır. Burada tarafların borçları arasında para borcu

⁵² **AKKURT**, S. Sami/ **ERDOĞ AN**, Kemal/ **TOKAT**, Hüseyin: Borçlar Hukuku, Ankara, 2019, s. 399; **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, (Borçlar Özel), s. 953; **ERGÜN**, s. 33; **GÜMÜŞ**, s. 6.

⁵³ **EREN**, (Borçlar Özel), s. 953 – 954; **GÜMÜŞ**, s. 6; **RUHİ**, Ahmet Celal: Sözleşmeler Hukuku, Ankara, 2013, s. 90.

⁵⁴ **EREN**, (Borçlar Genel), s. 219 – 220.

⁵⁵ **EREN**, (Borçlar Genel), s. 220; **ERGÜN**, s. 33; **GÜMÜŞ**, s. 6; **RUHİ**, s. 90.

⁵⁶ **AKKURT/ ERDOĞ AN/ TOKAT**, s. 400; **GÜMÜŞ**, s. 7; **RUHİ**, s. 90.

⁵⁷ **ERGÜN**, s.34; **GÜMÜŞ**, s. 8.

⁵⁸ **AKKURT/ ERDOĞ AN/ TOKAT**, s. 399; **ERGÜN**, s. 34; **GÜMÜŞ**, s. 7; **RUHİ**, s. 90.

yer almazken, mübadele yani değiş tokuş ilişkisi mevcuttur. Bu tarz sözleşmeler karşılıklı olarak asli edim içerdikinden, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.⁵⁹

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, doktrinde ve Yargıtay kararlarında çift tipli karma sözleşme olarak kabul edilmektedir. ERMAN'a göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser ve taşınmaz satış sözleşmelerini ihtiva etse de, bu sözleşmeler bağımsızlıklarını koruyarak birleşmediği için, bileşik sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir.⁶⁰ KUNTALP'e göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurları satış ve eser sözleşmesinin unsurlarından oluşsa da, kanuna yabancı şekilde bu unsurların birleşmesiyle karma sözleşme meydana gelmiştir.⁶¹ Eser sözleşmesinde bulunan bedel unsurunun bulunmadığını belirten KILIÇOĞLU'na göre ise, yüklenicinin edimleri eser sözleşmesinin asli edimlerini içerirken, arsa sahibinin edimleri de taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin edimlerini içermektedir ve sözleşme karma niteliktedir.⁶²

Yargıtay, yeni tarihli bir kararında⁶³ *“Eser sözleşmesinin bir türü olarak, eser sözleşmesinin unsurlarını taşımakla birlikte, taşınmaz satımını da içerdikinden karma nitelikli bir akit olarak nitelemek mümkündür. Arsa sahibinin, arsayı devretme, yüklenicinin ise eseri meydana getirme ve kararlaştırılan oranda bağımsız bölümü devretme edimi bulunmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin; ani edimli, karşılıklı, karma nitelikte bir sözleşme olarak kabul edebiliriz.”* ifadelerine yer vermiştir. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, eser sözleşmesinin bir türü ve bir karma sözleşme olarak kabul etmiştir.

D) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Hakkında Doktrindeki Görüşler

1) Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü

Sözleşmenin zaman unsuru bakımından, edimin ani olarak mı yoksa belirli bir zaman diliminde sürekli olarak mı yerine getirileceği doktrinde tartışmalıdır. Borçlunun asli edimini bir defada yerine getirmesi durumunda sözleşme, ani edimli sözleşme olur.⁶⁴ Borçlunun ifa için yapmış olduğu hazırlıkların sözleşmeden dolayı teslim borcunun ifası için

⁵⁹ EREN, (Borçlar Özel), s. 954 – 955.

⁶⁰ ERMAN, s. 5 – 6; aynı yöndeki bir başka görüş için bkz. SÜTÇÜ, s. 36 – 37.

⁶¹ KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971, s. 11-12.

⁶² KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 26, 495 – 496.

⁶³ Yarg. 15. HD. 23.5.2019, 2018/5361 E. 2019/2479 K.

⁶⁴ EREN, (Borçlar Özel), s. 16.

bir değer taşımaması durumunda, yani alacaklının beklediği menfaatin karşılanmadığı hallerde ani edimli bir borç ilişkisinden bahsedileceği kabul edilmektedir.⁶⁵

Bu görüşe göre, arsa sahibinin menfaati, yüklenicinin inşaatı bitirip bağımsız bölümlerin mülkiyetini teslim etmesi sonucu karşılanacağından, teslim anıyla birlikte edim sonucu da gerçekleştiği için ilişkinin ani edimli bir borç ilişkisi olduğu söylenmektedir.⁶⁶ Bu görüşü savunanlar, yüklenicinin inşaatı tamamlama ve bağımsız bölümleri oluşturma sürecini ifaya yönelik hazırlık aşaması olarak görmektedir. Uygulamada sıkça görülen, arsa sahibinin, inşaat henüz tamamlanmadan arsa paylarının mülkiyetini devretme durumunda da sözleşmenin ani edimli olma niteliğinin değişmediğini söyleyen görüşe göre; arsa sahibi, yükleniciye karşı tapu iptal ve tescil davası açabileceği gibi, TBK m.473/1 gereğince sözleşmeden de dönebilecektir.⁶⁷

2) Sürekli Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü

Sürekli borç ilişkisinin tanımı da doktrinde tartışmalıdır.⁶⁸ Borçlunun asli edim yükümlülüğünün ifasının, belirli ya da belirsiz bir zamana yayılması durumunda, sürekli edimli bir borç ilişkisi mevcut olacaktır.⁶⁹

Sürekli borç ilişkisini kabul eden görüş, yüklenicinin inşaatı tamamlama sürecindeki hareketlerinin hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığını belirtmektedir.⁷⁰ Sözleşmenin feshi açısından önem taşıyan bu konuda, edimin ani edim olduğu kabul edildiğinde, sözleşmenin feshinin geriye dönük etkisi olacağı ve binanın büyük kısmını tamamlamış yüklenicinin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahibinden yaptığı masrafları tazmin etme durumunun ortaya çıkacağı belirtilmektedir.⁷¹

Bu görüşü savunanlar, TBK'da eser sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında ileriye yönelik fesih hükümlerinin bulunması sebebiyle eser sözleşmesinin sürekli edimli bir borç ilişkisi oluşturduğunu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de eser sözleşmesinin

⁶⁵ **AYAR BİRKİN**, s. 59; **USTA**, Oğuz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017, s. 20.

⁶⁶ **DEMİR**, s. 37 – 40; **ERMAN**, s. 8; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar Özel), s. 496 – 497; **USTA**, s. 21 – 22.

⁶⁷ **KILIÇOĞLU**, (Borçlar Özel), s. 497.

⁶⁸ Sürekli borç ilişkisiyle ilgili görüşler için ayrıca bkz. **BUZ**, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 2014; **TÜMERDEM**, Murat: Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Ankara, 2018.

⁶⁹ **EREN**, (Borçlar Özel), a. 17.

⁷⁰ **ERMAN**, s. 9.

⁷¹ **DEMİR**, s. 39; **ERMAN**, s. 9.

türü olmasından ötürü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de sürekli bir borç ilişkisini ihtiva ettiğini belirtmektedirler.⁷²

3) Ani- Sürekli Edim Olduğunu Kabul Eden Karma Görüş

Yüklenicinin bağımsız bölümleri tamamlama sürecindeki hareketlerinin hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun olmadığını, bazı durumlarda ani edimli borç ilişkisine uygulanan bazı durumlarda ise sürekli edimli borç ilişkisine uygulanan kuralların göz önünde bulundurulmasının daha hakkaniyetli olacağını dile getiren bu görüş, Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir.⁷³

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında,⁷⁴ “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır.” ifadelerini kullanmıştır. Diğer bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin, geçici – sürekli karma bir borç ilişkisi doğurduğunu belirtmiştir.

4) Görüşlerin Değerlendirilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ani edimli borç ilişkisi mi yoksa sürekli edimli borç ilişkisi mi olduğu, yüklenicinin temerrüdü ile fesih/dönme konularında önem taşımaktadır.

Ani edimli borç ilişkisinin bulunduğunu kabul eden görüşe göre; yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi geriye yönelik sonuç doğuracağından tarafların iade yükümlülükleri söz konusu olacaktır.⁷⁵ Bu durumda, inşaatın büyük bir çoğunluğunu tamamlamış ise yüklenicinin durumunun ne olacağı sorun yaratacaktır. Zira, inşaatı büyük ölçüde bitirmiş olan yüklenici, temerrüde düştüğünde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre inşaat için yaptığı harcamaları arsa sahibinden talep

⁷² AYAR BİRKİN, s. 60 – 61; ERMAN, s. 9.

⁷³ USTA, s. 22 – 23.

⁷⁴ Yarg. İBK. 25.1.1984, 1983/3 E. 1984/1 K. RG. T. 27.2.1984, S. 18325.

⁷⁵ DEMİR, s. 39; ERMAN, s. 8.

edebilecektir.⁷⁶ Hakkaniyete uygun olmayan bu durum nedeniyle, ani edimli borç ilişkisi şeklinde yorum yapmak doğru olmayacaktır. İnşaatı büyük oranda tamamlayan yüklenici, inşaatı sökme ihtimali bulunmadığından yıkmak zorunda kalacaktır. Yüklenici hem yıkım sebebiyle çok fazla masraf yapacak hem de temerrüt anına kadar sözleşmenin gerçekleşmesi için vermiş olduğu emeğin karşılığını alamayacaktır. Yüklenicinin temerrüde düşmesi için kusur şartının bulunmaması da göz önüne alındığında, yüklenicinin emeğini talep edememesi hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Sürekli borç ilişkisi bulunduğunu savunan görüşe göre ise; fesih ileriye yönelik etkili olacağından yüklenici, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hak sahibi değil, sözleşmeye göre tamamladığı inşaat oranına göre arsa payına malik olabilecektir.⁷⁷ Örneğin, temerrüde düşen yüklenici inşaatın henüz yarısını tamamlamışsa, arsa sahibi devretmesi gereken arsa payının yarısını devretmek zorunda kalacaktır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı⁷⁸ ile bağlayıcı hale gelen görüşe göre ise; TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına uygun bir şekilde değerlendirilerek ani – sürekli edimli karma bir borç ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir.⁷⁹ Bu görüşe göre, inşaatın çok büyük kısmını bitirmiş yüklenicinin temerrüdü halinde, sözleşmeden dönme dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından, geriye etkili dönmeden değil; ileriye etkili fesihten bahsedilmesi gerekmektedir.⁸⁰ Ancak bu görüş, inşaatın hangi aşamaya kadar gelmesi durumunda dönmeden bahsedilemeyeceği belirli olmadığından hukuki öngörülebilirlik ilkesinin zedelendiği gerekçesiyle eleştirilmelidir.

Sözleşme ile feshin geriye veya ileriye etkili olacağına taraflarca kararlaştırılması halinde, taraflar bu sözleşme hükmüyle bağlı hale gelecektir.⁸¹

V) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

Çifte tipli karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerle ilgili doktrinde dört ayrı teori bulunmaktadır. *Soğurma teorisine (theorie de l'absorption) göre*; karma sözleşmede yer alan sözleşme tiplerinden hangisinin unsuru daha baskınsa, baskın (başat) unsurun bulunduğu sözleşmeye uygulanacak hükümler uygulanır.⁸²

⁷⁶ ERMAN, s. 9.

⁷⁷ SÜTÇÜ, s. 39.

⁷⁸ Yarg. İBK. 25.1.1984, 1983/3 E. 1984/1 K. RG. T. 27.2.1984, S. 18325.

⁷⁹ ERMAN, s. 9; SÜTÇÜ, s. 39.

⁸⁰ SÜTÇÜ, s. 39 – 40.

⁸¹ SÜTÇÜ, s. 40.

⁸² ERGÜN, s. 34; GÜMÜŞ, s. 11; NOMER, Haluk Nami/ ENGİN, Baki İlkey: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2017, s. 25.

Yaratma teorisine (theorie de l'exclusion) göre; karma sözleşmede yer alan sözleşme tiplerine uygulanan hükümlerin hiçbiri karma sözleşmeye uygulanamaz. Bu sebeple, TMK m.1 gereğince örf ve adet kurallarına başvurulması, örf ve adet kurallarının bulunmadığı durumlarda ise hâkimin yarattığı hukuka göre çözüm bulunması gerekmektedir.⁸³

Birleşim (terkip, kombinasyon) teorisine (theorie de la combinaison) göre; karma sözleşmede belirlenmiş asli edimlerden her biri hangi sözleşmenin karakteristik edimi ise o sözleşmeye uygulanan hükümler uygulanmalıdır.⁸⁴ Bu teori, karma sözleşmelerin farklı sözleşme tiplerindeki edimlerin toplamı şeklinde olmadığı, karma sözleşmenin kendini oluşturan edimlerden bağımsız bir bütünlük içermesi sebebiyle eleştirilmektedir.⁸⁵

Kıyas teorisine (theorie de l'application analogique du droit) göre ise; karma sözleşmedeki karakteristik edimin bulunduğu sözleşmeye uygulanan hükümlerin doğrudan değil, amacına uygun bir şekilde kıyas yoluyla uygulanmalıdır.⁸⁶

Sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümler için yaratma teorisi geçerli olup; hakim TMK m.1 gereğince hukuk yaratır ve hakim hukuk yaratırken kıyastan da faydalanabilir.⁸⁷ Birleşik sözleşmeler, kendini oluşturan sözleşmelerden bağımsız olmadığı için, her sözleşmeye ayrı ayrı kendi hükümleri uygulanacaktır.⁸⁸

Çifte tipli karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde Yargıtay'a göre, karakteristik edimlerin bulunduğu sözleşmelere uygulanan hukuk, her edim için ayrı bir şekilde uygulanmalıdır.⁸⁹ ERMAN'a göre ise, bu durumda yaratma ve kıyas teorisi birlikte uygulanarak, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesi hükümleri amaca uygun ve tarafların menfaatleri dikkate alınacak şekilde kıyas yoluyla uygulanmalı, kıyas yoluyla hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapılamaması durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine ve örf adet hukukuna gidilmelidir. Yine sonuç alınamaması durumunda ise ERMAN, TMK m.1 gereğince hâkimin hukuk yaratma yoluyla uyuşmazlığı çözmesi gerektiğini belirterek Yargıtay'ın tutumunu eleştirmiştir.⁹⁰ KUNTALP'e göre de birleştirme teorisi uygulanamaz; çünkü, karma sözleşme kanunda düzenlenmemiştir ve açıkça bir kanun boşluğu bulunduğu durumlarda farklı tipteki sözleşmelere uygulanan hükümlerin karma

⁸³ AKKURT/ ERDOĞAN/ TOKAT, s. 400; ERGÜN, s. 35; NOMER/ENGİN, s. 25.

⁸⁴ NOMER/ENGİN, s. 25.

⁸⁵ GÜMÜŞ, s. 11.

⁸⁶ NOMER/ENGİN, s. 25.

⁸⁷ NOMER/ENGİN, s. 25; GÜMÜŞ, s. 10-11.

⁸⁸ NOMER/ENGİN, s. 26.

⁸⁹ Nakleden ERMAN, s. 7, dn. 16; Yarg. 15. HD 11.12.1977, 1977/767 E. 1977/880 K.

⁹⁰ ERMAN, s. 8.

sözleşmeye doğrudan uygulanamayacağı aşikârdır.⁹¹ KUNTALP, yaratma teorisini savunarak, kanun boşluğunu doldurmak için öncelikle örf ve adet hukukuna bakılması, boşluğun bu şekilde doldurulamaması durumunda ise hâkimin önce kıyas yoluyla boşluğu doldurması çalışması gerektiğinden ancak bu şekilde de boşluğun giderilemediği durumlarda hâkimin kanun koyucu gibi hareket ederek boşluğu dolduracağından bahsetmektedir.⁹² KUNTALP, ERMAN 'dan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin tüm sözleşmelere uygulanabileceğini ancak hâkimin otomatik olarak genel hükümleri uygulamaktan kaçınması gerektiğini belirtmektedir.⁹³ Karma sözleşmelerin amacına ve niteliğine bakılarak özel bir hükme ihtiyaç duyulup duyulmayacağı araştırılması gerektiğinden bahseden KUNTALP, genel hükümlerin uygulanmasının hakkaniyete uygun olmayacağını, özel hüküm gerektiren durumlarda boşluk oluşacağını ve TMK m.1 gereğince değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁴

VI) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Türleri

A) Arsa Payı Sahibinin Belirli Arsa Paylarının veya Arsanın Tamamının Devrini Yükleniciye Devri Sonucu Meydana Gelen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Arsa sahibi, sözleşme uyarınca, arsanın tamamını veya daha sonra yükleniciye bırakılacak olan bağımsız bölümlerin oranı doğrultusunda belli bir arsa payını, yükleniciye tapuda devretmektedir.⁹⁵ Bu devir işlemi, satış olarak görünse de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, TMK m.1009 uyarınca tapu kütüğüne şerh edilebilir. Ancak şerhe rağmen yüklenicinin devraldığı payları üçüncü kişilere devretmesi gibi durumlarda yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi dezavantajlı duruma düşmektedir. Bu sebeple, arsa sahibi lehine teminat ipoteği tescil edilip, inşaatın ulaştığı seviyeye göre ipotek kaldırılabilir.⁹⁶

⁹¹ KUNTALP, s. 136.

⁹² KUNTALP, s. 140 – 142.

⁹³ KUNTALP, s. 140.

⁹⁴ KUNTALP, s. 140.

⁹⁵ ERMAN, s. 11 – 12.

⁹⁶ ERMAN, s. 12 – 13.

B) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsa Paylarının İnşaat Geline Aşamaya Göre Yükleniciye Devri

Arsa sahibinin kendini güvenceye aldığı bu duruma göre, yüklenici inşaatı tamamladığı orana göre arsa payının maliki olabilmektedir.⁹⁷ Yüklenici edimini henüz yerine getirmeden önce arsa sahibinin arsa paylarını devretmesi hali dışında, arsa sahibi, üçüncü kişilere satış yapabilmesi için yükleniciye yetki vermektedir; ancak verilen yetki sonucu satıcı arsa sahibi değil, yüklenici olmaktadır ve satış sözleşmesinden kaynaklanan bedeli kendisi tahsil etmektedir.⁹⁸

C) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsa Sahibinin Yükleniciye Arsa Paylarının Devrini Vaat Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin türü olan bu sözleşmeye göre, arsa sahibi, yüklenicinin inşaatı tamamlaması ile arsa paylarını devredeceğini taahhüt eder.⁹⁹ Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını ihtiva eden karma bir sözleşme olarak nitelendirilir.

VII) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılık

A) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

1) Genel Olarak

İnşaat sözleşmeleri veya eser sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemişken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekle tabi olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ve taşınmaz satış/

⁹⁷ ENLİ, s. 8.

⁹⁸ ERMAN, s. 14.

⁹⁹ ERMAN, s. 15.

¹⁰⁰ Yarg. 15. HD. 21.3.2012, 2011/6848 E. 2012/ 1786 K. “Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri arsa payı devri taahhüdünü de içerdiğinden noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Resmi şekilde yapılması zorunlu olan sözleşmede esaslı değişiklik içeren sözleşmelerin de resmi şekil şartına uyularak yapılması gerekir. Davalı yüklenici kooperatifin edim yükümlülüğünü ağırlaştıran 5.2.1999 tarihli ek sözleşme resmi şekil şartına uyulmadan yapıldığından geçersizdir.” Yarg. 23. HD. 10.9.2019, 2016/5994 E. 2019/3498 K. “...(T)araflar arasında adi yazılı şekilde düzenlenmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığı bu sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerektiği taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğu...”, Yarg. 23. HD. 6.5.2019, 2016/5020 E. 2019/1662 K. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, noterde düzenlenmediği takdirde geçersizdir. Ancak sözleşmede adi yazılı yapılmış olsa da sözleşme uyarınca tapu devredilmiş olması veya inşaatın reddedilemeyecek şekilde tamamlanmış olması halinde artık sözleşmenin şekil şartına uymadan yapıldığının ileri sürülmesi TMK'nın 2. maddesiyle bağdaşmaz Sözleşmede geç teslim nedeni ile maktu olarak kira tazminatı belirlenmiş ise bu gecikme tazminatı tarafları 1 yıl süre ile bağlar. Gecikmenin bu süreyi aşması halinde rayiç kiranın belirlenmesi ve 1 yıldan sonra rayiç kiranın hüküm altına alınması gerekir. Bu nedenledir ki sözleşmede belirlenen maktu kiranın uyarlanması mümkün değildir.

taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını içermektedir. Karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli de edimlerini içerdiği sözleşmelerin şekillerine göre değerlendirilmektedir. Ancak EREN'e göre, karma sözleşmelerde şekil, unsurlar açısından ayrı ayrı değil; bütün olarak değerlendirilmeli ve sözleşmenin tamamı bu nedenle resmi şekilde yapılmalıdır.¹⁰¹ Şekle aykırılık kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinden, şekle uygun olmayan sözleşme, TBK m.12/2 gereği kural olarak geçersiz olacaktır.¹⁰²

2) Arsa Sahibi İle Yüklenici Arasındaki Sözleşmenin Şekli

Arsa sahibinin arsa paylarının yükleniciye devri için taşınmaz satışına uygulanan TMK m. 706, TBK m. 237, Tapu Kanunu m.26 hükümleri gereğince, sözleşmenin tapu memuru önünde resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Arsa sahibinin arsa paylarının yükleniciye devrini taahhüt etmesi durumunda ise, Noterlik Kanunu m.60/3 ve m.89

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri eser sözleşmelerinin bir türü olup 6098 S.TBK'nın 147. maddesi uyarınca bu sözleşmeden kaynaklı talepler 5 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Kira tazminatı talepleri, işledikleri ayın sonunda muaccel hale gele[c]eceğinden bu tarihten itibaren 5 yıl içinde talep edilmemişlerse zamanaşımına uğradığının kabulü gerekir.

Somut olayda; davalı yüklenici ile davacı arsa sahipleri arasındaki sözleşme her ne kadar adi yazılı sözleşme olup resmi şekil şartına uymasa da inşaatın geldiği aşama dikkate alındığında artık geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği sabittir...", Yarg. 15. HD. 12.7.2019, 2019/224 E. 2019/3352 K. , Yarg. 1. HD. 2.7.2019, 2016/11449 E. 2019/4305 K. , Yarg. 15. HD. 27.3.2019, 2018/4571 E. 2019/1369 K. , Yarg. 14. HD. 5.3.2019, 2016/15895 E. 2019/1938 K. ; **ERMAN**, s. 17 – 22; **KURŞAT**, s. 20; **SELİCİ**, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s. 14 – 15; **SÜTÇÜ**, s. 89.

¹⁰¹ **EREN**, (Borçlar Özel), s. 955.

¹⁰² Sözleşmenin şekle aykırılığı sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini hâkimin re'sen incelemesi gerektiğini kabul eden Yargıtay kararının eleştirisi için ayrıca bkz. **KOSTAKOĞLU**, Cengiz: İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2017, s. 86 – 87; **SÜTÇÜ**, s. 95 – 102.

gereğince noterlerce düzenleme şeklinde sözleşme yapılabilmektedir.¹⁰³ Yargıtay¹⁰⁴, sözleşmenin noterce onaylama şeklinde olması halinde geçersiz olacağını belirtmiştir. Bu nedenle, sözleşmenin noter aracılığıyla yapılması durumunda düzenleme şeklinde olması gerekmektedir.¹⁰⁵

Arsa sahibinin arsa payının devrini taahhüt etmesiyle taşınmaz satışı vaadi sözleşmesine uygulanan şekil şartının, noterlerce düzenlene şeklinde olması gerektiğini belirtmiştik. Ancak bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, devir taahhüdünü içeren sözleşmenin tapu memuru vasıtasıyla yapılıp yapılamayacağı konusu tartışmalıdır. SÜTÇÜ'ye göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesi sadece noterler tarafından

¹⁰³ Yarg. İBK. 24.4.1978, 1978/3 E. 1978/4 K. RG. T. 10.6.1978, S. 16312. “Gerçekten, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10, 13 ve 14 üncü maddeleri gereğince, kat mülkiyeti ya da kat irtifakı, tapu memuru tarafından düzenlenecek resmi senet (sözleşme) ve tapu siciline tescili ile kurulur. Ne var ki, bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesiyle kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmamakta sadece ileride kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulacak bağımsız bölümün satışı vaat edilmektedir. Sözü edilen satış vaadi sözleşmesinin Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10-14 üncü maddelerinde düzenlenmiş olan kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurma işlemi ve sözleşmesiyle bir ilgisi ve benzerliği yoktur. Bunlar şekil bakımından olduğu kadar esas ve konu yönünden de farklı ve ayrı işlemlerdir. Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre kat mülkiyeti veya kat irtifakının kurulabilmesi için yalnız taşınmaz malikinin bu husustaki tek taraflı irade açıklamasının veya taşınmazın bütün paydaşlarının bu konuda aldıkları kararın sözleşme denilen resmi senetle tespiti gereklidir. Daha önce 3 üncü kişiye karşı bağımsız bölüm satış vaadi yapılmış olsa bile lehine satış vaadinde bulunulan kişi, bu işlemlere katılmaz. Kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurmak için senet düzenlenmesi, taşınmaz maliki veya malikleriyle 3 üncü kişi arasında herhangi bir hukuki ilişki yaratmaz. Burada taşınmaz malikinin değişmesi söz konusu olmadığı gibi bir mülkiyet devri işlemi de yer almaz. Şu halde satış vaadi sözleşmesi, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10 uncu ve onu izleyen maddelerinde düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurma sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğinden bunun Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10, 13 ve 14 üncü maddelerindeki şekle bağlı olduğu hiç bir yönden kabul edilemez.

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

O nedenlerle bağımsız bölüme ilişkin kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesi, Noterlik Yasası'nın 60 uncu maddesinin 3 üncü bendi gereğince noterler tarafından düzenlenebilir. Noterlerce düzenlenen böyle bir satış vaadi sözleşmesi geçerlidir ve tarafları bağlayıcı niteliktedir.”

¹⁰⁴ Yarg. HGK. 9.6.1982, 1979/15 – 1613 E. 1982/565 K. “Gerçekten, bir taşınmaz malın veya payının mülkiyetinin başkasına devri, ya da devir vaadini öngören sözleşmelerin geçerli sayılmasına MK'nun 634, BK'nun 213 ve Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca, tapu sicil muhafızı tarafından veya 1512 sayılı Noterlik Yasasının 60. maddesi buyruğuna göre noterlerce resen düzenlenmesine bağlıdır. Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Çünkü, burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedendir ki, gerek mahkeme ve gerekse Yargıtay'ca doğrudan doğruya (resen) göz önünde tutulur.

Temyize konu bu olayda, taraflar arasında kurulan 18.5.1973 günlü ve 6248 sayılı sözleşme noterlikçe resen düzenlenmemiş; taraflarca dışarıda yazılıp imzaları Hatay 1. Noterliğince onanmıştır. O halde, az yukarıda yapılan açıklamalara göre, anılan sözleşme hukuken geçerli değildir. Oysa davacının borca aykırılık nedeniyle (fesh) isteyebilmesi, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmuş olmasına bağlıdır. Çünkü hukuken hüküm ifade etmeyen, geçersiz bir sözleşmenin feshini istemekte hukuki yararın varlığından söz edilemez. Bu nedenle, davanın reddine karar verilmeliydi.

¹⁰⁵ Noterlerce yapılan işlemler iki şekilde olabilir. 1152 sayılı Noterlik Kanunu m. 84 – 89 arasında düzenlenen düzenleme şeklindeki işlemler tutanakla yapılır ve tutanağın aslı noterde kalır. Kanunun m. 90 – 93 arasında düzenlenen onaylama işlemlerinde ise sadece metnin altındaki imzanın o kişiye ait olduğu şerh edilir. Bu açıdan düzenleme biçimindeki işlemler sahteliği ispatlanmadıkça geçerli sayılırken, onaylama biçimindeki işlemlerde sadece tarih ve imza sahteliği ispatlanmadıkça geçerli sayılır.

düzenlenebilirken,¹⁰⁶ ERMAN'a göre ise, noterler dışında tapu memurlarınca da arsa payının devrinin taahhüdünü içeren sözleşme yapılabilir. ¹⁰⁷

TBK m. 29/2 gereğince, yapılacak ön sözleşmenin asıl sözleşmenin şekline bağlı olması sebebiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için, ön sözleşme yapılması durumunda, bu sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekmektedir. ¹⁰⁸

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekle bağlı olduğundan, bu sözleşmeyi ağırlaştırıcı veya değiştiren sözleşmelerin de TBK m.13 gereği aynı şekle tabi olması gerekecektir. ¹⁰⁹ Ancak, şekil şartına uygun olmayan bir şekilde sözleşmenin değiştirilmesi durumunda, şekle uygun olmayan sözleşmenin ifa edilmesi halinde sözleşmenin geçersizliğine dayanılmayacaktır. ¹¹⁰ Yani ifa edilmiş sözleşme şekle uygun olmadığı gerekçesiyle hükümsüz hale gelmeyecektir.

Yukarıda bahsedildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin devir veya devir taahhüdü işleminin mi yoksa tüm sözleşmenin mi resmi şekle tabi olduğu tartışmalıdır. Genel kabul edilen görüş; kendisini oluşturan sözleşmelerden bağımsız olan

¹⁰⁶ SÜTÇÜ, s. 91.

¹⁰⁷ ERMAN, s. 19; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 361; Yarg. 15. HD. 29.4.1976, 1976/840 E. 1976/2002 K. “Arsa malikine daire ve depo verilmesi, karşılığında yapılacak inşaatla bir kısım depo ve dairelerin (taşınmazların) müteahhide nakil ve devri ile ilgili sözleşmelerin geçerli sayılması için Medeni Kanununun 634, Borçlar Kanunu'nun 213 ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26 ncı maddesi uyarınca tapu sicil muhafızları tarafından veya 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60 ncı maddesi buyruğuna uyularak noterlerce re'sen tanzim edilmiş olmasına bağlıdır. Bu sebeple hukuken geçersiz sözleşmenin 24 üncü maddesine dayanılarak 8.000 liranın tahsiline karar verilmesi usul ve kanuna aykırı görülmüştür.”

¹⁰⁸ ERMAN, s. 19 – 20; SÜTÇÜ, s. 205 – 206.

¹⁰⁹ Yarg. 15. HD. 9.11.2006, 2005/6737 E. 2006/6400 K. “... (T)arihli ve taraflar arasında adi yazılı şekilde yapılan ek protokolün 10. maddesinde, yüklenici davalının 15.08.2002 tarihinde binanın iskânını almış vaziyette binayı tam ve sözleşme koşullarına göre teslim etmediği takdirde, geciktiği her ay için 5000 Euro cezai şartı davacı arsa sahibine ödemeyi yüklenici davalının kabul ettiği hükme bağlanmıştır. BK'nun 12. maddesi hükmü gereğince; borcun içeriğini genişleten veya yasal şekle bağlı olarak yapılmış sözleşmede var olan herhangi bir kaydı kaldırılan veya değiştiren, sözleşmeden doğan borçları ağırlaştırıcı sözleşmelerin de asıl sözleşmenin yapıldığı şekle uygun olarak yapılması zorunludur. Az yukarıda açıklandığı üzere, yanlar arasında zorunlu şekil koşuluna uygun olarak noterce doğrudan düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 4. maddesi hükmüyle kararlaştırılan "ifaya ekli ceza" tutarı, yanlarca adi yazılı şekilde yapılan 16.04.2002 tarihli ek sözleşmenin 10. maddesi hükmü ile artırılmış ise de, BK'nun 12. maddesi hükmü gereğince, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştırıcı bu ek sözleşme, asıl sözleşmenin tabi olduğu zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmış olmadığından davalı yükleniciyi bağlayıcı değildir. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; mahkemece reddi yerine davası kabul edilerek 16.04.2002 tarihli ek sözleşmenin 10. maddesi hükmüne dayanarak 533,5 Euro'nun davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmesi doğru olmamış ve kararın açıklanan bu sebeplerle bozulması gerekmektedir.” (ERMAN, s. 19, dn. 4.); ENLİ, s. 13, SÜTÇÜ, s. 210.

¹¹⁰ Yarg. 15. HD. 5.7.2004, 2003/6868 E. 2004/3746 K. “BK. 12. maddesi uyarınca resmi şekilde yapılan sözleşmenin adi yazılı sözleşme ile değiştirilmesi mümkün değildir. Ne var ki değişiklik sözleşmesi ifa edilmişse artık bunun geçersizliği ileri sürülemez. Uygulanmakla değişiklik sözleşmesi geçerli hale gelmiştir. (Y. 15. HD. 16.4.1996 tarih E. 1698, K. 2144 sayılı kararı).”

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin taahhüdünün de resmi şekle tabi olması gerekeceğinden tüm sözleşmenin resmi şekle tabi şekilde kurulması gerektiği şeklindedir.¹¹¹

3) Yüklenici İle Üçüncü Kişiler Arasındaki Sözleşmenin Şekli

Yüklenici, arsa sahibinin arsa payını devretmesi sonucu oluşturacağı inşaatın, bazı belirli bağımsız bölümlerini arsa sahibine devretmeyi taahhüt etmekte; arsa sahibinin malik olacağı bağımsız bölümler dışındaki bölümlerin ise maliki olmaktadır. Yüklenici, kar sağlayabilmek için maliki olacağı bağımsız bölümleri inşaat tamamlanmadan satabilmektedir. Bu durumda, tapu kaydı henüz bulunmayan bağımsız bölümün satışı için resmi şekil şartı öngörülemeyecektir. Yüklenicinin arsa payı karşılığı sözleşmeden kaynaklanan alacağı olan bağımsız bölümlerin tapu sicilinde kaydı bulunmadan satılması durumunda, “alacağın temlik” hükümleri uygulanacaktır.¹¹²

TBK m.184’e göre, alacağın temlikinin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.¹¹³

Yüklenicinin bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere devrini taahhüt etmesine rağmen, arsa sahibinin, sözleşmenin şekil yönünden geçersiz olduğunu ileri sürmesi durumunda; TBK m.183/2 gereğince yüklenici, üçüncü kişinin menfi zararını karşılamak zorunda kalacaktır.¹¹⁴

¹¹¹ ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Tesliminden Önce Telef Olması: TBK mad. 368, Ankara, 2002, (Telef), s. 47; ERMAN, s. 17.

¹¹² Yarg. HGK. 4.12.2015, 2014/324 E. 2015/2787 K. “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi yükleniciye pay devrini değişik şekillerde yapabilir; Bazen, bir arsa üzerinde, ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak binanın bağımsız bölümleri için o arsanın maliki tarafından kat irtifakı kurulmakta, (634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 2/c) sözleşmede yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlere karşılık gelen belli orandaki arsa payının devri taahhüt edilerek, yine sözleşmede kararlaştırılan şekilde yükleniciye devir yapılmaktadır. Bazen, arsa üzerinde kat irtifakı kurulmadan arsa tapusu bütünü ile yükleniciye devredilmekte, ileride inşaat tamamlanınca kat irtifakı kurulmakta ve sözleşmedeki paylaşımına göre kat irtifak listesi birlikte yapılmaktadır. Bazen de, sözleşmede inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli tapu devri kararlaştırılmakta ve arsa sahibi tarafından devir buna uygun yapılmaktadır. Uygulamada en çok görülen devir şekli ise, arsa sahibinin devri gereken arsa paylarının satışını vaat etmesi, yüklenicinin de inşaat yapımını taahhüt etmesi şeklinde yapılan devirdir. Buna göre, yüklenici sözleşmeye uygun biçimde edimini yerine getirecek, karşılığında da, arsa sahibinden devri taahhüt edilen payın adına tescilini isteyebilecektir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen "avans" niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda "şahsi hak" elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, Türk Medeni Kanunu'nun 1024. maddesi ve aynı Kanun'un 1023. maddesi hükmünden yararlanamazlar. İnşaatın hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir. Hukuki teslim ise yapılan inşaatın yasal mevzuata uygun olarak bitirilmesi (iskan izninin alınması) halinde gerçekleşmiş sayılır.”

¹¹³ ERMAN, s. 21.

¹¹⁴ ERMAN, s. 21 – 22.

Doktrinde yüklenici ile üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşmenin alacağın temlik olmadığını, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi niteliğine haiz olduğunu belirten görüşler de mevcuttur.¹¹⁵ KURŞAT'a göre, tarafların iradeleri dikkate alındığında alacağın temlik görüşünün kabul edilmesi mümkün değildir. Taşınmaz satış vaadi ile alacağın temlikinin bir arada bulunamayacağını belirten yazar, alacağın temlik edilmesi halinde üçüncü kişilerin yükleniciye karşı dava açamayacağından ancak uygulamada satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan gecikme tazminatı taleplerinin kabul edildiğinden bahsetmektedir.¹¹⁶ Bu hukuki ilişkinin taşınmaz satış vaadi olduğu kabul edildiğinde, üçüncü kişilere temsil yetkisi verildiği ileri sürülebilecek ve bu şekilde de üçüncü kişi, yüklenici adına arsa sahibine karşı dava açabilecektir.¹¹⁷ Bu görüşü savunan yazarlar, ilişkinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kabul edilmesi durumunda, sözleşmenin tapu siciline şerh verilebilme imkânının da doğacağını belirtmektedir.¹¹⁸ Üçüncü kişiler ile yüklenici arasında yapılan sözleşme taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak nitelendirilirse, noterlerce düzenlenerek resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

B) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılık

1) Genel Olarak

Şekle aykırı bir sözleşme geçersiz olacağından, ifası talep edilemeyeceği gibi, sözleşmenin ifasına bağlı olan gecikme tazminatı, zarar gibi talepler de dikkate alınmayacaktır.¹¹⁹ Geçersiz sözleşme sebebiyle tarafların TBK m. 77 vd. uyarınca iade yükümlülükleri doğmaktadır. Ancak KOSTAKOĞLU'na göre, geçersiz sözleşmelerde yüklenicinin yapmış olduğu imalatlarda karsız bir değerlendirme yapılmasını sağlayan ve zamanaşımı süresi çok kısa olan – eski BK 'da 1 yıl TBK 'da 2 yıl – “sebepsiz zenginleşme” hükümlerinin değil; “vekâletsiz iş görme” hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹²⁰ Yargıtay da son zamanlardaki kararlarında bu görüştedir.¹²¹

¹¹⁵ KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013, s. 275.

¹¹⁶ KURŞAT, s. 454 – 455.

¹¹⁷ KURŞAT, s. 456.

¹¹⁸ AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s. 313.

¹¹⁹ SÜTÇÜ, s. 156.

¹²⁰ KOSTAKOĞLU, s. 83 – 84.

¹²¹ Yarg. HGK. 18.3.2015, 2014/15 – 2182, 2015/1047 K. “*Vekaletsiz iş görme ile iki taraf arasında oluşan hukuki ilişki, taraflara bazı haklar sağlamakta, aynı zamanda bazı borçlar yüklemektedir. Vekaletsiz iş görmede iş gören, iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına uygun olarak hareket etmekle yükümlüdür. İş gören her türlü ihmâl ve dikkatsizlikten sorumludur. İş sahibi de, iş görenin yaptığı tüm zorunlu ve faydalı masrafları ödemekle yükümlüdür.*

Nitekim aynı ilke ve kabul şekli, Hukuk Genel Kurulunun 02.10.2013 gün ve E:2013/15-95, K:2013/1431 sayılı ilamında da benimsenmiştir.

Kural olarak, şekle aykırı bir sözleşme geçerli sayılamayacağından, tarafları bağlamayacaktır. Geçersizlik yokluk, butlan ve iptal şeklinde olabilir.¹²² Geçersizliğin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Geçersizliğin hukuki niteliği, hâkimin şekle aykırılığı re'sen mi yoksa taraflarca ileri sürüldükten sonra mı dikkate alması gerektiği durumunda önem taşımaktadır.

2) Şekle Aykırılığın Sonuçları Hakkında Doktrindeki Görüşler

a) Yokluk Görüşü

Yokluk (keenlemyekün olmak), geçersizliğin en ağır hukuki türlerinden biri olup; bir sözleşmenin yok hükmünde doğmuş olması halinde, söz konusu sözleşme hukuken hiç var olmayacağı bu sebeple de tarafları bağlamayacağı gibi, sözleşmenin ifa edilmesi durumunda dahi sözleşme geçerli hale gelmeyecektir.¹²³ Bu görüşe göre, şekil, geçerlilik şartı değil, kuruluş şartıdır; yani şekle aykırı sözleşme hiç kurulmamıştır.¹²⁴ Geçerli olmayan, hukuken hiç var olmayan bir sözleşmenin yok hükmünde olduğu davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınacaktır.¹²⁵

Nihayet, yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 413.maddesi hükmünün uygulanmasında, batıl veya bağlayıcı olmayan sözleşmeler sebebiyle yüklenici tarafından yasal olarak yapılan ya da sözleşme dışı yapılan işlerin bedeli, yapıldıkları yıl mahalli serbest piyasa rayiçlerine göre uzman bilirkişi ya da kurulu aracılığıyla yapılacak keşif ve inceleme sonucu belirlenir. Mahalli piyasa rayiçleri ise Bayındırlık Bakanlığı'nca hazırlanan birim fiyatların oluşturulmasında yararlanılan rayiçler değildir. Yapılan imalatın, yapıldığı zamanki serbest piyasa fiyatlarına göre değerinin BK'nun 413. maddesi gereğince hesaplanması gerektiği gibi, buna yüklenici karı da dahildir. Bunun yanında, sözü edilen işlerin bedelleri yapıldıkları yıl mahalli rayiçlerine göre hesaplanırken; katsayı uygulanarak güncelleştirilemeyeceği gibi; yapılan ödemeler de güncelleştirilemez.

Somut uyuşmazlıkta, batıl olan sözleşmeler nedeniyle yapılan ve iş sahibi kooperatifçe de benimsenen imalatın bedeli talep edilmektedir.

Şu halde; davacı-karşı davalı yüklenici şirketin, iş bedelini BK. 413.maddesi kapsamında vekaletsiz işgörme kuralı çerçevesinde, imalatın yapıldığı yıldaki serbest piyasadaki rayiç fiyat üzerinden müteahhit karı da dahil olmak üzere isteyebileceğinin kabulü gerekir.

Yerel mahkemenin, 'davacı yüklenicinin yapmış olduğu işin bedelini, geçersiz olan sözleşme nedeniyle, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak karısız bedel üzerinden talep etme hakkına sahip olduğu' olduğu yönündeki direnme gerekçesi hatalı değerlendirmeye dayalıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmede azınlıkta kalan bir kısım üyelerce, taraflar arasındaki uyuşmazlığın BK'nun 413. maddesindeki vekaletsiz işgörme ilkesine göre değil, aynı Kanun'un 61 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme kurallarına göre çözümlenmesi gerektiği, bu nedenle yerel mahkemenin direnme kararının bu gerekçe bakımından doğru olduğu ileri sürülmüş ise de; Kurul çoğunluğu yukarıda belirtilen gerekçelerle bu görüşü benimsememiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemenin, belirtilen direnme gerekçesi usul ve yasaya aykırıdır."

¹²² ALTAŞ, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, (Şekle Aykırılık) s. 93 vd; KILIÇOĞLU, (Borçlar Genel), s. 152 – 153.

¹²³ EREN, (Borçlar Genel), s. 331.

¹²⁴ EREN, (Borçlar Genel), s. 331.

¹²⁵ AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016, (Borçlar Genel), s. 127.

Bu görüşe göre, tapu memuru önünde veya noterde düzenlenmeyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifa edilse bile geçerli hale gelmeyeceğinden, inşaat tamamlansa dahi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade yükümlülükleri devam eder.¹²⁶ TBK’da şekil şartı, kurucu unsur olarak değil geçerlilik şartı olarak getirilmiştir. Şekle aykırılık sebebiyle tarafların iradelerini dikkate almayan yokluk görüşü, şekil kurallarının katı yorumlanmasına neden olduğu yönünden eleştirilir.¹²⁷

b) Mutlak Butlan Görüşü

Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre, taşınmaz satışlarında şekle aykırılık bulunması durumunda, sözleşme mutlak butlan nedeniyle geçersizdir.¹²⁸ Mutlak butlanın yokluktan farkı, sözleşmenin hukuken doğduğunun kabulüdür. Yoklukta sözleşme hukuken doğmamışken; mutlak butlanda sözleşme hukuken doğmuştur, ancak hüküm ve sonuçlarını meydana getirmez ve taraflar ifaya zorlanamaz.¹²⁹

TBK m. 12/2’ye göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” Bu hüküm uyarınca, taşınmazlar için öngörülen resmi şekil şartına uyulmaması halinde sözleşmenin hüküm doğurmayacağı ve batıl olacağı kabul edilmektedir. Şekil kuralları kamu düzeninden olduğundan hükmün amacından yola çıkarak, şekle aykırı hiçbir sözleşmenin hüküm doğurmayacağı, bu sebeple hâkim tarafından re’sen gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹³⁰ Şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz olan sözleşmede, taraflar daha sonra sözleşmeye onay verseler dahi, geçersizlik niteliği değişmeyecek ve borçlular ifadan kaçınabilecektir.¹³¹

Mutlak butlan görüşü Yargıtay tarafından kabul edilse de, bu görüş yumuşatılmaya çalışılmış ve bazı durumlarda şekle aykırı yapılan sözleşmenin de geçerliymiş gibi işlem göreceği belirtilmiştir. Yargıtay, İBK 29.2.1940 tarihli 1940/31 E. 1940/47 K. sayılı ilamında¹³², resmi şekle aykırı taşınmaz satışında zamanaşımı süresinin sebepsiz

¹²⁶ ALTAŞ, (Şekle Aykırılık), s. 98.

¹²⁷ ALTAŞ, (Şekle Aykırılık), s. 100.

¹²⁸ KILIÇOĞLU, (Borçlar Genel), s. 153.

¹²⁹ AYAN, (Borçlar Genel), s. 128.

¹³⁰ KILIÇOĞLU, (Borçlar Genel), s. 153.

¹³¹ EREN, (Borçlar Genel), s. 327.

¹³² RG. T. 30.4.2940 S. 4497, s. 13730 – 13731. “*Her ne kadar gayrimenkulün haricen satışına ve satış vadine müteallik akit ve muameleler kanunen müteber bulunmamış ise de satıcının memuru mahsus huzurunda ferağın icrasını ve aksi takdirde almış olduğu bedelin iadesini taahhüt etmiş ve alıcının da aralarında takarrür eden bedeli bu şartla satıcıya vermiş olmasına ve şu suretle şartın tahakkuk etmediği takdirde bedelin iadesi müteahhidünbih bulunmasına göre bu taahhüden doğan borçların haklı bir sebep olmaksızın mal iktisabından*

zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşmesel ilişkiye dayanarak 10 yıl olması gerektiğini belirtmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde mutlak butlan görüşünü kabul eden Yargıtay'ın, bu görüşü esnettiği durumlara ileride değinilecektir.

Bu anlayışa göre, sözleşmenin geçersizliği, yararı olan üçüncü kişilerce veya taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınmalıdır.

c) Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü

Tarafların iradesini dikkate almadan, şekil şartına uymayan sözleşmelerin geçersiz sayılmasını hakkaniyetli bulmayan bu görüş, taraflarca ileri sürülmediği sürece sözleşmenin geçerliliğini koruyacağını ve şekle aykırılığın hâkim tarafından re'sen değil, taraflar ileri sürdüğü zaman dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.¹³³ TBK'ya göre, aksine hüküm bulunmadığı sürece şekil şartının geçerlilik koşulu olduğunu belirten emredici hükme karşılık, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili de özel bir hüküm bulunmadığından, bu sözleşmeler için de TBK genel hükmü geçerli olacak yani şekil şartı geçerlilik şartı niteliği taşıyacaktır demek suretiyle kendine özgü geçersizlik görüşü eleştirilmiştir.¹³⁴

Kanun koyucunun şekil şartı getirmekteki amacı tarafları düşünmeye sevk etmek ve çıkarlarını korumak olduğuna göre, şekil eksikliğini sadece taraflar ve/veya külli halefleri ileri sürmelidir; üçüncü kişiler veya hâkim re'sen dikkate almamalıdır.¹³⁵ Bu görüş, şekil şartlarının katı yorumlanmasının hakkaniyetli olmadığını, bu sebeple şekle aykırılıktan kaynaklanan geçersizliğin mutlak butlan olarak değil, kendine özgü bir geçersizlik olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.

Doktrinde ayrıca eksik borç ve fiili sözleşme görüşleri de bulunmaktadır. Ancak çalışmanın niteliği amacıyla bu konulara değinilmeyecektir.¹³⁶

*tevellüd eden borçlar mahiyetinde olmadığından hadisede Borçlar Kanununun 66 ncı maddesinde yazılı müruru zaman müddeti kabili tatbik bulunmadığı ve mezkûr kanunun 125 inci maddesi mucibince kanunda başka suretle bir hüküm mevcut olmayan her dava on senelik müruru zamana tâbi tutulduğu cihetle bu misillü davalar on senelik umumî müruru zaman hükümlerine tâbi olduğu gibi satıcının rıza ve ihtiyarile taahhüdünü ifa edebileceğine göre bunun icrasını beklemek zaruretinde bulunan alıcı için ancak şartın tahakkuk etmediği ve ferağ ümidi münkati olduğu takdirde bedelin istirdadını davaya salâhiyet geleceğinden müruru zamanın da paranın verildiği tarihten değil, satıcının birrıza ferağdan nükûl ve imtina ettiği zamandan başlayacağına ekseriyetle karar verildi.” Yargıtay'ın taşınmaz satışında resmi şekil şartını esnek yorumladığı diğer olaylar için ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 154; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY – ÖZDEMİR**, s. 364 – 369.*

¹³³ **ERMAN**, s. 23; **KARTAL**, Bilal: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 4, Ekim 1983, (Arsa Payı), s.560, **KILIÇOĞLU**, (Borçlar Genel), s. 155.

¹³⁴ **ERMAN**, s. 23.

¹³⁵ **KARTAL**, s. 560.

¹³⁶ Eksik borç ve fiili sözleşme görüşleri için bkz. **EREN**, (Borçlar Genel), s. 332.

3) Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Durumlar

Alman Medeni Kanunu'nda ve Avusturya Medeni Kanunu'nda şekle aykırılık sebebiyle sakatlığın giderilmesini sağlayan hükümler bulunmaktadır, ancak İsviçre Medeni Kanunu'nda veya Türk Hukuku'nda bu yönde bir hüküm öngörülmemiştir. İsviçre'de, şeklen batıl sözleşmenin edimlerinin ifası durumunda yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılabilceğini savunan yazarlar olduğu gibi, edimi yerini getiren kişinin şekle aykırılığı ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur.¹³⁷ Sadece edimin ifası durumunda değil, şekle aykırılığın taraflardan biri tarafından meydana getirilmesi durumunda da, bu taraf hakkın kötüye kullanılması sebebiyle şekle aykırılığı ileri süremeyecektir. Örneğin yazılı şekilde hazırlanması gereken sözleşmede taraflardan biri yazılı yapılmasına gerek olmadığına karşı tarafı ikna eder veya imzadan imtina ederse şekle aykırılığı ileri süremeyecektir.

Yargıtay da, şekil kurallarının katı bir biçimde uygulanmaması gerektiğini ve olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması yasağının da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁸

Tarafların, asli edimlerini ifa etmesi üzerine şekil geçersizliğini ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırı olacak ve hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir.¹³⁹ Taraflarca edimlerin karşılıklı olarak kısmen de olsa yerine getirilmesi halinde de, şekle

¹³⁷ KILIÇOĞLU, (Borçlar Genel), s. 162 – 163.

¹³⁸ Yarg. HGK. 19.2.2019, 2017/14 – 2036 E. 2019/161 K. “... (Ş)ekil şartına ilişkin yasa hükümlerinin emredici niteliği nedeniyle resmî şekilde yapılmadığı için geçersiz olan taşınmazın mülkiyetini devir borcu içeren sözleşmeye dayalı olarak açılan tescil davasının, olayın özelliği gerektirmedikçe, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla da olsa reddinin gerektiği hususunun gözden kaçırılmaması, çünkü hâkim tarafından resen gözetilmesi gereken şekle aykırılık kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hâl MK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın taliliğinin sonucudur. Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hâllerde uygulanmalıdır çünkü bugün kanunlarda ifadesini bulan özel hukuk, hukuki sorunları açık olmayan hakkaniyet duygusu ile değil, kesin ve açık kurullarla çözüme ulaştırmayı amaçlamaktadır.”

¹³⁹ Yarg. 15. HD. 7.2.1995, 1994/3473 E. 1995/587 K. “Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de, yüklenici sözleşmede öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek MK.nun 2. maddesindeki iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz. Ne var ki davacı yüklenici de tapu hissesinin devir ve temlikini isteyebilmesi için sözleşmede öngörülen tasdikli projeyi yaptırmak, iskan ruhsatını almak ve kat irtifakını kurmak edimlerini yerine getirmekle yükümlüdür.” Yarg. 15. HD. 2.10.2007, 2006/4943 E. 2007/5921 K. “21.12.2001 tarihli sözleşmede tapu devri kararlaştırılmış olduğu halde yasadaki öngörülen şekil koşuluna uyulmamış ise de tapuda devir işlemi gerçekleştiğinden sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemez (TMK. 2. madde). Sözleşmede dairenin teslim tarihi diğer üyelerinki ile aynı olacak denilmiştir. Bu haliyle vade mahkemenin vadeye ilişkin kabulü yerinde ise de davada inşaata hiç başlanılmadan terk edildiği iddia edilmiştir.” Yarg. 14. HD. 16.1.2018, 2017/1514 E. 2018/321 K. “Dava konusu taşınmaz hakkında resmi olmayan 24.06.1992 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Her ne kadar kat karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekil şartına tabi ise de, taraflar edimlerini yerine getirmiş ise sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.”

aykırılık iddiası dinlenilmeyecektir.¹⁴⁰ Aynı şekilde, yüklenicinin inşaatı tamamlamasına rağmen arsa sahibinin, arsa paylarının mülkiyetini sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek devretmemesi, hakkın kötüye kullanılması durumunu teşkil edecektir.¹⁴¹ Uygulamada da bazen görüldüğü üzere, bazı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, öncelikle arsa payları yükleniciye devredilmektedir. Bu durumda arsa sahibi, asli edimini yerine getirdiğinden, yüklenicinin inşaatı sözleşmenin şekle uymadığı gerekçesiyle tamamlamaması da dürüstlük kuralına uymayacaktır.¹⁴² Doktrindeki bir görüşe göre, bu durumda dürüstlük kuralına gidilmesine gerek yoktur. Resmi şekilde yapılması gereken taşınmaz satışının yapılmış olması ve inşaat sözleşmeleri için de herhangi bir şekil şartı bulunmaması nedeniyle, yüklenicinin şekil şartına uyulmadığı gerekçesiyle sözleşmenin geçersizliğini ileri

¹⁴⁰ Yarg. 15. HD. 28.4.2008, 2007/1278 E. 2008/2831 K. “Gerçekten de, tapuda pay devrini içeren sözleşmenin geçerli olabilmesi için (BK. 213, TMK. 706, TK. 26 ve NK. 60. madde uyarınca) sözleşmelerin noterde düzenleme şeklinde veya tapuda resmi şekilde yapılması zorunludur. Bu şekilde yapılmayan sözleşmelere dayanarak tapu devri istenmesi mümkün değil ise de, geçersiz bir sözleşmeye dayanarak eserin teslim edilmesi halinde sözleşmelerin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK. 2. maddesindeki iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Dosyada mevcut Mudanya Noterliği'nin 05.05.1998 gün ve 04074 nolu düzenleme şeklinde vekaletnamesinden, Hüseyin İ. 'a ait 94 ada, 9 parseldeki arsaya, davacının inşaat yapacağı ve bunun karşılığında kendisine 2 nolu dairenin tamamı ile 1 nolu dairenin %50'sinin tapusunun verileceği kabul edilmiştir. Davacı da bu belgeye dayanarak inşaatı tamamlamış ve 2 nolu dairenin tapusu istediği kişiler üzerine geçirilmiştir. Bu durumda akdin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından kural olarak davacının 1 nolu dairenin tapusunun %50'sini talep edebilecekleri kabul edilmelidir. Ne var ki davalılar iskan ruhsatının alınmadığını savunduklarından mahkemece bu konu üzerinde durularak ve gerektiğinde davacıya inşaat ruhsat alınmasına uygun hale getirebilmesi için mehil verilerek inşaatın yasal olarak teslimi gerçekleştiği takdirde tapunun iptaline ve davacı adına tesciline karar verilmelidir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucunda davanın reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır.” Aynı doğrultudaki kararlar, Yarg. 15. HD. 9.2.2010, 2009/1004 E. 2010/662 K. (SÜTÇÜ, s. 191 – 192.); Yarg. HGK. 23.10.1991, 1991/396 E. 1991/511 K. ,Yarg. 15. HD. 30.3.1984, 1984/679 E. 1984/1109 K.

¹⁴¹ Yarg. 15. HD. 10.6.2004, 2003/6581 E. 2004/3267 K. “Yanlar arasındaki 05.03.1998 günlü sözleşme adi yazılı düzenlenmiştir. Gerçekten, tapu devrini öngören bu sözleşme resmi biçimde yapılmadığından kural olarak geçersizdir. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanan inşaat önemli ölçüde yapılmış veya adi sözleşmeye dayanarak tapu devri haricen yerine getirilmişse başlangıçtaki sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek MK'nun 2. maddesindeki iyi niyet kurallarına uygun düşmez.”

¹⁴² Yarg. 15. HD. 2.6.2011, 2010/3018 E. 2012/3268 K. “Dava konusu somut olayda Konya ili Merkez Nişantaşı Mahallesi tapunun ada no 14900 parsel no. 1'de kayıtlı taşınmaz arsa davalılardan Şükrü Altınay ile dava dışı diğer müştereklerine aittir. Davalı yüklenici kooperatif bu yere kat karşılığı inşaat yapmayı üstlenmiştir. Yanlar arasında 06.01.1988 tarihinde hususi sözleşme düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinin bir türünü oluşturan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye, teknik ve sanatsal ilkelere ve amaca uygun olarak inşa edip arsa malikine teslim etmekle, arsa maliki de kararlaştırılan arsa payını tapuda devretmekle mükelleftirler. Burada bir tarafta inşaat yapma işi diğer tarafta ise tapuda resmi memur hususunda tapu devri işlemi bulunmaktadır. Bu haliyle karma bir akit söz konusudur.

O halde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin noter huzurunda düzenleme şeklinde yapılıp resmîyet kazanması zorunludur. Haricen yapılan sözleşme geçersizdir. Dava konusu olayda sözleşme resmi şekilde yapılmamışsa da tapuda devir yapılmakla geçerli hale gelmiştir. Akdi ilişkinin sıhhati konusunda herhangi bir sorun kalmamıştır.” Yarg. 15. HD. 8.12.2003, 2003/2679 E. 2003/6105 K. “Arsa sahibi olan davacılar ile davalı yüklenici arasında arsa payı devri karşılığı yapılan değişik tarihli adi yazılı sözleşmeler vardır. Ne var ki, adi yazılı bu sözleşmeler yükleniciye tapu devri suretiyle geçerli hale gelmiştir. Bu hali ile davacılar ile davalı yüklenici arasındaki arsa payı devri karşılığı sözleşmelerin bulunduğu gerçektir. Davalı yüklenicinin sözleşme konusu işin yapımını kooperatife devretmesi varolan sözleşmelerin geçerliliğini ortadan kaldırmayacağı gibi davacıların sözleşme uygulamasından kaynaklanan haklarını da etkilemez.”

süremeyeceği savunulmaktadır.¹⁴³ Ancak SÜTÇÜ, bu görüşü eleştirmiştir. SÜTÇÜ 'ye göre, karma sözleşme olarak nitelendirilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, asli edim yükümlülüklerini ihtiva eden sözleşme tiplerinden bağımsız olması sebebiyle, edimler birbirinden ayrılamayacaktır.¹⁴⁴

Yüklenicinin inşaatın çok büyük bir kısmını tamamlaması halinde, şekle aykırı ve geçersiz olan sözleşme geçerli hale gelecektir.¹⁴⁵ İnşaat seviyesinin %60, %70 gibi seviyelerde olması Yargıtay tarafından önemli kısmın tamamlanması olarak görülmemiş ve sözleşmenin geçerli hale gelmeyeceğine karar verilmiştir.¹⁴⁶ Bu sebeple sözleşmenin geçerli hale gelmesi için %90 ve üzerinde oranda inşaatın tamamlanması gerekmektedir. Yargıtay, özellikle somut olayı inceleyerek hakkın kötüye kullanılması durumunun var olup olmadığını incelemektedir. Sözleşmenin taraflarının karşılıklı olarak edimlerini ifa etmesi, taraflardan birinin asli edimini tamamen ifa etmesi veya yüklenicinin inşaatı büyük oranda tamamlaması durumunda şekil yönünden geçersiz olan sözleşmenin geçerli hale geleceğini kabul edilmektedir. Buna karşın, tarafların edimlerini henüz ifa etmemelerine ancak ifa edecekleri yönünde karşı tarafta bir güven oluşturmaları durumunda, şekil noksanlığını ileri sürmeleri, çelişki davranma (venire contra factum proprium) teşkil edeceğinden TMK m.2 gereğince sözleşme geçerli hale gelecektir.¹⁴⁷

¹⁴³ SÜTÇÜ, s. 195.

¹⁴⁴ SÜTÇÜ, s. 195.

¹⁴⁵ Yarg. 15. HD. 13.4.2009, 2008/6271 E. 2009/2151 K. “*tapuda pay devrini içeren sözleşmelerin geçerliliği ise BK'nın 213, TMK'nın 706, NK'nın 60 ve TK'nın 26. maddeleri uyarınca resmî şekilde yani noterde düzenleme biçiminde yapılmasına bağlıdır. Dava konusu olayda yetkisiz kişi tarafından imzalandığı ve geçersiz olduğu ileri sürülen sözleşme adı yazılı şekilde imzalanmış olduğundan mahkemece de kabul edildiği gibi kural olarak tarafları bağlamaz ise de, bu sözleşmeye dayanılarak 1998 yılında başlayan inşaat dava tarihine kadar 9 yıl süreyle ihtilâfsız bir şekilde sürdürülmüş ve %90 seviyelerine kadar getirildiği savunulmuştur. Bunun dışında yanlar arasında teati olan yazışmalarda sözleşmeye bağlı kalınmış, davacı arsa sahibine verilmesi gereken bağımsız bölümler belirlenmiş, özellikle 22.02.2003 tarihli genel kurulda olduğu gibi, 24.11.1998 tarihli sözleşme uyarınca işin yürütüldüğü ve bundan sonra da bu sözleşmeye bağlı kalınacağına dair kararlar alınmıştır. Bu kadar uzun süre geçtikten ve sözleşme genel kurulca benimsendikten sonra akdin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olup TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.*”

¹⁴⁶ Yarg. 15. HD. 10.5.1999, 1999/680 E. 1999/1837 K. “*Noterde, re'sen yapılmamış kat karşılığı eser sözleşmeleri geçersizdir. Bu husus, kamu düzeniyle ilgili olup, mahkemece, kendiliğinden gözönünde bulundurulur. Ancak, yüklenici inşaatı tamamlamışsa, başka bir anlatımla, ifa var ise, sözleşmeye geçerlilik tanınır. Ayrıca, yükleniciye düşen arsa payı, yüklenici veya onun gösterdiği kişi adına tapuda geçirilmişse, artık yasanın aradığı şekil şartı gerçekleşmiş sayılır ve sözleşme hükümlerine itibar edilir. Somut olayda, inşaatın %67 oranında yapılması, inşaatın tamamlandığını, yani ifanın varlığını göstermez. Bu orana göre, sözleşmeye geçerlilik tanınmaz.*”

¹⁴⁷ Yarg. HGK. 8.3.2017, 2017/13629 E. 2017/436 K. “*Taraflar arasında 1983 tarihli adi yazılı protokolün imzalandığı, bu protokolle davalı Kooperatifin kendi taşınmazının bir bölümü üzerinde lojman inşa ederek davacıya teslim ve müstakil tapusunu devredeceğinin, karşılığında davacı tarafca davalı Kooperatifin istifade etmesi için santral binası yapılacağı, sanayi bölgesine telefon hattı çekileceğinin, kooperatif üyelerine indirim sağlanacağına taahhüt edildiği, davacının bu protokolde yükümlendiği edimlerinin tümünü ifa ettiği,*

Yüklenicinin bağımsız bölümleri adi yazılı şekilde üçüncü kişilere satması durumunda, alacağın temlik hükümlerine göre, üçüncü kişi; yüklenicinin kişisel haklarını arsa payı sahibine karşı ileri sürebilecek ve sözleşmenin geçersizliğini ileri sürüp arsanın mülkiyetini tapuda yükleniciye devretmeyen arsa sahibine karşı doğrudan talepte bulunabilecektir.¹⁴⁸

davalının ise davacıya teslim edilen binaların bulunduğu arazinin mülkiyetini devretmeyip, dava dışı Nilüfer Belediyesi adına takas suretiyle tescilini sağladığı çekişmesizdir.

Uyuşmazlığa konu istem taşınmaz satış sözleşmesine dayanmamaktadır. İstem, taraflar arasındaki inkâr edilmemiş ve neredeyse tüm hükümleri karşılıklı olarak ifa edilmekle dosya kapsamından anlaşılabilir oluşturma göre geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği hem mahkeme hem de Özel Dairenin kabulünde olan protokolde kendi edimlerini tümüyle ifa eden tarafın, karşı tarafın edimini ifa etmemesi sebebiyle protokolden beklediği faydayı elde edememesi sebebine dayalı olarak âkidinin sözleşmeye aykırılığından doğan zararın tazminine ilişkindir.” (SÜTÇÜ, s. 205.) ;Yarg. 15. HD. 5.4.1990, 1989/4035 E. 1990/1602 K. “Taraflar arasındaki 5.5.1980 tarihli sözleşmede davalıya ait üç dairede mevcut eksiklerin giderilmesi karşılığında 12 nolu dairenin davacıya verileceği kararlaştırılmıştır. Mahkemece mahallinde yapılan keşfe ilişkin 30.1.1987 tarihli bilirkişi raporunda sözleşme kapsamına giren eksiklerin tamamen giderildiği tesbit edilmiştir. Esasen sözü edilen dairelerin 1.10.1983 tarihinden geçerli olmak üzere 3.4.1986 tarihinde oturma izninin alındığı dosyada mevcut belgelerden anlaşılmaktadır. Her ne kadar sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin ferâğı öngörülmüş olduğu halde sözleşme adiyen düzenlenmiş ise de; davalı bu sözleşmenin tarafı olarak ifa olunacağı hususunda ve işin tamamlanmasına kadar karşı tarafa tam bir güven vermiş ve davacı da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş olduğuna göre bu aşamada artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağından yasanın koruması altında değildir.” (ERMAN, s. 29).

¹⁴⁸ Yarg. 14. HD. 13.9.1988, 1988/3849 E. 1988/5572 K. “Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici, kişisel hak kazanır. Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir, veyahutta Borçlar Yasasının 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almadan söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Üçüncü kişi, gerek akidi olan yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı temellük ettiği kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir. Kendisine satılan bağımsız bölüm veya bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir. Bu bakımdan davacı vekili de, yüklenici Cemal'den satın aldığından bahisle Kadıköy () Mahallesi'nde kain ve tapunun 148 pafta 837 ada 24 parsel sayısında kayıtlı taşınmazda mevcut apartmanın 5. kat 12 nolu dairesini müvekkili adına tescilini istemiştir. Kadıköy İkinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 19.7.1984 gün ve 1981/192 esas, 1984/638 karar sayılı ilamı ile her ne kadar daha önce düzenlenen eser sözleşmesi iptal edilmiş ise de; 23.3.1985 günü haricen düzenlenen istisna akdi ile tarafların açıkları davalardan feragat edecekleri, yüklenici Cemal inşaatı tamamlayacağı arsa sahipleri Fahir ve Rasim'de 12 nolu daire dahil olmak üzere 8 adet daireye yükleniciye vermeyi kabul etmişlerdir. Bu arada 26.4.1985 günlü taşınmaz satış sözleşmesinin [d]eğiştirilmesine ilişkin 25.4.1986 günlü sözleşme ile yüklenici Cemal tapu sicilinin 148 pafta 837 ada 24 parsel sayısında kayıtlı taşınmazda inşa ettiği binanın 5. kat 12 nolu dairesini davacı Yusuf İzzet'e satmış ve satış bedeli 7,5 milyon lirayı tahsil etmiştir. Her ne kadar 10.9.1985 günlü fesihname ile 23.3.1985 günlü istisna akdinin feshedildiği savunulmuş ise de; yüklenici Cemal'in Kadıköy İkinci Noterliği aracılığıyla keşide ettiği 7.7.1986 gün ve 47861 sayılı ihtarında, inşaatın % 95'ini tamamladığından ötürü 8 adet dairenin adına tescilini arsa sahipleri Fahir ve Rasim'den istemesi, Kadıköy Üçüncü Noterliği'nin 12.11.1986 gün 58949 sayılı zabtında Cemal'in sözkonusu yerde inşaat yüklenicisi olarak saptanması; adı geçen yüklenicinin inşaat ruhsatı alması, harç yatırması ve bu işlemlerin tarihinin fesihnamenin düzenlenmesinden sonra ait olması, fesihnamenin gerçek dışı ve muvazaaya müstenit olduğu hususundaki iddiaları doğrulamaktadır. Davacı, yüklenicinin edimini yerine getirdiğini ispat ettiğinde, yukarıda açıklanan kural uyarınca onun kişisel hakkını temellük eden kişi ve halefi olarak 12 nolu dairenin mülkiyetinin adına nakledilmesini isteyebilir. Bu durumda, yüklenicinin şahsi hak kazanması ve adına tescil isteme olanağına sahip olması nedeniyle 12 nolu dairenin arsa sahibi Fahir adına kayıtlı olması davayı olumsuz yönde etkilemez. Ayrıca Fahir'in bu yeri Nazmi'ye satış vaadinde bulunması, yüklenicinin halefi olan İzzet'in hakkını engellemez ve henüz madahillik sıfatını iktisap etmemiş olan Nazminin hakkı da davacının hakkına tekaddüm etmez.” Yarg. 14. HD. 4.11.1982, 1982/3728 E. 1982/6195 K. “Arsa sahipleri geçerli bir sözleşme ile inşa edilecek binanın belirli bağımsız bölümlerin müteahhide ait olacağını

Uygulamada nadir olarak görülmesine rağmen, arsa sahipleri inşaat başlamadan önce arsa paylarını yükleniciye devredebilmektedir. Bu durumda TMK m.1009 gereğince tapuya şerh verilebilecek olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapuya şerh verilmediği takdirde ve yüklenici tarafından taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişiye devri durumunda üçüncü kişinin iyi niyeti TMK m.1023 gereğince korunacaktır. Bu sebeple arsa payı sahibi, sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürüp tapu iptal ve tescil davası açamayacaktır.¹⁴⁹

Özetle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, resmi şekilde yapılmadığı durumlarda geçersiz olmaktadır. Ancak karşılıklı olarak edimlerin ifa edilmesi durumunda, inşaatın çok büyük bir kısmının - %90 ve üstü - tamamlanması halinde, arsa paylarının yüklenici lehine inşaatın bitirilmesinden önce devredilmesi durumunda, tarafların karşılıklı olarak kısmen de olsa edimlerini yerine getirmesi veya edimlerini yerine getireceğine dair karşı tarafa güven vermesi ya da şekil eksikliğini bilen tarafın bu durumu menfaati değişince ileri sürmesi gibi durumlarda hakkın kötüye kullanımı hukuk düzenince korunmayacağından, şeklen geçersiz olan sözleşme tarafları bağlayacaktır.

VIII) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Bazı Sözleşmelerden Farkı

A) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Eser Sözleşmesinden Farkı

TBK m.470 uyarınca “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” Eser sözleşmesi, kanun tarafından tanımlanmış, hüküm ve sonuçları belirtilmiş isimli bir sözleşme iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi isimsiz bir karma sözleşmedir.

Eser sözleşmesinin üç unsuru bulunmaktadır; yüklenici tarafından bir eser meydana getirilmesi, iş sahibinin bir bedel ödemesi veya ödemeyi taahhüt etmesi ve tarafların esaslı unsurlarda anlaşmış olması.¹⁵⁰ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarının, arsa

kabul etmeleri ve müteahhidin de bu dairelerden bir veya birkaçını üçüncü kişiye satış vaadinde bulunması halinde üçüncü kişi, gerek müteahhide, gerekse arsa sahiplerine husumet yöneltmek suretiyle kendisine satış vaat olunan dairelerin tescilini isteyebilir.”

¹⁴⁹ SÜTÇÜ, s. 166.

¹⁵⁰ Yarg. HGK, 11.4.2019, 2017/15 – 2334 E. 2019/443 K. “Bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi için sözleşme yapmaya ehil (ehliyet) olanlar arasında, öneri ve kabulün gerçekleşmesi, yani tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları (tarafların anlaşması), sözleşme içeriği ve amacının kanunda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmamış yani yasaklanmamış (meşru içerik) ve sözleşmenin kanunda öngörülen biçimi varsa buna uyularak (şekil) yapılması, sözleşmenin genel unsurlarıdır.

Sözleşmeye ilişkin bu temel unsurlar yanında her sözleşme türünün kendine özgü unsurları bulunmaktadır. Eser sözleşmesinin de kendine özgü olan iki temel unsuru vardır. Bunlar eser ve bedeldir. Bu sözleşme ile bir taraf (yüklenici) istenen özellikte sonucu (eser) meydana getirmeyi, diğer taraf (iş sahibi) ise bu çalışma karşılığında ivaz ödemeyi (bedel) üstlenmektedir.” ; AYDEMİR, s. 26 – 32; KÖKSAL,

sahibinin arsa payının yükleniciye devri, yüklenicinin inşaatı bitirip bağımsız bölümleri arsa sahibine devri ve tarafların anlaşması olduğu daha önce belirtilmişti. Bu bağlamda eser sözleşmesinin ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurları arasında benzerlik bulunsa da, esasında farklı nitelikler taşımaktadırlar. Öncelikle eser sözleşmesinde, iş sahibinin asli edimi bedel yani para iken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin borcu arsa paylarının devri yani aynı bir borçtur.¹⁵¹ Eser sözleşmesinde, bedelin açık bir şekilde belirtilmediği durumlarda sözleşme geçerliliğini koruyacak ve kanunda bulunan yedek hükümler çerçevesince ücretin ne zaman ödeneceği ve bedelin nasıl belirleneceği tespit edilebilecektir.¹⁵² Ancak arsa sahibinin devredeceği arsa payları kural olarak belirli olmalıdır. Sözleşme resmi şekilde yapılmak zorunda olduğundan sözleşmede bu unsurun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Şeklen geçersiz sözleşmenin hakkın kötüye kullanılması yasağı sebebiyle geçerli hale geldiği haller bu durumun istisnasıdır.

Yüklenicinin borcu açısından da eser sözleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi benzer görünmesine karşın farklılıklar mevcuttur. Eser sözleşmesinde yüklenicini asli edimi, bir eser meydana getirmektir. Eser, insan emeği sonucu meydana gelen ve ekonomik bir değeri veya manevi bir değeri olan şeydir.¹⁵³ Manevi değeri olan şeylerin eser sözleşmesine konu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. TANDOĞAN'a göre, cisimleşmemiş ve maddi olmayan fikir eserleri, sanat gösterisi gibi şeylerin eser sözleşmesi kapsamında değil; vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.¹⁵⁴ Ancak ERZURUMLUOĞLU'na göre eser, yüklenicinin emeğiyle oluşan, bağımsız ve bütün olan maddi veya gayri maddi her şey olabilir.¹⁵⁵ Yüklenicinin meydana getireceği eser, taşınmaz olması durumunda "inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır.¹⁵⁶ İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin bir türü olup, iş sahibinin ödediği veya taahhüt ettiği bedel karşılığında yüklenicinin bir taşınmaz meydana getirme borcu altına girdiği sözleşmelerdir.¹⁵⁷ Yüklenicinin taahhüt ettiği edimin konusu, eser

Tunay/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, Müjde: FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2019, s.70; USTA, s. 41.

¹⁵¹ USTA, s. 42 – 43.

¹⁵² ERZURUMLUOĞLU, s. 159.

¹⁵³ AYDEMİR, s. 28 – 31.

¹⁵⁴ TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt:2, İstanbul, 2010, s. 322.

¹⁵⁵ ERZURUMLUOĞLU, s. 159; Aynı görüşteki başka bir yazarlar için bkz. ERGÜN, s. 214; SELİMOĞLU, Yaşar Engin: Eser Sözleşmesi, Ankara, 2017, s. 19.

¹⁵⁶ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 72.

¹⁵⁷ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 71.

sözleşmelerinde taşınırlar, taşınmazlar ve hatta gayri maddi şeyler olabilirken; inşaat sözleşmelerinde ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sadece taşınmaz olmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri resmi şekilde – noterde düzenleme biçiminde veya tapu memuru önünde – yapılmalıdır. Kanunda tanımlanan eser sözleşmesinin şekline ilişkin ise TBK’da herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Şekil serbestisi ilkesi gereğince eser sözleşmesi, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, şekle tabi değildir.¹⁵⁸

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi mi yoksa sürekli edimli bir borç ilişkisi mi doğurduğu tartışmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Yargıtay, sürekli – ani karma edimli borç ilişkisi görüşünü kabul etmektedir. Aynı tartışma eser sözleşmesi için de yapılmaktadır.¹⁵⁹ Yargıtay, eser sözleşmesini, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farklı olarak, ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak değerlendirmektedir.¹⁶⁰

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve eser sözleşmesi her iki tarafa tam borç yükleyen rızai sözleşmelerdir.

B) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinden Farkı

TBK m. 270/1 ‘e göre “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” Kanundan da anlaşılacağı üzere, satış sözleşmesinde satıcı, satılan şeyin zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu altına girerken; alıcı, belli bir miktar para ödeme borcu altına girmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise, tamamladığı inşaattaki bağımsız bölümlerin devri yüklenicinin asli borcu iken, arsa payının yükleniciye devri, arsa sahibinin asli borcudur. Satıcı ile arsa sahibinin asli edimleri benzerlik taşısa da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bedel unsuru bulunmamaktadır.¹⁶¹ Ayrıca, satış sözleşmesinde,

¹⁵⁸ Yarg. 15. HD. 1.7.2019, 2018/3260 E. 2019/3051 K. “*Davacı dava dilekçesinde davalı ile aralarında akdî ilişki bulunduğunu iddia etmiş ise de, davalı akdî ilişkiyi inkâr etmiş davacı buna ilişkin yazılı bir belge sunamamıştır. Kurulduğu iddia edilen temel hukuksal ilişki TBK’nın 470. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesidir. Kural olarak, eser sözleşmesi, zorunlu şekil koşuluna bağlı değildir.*” , ERZURUMLUOĞLU, s. 159 – 160; KURŞAT, s. 20.

¹⁵⁹ Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. KURŞAT, s. 52 – 59.

¹⁶⁰ Yarg. HGK, 11.4.2019, 2017/15 – 2334 E. 2019/443 K. “*Eser sözleşmesinde tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturmakta olduğundan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Ayrıca niteliği itibarıyla sürekli bir sözleşme olmayıp ani edimli bir sözleşmedir.*” Aynı yöndeki diğer kararlar, Yarg. HGK, 14.2.2019, 2017/15 – 424 E. 2019/143 K. , Yarg. HGK. 14.2.2019, 2017/15 – 491 E. 2019/144 K. , Yarg. 17. HD. 21.1.2019, 2016/8326 E. 2019/431 K. , Yarg. 23. HD. 12.4.2018, 2017/795 E. 2018/2763 K.

¹⁶¹ SÜTÇÜ, s. 45.

satıcının emeğiyle meydana getirdiği ürünün satışı söz konusu değildir; böyle bir durumda sözleşme eser sözleşmesi niteliğini haizdir.¹⁶² Satış sözleşmesinde satıcı, sadece malın teslimini borçlanırken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, inşa ettiği eserin teslimini borçlanmaktadır. Satış sözleşmesi kanunda tanımlanmamışsa da hüküm ve sonuçları kanunda açıkça sayılmış olduğundan tipik bir sözleşme iken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi isimsiz bir sözleşmedir.

Taşınır satış sözleşmesi, kural olarak şekle bağlı değil iken¹⁶³, taşınmaz satışı TBK m.237 ve TMK m. 706 gereğince kural olarak tapu memuru önünde resmi şekilde yapılmak zorundadır.¹⁶⁴

Satış sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir, ancak artarda teslim içeren sözleşmelerde sürekli edimli bir borç ilişkisi doğabilir; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise edimin ani mi sürekli mi olduğu tartışmalıdır.¹⁶⁵

TBK m. 207/2 uyarınca “Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler.” Satış sözleşmesinde, birlikte ifa kuralı varken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflar aksini kararlaştırmamışsa öncelikle yüklenici inşaatı tamamlamalıdır.¹⁶⁶

¹⁶² Yarg. HGK. 22.11.2017, 2017/15 – 2694 E. 2017/1425 K. “Satım sözleşmesi ise mülga Kanun’un 182. maddesinin birinci fıkrasında; “Satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyetini ona nakletmek borcunu tahammül eder” şeklinde ifade edilmiş; Türk Borçlar Kanununun 207. maddesinin birinci fıkrasında da “...satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Meydana getirme (imal) unsuru eser sözleşmesi ile satım sözleşmesi arasındaki en önemli farktır. Satım sözleşmesinde satıcı, sözleşmenin yapıldığı sırada bir malın mülkiyetini devretmeyi üstlenirken, eser sözleşmesinde ise yüklenici iş sahibinin istemi üzerine kural olarak bir şey meydana getirmeyi ve bedel karşılığında teslim etmeyi üstlenmektedir.

Nitekim, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.04.1978 gün ve E:3, K:4 Sayılı içtihadının gerekçesinde, sözleşmede emek unsurunun değil de nesne teslimi üstün ise eser sözleşmesi değil, satım sözleşmesinin söz konusu olacağı belirtilmek suretiyle ayırt edici unsurun meydana getirme olgusu olduğu vurgulanmıştır.” ; USTA, s. 47.

¹⁶³ Taşınır satışının şekle bağlı olduğu durumlar için bkz. NÖMER/ENGİN, s. 65 – 66.

¹⁶⁴ Tapu sicilinde kaydı bulunmayan taşınmazların satışı zilyetliğin devri yoluyla gerçekleşeceğinden herhangi bir şekle tabi değildir. Yarg. 20. HD. 24.6.2019, 2019/2573 E. 2019/4356 K. “... (T)apuda kayıtlı olmayan taşınmazlar, taşınır mal niteliğindedir ve zilyetlikten ibaret olan hakkın devri suretiyle yapılan elden bağışlama sözleşmeleri hiçbir biçim koşuluna bağlı değildir. Bu nedenle de gizlenerek yapılan bağışlama niteliğindeki tasarruf geçerlidir. Mirasbırakan tarafından tapusuz taşınmazların zilyetliğinin devri suretiyle gerçekleştirirken geçerli işlemlere karşı 01.04.1974 tarih ve 1/2 Sayılı İçtihatı Birleştirme Kararının uygulama yeri yoktur.”

¹⁶⁵ NÖMER/ENGİN, s. 51.

¹⁶⁶ SÜTÇÜ, s. 45.

C) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesinden Farkı

TBK m. 502'ye göre, “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” Vekil, vekâlet verenin çıkarına uygun bir şekilde bağımsız olarak ve sonuçtan sorumlu olmayacak şekilde iş görmeyi taahhüt eder. TBK m. 502/3 gereğince, tarafların kararlaştırması durumunda veya teamül gereği vekile ücret ödenebilir. Vekile ücret ödenmesi gereken durumlarda mevcut sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini haiz iken; ücret ödenmediği durumlarda eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Ancak bu durumda, vekâlet veren, masrafları karşılamak zorundadır.¹⁶⁷ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir.

Vekâlet sözleşmesi, kural olarak herhangi bir şekle bağlı değilken,¹⁶⁸ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, resmi şekle tabidir.

Vekâlet sözleşmesinde vekil, edimini özenle ve dikkatle yerine getirdikten sonra meydana gelen sonuçtan sorumlu değildir;¹⁶⁹ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise, yüklenici inşaatın tamamlanıp bağımsız bölümlerin devri sonucuna yönelik ifasını gerçekleştirmekle yükümlüdür ve sonuçtan sorumlu olmaktadır.¹⁷⁰

D) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Farkı

TBK m. 393'e göre, “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” Hizmet sözleşmesinin unsurlarından bağımlılık unsuru 6098 sayılı TBK ile getirilmiştir.¹⁷¹ Bağımlılık unsuru gereğince, hizmet sözleşmesinde iş

¹⁶⁷ FELLMANN, Walter: Berner Kommentar Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394- 406, Bern 1992, OR Art. 394, N. 193.

¹⁶⁸ ERZURUMLUOĞLU, s. 182; YAVUZ, Nihat: Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara, 2018, s. 1341.

¹⁶⁹ Yarg. 13. HD. 2.5.2019, 2016/14935 E. 2019/5649 K. “*Vekil, [vekâlet] görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur.*” ; ERGÜN, s. 238 – 239.

¹⁷⁰ SÜTÇÜ, s. 63.

¹⁷¹ Yarg. 9. HD. 22.5.2019, 2017/11994 E. 2019/11767 K. “*4857 Sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir” tanımlaması yapılmıştır.*

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393/1. maddesinde de, “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle [iş görmeyi] ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımı yapılmıştır.

Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik

sahibi, işçinin çalışma şartlarını kendi belirlerken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici bağımsız şekilde çalışma şartlarını kendisi belirlemektedir.¹⁷² Hizmet sözleşmesinde işverenin asli edimi bedel – paradır, ancak bazen paranın yanında aynı yardımlar da yapılabilmektedir; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise bedel unsuru bulunmamaktadır.

Hizmet sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş olan tipik bir sözleşme iken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, isimsiz bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu tartışmalıdır, ancak hizmet sözleşmesi süreklilik arz eden borç ilişkisi doğurmaktadır.¹⁷³ TBK m. 394/3 uyarınca “*Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.*” Kanun koyucu, işçiyi korumak amacıyla, geçersiz sözleşmenin geçersizliği ileri sürülene kadar hüküm ve sonuçlarını sürdüreceğini belirtmiştir. Bu sebeple hizmet sözleşmelerine, sözleşmeden dönme hükümleri değil; sözleşmenin feshi hükümleri uygulanmaktadır.¹⁷⁴

Hizmet sözleşmesi, TBK m.394 uyarınca kural olarak şekle tabi değildir,¹⁷⁵ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise kural olarak resmi şekilde yapılmadığı takdirde geçerli olmayacaktır.

iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır.” ; YAVUZ, s. 1079.

¹⁷² BAHADIR, Engin: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması, *Fiscaoeconomia*, Cilt: III Sayı: 1, 2019, s. 194. (dergipark.org.tr, E.T: 29.10.2019); USTA, s. 45 – 46.

¹⁷³ Yarg. HGK. 26.3.2019, 2015/10 – 822 E. 2019/351 K. “...*(H)izmet sözleşmesi bir yanda işçinin iş görme borcunu, öte yanda işverenin ücret ödeme borcunu ihtiva eden; taraflardan her birinin öteki tarafın edimine karşı borç yüklendiği iki taraflı bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Bu borç ilişkisi aynı zamanda sürekli niteliğe sahiptir. Zira iş sözleşmesinde işin yapılması ve bunun karşılığında ücret ödenmesi, süreklilik arz eden bir zaman dilimi içinde gerçekleşmektedir. Burada zaman diliminin belirli ya da belirsiz olmasının önemi yoktur. Bu nedenle işçi ve işveren, kısa süre bile olsa sürekli bir sözleşme ile bağlı olmakta; işçinin ve işverenin edimleri devamlılık göstermektedir.*” ; USTA, s. 45.

¹⁷⁴ YAVUZ, s.1079; Aynı sayfada yazar tarafından maddenin gerekçesine de yer verilmiştir. “Maddenin gerekçesine göre; işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda fıkra da belirttiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden bu hükümden yararlanmayacaktır. Öte yandan hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına işçiye karşı sorumlu olacaktır.” Aynen nakleden YAVUZ, s. 1079.

¹⁷⁵ 4857 sayılı İş Kanunu m.8/2 gereğince, bir yıl ve daha fazla süreli olan iş sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmalıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

§ 2. TARAFLARIN BORÇLARI

I) ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

A) Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarını Yükleniciye Devretme Borcu

1) Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin asli edimi, arsa paylarının devrinin yükleniciye veya yüklenicinin göstereceği üçüncü kişilere devridir.¹⁷⁶ Arsa paylarının ne zaman devredileceği konusunda ise öncelikle sözleşmeye bakılması gerekmektedir. Sözleşmede arsa sahibi ile yüklenici, arsa paylarının ne zaman devredileceğini belirlemişse, sözleşme hükmü uygulanacaktır.¹⁷⁷ Belirlenen zaman net bir tarih olabileceği gibi, inşaat seviyesinin tamamlanma oranına göre de belirtilebilir.¹⁷⁸ Ayrıca, sözleşmede anahtar teslim durumunda arsa paylarının devredileceğinin kararlaştırılması durumunda, inşaat fiilen tamamlanmış da olsa, gerekli izinlerin alınmaması durumunda, arsa sahibinin, arsa payını devir borcu muaccel hale gelmeyecektir.¹⁷⁹

¹⁷⁶ KARTAL, (Kat Karşılığı), s. 109.

¹⁷⁷ ERMAN, s. 52.

¹⁷⁸ Yarg. 15. HD. 29.5.1989, 1988/3481 E. 1989/2549 K. “...(T)araflar arasındaki 8.9.11986 tarihli sözleşmede davacının yapacağı inşaat karşılık kendisine 55/100 arsa payının verileceği öngörülmüş ise de daha sonra taraflar arasında yapılan 11.9.1987 tarihli protokolün 2/a maddesine inşaatın 5. normal katında tavan betonunun tamamen dökülmesinden sonra tahsis edilen dairelerden dördünün, (b) bendinde ise inşaatın dış sıvalarının tamamen bitirilmesi, astar sıvalarının tamamlanması, kapı ve pencere doğramalarının takılmasından sonra gereği kalan 7 daireden 2 sinin ipotekten ari olarak davacıya verileceği belirtilmiştir. Böylece sözleşmede kararlaştırılan arsa payının tesciline ilişkin hüküm tarafların iradeleri ile değiştirilmiş olduğundan uygulanma olanağı kalmamış bulunmaktadır. Bilirkişi aracılığı ile yapılan inceleme inşaatın % 67 sinin tamamlandığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen taraflar arasındaki sözleşmenin taraflarca aynen ifası talep edilmiş olup feshi yolunda herhangi bir girişim yapılmamıştır. Öte yandan tarafların Kadıköy 8. Noterliğinde düzenledikleri 22.9.1987 tarih ve 56930 sayılı liste ile irtifak haklarını belirlemiş, hangi bağımsız bölümlerin kime isabet edeceği ayrı ayrı gösterilmiştir. O halde mahkemece tüm bu kanıtlar [göz önünde] tutularak inşaatın bulunduğu aşamaya göre davacı yükleniciye protokolde belirtildiği üzere hangi bağımsız bölümlerin verilmesi gerektiği saptanmalı ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir.” (ERMAN, s. 52, dn. 69)

¹⁷⁹ Yarg. 15. HD. 9.7.2019, 2019/1960 E. 2019/3281 K. “Diğer taraftan sözleşmede davacıya ait villanın anahtar teslimi bitirilmesi kabul edildiği halde iskan izninin alındığı da kanıtlanmamıştır. Bu nedenle mahkemece konusunda uzman bilirkişiden alınacak rapor ile emsal dosyalardaki kesinleşen olgular da dikkate alınarak sözleşmeye uygun olarak teslimi gereken tarihin saptanıp bu tarihten dava tarihine kadar isteyebileceği cezai şart miktarı ile dava tarihindeki TL karşılığı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınarak ve tenkis yapılmaksızın sonucuna uygun olarak hüküm altına alınacak alacağa 6762 Sayılı TTK 12/3 maddesine göre her çeşit inşaat ve imalat işleri ticari iş olduğundan 3095 Sayılı yasanın 2. md ne göre alacağa avansa faizi uygulanmak suretiyle tahsil kararı verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hatalı hukuki

Sözleşmede belirli ya da belirlenebilir bir tarih belirlenmediği durumlarda, ERMAN'a göre TBK hükümleri devreye girer. TBK m. 479/2'ye göre "Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur." Bu hüküm gereği yüklenici edimini ifa etmeden arsa sahibinden edimini ifa etmesini talep edemez.¹⁸⁰ Arsa sahibinin, devir borcunun ne zaman doğacağını belirlemek için sözleşme ilk kaynak olarak görülmelidir. Sözleşmeye göre, sözleşme yapıldıktan sonra ancak inşaat başlanmadan, yüklenicinin ediminin ifasından sonra veya inşaatın belli bir aşamaya gelmesi durumunda arsa sahibinin devir borcu doğabilir.¹⁸¹

Taraflar arasında kurulan sözleşme ile arsa paylarının, yüklenicinin ediminin ifasından sonra devredilmesinin kararlaştırılması durumunda, yüklenici alacağın temlik yoluyla üçüncü kişilere bağımsız bölümleri satabilmektedir. Bu durumda üçüncü kişiler, alacağın temlik hükümleri doğrultusunda, arsa sahibinden mülkiyetin devrini tapu iptal ve tescil davası ile talep edebilirler.¹⁸² Yüklenici edimini ifa etmeden önce, arsa paylarının mülkiyeti yükleniciye devredilmişse ve yüklenici bu payları üçüncü kişilere satmışsa, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda, üçüncü kişiler "tapu siciline güven ilkesi" gereği, malik olurlar, meğerki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, inşaatın tamamlanmadığını ya da sözleşmedeki koşulların sağlanmadığını biliyor ya da bilmesi gerekiyor olsun.¹⁸³

2) Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarını Yükleniciye Devretme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi

a) Genel Olarak

Arsa sahibinin, sözleşmeden doğan borcunu muaccel olmasına rağmen ifa etmemesi durumunda, yüklenici, arsa sahibini ifaya zorlayabileceği gibi, tazminat davası açabilir ya da sözleşmeden dönebilir.¹⁸⁴ Borcun muaccel hale gelmesine ve borcun ifasının mümkün

yorum ile davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir."; Yarg. 15. HD. 1.7.2019, 2018/3907 E. 2019/3063 K. ; SÜTÇÜ, s. 392.

¹⁸⁰ ERMAN, s. 54; USTA, s. 75.

¹⁸¹ DEMİR, s. 47 – 48.

¹⁸² KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 502.

¹⁸³ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 502 – 503; Tapu kaydına güvenerek işlem yapan üçüncü kişilerin hukuki durumu ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesi için ayrıca bkz. ARAT, Ayşe/ AKÇAAL, Mehmet: 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, SÜHFD, C: XXVI, S:2, 2018, ss. 367 – 396.

¹⁸⁴ EREN, (Borçlar Genel), s. 1154.

olmasına rağmen, borçlunun borcunu hala ifa etmemesi durumunda borçlunun temerrüdü durumu ortaya çıkacaktır.¹⁸⁵ Arsa sahibi de, sözleşme veya kanun gereği arsa paylarını yükleniciye devretmesi bekleniyorken devretmemesi durumunda temerrüde düşecek ve temerrüt hükümleri çerçevesince ifaya zorlanabilecektir.

b) Arsa Sahibinin Temerrüdü

Arsa sahibi, arsa paylarını yükleniciye devretmemesi durumunda TBK m. 117/1 “*Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” hükmü gereği temerrüde düşer. Arsa sahibinin mütemerrit durumda olması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle arsa sahibinin borcunun *ifası mümkün olmalıdır.*¹⁸⁶ Arsa sahibinin borcu müaccel ise yani vadesi henüz gelmemişse talep edilemeyeceğinden, arsa sahibi, mütemerrit olmaz, temerrüde düşmesi için *muaccel bir borç olmalıdır.*¹⁸⁷ TBK m.117 gereğince borçlunun temerrüde düşmesi için *alacaklının borçluya ihtar göndermesi gerekmektedir.* Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “*Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.*” demek suretiyle bazı durumlarda ihtara gerek olmadığı belirtilmiştir.

İhtar, tek taraflı, varması gerekli, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır.¹⁸⁸ Bu nedenle hukuki işlemlere uygulanan kurallar ihtar halinde kıyasen uygulanabilecektir.¹⁸⁹ İhtar, alacaklı ya da temsilcisi tarafından, alacağın açıkça belirtilmesi ve borca uygun düşmesi koşuluyla yazılı veya sözlü, açık ya da örtülü şekilde yapılabilir.¹⁹⁰ İhtarda edimin ifası için süre verilmesine gerek yoktur, herhangi bir süre verilmese de alacaklı yükümlülüğünü yerine getirmiş olur.

TBK m.117/2 gereği, vadenin belirli olması durumunda ihtara gerek yoktur. Belirli vade, edimin ifasının ne zaman gerçekleştirileceğinin taraflarca belirlendiği ve bilindiği

¹⁸⁵ EREN, (Borçlar Genel), s. 1222.

¹⁸⁶ EREN, (Borçlar Genel), s. 1225.

¹⁸⁷ AYDOS, Oğuz Sadık: Borçlar Hukuku, Ankara, 2019, s. 138; EREN, (Borçlar Genel), s. 1225.

¹⁸⁸ BROX, Hans / WALKER, Wolf – Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 2019, s. 243; ŞEN, Mustafa Serhat/ ŞEN, Mustafa Kamil: Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı, Ankara, 2017, s. 4.

¹⁸⁹ EREN, (Borçlar Genel), s. 1226.

¹⁹⁰ EREN, (Borçlar Genel), s. 1227 – 1228; KILIÇOĞLU, (Borçlar Genel), s. 679.

durumlarda söz konusu olur.¹⁹¹ Belirli vadenin bulunduğu sözleşmelerde, borçlu edimini vade gününde yerine getirmese ihtara gerek kalmaksızın, kendiliğinden temerrüde düşecektir. Aynı zamanda, borçlu henüz vade gelmemesine rağmen, ifayı vadede gerçekleştiremeyeceğini alacaklıya bildirirse, ihtara gerek kalmayacaktır.¹⁹²

Borçlunun temerrüde düşmesi için *alacaklının temerrüde düşmemesi* yani ifayı kabul etmeye hazır olması gerekmektedir.¹⁹³ Alacaklı ve borçlu aynı anda mütemerrit olamaz. Aynı zamanda borçlunun ödemezlik def'i ileri sürme hakkı varsa yani ifadan kaçınma hakkı bulunuyorsa temerrüt durumu oluşmaz.¹⁹⁴ Borçlu temerrüdü için *borçlunun ifadan kaçınma hakkının bulunmaması gereklidir*. Borçlunun temerrüde düşmesi için son şart ise, *ifanın gerçekleşmemesinin borca aykırı olması* gerekmesidir, yani alacaklının talebinin olmadığı durumlarda borçlunun muaccel bir borcu ifa etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁹⁵ EREN'e göre, TBK m.117/2'de belirtilen belirli vadeli durumlarda ihtara gerek kalmamasının sebebi, alacaklı vadeyi belirten ihtar yapmakta olduğundan tekrar ihtara gerek olmamasıdır.¹⁹⁶ Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurunun bulunması şart değildir.¹⁹⁷

Arsa sahibinin, temerrüde düşmesi için, arsa paylarının yükleniciye devrinin mümkün olması gerekmektedir. Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği, devir borcunun muaccel olması, yüklenicinin de bu devrin gerçekleşmesi için hazır olması gerekmektedir. Ancak yüklenici, sözleşme gereği inşaatı tamamlayıp teslim etmezse arsa sahibi ödemezlik def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir. Arsa sahibinin temerrüde düşmesi için, alacaklının temerrüde düşmemesi ve arsa sahibinin de ifadan kaçınma hakkının bulunmaması gerekir. Arsa sahibinin, devri gerçekleştirmemesi borca aykırılık teşkil ediyorsa, yüklenici arsa sahibini ihtar ile temerrüde düşürmelidir. Ancak sözleşme gereği arsa sahibinin edimini ifası için vade belirli ise ihtara gerek kalmayacaktır.

Borçlu, temerrüde düşmesi halinde, ifayı zamanında gerçekleştirmediği için alacaklıya gecikme tazminatı, temerrüt faizi ve varsa alacaklının munzam zararını ödemektedir, ancak karşılıklı sözleşmelerde, alacaklı; öncelikle borçluya kural olarak ek süre vermesi halinde, seçimlik haklarından yararlanabilir.¹⁹⁸

¹⁹¹ EREN, (Borçlar Genel), s. 1228.

¹⁹² EREN, (Borçlar Genel), s. 1230.

¹⁹³ EREN, (Borçlar Genel), s. 1230.

¹⁹⁴ EREN, (Borçlar Genel), s. 1231.

¹⁹⁵ EREN, (Borçlar Genel), s. 1231.

¹⁹⁶ EREN, (Borçlar Genel), s. 1231.

¹⁹⁷ AYDOS, s.139.

¹⁹⁸ ŞEN / ŞEN, s. 65 – 66.

TBK m.123 “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.*” hükmünde uygun süre verilmesi kural olarak belirtilmiştir. Bu kuralın istisnaları TBK m.124’de yer alan “*Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:*

1. *Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa,*

2. *Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa,*

3. *Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa.*” hükmünde sayılmıştır.

TBK m.124’de sayılan hallerin bulunmadığı durumlarda, karşılıklı sözleşme niteliğinde olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, borçlu arsa sahibinin, temerrüde düşmesi için yüklenicinin ayrıca ifaya uygun ek bir süre vermesi gereklidir.¹⁹⁹ Süre verilmesi varması gerekli, hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır ve yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir.²⁰⁰

c) Tescile Zorlama Davası²⁰¹

aa) Genel Olarak

Arsa sahibinin temerrüde düşmesi halinde, ifanın yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, yüklenici arsa sahibine karşı tescile zorlama davası açabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin asli edimi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını içerir. Arsa sahibinin arsa paylarını devretmekten kaçınması halinde TMK m.716 hükmü “*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.*” gereğince yüklenici tescile zorlama davası açabilecektir.²⁰²

Tescile zorlama davası sadece yüklenici tarafından açılacak bir dava değildir. Arsa sahibinin edimi olan arsa paylarını devir taahhüdü bir alacak olduğundan, bu alacak,

¹⁹⁹ EREN, (Borçlar Genel), s. 1245.

²⁰⁰ EREN, (Borçlar Genel), s. 1246 – 1247.

²⁰¹ Tescile zorlama davası doktrinde ve uygulamada ferağa icbar veya tapu iptal ve tescil davası olarak da bilinmektedir.

²⁰² TOKAT, Hüseyin: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilmesi Çeşitli İhtimaller, *SÜHFD*, C: XXIV, S:1, 2016, s. 198. (dergipark.org.tr, E.T: 10.10.2019).

alacağın temlik yoluyla üçüncü kişilere devredilebilir.²⁰³ Alacaklı olan üçüncü kişiler de, arsa sahibinin temerrüde düşmesi halinde, tescile zorlama davası açabilecektir.²⁰⁴

bb) Tescile Zorlama Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tescile zorlama davasında görevli mahkeme kural olarak HMK m.4 gereğince genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesidir.²⁰⁵ Arsa payı sahibi ile yüklenicinin tacir olması durumunda ise, TTK m.5 gereğince görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla görevlidir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, kişisel bir alacak hakkı içeren sözleşme olmasına rağmen, taşınmaz satış sözleşmesinden kaynaklanan tescile zorlama davası, mülkiyeti devir amacı da taşıdığı için aynı nitelik taşır.²⁰⁶ Bu sebeple HMK m.12 gereği taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili mahkemedir.²⁰⁷

cc) Tescile Zorlama Davasının Sonuçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını içermesi durumunda, tescile zorlama davasının niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, satış sözleşmesi ile satış vaadi sözleşmesine dayanarak TMK m.716 gereğince mülkiyetin nakline karar verilemez.²⁰⁸ TMK m.716 gereğince açılacak davanın satış sözleşmesine dayanmasını

²⁰³ AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II: Mülkiyet, Ankara, 2016, (Mülkiyet), s. 174.

²⁰⁴ TOKAT, s. 203 vd; Yarg. 14. HD. 27.10.2004, 2004/5252 E. 2004/7424 K. “*Davalılar arasında 9.3.2000 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi vardır. Bu sözleşme ile yüklenici olan davalı A.... İmar AŞ. diğer davalı arsa malikine ait arsa üzerinde inşaat yapım işini yüklenmiş, iddia ve savunma ile dosya kapsamına göre de, arsa malikine karşı olan edimlerini yerine getirmiştir. Arsa sahibinin yükleniciye pay devri, sözleşmenin karşı edimidir. Akdi icra eden yüklenici pay devrini doğrudan arsa sahibinden isteyebileceği gibi, bu hakkını yazılı olmak koşulu ile üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkı yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Somut olayda, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin ana hatları bunlardan ibarettir.*”

²⁰⁵ AYAN, (Mülkiyet), s. 176; “Tatil amaçlı” veya “konut amaçlı” satış vaadi durumunda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun gereğince davanın tüketici mahkemesinde açılması gerekmektedir. Ancak, yüklenicinin, işi sebebiyle bu işi yaptığı ve üçüncü kişiler de yükleniciye halef oldukları için açacakları davalar tüketici mahkemesinin görevinde değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALBAYRAK, Hakan: Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev Ve Yetkiye İlişkin Sorunlar, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C: V, S:10, 2017, ss. 43 – 95.

²⁰⁶ Yarg. HGK. 13.6.1984, 1984/14 – 374 E. 1984/706 K. “...[T]aşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla kişisel hak doğuran bir sözleşmedir. Böyle bir sözleşme ile alıcı, aynı değil, (kural olarak) sadece (borçlu) satıcıya karşı ileri sürebileceği şahsi bir hak elde eder. Hal böyle olunca, bir satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan ve bir aynı hakka dayanmadığı kuşkusuz bulunan (Örneğin; geri alma ve tazminat davaları gibi) davalar, Usulün yukarıda anılan 9 ve 10. maddeleri gereğince belirlenecek yetkili mahkemede açılıp, görülebilir. Ancak, bu davada olduğu gibi, satış vaadi sözleşmesine dayanılmakla beraber, taşınmazın mülkiyetinin devri istenilmiş, bir başka deyişle, dava, taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkının el değiştirmesi amacıyla yönelik bulunmuş, ise, taşınmazın aynına ilişkin bir dava olarak kabul edilmesi ve Usulün 13. maddesi hükmünce, onun bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekir.”

²⁰⁷ AYAN, (Mülkiyet), s. 176.

²⁰⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 396.

belirten bu görüşe göre, satış vaadine dayanarak mülkiyetin nakli sağlanamaz ve TBK m.112 gereğince tazminat sorumluluğu doğar.²⁰⁹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi satış vaadinin unsurlarını içerebileceği gibi, satış sözleşmesinin unsurlarını da içerebilir. Aynı görüşe göre, bu durumda mülkiyetin naklinin sağlanması için TMK m.716 gereğince tescile zorlama davası açılır ve mahkeme kararı tescil niteliğinde olur.²¹⁰

Başka bir görüşe göre ise, taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan davada mahkemenin kararı satış sözleşmesi niteliğindedir ve yüklenicinin mülkiyeti devralabilmesi için arsa sahibinin tescil talebi gereklidir, tescil talebinin olmadığı durumlarda TMK m.716 gereğince açılan davada verilen karar, tescil talebi niteliğinde olacaktır.²¹¹ Bunların yanı sıra doktrinde, verilen karar ile hem satış sözleşmesi yapılmış olup hem de tescile karar verilmiştir, yani ayrıca tekrar bir dava açılmasına gerek yoktur şeklinde bir görüş de mevcuttur.²¹² Usul ekonomisi açısından bu görüşün yerinde olacağını söylemek mümkündür.

dd) Tescile Zorlama Davasında Zamanaşımı

Tescile zorlama davası, TBK m.146 gereğince, sözleşmeden doğan bir alacak davası olması sebebiyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren 10 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar.²¹³

B) Arsa Sahibinin Diğer Borçları

Arsa sahibinin, yüklenicinin asli edimi olan inşaatı tamamlama borcunun ifasının zamana yayılması sebebiyle, ayrıca başka borçları da bulunmaktadır. Arsa sahibi de, TMK m.2 gereğince, haklarını kullanırken veya borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Dürüstlük kuralı sebebiyle, arsa sahibinin arsa payının devri dışında başka borçları da mevcuttur.

Öncelikle, arsa sahibinin, yüklenicinin inşaatı başlaması için arsayı teslim borcu bulunmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin amacı, yüklenicinin arsa üzerinde inşaatı tamamlayıp, arsa sahibine belirli payları devretmesidir. Yüklenicinin arsa üzerinde inşaat yapabilmesi için arsa sahibinin arsayı yükleniciye inşaat yapılabilecek şekilde teslim

²⁰⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 396.

²¹⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR, s. 394.

²¹¹ AYAN, (Mülkiyet), s. 179.

²¹² ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara, 2008, s. 195.

²¹³ AYAN, (Mülkiyet), s. 176; TOKAT, s. 182.

etmesi gereklidir.²¹⁴ Arsa üzerindeki binada, kiracı bulunması durumunda yüklenici, kiracının tahliye edilmesini arsa sahibinden talep edebilir, arsa sahibinin tahliyeyi gerçekleştirmemesi durumunda, arsa sahibi temerrüde düşer.²¹⁵

Arsanın üzerinde binanın bulunduğu ve bu binanın yıkılması gerektiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Yüklenicinin yeni bir bina meydana getirebilmesi için eski binanın yıkımı kural olarak yüklenicinin borcudur.²¹⁶ Özellikle, binanın yıkılması için yükleniciye vekâlet verilmesi durumunda, binanın yıkılmasından ve inşaatın başlamasından yüklenici sorumlu olacaktır.²¹⁷ Ancak arsa sahibinin yükleniciye vekâlet vermediği veya somut olaya göre yıkımın yükleniciye yüklenemeyeceği durumlarda eski binanın yıkılması arsa sahibinin borcudur.

Arsa sahibi, arsayı arsa üzerinde inşaatla başlanması için fiilen ve hukuken hiçbir engel olmadan ve sözleşmeye uygun şekilde teslim etmelidir.²¹⁸ Arsa sahibi, inşaat yapılacak arsanın yükleniciye teslimini belgelendirmek amacıyla yer teslimi belgesi verebilir. Yer

²¹⁴ **ERMAN**, s. 55; Yarg. 15. HD. 22.4.2008, 2007/3118 E. 2008/2682 K. “Yanlar arasında Sincan Birinci Noterliği’nce düzenlenen 07.07.2003 gün 17505 yevmiye nolu Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat ve Satış Vaadi Sözleşmesi’nin 3. sayfasında, yüklenicinin sözleşmenin yapılmasını müteakip derhal inşaat hazırlıklarına başlayacağı, plan ve projelerini hazırlatıp tasdik ettirdikten sonra inşaatın temel ruhsatını en geç 30 Nisan 2004 tarihine kadar almak şartı ile inşaat ruhsat tarihinden itibaren 20 ay içerisinde tamamen bitireceği kararlaştırılmıştır. İnşaat başlanabilmesi için öncelikle inşaat yapılması kararlaştırılan arsanın, arsa sahibince inşaatla elverişli ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gerekir. Esasen sözleşmenin 3. sayfasında bu husus arsa ile ilgili olarak her türlü pürüzler kaldırıldıktan sonra yüklenici şirkete teslim edileceği şeklinde kabul edilmiştir.

Somut olayda inşaat yapılması kararlaştırılan davalıya ait arsa üzerinde davalıya ait gecekondulu bulunduğu ve sözleşme tarihinde tapu kaydında ipotek şerhi olduğu anlaşılmaktadır. Yüklenici 04.12.2003 tarihli ihtarla ipoteğin kaldırılmasını talep etmiş, 09.12.2003 günü ipotek terkin edilmiş, yüklenici 26.03.2004 tarihinde plan ve projeleri belediyeye tasdik ettirdikten sonra 30.04.2004 tarihli ihtarla inşaatla başlayabilmek için arsa üzerindeki gecekondunun yıkılmasını talep etmiş, gecekondulu yıkılmadığı gibi 04.05.2004 tarihinde arsa sahibi, yüklenici ve temsilcisini vekaletten azletmiştir. Belediye yazısından da, elektrik ve su abonelikleri iptal edilmeden gecekondunun yıkım ruhsatının ve gecekondulu yıkılmadan da inşaat yapım ruhsatının verilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davalı yüklenici plan ve projeleri tasdik ettirmesi ne ve noterden keşide ettiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektrik ve su aboneliklerini iptal ettirip gecekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek davacı arsa sahibi arsayı inşaatla elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK’nın 90. maddesi uyarınca temerrüde düştüğü ve bu suretle ruhsat alınıp inşaatla başlanamamasında arsa sahibi kusurlu olduğundan birleşen fesih davasının reddi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”

²¹⁵ **SÜTÇÜ**, s. 342.

²¹⁶ **SÜTÇÜ**, s. 342.

²¹⁷ Yarg. 14. HD. 12.7.2011, 2011/8922 E. 2011/9168 K. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uyarınca yüklenicinin inşaatla başlayabilmesi için arsanın imar durumunun bu işe uygun olması, imar durumu uygun olan arsanın her türlü ayıptan ari olarak arsa sahibi tarafından yükleniciye teslim edilmesi gerekir. Taşınmaz üzerinde bina ve bu binada kiracı varsa kuşkusuz binanın yıkımından evvel kiracının da tahliyesi gerekmektedir. Bunlar giderilmeden yükleniciye inşaatla elverişli bir arsa teslim edildiğinden söz edilemez. Nitekim 17.10.2003 tarihli sözleşmede taraflar üzerinde bina yapılacak arsada bir gecekondulu bulunduğunu, bu gecekondunun yıkılarak yükleniciye arsanın teslim edileceğini bilmektedir. Aksine sözleşme yoksa veya bu iş için yükleniciye arsa sahipleri tarafından vekâlet verilmemişse gecekondunun yıkımındaki görev arsa sahibine düşer.”

²¹⁸ **KILIÇOĞLU**, (Borçlar Özel), s. 501.

teslimi belgesi, yüklenicinin inşaatla başlaması için herhangi bir engelinin bulunmadığına karine teşkil eder, ancak bu karine aksi ispat edilebilir bir karinedir.²¹⁹ Örneğin; taşınmazın, üzerinde imar mevzuatına uygun inşaat yapılamayacak durumda olması sebebiyle inşaatla başlanamaması durumunda, yer teslimi belgesinin önemi kalmayacaktır.

Arsanın ayıplı bir şekilde teslimi de borçlunun temerrüdüne yol açabilmektedir.²²⁰ Ancak yüklenici arsa sahibini temerrüde düşürmek için ihtar göndermeden ayıplı arsa üzerinde inşaatla başlarsa, yüklenicinin arsa üzerindeki ayıpları bildirmemesi ve bu ayıpların giderilmesi için uğraşamaması sebebiyle yükleniciye kusur atfedilebileceğinden dolayı arsa sahibi, sözleşmeden dönebilecektir.²²¹

²¹⁹ **ERMAN**, s. 57 – 58.

²²⁰ Yarg. HGK. 24.2.2016, 2014/23 – 724 E. 2016/168 K. “Yüklenicinin belirtilen borçlarına karşılık bu tür sözleşmelerde, iş sahibi de arsa üzerinde meydana getirilen esere karşılık, “arsa payı devri” suretiyle bir bedel ödemeyi asli edim olarak borçlanmaktadır. Bu sözleşmelerde iş sahibinin ödeyeceği ücret (bedel), arsa sahibi tarafından ayın olarak ödenmektedir. Bu tür sözleşmelerin genellikle yıllara yayılması nedeniyle, sözleşmedeki amaca ulaşılması, ifa süresindeki tek bu ücret ediminin yerine getirilmesi ile mümkün bulunmaz. Bu sebeple iş sahibi tarafından bazı yan borçların da yerine getirilmesi gerekir. Bunlar; Üzerinde hukuki ve fiili bir engel bulunmadan arsanın inşaatla elverişli ve ayıpsız olarak teslimi, arsanın imar durumunun ve inşaat ruhsatının alınması, plan ve projelerin yetkili merci olan belediyede onaylatılması, yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölüm tapularının finans temini için satışı, kat irtifakı kurulması, iskan ruhsatı alımı gibi iş ve işlemler için gerektiğinde yükleniciye vekaletname verilmesi, sözleşmede belirlenen arsa payının devri gibi yükümlülüklerdir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinde kural olarak, taraflardan birinin önceden ifada bulunma yükümlülüğü mevcut değilse, kendi edimini ifa etmeyen borçlu, karşı taraftan edimini ifa etmesini talep edemeyecektir (Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu; Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa göre Hazırlanmış; Genişletilmiş 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.581). Bu husus BK'nun 81. maddesinde "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lazımdır" amir hükmü ile düzenlenmiş, aynı husus TBK'nun 97. maddesinde de hükme bağlanmıştır. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmeleri de, her iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinden olduğundan, ifa sırası yani ilk önce taraflardan hangisinin edimini ifayla yükümlü olacağı sorusu önem taşımaktadır. Bu neviden sözleşmelerde öncelikle bina yapma yükümlülüğü altına giren yüklenici taraf, sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirmeli, daha sonra da arsa malikinden edimini yerine getirmesini talep etmelidir. Bir başka deyişle ise, öncelikle sözleşmeye uygun eser yapılmalı, daha sonra arsa malikinin edimini yerine getirmesi talep edilmelidir. Arsa maliki, arsa payı devri edimini değişik şekillerde ifa edebilir. Bu edimi ya kararlaştırılan arsa paylarının devrinin inşaat bitirilince yükleniciye devredilmesi, ya da sözleşmede inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli tapu devri şeklinde yerine getirebilir. Bu ikinci halde yani kademeli tapu devrinde, yüklenici her aşamada devri kararlaştırılan tapuları arsa sahibinden istemeye hak kazanır. Tam burada konuyu aydınlatması bakımından borçlunun temerrüdünden de söz edilmesi faydalı olacaktır.”

²²¹ Yarg. 15. HD. 10.3.2004, 2003/4215 E. 2004/1305 K. “Mahkemeye davacı tarafça evlerin boşaltılıp arsaların davalıya teslim edilmediği, dolayısıyla sürenin henüz başlamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Yapılan keşif sonrası kadastro teknisyeninin düzenlediği rapor ve krokiden dava konusu üç parsel üzerindeki evlerin yerinde durduğu belirlenmiştir. Davalı yüklenici arsaların sözleşmenin 23.maddesi uyarınca teslimi konusunda davacı tarafa ihtar göndermemiş, tevhit için herhangi bir işlem yapmamış, inşaat ruhsatı olmadan proje tasdik ettirmeden 4 parsel üzerinde kaçak inşaatla başlamış, 6 parselde de [hafriyat] yapmıştır. Davalının parsellerin tevhit işlemlerini yaptırmıştır. Davalının parsellerin tevhit işlemlerini yaptırmamasına ve inşaat ruhsatı almasına engel bir durum olmadığı halde, davalı bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş, kaçak inşaatla başlamıştır. Ruhsatsız inşaat yapılması sözleşmenin feshini gerektirecek bir durumdur. Bu şekilde davacılar davalıya olan güven duygularını kaybettiklerinden sözleşmeyi feshetmeleri doğaldır. Ancak MK. Nun 692.maddesi dikkate alındığında feshe ilişkin davanın sözleşmede imzası bulunan bütün arsa sahiplerince açılması zorunludur.” (SÜTÇÜ, s. 347 – 348.)

Arsanın teslimi, sözleşme anında bulunan objektif imkânsızlık sebebiyle gerçekleşmiyorsa TBK m.27 gereğince sözleşme kesin hükümsüzdür. İmkânsızlığı bilen tarafın sözleşme öncesi sorumluluğu yani culpa in conthrendo sorumluluğu bulunmaktadır.²²² Ancak objektif imkânsızlık, sözleşme kurulduktan sonra meydana geldiyse TBK m.136/2 hükmü uygulanır.

Arsa sahibi, inşaatın başlaması için gerekli izinleri almalı ve yapılması gereken işlemleri yapmalıdır, aksine bir anlaşma yoksa yüklenicinin inşaatı başlaması için her türlü izni ve belgeyi arsa sahibinin alması gereklidir.²²³ Ancak arsa sahibi her işi bizzat kendisi yapmak istemezse, yükleniciye vekâlet verebilir.

Arsa sahibinin diğer bir borcu da, yükleniciye vekâlet verme borcudur. Yüklenicinin inşaatı başlaması için alması gereken ruhsat ve izinleri alması için arsa sahibinin yükleniciye vekâlet vermesi gerekmektedir.²²⁴ Vekâletin verilmemesi durumunda, inşaat süresinde tamamlanamazsa, yüklenicinin temerrüdü söz konusu olmayacaktır. Bu durumda yüklenici, arsa sahibini temerrüde düşürerek TBK m.125 gereğince seçimlik haklarından birini talep edebilecektir.²²⁵ ERMAN'a göre ise, vekâlet verilmemesi durumunda, sözleşmenin süresi başlamamıştır ve yüklenici TBK m.113/1 gereğince mahkemeden vekâlet gerektiren işlemlerin yapılması için yetki isteyebilecektir.²²⁶

²²² **KIRKBEŞOĞLU**, s. 23.

²²³ **ERMAN**, s. 56.

²²⁴ Arsa payı sahibinin yükümlülükleri genel olarak Yargıtay kararlarında sayılmıştır. Yükleniciye vekâlet verme borcu da bu borçlar arasında sayılmaktadır. Yarg. HGK. 23.5.2018, 2017/23 – 1611 E. 2018/1128 K. *"Yüklenicinin belirtilen borçlarına karşılık bu tür sözleşmelerde, iş sahibi de arsa üzerinde meydana getirilen esere karşılık, "arsa payı devri" suretiyle bir bedel ödemeyi asli edim olarak borçlanmaktadır. Bu sözleşmelerde iş sahibinin ödeyeceği ücret (bedel), arsa sahibi tarafından ayın olarak ödenmektedir. Bu tür sözleşmelerin genellikle yıllara yayılması nedeniyle, sözleşmedeki amaca ulaşılması, ifa süresindeki tek bu ücret ediminin yerine getirilmesi ile mümkün bulunmaz. Bu sebeple iş sahibi tarafından bazı yan borçların da yerine getirilmesi gerekir. Bunlar; üzerinde hukuki ve fiili bir engel bulunmadan arsanın inşaatı elverişli ve ayıpsız olarak teslimi, arsanın imar durumunun ve inşaat ruhsatının alınması, plân ve projelerin yetkili merci olan belediyede onaylatılması, yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölüm tapularının finans temini için satışı, kat irtifakı kurulması, iskân ruhsatı alımı gibi iş ve işlemler için gerektiğinde yükleniciye vekâletname verilmesi, sözleşmede belirlenen arsa payının devri gibi yükümlülüklerdir."*

²²⁵ **SÜTÇÜ**, s. 354.

²²⁶ **ERMAN**, s. 58 – 59; Yarg. 15. HD. 20.4.2000, 1999/5012 E. 2000/1923 K. *"Yüklenicinin sözleşme uyarınca kendisine isabet eden bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebilmesi için, imar mevzuatına ve sözleşmeye uygun şekilde binayı tamamlaması gerekmektedir.*

Somut olayda, projeye aykırılık nedeniyle iskân ruhsatının alınmadığı ve bu nedenle önceki tescil davasının reddedildiği uyuşmazlık konusu değildir. Önceki davanın reddinden sonra inşaatın yasal durumunda bir değişiklik olmadığı için, eldeki davada tescilin aynen kabulü olanaksızdır. Bu tür davalarda, inşaat, yasal hale getirildiğinde tapu payının davacı adına tescili mümkün olduğuna göre, mahkemenin, yasal anlamda kesin hüküm gerekçesi yerinde değildir.

Davacı yüklenici, önceki davadan sonra çektiği 1.7.1998 tarihli ihtarnamesi ile inşaatı yasal hale getirmek için, inşaat yerinin teslimini istemişse de, bu istek davalı tarafından reddedilmiş ve böylece davalı taraf temerrüde düşürülmüştür.

II) YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

A) Yüklenicinin Özen ve Sadakat Borcu

Yüklenicinin özen ve sadakat borcu eser sözleşmesinin ihtiva eden hükümlerde açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 471 uyarınca “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.” Çifte tipli karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin tabii olacağı hükümler muhtevasına uygun düştükçe eser sözleşmesi hükümleridir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yüklenicinin özen ve sadakat borcunu düzenleyen hüküm bulunmamaktaydı. Ancak bu hüküm yürürlükte değilken de vekilin sadakat ve özen borcunu düzenleyen BK m. 390 hükmü kıyasen uygulanıyordu.²²⁷ Yargıtay da, özen ve sadakat borcunu düzenleyen hüküm bulunmamasına rağmen, “ahde vefa ilkesine” ve tarafların güven ilişkisine dayanarak yüklenicinin sadakat ve özen borcu olduğunu kabul etmektedir.²²⁸ Kararda ayrıca özen borcunun sadakat borcunun bir sonucu olduğu da kabul edilmiştir.

Sadakat borcu, yüklenicinin arsa sahibinin yararına hareket etmesi gerektiğini ve arsa sahibine zarar veren işlemlerden kaçınması gerektiğini ifade eder.²²⁹ Sözleşme ilişkisi sebebiyle yüklenicinin öğrendiği bilgiler ve belgeler, arsa sahibinin rızası olmadan

Bu durumda, mahkemece yapılması gereken iş; inşaatın gerek tadilat projesi ile ve gerek aykırılıklar giderilmek suretiyle tasdikli projesine uygun olarak, yasal hale getirilmesi ve bu konuda gerekli yıkım veya tadilatın yapılabilmesi için davacı yükleniciye icrada infazı kabil nitelikte izin ve yetki verilmesinden, verilecek bu yetkinin icra yardımı ile kullanılmasından ve inşaatın, iskânı alınmaya hazır hale getirilmesinden sonra davacı adına tescile karar verilmesinden ibarettir. Mahkemenin uyuşmazlığı sürüncemede bırakacak şekilde ret kararı vermesi açıklanan nedenle doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.(ERMAN, s. 59.)

²²⁷ ERMAN, s. 36 – 37.

²²⁸ Yarg. 15. HD. 25.1.1999, 1998/4289 E. 1999/115 K. “Sözleşmede yer verilmese dahi işin imar mevzuatına, fen ve teknik kurallara uygun yapılması zorunludur. Bu husus kamu düzeninden olup mahkemece de doğrudan gözetilecek hususlardandır. Somut olayda işin anılan kurallara uygun yapılmadığı, Mercince verilen durdurma kararı ve çeşitli aşamalarda alınan fenni bilirkişi görüşleriyle sabit ve mahkemenin de kabulündedir. Sözleşme hükümlerine uyulması ise hukuk[t]a temel ilke olan "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacıda var olan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur. Sadece bu nedenle dahi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı ortadadır. Dairemizin süregelen uygulaması da bu doğrultudadır. İşin devamı süresinde yapılan uyarılara kayıtsız kalan yüklenicinin kasıtlı bu tutumu karşısında, davacının sözleşmeden dönme hakkının varlığının duraksamaya yer olmaksızın kabulü gerekir.” (ERMAN, s. 36.)

²²⁹ KIRMIZI, Mustafa: Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2018, s. 655; SÜTÇÜ, s. 576; USTA, s. 56.

paylaşılamaz.²³⁰ Sır saklama yükümlülüğü de, yüklenicinin sadakat borcundan kaynaklanır. Yargıtay'ın da belirttiği gibi özen borcu, sadakat borcunun sonucunda meydana gelir. Sözleşmenin uzun süreli olması ve arsa sahibinin, sözleşme konusu işte uzman olmasından ötürü yükleniciye duyduğu güven sebebiyle ortaya çıkan borç, yüklenicinin sadakat ve özen borcudur.

Özen borcu, yüklenicinin eseri meydana getirirken dikkatli ve özenli davranması gerektiğini belirtir.²³¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda özen borcu açıkça düzenlenmediği için doktrinde BK m.356/1 gereğince değerlendirilmekteydi. İsviçre Kanunu'na atıf yapan doktrinde yazarlar, arsa payı inşaat sözleşmelerinde, işçinin hizmet sözleşmesi gereğince göstermesi gereken özeni, yüklenicinin göstermesi gerektiği görüşünü savunmaktaydı.²³² Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1991 tarihli kararında, hem ahde vefa ilkesine atıf yaparak hem de yüklenicinin işinde ehil bir kimse olması olgusundan yola çıkarak yüklenici tarafın, işçiden daha yüksek bir özen göstermesi gerektiğini belirtmiştir.²³³ ERMAN da, Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda, yüklenicinin arsa sahibine göre daha bilgili olması durumunu göz önünde bulunarak, yüklenicinin işçiden daha bağımsız olduğunu, bu sebeple yüklenicinin daha fazla özen göstermekle yükümlü olacağını belirtmiştir.²³⁴ ATAMULU 'ya göre, yüklenici kendi işini yapıyormuş gibi özen göstermeli ve inşaatı bu şekilde tamamlamalıdır.²³⁵ SÜTÇÜ ise, yüklenicinin yapmış olduğu inşaatın kendisinin de faydalanacağını bu yüzden yapılan işin zaten kendi işi de sayılacağını hatırlatmaktadır.²³⁶

²³⁰ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 451.

²³¹ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 451.

²³² ERMAN, s. 39.

²³³ Yarg. HGK. 30.10.1991, 1991/15 – 373 E. 1991/533 K. "...[E]ser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir (BK.356/1). Yüklenici, bir işi yüklenir iken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna ayırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder (Tandoğan Borçlar Hukuku. Özel Borç ilişkileri. Cilt II 1987 başı sayfa 56-58). Yine sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi. verilen sözün tutulması Pacta Sunt Servenda-Ahte Vefa ilkesinin ve ayrıca doğruluk ve dürüstlüğün gereğidir. Nitekim kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığını taşıyan B.K.nun 360. maddesinde yapılan şey..." veya mukavele şartlarına muhalif olursa" iş sahibinin o şeyi kabulden imtina edebileceği hükme bağlamıştır." , Aynı yöndeki başka bir karar, Yarg. HGK. 9.10.1991, 1991/15 – 340 E. 1991/467 K. "...[E]ser sözleşmelerinde yüklenicinin "özen borcu" üzerinde durulmalıdır: Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir (BK. m. 356/1). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder (Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C: II, 1987 Bası, Sh: 56, 58).

²³⁴ ERMAN, s. 39.

²³⁵ ATAMULU, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014, s. 58.

²³⁶ SÜTÇÜ, s. 576.

TBK m. 471/2 'de özen borcunda gerekli özenin nasıl belirleneceğine açıkça hükmedilmiştir. İşbu hükümle subjektif kriterler değil, objektif kriterler getirilmiş ve basiretli bir yüklenicinin mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınmıştır.²³⁷ Bu doğrultuda, yüklenici, işinin ehli sayılacağı için en ufak önlemleri bile almalı ve özenli bir şekilde edimini gerçekleştirmelidir.²³⁸ Yüklenici, sözleşmeye uygun şekilde davranmalı, arsa sahibinin kendisine duyduğu güveni boşa çıkarmamalıdır. Yargıtay, bir kararında inşaatı projeye aykırı bir şekilde tamamlayan yüklenicinin daha sonra tadilat ile bu aykırılıkları gidermeye çalışsa bile, özen ve sadakat borcuna aykırı davrandığı için kusurlu olduğuna hükmetmiştir.²³⁹

Yüklenicinin sadakat borcu sözleşme süresi ile sınırlı değildir. Özellikle sır saklama yükümlülüğü sözleşme ifa edildikten sonra da devam eder. Yüklenicinin özen borcu ise, bağımsız bölümlerin teslimi ile son bulur, bu bölümlerin tesliminden sonra ortaya çıkacak uyumsuzluklar, özen borcundan değil, ayıba karşı sorumluluktan kaynaklanır.²⁴⁰ Yüklenicinin özen ve sadakat borcu sözleşme hükümleri ile genişletilebileceği gibi daraltılabilir.

Yüklenici, bağımsız bölümleri teslim etmeden önce özen ve sadakat borcuna aykırı davranırsa TBK m.112, TBK m. 472 ve TBK m. 473 hükmü gereğince sorumlu olur.²⁴¹ Yüklenici, alt yüklenici ile birlikte çalışacaksa, alt yüklenicinin ve işçilerinin seçiminde özen borcuna uygun davranmak zorundadır, aksi takdirde TBK m.112 uyarınca sorumlu olacaktır.²⁴² İnşaat için kullanılan malzemelerin ayıplı olması, imar mevzuatına uyulmaması, iş güvenliği mevzuatına aykırı davranılması veya işin icrasının tehlikeye girmesi hallerinde, arsa sahibine durumun bildirilmemesi durumunda TBK m. 472 ve TBK m. 473 uyarınca yüne yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır.²⁴³

²³⁷ **KILIÇOĞLU**, (Borçlar Özel), s. 451.

²³⁸ **AYAR BİRKİN**, s. 81 – 82.

²³⁹ Yarg. 15. HD. 16.5.2019, 2018/3452 E. 2019/2343 K. “Eser sözleşmesinde yüklenici üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu, sadakat borcunun bir sonucudur. Sözleşmede yer verilmese dahi işin imar mevzuatına, fen ve teknik kurallarına uygun yapılması zorunludur. Somut olayda işin anılan kurallara uygun yapılmadığı, binaların projeye aykırı olduğu belediyece düzenlenen yapı tatil tutanağı ve yıkım kararıyla sabittir. Yüklenici, projeye aykırı iş yapmakla, sadakat ve özen borcunu ihlâl etmiş olup, bu nedenle de kusurludur. Yüklenici tarafından projeye aykırılıkların giderilmesi için tadilat projesi hazırlanıp, 20.11.2006 tarihinde belediyeye sunulmuş ise de, tadilat projesinin yapılması ve ruhsatın alınması gerekliliği yüklenicinin kusuru ile yapı ruhsatı ve projeye aykırı inşaat yapmasından kaynaklanmış olup bu nedenle tadilat ruhsatının alındığı tarihe kadar geçen sürenin, inşaatın teslimi gereken süreye ilave edilmesi mümkün değildir.”

²⁴⁰ **AYAR BİRKİN**, s. 82.

²⁴¹ **AYAR BİRKİN**, s. 82.

²⁴² **KIRMIZI**, s. 656.

²⁴³ **SÜTÇÜ**, s. 577 vd.

Arsa sahibinin borçları arasında sayılan vekâlet verme borcuna istinaden, arsa sahibinin yükleniciye vekâlet vermesi durumunda da, yüklenicinin arsa sahibi ile arasında vekâlet ilişkisinden dolayı TBK m.506 gereği özen ve sadakat borcu bulunacaktır.

Yüklenicinin bildirme yükümlülüğü de özen ve sadakat borcundan doğmaktadır. Arsanın inşaata elverişsiz olduğunun anlaşılması, sonradan öğrenilen sebepler dolayısıyla inşaatın zamanında tamamlanamayacağına anlaşılması durumlarında yüklenici, arsa sahibini derhal bilgilendirmelidir.²⁴⁴ Ancak yüklenicinin proje ve planı hazırlama aşamasında araziye kontrol etme yükümlülüğü de bulunduğu için, yüklenici bu durumu bildirirse dahi sorumluluktan kurtulamayabilir.²⁴⁵

B) Yüklenicinin Gerekli Araç - Gereci ve Malzemeyi Sağlama Borcu

Araç ve gereç, inşaatın tamamlanması için gerekli olan, alet edevat, elektronik alet, makine, taşıt gibi teknikleri ifade ederken²⁴⁶, malzeme ise inşaat için kullanılacak olan çimento, tuğla, demir gibi inşaat ve bağımsız bölümler için olmazsa olmaz kullanılacak maddi şeyleri ifade eder.²⁴⁷

TBK m.471/son gereğince, “*Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.*” Yüklenici sağlamış olduğu araç ve gereçlerin masrafını kendisi karşılamak zorunda olduğundan, arsa sahibinin söz konusu araçları sağlamadığı hususuna dayanarak kusuru olmadığı iddiasında bulunamaz.²⁴⁸ İsviçre Borçlar Kanunu m.364/3’e göre, eserin yapımı için zorunlu olan alet ve gereçler yüklenici tarafından temin edilmeli ve masrafı da yüklenici tarafından karşılanmalıdır.²⁴⁹ Türk Hukuku’nda da, TBK m.471 gereğince gerekli olan araç ve gereçler yüklenici tarafından temin edilmelidir. Ancak madde metninden de anlaşılacağı üzere, sözleşme ile arsa sahibi gerekli araç ve gereçleri temin etme borcu altına girebilir.

²⁴⁴ **ERMAN**, s. 38.

²⁴⁵ **ERMAN**, s. 38.

²⁴⁶ **EREN**, (Borçlar Özel), s. 624.

²⁴⁷ **EREN**, (Borçlar Özel), s. 624.

²⁴⁸ Yarg. 15. HD. 9.11.2017, 2016/4424 E. 2017/3873 K. “[...]6098 Sayılı TBK’nın 471/son maddesi uyarınca da, aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri de kendisi sağlamak zorundadır. Bu sebeplerle kepeç kiralama ücreti, kullanılan mazot ve kalıp bedeline ait toplam 90.508,50 TL alacak yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması uygun bulunmuştur.”

²⁴⁹ **KILIÇOĞLU**, (Borçlar Özel), s. 454.

TBK m. 471/son hükmüne göre, eserin meydana gelmesi için gerekli araç ve gereçlerin temini için genel hizmet sözleşmesinden farklı olarak yüklenici borç altına girmektedir.²⁵⁰ Arsa sahibi, inşaatın tamamlanması için gerekli olmayan araç ve gereçlerin teminini yükleniciden talep edemez.²⁵¹ Örneğin arsa sahibi, dört katlı küçük bir binanın yapımı için, daha büyük inşaatlarda kullanılan vincin temin edilmesini talep etmesi halinde, yüklenici, talebi yerine getirmemesinden dolayı sorumlu olmayacaktır.

TBK m. 472’de ise eserin meydana gelmesi için gerekli olan malzemelerin temini ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Maddede, malzemenin yüklenici veya iş sahibi tarafından temin edilmesi bakımından ayrı değerlendirmeler yapılmıştır.

TBK m. 472/1 uyarınca “*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*” Yüklenicinin malzeme seçimi de özen borcuna girmektedir.²⁵² Yüklenicinin kullanacağı malzemeler, inşaat işine uygun olmalı ve en azından orta kalite malzeme olmalıdır.²⁵³ TBK m.86’ya göre; “*Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha*

²⁵⁰ GÜMÜŞ, s. 166.

²⁵¹ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 454.

²⁵² USTA, s. 57.

²⁵³ ERMAN, s. 41; Yarg. 23. HD. 25.4.2013, 2013/1809 E. 2013/2672 K. “*Eser sözleşmelerinde yüklenicinin malzeme itibarıyla sorumluluğunu düzenleyen 818 sayılı BK'nın 357/1 maddesinde "Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir."* hükmüne; 01.07.2012 tarihinden sonra açılmış davalar bakımından uygulanması gereken 6098 sayılı TBK'nın 472/1. maddesinde de, “malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur” hükmüne yer verilmiştir. İyi cins malzemedan amaç, eserin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli olmasıdır. Malzeme kalitesi taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa 818 sayılı BK'nın 70. (6098 sayılı TBK 86) maddesi uyarınca, “Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz.” hükmü esas alınmalıdır. Anılan düzenlemelerin birlikte yorumlanmasından, cins borcunda edimin orta kalite ve sözleşme amacına uygun olması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Somut olayda, teslim tutanağında davacıya bırakılması kararlaştırılan 6 ve 11 no'lu bağımsız bölümlere "Ariston" marka kombinin takılacağı yazılı olup, modeli belirtilmemiştir. Bozma ilamında, 05.05.2010 tarihli faturada, kombilerin markasının "Baymak" olarak gösterildiği, oysa "Ariston" marka kombinin dava tarihindeki piyasa rayicinin bilirkişiden sorulup, bedeline hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bilindiği üzere, aynı markalara ait ürünlerin fiyatı modellerine göre değişebilmektedir. Bu durumda, verilmesi kararlaştırılan "Ariston" marka kombilerden hangi modelinin fiyatının esas alınacağı hususunda, yukarıda açıklanan hükümlerden de yararlanılarak, kombi model ve fiyatları konusunda uzman bir bilirkişiden gerekçeli, açıklamalı, anlaşılabilir ve denetime elverişli bir rapor alındıktan sonra kombinin takılacağı 11 ve 6 no'lu dairelerin alanı ve kombinin dairelerin takılması uygun olan yeri itibarıyla orta kalitede verim alınması beklenen nitelik, model ve kapasite gibi özellikleri de gözönünde bulundurularak, bilinçli bir tüketicinin bu özelliklere göre tercih ettiği, orta kalitede bir "Ariston" marka kombi modeli belirlenerek, dava tarihindeki piyasa rayici üzerinden hüküm kurulması gerekirken, uyuşmazlık konusunda özel veya teknik bilgisinin bulunduğu anlaşılamayan bir avukata HMK'nın 266. ve 268. madde hükümlerine aykırı olarak bilirkişilik görevi verilip, davalı tarafından sunulan 14.01.2011 tarihli faturada "Ariston" marka kombinin belirtilen niteliğinin yukarıda yapılan açıklamalara ve ilkelere uygun olup olmadığı denetlenemeyen ve mahalinde inceleme içermeyen raporuna itibarla sonuca ulaşılması doğru olmamıştır.” (SÜTÇÜ, s. 579.).

düşük olamaz.” Arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan anlaşma sonucu, edim parça borç olarak belirlenmişse, yüklenici özen borcu gereğince arsa sahibinin talebi doğrultusunda edimi ifa etmelidir. Ancak aksine bir anlaşma yoksa yüklenici TBK m.86 gereğince malzemeyi -orta kalitenin altında olmamak koşuluyla- kendisi seçebilir. Hükümden de anlaşılacağı üzere aksine anlaşma yoksa arsa sahibi, yükleniciden en kaliteli malzemeyi kullanmasının talep edemez.²⁵⁴

Yüklenici, kullandığı malzemelerin kalitesinin standardın altında olması durumunda arsa sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacaktır. Doktrindeki baskın görüşe göre, malzemenin kalitesiz olması durumunda inşaatta ayıp bulunması halinde TBK m. 219 vd. gereğince satıcının ayıba karşı sorumluluk hükümleri uygulanacaktır.²⁵⁵ TBK m. 229/3 gereğince yüklenici, kusuru olmasa bile ayıptan sorumlu olacaktır.²⁵⁶ Ancak ERMAN, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini, satış sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluğun tüm hükümlerinin burada uygulanamayacağını belirtmektedir.²⁵⁷

Malzemeyi iş sahibinin temin etmesi durumu ise ikinci fıkrada ve TBK m.473’te düzenlenmiştir. TBK m. 472/2 uyarınca, *“Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.”* Malzeme iş sahibi tarafından temin edilmişse ve malzemeler orta kalitenin altında ya da ayıplıysa yüklenici sorumlu olmayacaktır ancak madde,

²⁵⁴ SÜTÇÜ, s. 579.

²⁵⁵ ERMAN, s. 42; KILIÇOĞLU (Borçlar Özel), s. 455; SÜTÇÜ, s. 580; Yarg. 15. HD. 29.3.2004, 2003/5231 E. 2004/1725 K. *“...[U]yuşmazlık eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Yanlar arasındaki 4.9.1988 günlü sözleşme, davacı arsa sahibinin tapu devri sebebiyle geçerli hale gelmiştir. Bu tür ilişkilerde yüklenicinin temel borcu inşaatı fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirerek, arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin ana borcu da kararlaştırılan arsa payını bedel olarak yükleniciye devretmektir. Ani edimli eser sözleşmelerinde ifa inşaatın teslimi ile yerine getirilir. Fakat yüklenicinin eseri teslim etmesinden sonra teslim borcu yerini yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu alır. Bütün bu anlatılanların yasadaki dayanağı ise, BK.356 ve 360.maddeleridir. Şayet eser teslim edildikten sonra yüklenicinin kötü işçilik veya malzeme kullanımından kaynaklanan ve onun sorumluluğunu gerektiren somut olayda inşaatın yıkılmış olması- bir durum ortaya çıkarsa yüklenicinin bundan da ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle sorumludur. Bütün bu nedenlerle eserin reddi gerekip gerekmediğini, yeterli biçimde incelenmesi gerekir. Gerçekten yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı fen ve sanat kurallarına uygun düşmeyen bir imalat ise arsa sahibi sözleşmenin feshini isteyerek BK.108.maddesine dayanıp verdiklerini geri isteyebilir. Burada davacı arsa sahibinin verdiği peşin olarak devri yapılan arsa payı tapusudur.”*

²⁵⁶ SÜTÇÜ, s. 580; Tunçomağ ise, yüklenicinin kusurlu olması durumunda ayıptan sorumlu olacağını savunmaktadır. ERMAN, s. 42.

²⁵⁷ ERMAN, özellikle satış sözleşmesinde önemsiz ayıplara karşı da sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilceğini ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise dönme hakkının istisnai olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıca 5 yıllık zamanaşımı süresinin, satım sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluk hükümlerindeki zamanaşımı sürelerinin 1 yıllık (ticari işlerde 6 aylık) gibi kısa sürelere göre daha avantajlı olması sebebiyle bu görüşe katılmamaktadır. ERMAN ‘a göre, TBK m.472 ‘de yapılan göndermenin sadece yüklenicinin malzemedeki ayıpları dolayısıyla arsa sahibinin uğradığı zararları tazmin etme açısından sınırlı olması gerektiğini düşünmektedir. ERMAN, s. 43.

yükleniciye birden fazla başka borç yüklemektedir.²⁵⁸ Yüklenici, iş sahibi tarafından temin edilen malzemeleri, özen borcu kapsamında kullanılmalıdır. Bu kapsamda yüklenici, temin edilen malzemenin telef olmaması için gerekli her türlü önlemi almalı ve sözleşmeye uygun bir şekilde kullanılmalıdır.²⁵⁹ Yüklenici, ayrıca malzemelerin kullanımı ile ilgili arsa sahibini bilgilendirmeli ve inşaatın tamamlanmasından sonra artan malzemeleri arsa sahibine iade etmelidir.²⁶⁰

TBK m. 473'e göre; *"Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur."* Bu madde ile yükleniciye bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Yüklenici, işinin ehlidir, bu sebeple malzemeleri temin alırken malzemeyi ve inşaaata başlamadan önce araziye kontrol etme yükümlülüğü vardır. Yüklenici, arsa sahibinin verdiği bilgilerle yetinmeyip, araştırma yapmalı ve araziye incelemelidir. Aynı şekilde, arsa sahibi tarafından temin edilen malzemeleri yüklenicinin muayene etmesi ve varsa kalitesiz malzemeyi arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir. Arsa sahibinin kalitesiz malın kullanımında ısrar etmesi durumunda malzemenin kullanması halinde yüklenici sorumluluktan kurtulmaktadır.²⁶¹ Ancak yüklenici, arsa sahibi tarafından temin edilen malzemeyi gerektiği gibi saklayamazsa, bozulmasına veya kaybolmasına sebep olursa, TBK m. 112 gereğince kendisi sorumlu olacaktır.²⁶² TBK m. 112'ye göre *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* Maddeden de anlaşılacağı üzere, yüklenici özen borcuna uygun davrandığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilecektir.

Bildirim yükümlülüğü, özen borcundan kaynaklanmakta olup, sadece malzemeler açısından değil; araç ve gereçler için de geçerlidir.²⁶³ İnşaat yapımında kullanılan araç ve gereçler, arsa sahibi tarafından temin edilmişse ve ayıplı ise, bu durum derhal arsa sahibine bildirilmelidir.

²⁵⁸ KILIÇOĞLU (Borçlar Özel), s. 455.

²⁵⁹ KILIÇOĞLU (Borçlar Özel), s. 455.

²⁶⁰ ERMAN, s. 37; OĞUZ, s. 57 – 58.

²⁶¹ ERMAN, s. 37 – 38.

²⁶² ERMAN, s. 38.

²⁶³ KILIÇOĞLU (Borçlar Özel), s. 456.

Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen yüklenici bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle doğacak zararlardan sorumlu olur.²⁶⁴ Bir başka deyişle; arsa sahibine bildirimde bulunmayan yüklenici, eserin ayıplı olması halinde malzemeyi kendisi temin etmemiş olmasına rağmen, bildirim yükümlülüğüne uymaması sebebiyle ayıptan sorumlu hale gelecektir.²⁶⁵

Uygulamadaki örnekler bakıldığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, malzemeleri temin etme borcunu genel olarak yüklenicilerin yüklendiği görülmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çoğunlukla maddi durumu inşaat yapmak için elverişli olmayan arsa sahiplerinin, arsa üzerindeki paylarını devrederek bağımsız bölüm üzerinde mülkiyet sahibi olma isteği nedeniyle yapıldığı göz önünde bulundurulacak olursa genellikle yüklenicilerin malzemeleri temin etme borcu altında olması doğal karşılanmalıdır.

C) Yüklenicinin İşi Bizzat Kendi Yapma veya Kendi Yönetimindekilere Yaptırma Borcu

Yüklenici, arsa payı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sabinin maliki olduğu arsa üzerinde inşaata başlayıp, inşaatı tamamladıktan sonra bağımsız bölümlerin arsa sahibine devrini taahhüt eder. Yüklenicinin asli borcu, bağımsız bölümlerin inşası ve arsa sahibine devridir. Yüklenicinin bağımsız bölümleri tamamlama borcu eser meydana getirme borcuna denk gelir. Bu açıdan TBK m. 471/3 uyarınca “*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.*” Söz konusu hüküm gereğince yüklenici, bağımsız bölümleri doğrudan kendisi yapması ya da kendisinin yönetimi altındaki başka birine yaptırma borcu altında bulunmaktadır.²⁶⁶ Madde hükmünün ikinci cümlesine göre, meydana getirilecek eser, yüklenicinin kişiliğiyle ya da yetenek ve becerileriyle doğrudan bağlantılıysa, yüklenicinin edimi “kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim” olacağından yüklenici işi bizzat kendisi yapmalıdır.²⁶⁷ İş bizzat kendisi yapmak zorunda olan yüklenici, işi başkasına yaptıramayacağı gibi yardımcı kişi kullanamaz; yardımcı kişi kullanması durumunda ise borca aykırılık söz konusu olacağından TBK m.112 ve TBK m.125 gereğince sorumlu

²⁶⁴ ERMAN, s. 39; KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 457.

²⁶⁵ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 457.

²⁶⁶ EREN, (Borçlar Özel), s. 616.

²⁶⁷ EREN, (Borçlar Özel), s. 616.

olur.²⁶⁸ Ancak KILIÇOĞLU, yüklenicinin işi bizzat yapma borcunun, yüklenicinin yardımcı kişi çalıştırmasına engel olmadığını, özellikle yaşanan gelişmeler sonucu yüklenicinin tek başına eser meydana getirmesine olanak olmadığını da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁹

TBK m. 471/3 hükmü emredici bir hüküm olmayıp düzenleyici bir hükümdür.²⁷⁰ Taraflarca, işin yüklenici tarafından bizzat yapılıp yapılmayacağı kararlaştırılabilir. Sözleşme ile işin yüklenici tarafından bizzat yapılmasına karar verildiği hallerde, yüklenicinin işi bizzat yapmaması sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

TBK m. 83 gereğince; “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*” Bu madde ile birlikte borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinin zorunlu olmadığı genel bir hükme bağlanmıştır. TBK m. 471/3 (BK m.356/2) hükmünü, TBK m.83 (BK m. 67) hükmünün istisnası olarak gören ERMAN, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunu bizzat yerine getirmekle yükümlü olmadığını, işi kendi yönetimi altında başkalarına yaptırabileceğini savunmuştur.²⁷¹ Aynı yönde OĞUZ da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işi kendi yönetimi altında başkasına yaptırabileceğini, yardımcı kişilerden faydalanabileceği gibi alt yükleniciye de işi bırakabileceğini savunmuştur.²⁷² İnşaat işinin teknik özellikleri dikkate alındığında işin tamamının bizzat yüklenici tarafından yerine getirilmesi neredeyse olanaksız olduğundan, yardımcı kişi kullanılmasının ya da işin alt yükleniciye bırakılmasının engellenmesinin uygulamada mümkün olamayacağı da ortadadır. Ancak şüphesiz ki; yüklenici gözetimi altındaki kişileri seçerken gerekli özeni ve dikkati göstermek zorunda olduğu gibi, işi bıraktığı kişileri gözetlemek de yükümlüdür.²⁷³

İnşaat işinin doğası gereği uygulamada alt yüklenicilere sıkça ihtiyaç duyulduğunun kabulü üzerine, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki ilişkiye değinmek de gerekecektir. Asıl yüklenici, arsa sahibi lehine inşaat işini yapsa da, arsa sahibinden bağımsızdır ve sözleşmeyi kendi ad ve hesabına ifa etmektedir.²⁷⁴ Bağımsız olmaktan kasıt, arsa sahibine karşı hiçbir bütünüyle sorumsuz olmak demek değil, arsa sahibinin emir ve talimatlarıyla

²⁶⁸ EREN, (Borçlar Özel), s. 617; SELİMOĞLU, s. 106.

²⁶⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet: “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, *AÜHFĐ*, C: XXXII, S:1, Ankara, 1975, ss. 185 – 199, s. 188 – 189.

²⁷⁰ EREN, (Borçlar Özel), s. 617; USTA, s. 59 – 60.

²⁷¹ ERMAN, s. 44.

²⁷² USTA, s. 59 – 60.

²⁷³ ERMAN, s. 44; USTA, s. 60.

²⁷⁴ EREN, (Borçlar Özel), s. 618.

bağlı olmamak yani işçi-işveren ilişkisi içerisinde bulunmamak demektir. Alt yüklenici de, asıl yükleniciye bağımlı değildir, uzmanlık gerektiren bir mesleğe sahip olan alt yüklenici üzerinde asıl yüklenicinin denetim ve gözetim yetkisi yoktur.²⁷⁵ Yüklenici ile alt yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsız yapılan sözleşme, alt yüklenicilik sözleşmesidir.²⁷⁶ Alt yüklenicinin arsa sahibine karşı inşaatı teslim etme sorumluluğu yoktur, alt yüklenicinin teslim borcu asıl yükleniciye karşıdır.²⁷⁷ Alt yüklenici ile arsa sahibi arasında herhangi bir sözleşme bulunmadığı için, iki tarafta birbirinden herhangi bir talepte bulunamaz.²⁷⁸ Ancak asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan sözleşmeyi arsa sahibi lehine yapılan sözleşme olarak değerlendiren yazarlar, tam üçüncü kişi lehine sözleşme olması durumunda arsa sahibinin alt yükleniciden bazı taleplerde bulunabileceği belirtilmiştir.²⁷⁹ Alt yüklenicinin eylemlerinden dolayı asıl yüklenici, TBK m.116 gereğince, alt yüklenicinin seçiminde ya da alt yükleniciye verilen talimatlarda kusur bulunması halinde sorumlu olacaktır.²⁸⁰

ERMAN'a göre ise, alt yüklenici, kendi hesabına çalışan ancak eser sözleşmesi ile asıl yükleniciye bağlı olan yardımcı kişidir.²⁸¹ Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borçlarının tamamını alt yükleniciye bırakması ise kanuna aykırılık teşkil edecektir.²⁸² Alt yüklenicinin bağımsız ifa yardımcısı olduğu görüşünü savunan yazar, asıl yüklenicinin alt yükleniciyi seçmede özen borcu bulunduğunu ancak asıl yüklenicinin alt yükleniciyi denetleme ve gözetleme borcu bulunmadığı görüşüne katılır.²⁸³

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sadece bağımsız bölümleri devretme borcu olduğu düşünülmemelidir. Aynı zamanda bazı bağımsız bölümlerin malikinin asıl yüklenici olacağı veya bu bölümleri üçüncü kişilere satabileceği düşünüldüğünde, asıl yüklenicinin eser sözleşmesine göre iş sahibi sıfatının da olacağı göz ardı edilmemelidir.

D) Yüklenicinin İnşaata Zamanında Başlama ve Bitirme Borcu

TBK m.473/1, *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple*

²⁷⁵ EREN, (Borçlar Özel) s. 618.

²⁷⁶ EREN, (Borçlar Özel) s. 620.

²⁷⁷ EREN, (Borçlar Özel) s. 620.

²⁷⁸ USTA, s. 60.

²⁷⁹ ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s. 327.

²⁸⁰ EREN, (Borçlar Özel) s. 622.

²⁸¹ ERMAN, s. 45.

²⁸² ERMAN, s. 44.

²⁸³ ERMAN, s. 45 – 46.

ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir” hükmü gereğince yüklenici, sözleşme gereği teslim etmesi gereken bağımsız bölümleri zamanında teslim etmezse arsa sahibi sözleşmeyi feshedebilir.

Yüklenicinin işe ne zaman başlayacağı ve işin ne zaman bitirileceği sözleşme ile belirlenebilir. Yüklenicinin sözleşmede belirtilen bu sürelerle uymaması durumunda arsa sahibi sözleşmeyi feshedebilir. Sözleşmenin feshedilmesi için, inşaatın zamanında bitirilemeyeceğinin anlaşılması yeterli olup, sözleşmede belirtilen süre dolmasa bile arsa sahibi bu durumda sözleşmeyi feshedebilir.²⁸⁴ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmede belirlenen süre içerisinde yüklenicinin işi tamamlayamayacağının açıkça anlaşılıyor olmasıdır.²⁸⁵

Yüklenicinin işe ne zaman başlayacağı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, arsa sahibi yüklenicinin inşaatı başlamadan önce gerekli hazırlıkları tamamlaması için yeterli bir zaman beklemelidir, ayrıca yüklenicinin işe başlaması için arsa sahibinin de gerekli yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir.²⁸⁶ Yüklenicinin hazırlık süreci arsa sahibi için uygun bir süre olmalıdır, hazırlık işlemlerinin süresini kendi kusuruyla uzatan yüklenici sorumluluktan kurtulamayacaktır.²⁸⁷ TBK m.90, “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” gereğince yüklenici derhal işe başlamalıdır.²⁸⁸ Hazırlıkların tamamlanarak en kısa sürede işe başlanması derhal olarak ifade edilmiştir.²⁸⁹

²⁸⁴ Yarg. 15. HD. 23.2.1998, 1997/4967 E. 1998/637 K. “Yanlar arasındaki 9.6.1994 tarihli Düzenleme Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine göre işin süresi temel ruhsatını müteakip 14 ay olup temel ruhsatı 11.8.1994 tarihinde alındığından süre 11.10.1995 tarihinde sona ermektedir. Davacı talebi ile mahallinde 31.8.1995 günü yaptırılan [tespitte] alınan bilirkişi raporuna göre inşaatın seviyesi %40 kalan işlerin ikmal için gerekli süre ise 10 aydır. İnşaatı ihzarat olarak malzeme mevcut olmayıp inşaat büyük ölçüde durmuş vaziyettedir. Daha sonra yargılama sırasında alınan 21.5.1996 tarihli bilirkişi raporuna göre ise inşaatın ikmal oranı %48.62 dir. Davalıya dükkanların ve bir dairenin satış yetkisi verilmiş olup güven sarsıcı şekilde davalı hakkında yapılan icra takipleri, davacıların 18.7.1995 tarihli ihtarla teminat verilmesini istemelerine rağmen davalının buna yanaşmaması, inşaat süresinin bitimine çok az bir süre kala inşaatın seviye durumu nazara alındığında davacı arsa sahipleri yönünden fesih şartları oluştuğu halde davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, karar bozmayı gerektirmiştir.”

²⁸⁵ DEMİR, s. 42.

²⁸⁶ USTA, s.62.

²⁸⁷ ATAMUTLU, s. 304, KOSTAKOĞLU, s. 304.

²⁸⁸ WATHIE, Diogoyo: FIDIC (Kırmızı Kitap – 1999) Çerçevesinde Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Zamanında Tamamlaması ve İş Sahibinin Kabulüne Hazır Hale Getirme Yükümlülüğü, İstanbul, 2018, s. 54.

²⁸⁹ WATHIE, s. 54.

E) Yüklenicinin Bağımsız Bölümleri Arsa Payı Sahibine Teslim Borcu

1) Genel Olarak

Yüklenicinin asli edimi arsa sahibinin arsası üzerine yapılan bağımsız bölümlerinin arsa sahibine devrini sağlamaktır. Devrin sağlanması için bağımsız bölümler arsa sahibine teslim edilmiş de olmalıdır. Teslim borcu kanunda öngörülmemiş olup, teslimin tanımı ile ilgili doktrinde farklı görüşler mevcuttur. ARAL/AYRANCI'ya göre, eserin teslim edilmesi için önce tamamlanması gereken eser, ifa için arsa sahibine sunulmalıdır.²⁹⁰ KILIÇOĞLU da, ayıp bulunsa dahi yüklenicinin teslim borcu bulunduğunu ve ayıplı yapıyı teslim etmesi gerektiğini belirtir ve arsa sahibinin yüklenicinin ayıptan dolayı sorumlu olup olmayacağına karar vereceğini savunur.²⁹¹ AYDEMİR'e göre, teslim yüklenicinin ayıpsız ve eksiksiz tamamlanan eseri, hem fiilen hem de hukuken hâkimiyetini arsa sahibine bırakmasıdır.²⁹² TURANBOY ise, yüklenicinin iradesinin sözleşmeyi ifa etmek amacıyla olması durumunda, eserin arsa sahibinin emrine ve onun zilyet olacak şekilde kullanma imkânı altına verilmesi halinde teslimin gerçekleşeceğini savunur.²⁹³ EREN'e göre teslim, tamamlanmış, sözleşmeye uygun ve maddi olarak fiilen sunulan eserin, arsa sahibinin hâkimiyet alanına girmesiyle gerçekleşir.²⁹⁴ KURŞAT, teslimin, tamamlanmış yapıya ilişkin arsa sahibinin doğrudan zilyetliği kazanması halinde hatta mülkiyetin de devredilmesi durumunda gerçekleşeceğini savunur.²⁹⁵ Yazar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibine ait olan bağımsız bölümlerin tamamlanmasının yeterli olmadığını aynı zamanda ortak alanların (merdivenler, asansör, bahçe gibi) da tamamlanması gerektiğini aksi takdirde teslimin gerçekleşmeyeceğini belirtir.²⁹⁶ ERMAN'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslim, inşaatın bitirilip bağımsız bölümlerin tamamlanmasının bildirilmesi ile meydana gelir.²⁹⁷ Bildirim, açık veya örtülü olabilir. Açık bir şekilde bildirim yapılmasa dahi arsa sahibinin bağımsız bölüme taşınması ya da bu bölümü kiraya vermesi gibi teslimin gerçekleştiği anlaşılırsa kural olarak yüklenici borcunu ifa etmiş olur.²⁹⁸

²⁹⁰ ARAL/AYRANCI, s.393.

²⁹¹ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 454.

²⁹² AYDEMİR, 324.

²⁹³ TURANBOY, Asuman: "Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti", *AÜHFD*, C: XLI, S:1, Ankara, 1990, ss. 151 – 189, s.154.

²⁹⁴ EREN, (Borçlar Özel), s. 630.

²⁹⁵ KURŞAT, s. 173 – 174, 176.

²⁹⁶ KURŞAT, s. 174.

²⁹⁷ ERMAN, s. 34; aynı görüşte olan yazarlar için bkz. ENLİ, s. 22; KURŞAT, s. 174.

²⁹⁸ ERMAN, s. 34; KURŞAT, s. 174.

TBK m. 107 gereğince, arsa sahibi teslimden haklı bir neden yokken kaçırırsa bağımsız bölümlerin anahtarlarının tevdi edilmesi ile teslim gerçekleştirebilir.²⁹⁹ Yüklenici, sözleşmeye uygun olarak teslimi gerçekleştirmezse sorumlu olacaktır. Bağımsız bölümlerin teslim edildiğinin ispat yükü yükleniciye aittir. Hukuki bir fiil olan teslim her türlü delille ispatlanabilir.³⁰⁰

Teslim ile kabul benzer kavramlar olsa da, aynı kavramlar değildir. Bağımsız bölümün teslim alınması için özel bir iradeye ihtiyaç yoktur, bu yüzden bağımsız bölümün teslim alınması kabul edildiği anlamına gelmez.³⁰¹ Bağımsız bölümün kabul edilmesi ise, arsa sahibinin bağımsız bölümün sözleşmeye uygun olarak yapıldığı ve açık ayıbın bulunmadığı iradesine sahip olması durumunda meydana gelir.³⁰² AYDEMİR'e göre ise kabul, arsa sahibinin yüklenici tarafından tamamlanan yapıyı benimseyip el konulması durumudur.³⁰³ Yazara göre, kabul yazılı yapılmalıdır, ancak yazılı olmadığı durumlarda açık veya örtülü bir kabul olması durumunda da kabul geçerli olacaktır.³⁰⁴ Ayıplı olan yapının tesliminin gerçekleşmeyeceğinin savunan yazar, bitirilmiş ve sözleşmeye uygun yapının teslim edilmesi durumunda arsa sahibinin kabul zorunluluğu bulunduğunu savunur.³⁰⁵

Bağımsız bölümlerde ayıp bulunması teslimin gerçekleşmesini engellemez ancak tamamlanmamış bağımsız bölümlerin teslimi mümkün değildir.³⁰⁶ İnşaatın tamamlanması, sözleşme konusu bağımsız bölümlerin kullanılmaya hazır olması anlamını taşımaktadır.³⁰⁷ Kullanılmaya hazır olmayan bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi hukuken mümkün değildir. Ancak ayıplı olarak tamamlanan bağımsız bölümler kural olarak teslimi engel oluşturmaz. Önemli ve açık ayıbın bulunması durumunda ise arsa sahibi teslimden kaçınabilir.³⁰⁸ İnşaatın tamamlanması teslim için yeterli değildir. Aynı zamanda arsa sahibi bağımsız bölüm üzerinde doğrudan zilyet olma imkânına sahip olmalıdır ve

²⁹⁹ SÜTÇÜ, s. 704.

³⁰⁰ SÜTÇÜ, s. 704.

³⁰¹ ERMAN, s. 36.

³⁰² ERMAN, s. 36; SÜTÇÜ, s. 704.

³⁰³ AYDEMİR, 325.

³⁰⁴ AYDEMİR, s. 325.

³⁰⁵ AYDEMİR, s. 325.

³⁰⁶ ENLİ, s. 18; KAPLAN, s. 75; KURŞAT, s. 170; AYDEMİR, bu görüşe katılmamaktadır. Yazara göre, teslimin gerçekleşmesi için, yüklenicinin eseri eksiksiz ve ayıpsız olarak fiilen ve hukuken arsa sahibinin zilyetliğine bırakması gerekmektedir. Yapının ayıplı olması durumu teslimin gerçekleşmesine engel oluşturur. Bkz. AYDEMİR, s. 324.

³⁰⁷ KURŞAT, s.171.

³⁰⁸ KURŞAT, s. 171.

yüklenicinin, arsa sahibinin tamamlanan bölümlere erişimini engellemiyor olması gerekmektedir.³⁰⁹

Teslim zamanı sözleşme ile taraflarca serbestçe belirlenebilir. Sözleşmede teslim zamanı belirlenmemişse, inşaatın niteliğine bakılarak, arsa sahibi ve yüklenicinin farazi iradeleri dikkate alınarak makul, dürüst ve orta zekâlı arsa sahibi ile yüklenicinin belirleyebileceği zaman, TBK m.86 gereğince teslim zamanı sayılabilir.³¹⁰ Teslim yeri de sözleşme ile serbest bir şekilde taraflarca belirlenir. Ancak sözleşmede belirlenmemişse, taşınmazın yani bağımsız bölümlerin bulunduğu yer teslim yeridir.³¹¹

Teslim ile birlikte meydana gelen sonuçlar şu şekildedir:

- TBK m.483 gereğince yarar ve hasar arsa sahibine geçer,
- Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun ve alacağının zamanaşımı süreleri başlar,
- Ayıptan doğan sorumluluk nedeniyle muayene ve ihbar süreleri başlar,
- Yüklenicinin alacağı muaccel hale gelir,
- Arsa sahibi, zararının teslimden sonra gecikerek istemesi durumunda kusurlu sayılır ve ortak kusurlu olarak artan zarardan sorumlu olur.³¹²

Teslimin sonuçları dikkate alındığında teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği önem taşır. Teslimin bazı koşulların sağlanması durumunda gerçekleşeceği sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Yargıtay bir kararında, sözleşmeye göre iskân izni alınarak teslim yapılma şartının bulunmasını dikkate alarak, iskân izni alınması için yükleniciye süre verilmesi gerektiğini, iskân izni olmadan yapılan teslimin hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağını belirtmiştir.³¹³ Ancak sözleşmede herhangi bir koşul öngörülmemişse, sözleşmeye uygun ve tamamlanmış yapının teslimi geçerlidir. Teslim için tamamlanmış

³⁰⁹ KURŞAT, s. 173 – 174.

³¹⁰ EREN, (Borçlar Özel), s. 631; SÜTÇÜ, s. 705 – 706.

³¹¹ EREN, (Borçlar Özel), s. 630 – 631; RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Celal: Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2018, s. 34.

³¹² EREN, (Borçlar Özel), s. 631; SÜTÇÜ, s. 704 – 705.

³¹³ ERMAN, s. 35. Yarg. 15 HD. 9.3.2009, 2008/1420 E. 2009/1294 K. “Yanlar arasında biçimine uygun olarak düzenlenen 05.09.1986 tarihli sözleşme ile davalı yüklenici davacıya ait arsa üzerinde kat karşılığı inşaat yapımını üstlenmiş %50’şer paylaşım kararlaştırılmış, 3. maddede teslim iskan koşuluna bağlanmış, 13. maddede de inşaatın sözleşme tarihinden itibaren 30 ay içinde iskanı alınarak arsa sahibinde teslim edileceği kabul edilmiştir. Arsa payı inşaat yapım sözleşmeleri gereğince yüklenicinin asıl borcu, inşaatı sözleşme ve eklerine ruhsat ve tasdikli projesi ile imara uygun olarak tamamlayıp arsa sahibine teslim etmektir. ...[D]avalı yükleniciye inşaatın yasal hale getirilmesi ve iskan ruhsatının alınması için süre verilerek bunun sonucuna uygun bir karar verilmesi, inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması halinde teslim iskan koşuluna bağlandığı, iskan alınmadığı ve inşaatın ruhsat tasdikli proje ile imara aykırı yapılmış olması sebebiyle hukukten geçerli teslim gerçekleşmediği ve yüklenici temerrüdünün gerçekleştirdiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

bağımsız bölümler olmalıdır. Arsa sahibi tamamlanmamış bağımsız bölümlere taşınırsa veya kiraya verirse kural olarak teslim gerçekleşmiş sayılır demiştik. ERMAN ve KURŞAT bu durumun teslimin gerçekleştiğine dair bir karine olduğunu ancak aksinin arsa sahibi tarafından ispat edilebileceğini savunur.³¹⁴ Yukarıda da değinildiği gibi, sadece bağımsız bölümler değil, ortak alanlar da tamamlanmalıdır.

GÜR'e göre, arsa sahibinin bağımsız bölümleri teslim almaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır.³¹⁵ Yazar, ayıpsız ve eksiksiz teslim edilmeyen bağımsız bölümlerin arsa sahibi tarafından teslim alınmak zorunda olmadığına değinmektedir.³¹⁶ Teslimden önce arsa sahibinin uygun bir şekilde bağımsız bölümlere göz atması gerektiğini belirten yazar, arsa sahibinin bu sırada teslimi kabul etmediğini açıkça belirtmesi gerektiğini aksi takdirde teslimin gerçekleşeceğini ve yüklenicinin borcunu ifa etmiş olacağını belirtir.³¹⁷ Önemli eksikliklerin varlığı halinde arsa sahibinin iradesini açıklamasına gerek kalmadan teslimin gerçekleşmeyeceğini savunur.³¹⁸

Önemli ve açık bir ayıbın bulunması durumunda arsa sahibi teslimden kaçınabilir, ancak ayıp kavramını geniş yorumlamamak gerekmektedir. Gizli bir ayıbın varlığı halinde, bu ayıp daha sonra ortaya çıktığında teslimin gerçekleşmediğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. İleride de değinileceği üzere yüklenicinin ayıptan sorumlu olabilmesi için öncelikle teslimin gerçekleşmesi gerektiği için ayıplı yapının teslim edilmediğinin kabulü halinde yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulması olanaksız hale gelmektedir. Bu sebeple bu görüşe katılmak mümkün değildir; arsa sahibinin sadece açık ve önemli ayıpların bulunması durumunda teslimden kaçınabileceği görüşüne katılmak yerinde olacaktır.

2) Yüklenicinin Bağımsız Bölümleri Teslim Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi Sebebiyle Temerrüde Düşmesi

a) Yüklenicinin Temerrüdünün Şartları

aa) Genel Olarak

Kanunda eser sözleşmesine ilişkin olarak temerrüt hükümlerine ayrı bir şekilde yer verilmemiştir. Özel hükümlerin bulunmaması sebebiyle genel hükümlere göre (TBK m.123 – 125) temerrüdün şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. İfanın zamanında ve

³¹⁴ ERMAN, s. 34; KURŞAT, s. 174 – 175.

³¹⁵ GÜR, s. 61.

³¹⁶ GÜR, s. 61.

³¹⁷ GÜR, s. 62.

³¹⁸ GÜR, s. 64.

sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilememesi durumunda temerrüt söz konusu olmaktadır.³¹⁹ Temerrüt, borcun zaman bakımından gecikmesi sebebiyle meydana gelir, bu durumda ifa gerçekleştirilebilir durumdadır, ancak zamanında gerçekleştirilmemiştir.³²⁰ Temerrüdü imkânsızlıktan ayıran nokta da budur. İmkânsızlık durumunda borcun ifası mümkün değilken, temerrüt de edim ifa edilebilir durumdadır ancak zamanında ifa edilmemiş ya da edilememiştir.³²¹ Temerrüt hali, geçici bir durumdur, borçlu borcunu ifa ederek mütemerrit olmaktan kurtulabilir ya da ifa edememe durumu kesinleşerek borç imkânsız hale gelebilir.³²² İmkânsızlık borçlunun kusurundan kaynaklanabileceği gibi kusur olmadan da imkânsızlık meydana gelebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de temerrüt için genel hükümlere gidilir. Genel hükümlere göre, borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesi için, muaccel bir borç olmalı, borç imkânsız olmamalı, temerrüde engel bir durum bulunmamalı ve alacaklı ihtarda bulunmalıdır. Bu şartların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki ayrıntılarına değineceğiz.

bb) Yüklenicinin Teslim Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi ve Teslim Borcunun Muaccel Olması

Yüklenicinin en önemli borcu, bağımsız bölümleri sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış şekilde arsa sahibine teslim etmektir. Asli edim borcu olan teslim ani edimdir, ani edimli borçlarda temerrüt söz konusu olacağından,³²³ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim borcunun ifasında da temerrüt söz konusu olacaktır.³²⁴ Yukarıda da değinildiği gibi, teslim ile ilgili birçok görüş vardır. Arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapıldığı için fiilen teslim gerek olmadığını savunan yazarlar olduğu gibi, fiilen teslim için arsa sahibine bildirim yapılması gerektiğini savunan yazarlar çoğunluktadır.³²⁵ Teslim borcunu yerine getirmeyen yüklenici temerrüde düşer.³²⁶ Ancak yüklenicinin teslim borcunun doğması için öncelikle borcunun muaccel hale gelmesi gereklidir. Muaccel olmayan borç için henüz teslim borcu doğmayacağı için temerrüt de meydana gelmeyecektir.

³¹⁹ ENLİ, s. 97.

³²⁰ EREN, (Borçlar Genel), s. 1222.

³²¹ EREN, (Borçlar Genel), s. 1222.

³²² EREN, (Borçlar Genel), s. 1222 – 1223.

³²³ EREN, (Borçlar Genel), s. 1223.

³²⁴ KURŞAT, s. 370.

³²⁵ KIRKBEŞOĞLU, s. 49 – 50.

³²⁶ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 249.

Borcun muaccel olması ile ifa edilebilir olması karıştırılmamalıdır. Borç muaccel olduğunda arsa sahibi, borcun ifasını talep edebilir; ama borç ifa edilebilir ise yüklenici borçtan kurtulabilecek durumdadır yani borcun ifası için hazır durumdadır.³²⁷

Borcun muaccel olması için, vadesinin gelmesi yani ifa edilecek zamanın gelmesi gerekir. İfa zamanı da sözleşme ile belirlenebilir. Sözleşme ile belirlenmediği durumlarda ise TBK m. 90, “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” hükmü gereğince borç, doğumu anında muaccel hale gelir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ediminin sürekli olmasından dolayı borcun muaccel olacağı zaman doğum anında değil, sözleşmedeki durum ve tarafların iradesi dikkate alınarak dürüstlük kuralına uygun şekilde inşaatın tamamlanabileceği zaman, “teslim zamanı” olarak belirlenir.³²⁸ Teslim zamanı belirlendikten sonra, teslim borcunun muaccel hale gelmesi için arsa sahibinin ifayı talep etmesi gerekir.³²⁹ Bu talep muacceliyet ihbarı olup, borcun muaccel hale gelmesini sağlamaktadır.

Taraflar sözleşme ile teslim zamanını belirlemişlerse, TBK m.117/2 “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.” hükmü gereğince sözleşmede belirtilen teslim günü geçtiğinde yüklenici mütemerrit duruma düşer. Taraflar sözleşmedeki süreleri aynı şekle uyararak yani resmi şekilde bir sözleşme yaparak uzatabilirler ya da arsa sahibi yükleniciye ek süre verebilir.³³⁰ Ayrıca taraflar “cezalı süre” de belirleyebilir, yani arsa sahibinin temerrütten kaynaklanan haklarını erteleyen ancak vadeden itibaren geçen her gün için yüklenicinin ceza ödemesi gereken bir süre kararlaştırılabilir.³³¹ Bu durumda cezalı süre, belirli bir süre olabilir ve bu süre bitmeden arsa sahibi sözleşmeyi feshedemez.³³²

³²⁷ KURT, Leyla Müjde: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 89; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 244.

³²⁸ ERMAN, s. 61 – 62; KIRKBEŞOĞLU, s. 50 – 51; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 244.

³²⁹ ERMAN, s. 62; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 244.

³³⁰ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 246 – 247.

³³¹ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 247.

³³² KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 247.

Yargıtay'ın da belirttiği gibi, bu süre geçtikten sonra arsa sahibi sözleşmeyi feshedebilmektedir, ancak bu sürenin dolmasından sonra cezai şart talep edememektedir.³³³

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani – sürekli karmaşık borç ilişkisi olan bir sözleşmedir. İnşaat işlerinin uzun sürmesi sebebiyle, bazı koşullarda borcun vadesi gelmesine rağmen, vade uzayarak borç muaccel hale gelmez. Sürenin uzaması için, öncelikle *inşaatın tamamlanması için işe başlanmış olmalıdır, tamamlanması gereken sürede inşaat tamamlanamamalıdır, inşaatın tamamlanma süresinin uzaması mücbir sebebe ya da arsa sahibine dayanmamalıdır, yüklenici daha fazla çalışarak inşaatı bitirebilecek durumda olmamalıdır, yüklenici inşaatın zamanında bitirilemeyeceğini arsa sahibine bildirmelidir ve yüklenici gecikmeye kendi davranışları sebebiyle neden olmamalıdır.*³³⁴ Mücbir sebebin bulunması ya da beklenmedik bir olayın meydana gelmesi sebebiyle inşaat zamanında tamamlanamazsa, teslim süresi uzamakta ve yüklenici temerrüde düşmemektedir.³³⁵ İnşaatın tamamlanması geçici olarak imkânsız hale gelmişse, vade yine uzayacak ve yüklenici daha önce belirlenen vadede temerrüde düşmeyecektir.³³⁶ Geçici imkânsızlık bulunmasına rağmen arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda ise, dürüstlük kuralına ve ahde vefa ilkesine aykırı davranacağından arsa sahibi sorumlu olacaktır.³³⁷

³³³ Yarg. 15. HD. 4.4.2011, 2010/7438 E. 2011/2040 K. “...[İ]nşaat ruhsatı alınmasından itibaren tüm binaların 36 ayda anahtar teslimi hale getirileceği, arsa sahiplerine ait 23 adet dairede mücbir sebepler hariç gecikme halinde geçen her ay için kooperatifin daire başına 100 Dolar ceza ödeyeceği, ancak bu cezalı sürenin 6 ayı geçmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeyi tek taraflı fesih etme yetkisine haiz olduğu kararlaştırılmış, aynı noterlikte düzenlenen 26.03.2001 gün 1430 yevmiye nolu ek sözleşmeyle asıl sözleşmenin 6. maddesindeki inşaat ruhsatının alınmasını müteakip 36 ay olup 09.09.2001 tarihinde bitecek olan inşaat süresinin bu tarihten, yani 09.09.2001 tarihinden itibaren 10 aylık ek süreyle 09.07.2002 tarihine kadar uzatılmıştır. Dosya kapsamına göre davalı yüklenicinin uzatılan sürede de edimini yerine getirmediği ve davacı arsa sahiplerine ait bağımsız bölümleri bitirip teslim etmediği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre fesih halinde sözleşmede kararlaştırılan BK'nın 158/II. maddesine uygun ifaya ekli gecikme cezası ya da müspet zarar kapsamındaki gecikme tazminatının talep edilmesi mümkün değil ise de; sözleşmedeki cezai şart gecikme halinde fesih edilemeyen süreyle ilgili olarak kararlaştırılmış olduğundan, bu hüküm gereğince yüklenici temerrüdü gerçekleşse dahi belirtilen süre geçinceye kadar arsa sahibinin sözleşmeyi fesih etmesi mümkün değildir. Bu halde davacı arsa sahibi daha sonra fesih hakkını kullansa dahi fesih edilemeyen cezalı süreyle sınırlı olarak gecikme cezası ya da tazminatını isteyebilir.”

³³⁴ KIRKBEŞOĞLU, s. 51 – 52.

³³⁵ Yarg. 23. HD. 27.9.2018, 2016/653 E. 2018/4334 K. “... [D]avaya konu parselin komşu parsellerle şüyuğu olduğunun anlaşıldığı, bu sebeple yüklenicinin edimini tamamlayamadığı, sözleşmenin 5. maddesindeki "İnşaat ruhsatı alındığı tarihten itibaren inşaat süresinin 18 ay olduğu ancak inşaat süresinin savaş, tabi afet, belediyede v.s. resmi ve hususi dairelerde prosedürlerin uzaması gibi mücbir sebeplerden dolayı inşaat süresinin uzatılabileceği" hükmü kapsamında davalı inşaat şirketine kaynaklanmayan sebeplerle inşaat sürecinin uzadığı, bu sebeple davalı inşaat şirketinin temerrütünden bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davacı tarafın sözleşmenin geriye etkili feshi talebine yönelik davasının reddine, sözleşmenin ayakta kalması sebebiyle davalı karşı davacı tarafından açılan karşı davanın reddine...” (KIRKBEŞOĞLU, s. 52.).

³³⁶ KIRKBEŞOĞLU, s. 53.

³³⁷ KIRKBEŞOĞLU, s. 53.

cc) Teslim Borcunun İfasının İmkânsız Olmaması

İmkânsızlık, şarta bağlı olayların sonuç doğurabilmesi için gereken şartların gerçekleşme durumunun bulunmamasını ifade eder.³³⁸ Yukarıda da değinildiği gibi, geçici olarak değil de sürekli olarak sözleşme konusu borcun ifası imkânsız hale gelmişse temerrütten bahsedilemeyecektir. Bahsedilen imkânsızlık sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen sonraki imkânsızlık olmalıdır, zira imkânsız bir borcun ifası amacıyla kurulan sözleşme TBK m.27 gereğince baştan itibaren geçersiz olacaktır.³³⁹

Tamamlanmış ama teslim edilmemiş ya da henüz tamamlanmamış inşaatların yıkılması, ortadan kalkması imkânsızlık olarak değerlendirilmemektedir. Benzer şekilde yüklenicinin ekonomik durumunun inşaatı tekrar yapmaya yeterli olmaması da tek başına imkânsızlık olarak nitelendirilmediği görülmektedir.³⁴⁰ Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere imkânsızlık ile temerrütün bir arada bulunması mümkün değildir.³⁴¹ Ancak borçlu temerrüde düştükten sonra borcun ifası imkânsız hale gelebilir, bu durumda temerrüt hükümleri değil imkânsızlık durumunda uygulanacak hükümler uygulanır.³⁴² Böyle bir halin varlığında temerrüt ortadan kalksa bile, imkânsızlığın başladığı zamana kadar geçen süre için gecikme tazminatı gibi temerrüt hükümlerine dayalı sorumluluk devam edecektir.³⁴³

³³⁸ GÜNDOĞDU, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014, s.83.

³³⁹ ERMAN, s. 64 – 65.

³⁴⁰ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 248; KURŞAT, s. 371.

³⁴¹ Yarg. 15. HD. 15.2.1994, 1993/2577 E. 1994/797 K. “Uyuşmazlık, eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı, arsa sahibi; davalı, yüklenicidir. Davacıya ait arsada devredilecek pay karşılığı davalının yapacağı binadan belli bağımsız bölümlerin davacıya verilmesi kararlaştırılmıştır. Eserin bitim ve teslim süresi 30.3.1988 tarihinden itibaren 14 ay olarak kararlaştırılmıştır. İnşaat henüz bodrum kat seviyesinde iken davacı tarafından noterlik kanalıyla gönderilen ihtarnamede sözleşmede kararlaştırılan ve gecikme nedeniyle mahrum kalınan 47.300.000 TL. kira parasının tahsili, tapudaki satış vaadi şerhinin kaldırılması istenilmiş, sözleşmenin feshedildiği bildirilmiştir. Olumlu cevap alınmaması üzerine de bu dava açılmıştır.

Arsaya inşaat ruhsatı verilmeyeceğinin bilindiği ve verilmediği, başlanan inşaatın yetkili mercice durdurulup mühürlendiği çekişme konusu değildir. Yanlar arasında sözleşme yapıldığı tarihte imar ve inşaat izni alınamayacağı bilindiğine göre, sözleşmede işin süresi için konulan koşul kamu düzeni ile bağdaşmaz, dolayısı ile geçersizdir. Her ne kadar 19.10.1990 tarihinde parselin bulunduğu mevkiide imar durumu belirlenmiş ve imar yasağı kaldırılmış ise de, bu kez sözleşme eki projenin uygulama kabiliyeti kalmamış, durdurulan inşaata aynı projeye devamı yine imkansız kalmıştır.

Sözleşmenin eki projeye ve dolayısıyla amacına uygun yerine getirilmesi imkânsız olduğuna göre davalının temerrüdünden değil, akdi ilişkiye son verilmesi imkânsızlık nedeniyle yerindedir. Bunun sonucu olarak tapu kaydındaki satış vaaadinin terkinine karar verilmesi gerekir. Kuşkusuz yapılan işlerin bedeli hakkında davalının ayrıca dava hakkı saklıdır. Açıklanan nedenlerle davacının da bildiği objektif imkânsızlıktan ileri gelen gecikmeden ötürü kira mahrumiyeti istenemeyeceğinden buna dair istemin reddi yerinde ise, -Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının; konu, amaç ve yorumunda yanlışlığa düşülerek satış vaadi şerhinin terkinini hakkında ki istemin kabulü gerekirken reddedilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan karar bozulmalıdır.” (KURŞAT, s. 372.).

³⁴² KURŞAT, s. 375.

³⁴³ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 249.

Yüklenici imkânsızlığın ortaya çıkmasında kusurlu ise TBK m.112 “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” hükmü gereğince yüklenici, arsa sahibinin zararını karşılamak zorundadır. Ancak borçlu imkânsızlığa kusuruyla neden olmuşsa TBK m.136’ya göre “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.*” Bu hüküm uyarınca sonraki imkânsızlık durumunda tarafların borcu sona erer ve yüklenici mütemerrit duruma düşmez. Bu duruma istisna getiren TBK m.483’e göre “*Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.*” Bir başka deyişle; yüklenici, yapmış olduğu masrafları isteyemeyecek, hasara katlanmak zorunda kalacaktır.³⁴⁴ Yüklenici temerrüde düştükten sonra imkânsızlık meydana gelirse, TBK m.118 uyarınca “*Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*” TBK m.119 hükmüne göre ise “*Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.*” Yüklenici bu durumda hem mütemerrit olmasında hem de imkânsızlığın bulunmasında kusurunun olmadığını ispatlayarak ya da borcu zamanında ifa etseydi bile beklenmedik durumun esere zarar vereceğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.³⁴⁵

³⁴⁴ ERMAN, s. 67.

³⁴⁵ SÜTÇÜ, s. 981.

dd) Yüklenicinin Temerrüde Düşmesini Engelleyecek Herhangi Bir Sebep Bulunmaması

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için, temerrüde düşmesini engelleyecek bir neden olmaması gerekmektedir. Temerrüdü engelleyen bir nedenin varlığı halinde yüklenici temerrüde düşmeyecektir. Öncelikle, yüklenicinin temerrüde düşmesi için, *arsa sahibi borcun ifasına hazır olmalıdır*. Eğer arsa sahibi borcun ifasına hazır değilse, borcun ifası için gerekli yükümlülüklerini yerine getirmezse ya da ifa talebini kabul etmekten kaçınırsa, arsa sahibi temerrüde düşecektir.³⁴⁶ Alacaklı temerrüdü ile borçlu temerrüdü bir arada bulunamayacağından, alacaklı arsa sahibinin temerrüde düşmesi halinde yüklenicinin temerrüdü söz konusu olamayacaktır.³⁴⁷ Bir başka engel durumu ise, yüklenicinin def'i hakkını kullanması durumudur. Eğer yüklenici, ödemezlik def'i, borç ödemedi acz def'i ya da zamanaşımı def'ini ileri sürerse, temerrüde düşmesi yine söz konusu olmaz.³⁴⁸ Arsa sahibi, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemişse yüklenici ödemezlik def'i ileri sürerek, temerrütten kaçınabilir.³⁴⁹ TBK m. 98 "*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.*" hükmü gereğince, karşılıklı borç ilişkisi bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, müflis hale gelir ya da borç ödemekten acz durumuna düşerse, yüklenici güvence talep edebilir. Güvence verilene kadar, ifa zamanı gelse de yüklenici temerrüde düşmez, güvence verilmediği durumlarda ise TBK m.98/2 gereğince yüklenici sözleşmeden dönebilir.³⁵⁰

Zamanaşımına uğrayan borç eksik borç olup, alacaklının ifa etmesi zorunlu olmayan borçtur. Eksik borçta alacaklının ödeme yükümlülüğü olmadığı için, muaccel bir borç bulunmamaktadır, bu durumda da yüklenicinin temerrüdü söz konusu olamaz.³⁵¹ Ödemezlik def'i, arsa sahibinin borcunu ifa etmesi sonucu hükümsüz kalır, aynı şekilde arsa sahibi aczden veya iflastan kurtulur ya da TBK m.98 gereğince güvence sunarsa, borç ödemedi acz def'i de hükümsüz kalır. Ancak zamanaşımı def'i kullanılmasıyla birlikte, borç eksik borç haline geleceğinden, def'i arsa sahibi tarafından hükümsüz kılınamayacağından

³⁴⁶ EREN, (Borçlar Genel), s. 1230; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 250; SÜTÇÜ, s. 1004.

³⁴⁷ EREN, (Borçlar Genel), s. 1230; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 250; SÜTÇÜ, s. 1004.

³⁴⁸ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 249; KURT, s. 153.

³⁴⁹ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 249 – 250.

³⁵⁰ KURT, s. 156.

³⁵¹ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 250.

yüklenicinin temerrüdü hiçbir zaman gerçekleşmez.³⁵² Burada dikkat edilmesi gereken husus, temerrüdün engellenmesi için def'i hakkının varlığı yeterli olmaması, def'inin mutlaka ileri sürülmüş olmasıdır.³⁵³ Def'i, temerrüt gerçekleştikten sonra kullanılsa bile, doğumu anından itibaren hüküm doğuracağından temerrüt düşecektir.³⁵⁴

ee) Arsa Sahibinin Yükleniciye İhtarda Bulunması

TBK m.117 uyarınca “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” Bu hüküm, borçlunun temerrüdü için alacaklının ihtarda bulunması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak ihtarın tanımı kanunda yapılmamıştır. EREN’e göre, “İhtar, alacaklının borçluyu borçlanılan edimi yerine getirmeye davet etmesi, çağırmasıdır.”³⁵⁵ SÜTÇÜ’ye göre, İfanın gerçekleşmesi için, alacaklı tarafından borçluya yöneltilen irade beyanına ihtar denir.³⁵⁶ İhtar, varması gereken, tek taraflı, hukuki işlem benzeri bir irade beyanı olup, sonuç doğurması için karşı tarafın hâkimiyet alanına varması gerekir.³⁵⁷ İhtar kural olarak şekle tabi değildir, ancak taraflardan biri tacir ise TTK m. 18/3³⁵⁸ gereğince, noter aracılığıyla, telgrafla, iadeli taahhütlü mektupla, güvenli elektronik imzalı elektronik postayla ihtar yapılmalıdır.³⁵⁹ İhtar açık şekilde yapılabileceği gibi, zımnem de yapılabilir.³⁶⁰ Ancak ticari hayatta fatura gönderilmesi ihtar olarak kabul edilmezken, ödeme süresinden sonra gönderilen hesap özeti ihtar kabul edilecektir.³⁶¹ İhtar gönderilmesi durumunda, ihtar konusu borç açıkça belirtilmelidir, fakat alacaklı ihtarda bulunurken borçlunun temerrüde düşeceği konusunda bilgilendirme yapmak zorunda değildir. Hatta alacaklı, borçluyu temerrüde düşürme iradesi taşımasa bile şartların gerçekleşmesi durumunda borçlu temerrüde düşecektir.³⁶² Temerrüdün alacaklının iradesine bağlı olmaması sebebiyle, ihtar HMK m.200 ‘de düzenlenen ispat kuralına tabii değildir.³⁶³ Alacaklının borçluya ihtar

³⁵² KURT, s. 157.

³⁵³ SÜTÇÜ, s. 980.

³⁵⁴ KIRKBEŞOĞLU, s. 55; SÜTÇÜ, s. 980.

³⁵⁵ EREN, (Borçlar Genel), s. 1226.

³⁵⁶ SÜTÇÜ, s. 984.

³⁵⁷ KURT, 172.

³⁵⁸ TTK m. 18/3: “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”

³⁵⁹ ENLİ, s. 100; EREN, (Borçlar Genel), s. 1228; KIRKBEŞOĞLU, s. 60; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 251 – 252; SÜTÇÜ, s. 985.

³⁶⁰ SÜTÇÜ, s. 985.

³⁶¹ EREN, (Borçlar Genel), s. 1227 – 1228.

³⁶² SÜTÇÜ, s. 984.

³⁶³ SÜTÇÜ, s. 985.

göndermesi için, borçluya süre vermesine gerek yoktur ancak eğer bir süre veriyse sürenin bitimiyle borçlu temerrüde düşecektir.³⁶⁴

Borçlunun temerrüdü için alacaklının ihtarda bulunması gerekir. Alacaklının borca yönelik her beyanı ihtar niteliği taşımasa bile bazı durumlarda ihtar amaçlı olmayan bir beyan da ihtar beyanı niteliği taşıyabilmektedir.³⁶⁵ Alacaklının eda davası açması³⁶⁶, borcu ifası için icra takibi başlatması³⁶⁷ TBK m.121/1 gereği ihtar niteliğini taşır.³⁶⁸ Bir beyanın ihtar niteliğine haiz olabilmesi için alacaklının borcun ifasına yönelik beyanını buldurması gerekmektedir, bu bağlamda borcun varlığı için açılan tespit davası, borcun ifasına yönelik olmadığından ihtar niteliğini haiz olmayacaktır.³⁶⁹ Aynı şekilde delil tespiti talebinde bulunmak, def'i yoluna başvurmak, aynen ifadan vazgeçerek tazminat talebi ileri sürmek ya da sözleşmeden dönmek borcun ifası amacıyla yapılmadığı için ihtar niteliği taşımaz ve borçlu mütemerrit sıfatını haiz olmaz.³⁷⁰

Daha önce de belirttiğimiz gibi; borçlunun temerrüde düşmesi için, borcun muaccel olması gerekmektedir. Ancak, ihtar beyanında bulunmak için, borcun muaccel olmasına

³⁶⁴ EREN, (Borçlar Genel), s. 1227.

³⁶⁵ Yarg. 15. HD. 18.2.2019, 2018/5005 E. 2019/657 K. "...818 Sayılı BK'nın 101. maddesi hükmüne davalının usulüne uygun keşide edilen ihtarla temerrüde düşürülmediğinden, söz konusu davanın açıldığı 16.09.2009 tarihinden önce davalı iş sahibinin temerrüdünün gerçekleşmediği söz konusu kararda 1.000,00 TL ticari faize hükmedilmiş ise de karar gerekçesinde davacı yüklenicinin belirlenen bir tarihten itibaren iş sahibini temerrüde düşürerek faiz istemekte haklı olduğuna dair bir gerekçesi ve kabulüyle hesaplaması olmadığından ve 1.000,00 TL'lik faiz kararının temyiz konusu yapılmamış olması nedeniyle bozma nedeni yapılmadığından davacı yararına oluşan usuli kazanılmış haktan söz edilmesinin mümkün bulunmamasına..."

³⁶⁶ Eda davası açıldıktan sonra, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi durumunda, dava hiç açılmamış gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır. Ancak dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmesi durumunda, dava dilekçesi ihtar niteliğini haiz olduğundan ihtar yapılmış sayılır ve borçlu temerrüde düşer. Yarg. 23. HD. 16.10.2014, 2014/1358 E. 2014/6364 K. "... [D]avaya konu kalemler tek tek değerlendirilerek, bunların ayıplı iş mi, yoksa eksik iş mi, ayıplı işlerin ise gizli ayıp mı yoksa açık ayıp mı olduğu belirlenmelidir. İnşaatın davacılara fiilen teslim edildiği tarih itibarıyla açık ayıplarla ilgili teslimden sonra yükleniciye BK'nın 359. (TBK'nın 474.) maddesinde öngörülen sürede ihbarda bulunulup bulunulmadığı, gizli ayıplarla ilgili olarak da ayıbın ortaya ne zaman çıktığı, çıkmasından sonra yüklenicinin BK'nın 362. (TBK'nın m. 477) maddesine uygun olarak haberdar edilip edilmediği hususları üzerinde durulmalıdır. Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/842 E. sayısına kayıtlı davada, dava dilekçesinde, yüklenici tarafından inşaatın 2008 yılında teslim edildiği kabul edilmiş olup, 08.06.2009 tarihinde açılan dava, ayıp ihbarı niteliğinde ise de, belirlenen açık ayıp kalemleri yönünden ayıp ihbarının BK'nın 359. maddesinde öngörülen sürede yapılmadığı gözetilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik araştırmaya dayalı olarak hüküm tesisi doğru olmamıştır." (SÜTÇÜ, s. 989.).

³⁶⁷ Yarg. 15. HD. 9.2.2010, 2009/7259 E. 2010/669 K. "İcra takibinde 4 aylık gecikme için aylık 500,000 TL'den 2.000,000. TL. asıl alacak ve işlemiş faizi talep edilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise gecikme alacağı aylık 450,00 TL'den hesaplanmıştır. Öte yandan takipten önce davalı temerrüde de düşürülmemiştir. Bu durumda mahkemece talebe bağlı kalınarak 4 aylık gecikme için 1.800,00 TL. asıl alacağı yönelik itirazın iptaline, takibin bu miktar üzerinden devamına ve işlemiş faiz alacağı isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür."

³⁶⁸ SÜTÇÜ, s. 986.

³⁶⁹ SÜTÇÜ, s. 986.

³⁷⁰ SÜTÇÜ, s. 986 – 987.

gerek yoktur, ihtar borcun muaccel olacağı tarihten sonra hüküm doğuracak şekilde, borç muaccel olmadan da gönderilebilir.³⁷¹

Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, taraflar ihtar yapılmasına gerek olmadan da borçlunun temerrüde düşebileceğini kararlaştırabilirler, bu durumda borç muaccel hale geldiği zaman borçlu mütemerrit hale gelecektir.

TBK m.117/2 hükmünde ihtar yapılmasına gerek olmayan durumlar düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; *“Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”* Bu durumda, borcun vadesi belli ise, borcun muaccel olmasıyla birlikte alacaklı ihtarda bulunmasa da borçlu temerrüde düşecektir.³⁷² Ancak, arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle yüklenici haklı bir nedenle gecikme yaşarsa belirli bir vade bulunmayacağından, yükleniciyi temerrüde düşürmek isteyen arsa sahibi ihtar beyanında bulunmalıdır.³⁷³ Sözleşmede ifa zamanının taraflardan biri tarafından belirlenmesine hükmedildiği hallerde ise ifa zamanı belirleme yetkisi bulunan tarafın usulüne uygun ihtarıyla borçlu temerrüde düşecektir.³⁷⁴

İhtar beyanında bulunmasının gereksiz olduğu durumlarda veya ihtar beyanının TMK m.2 dürüstlük kuralı gereğince yapılmasının gerekmediği durumlarda ihtar şartı aranmaz.³⁷⁵

TBK m.124’ye göre *“Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:*

- 1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa.*
- 2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararlı kalmışsa.*
- 3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa.”*

ERMAN’a göre, ihtarın faydasının olmadığı durumlarda TBK m.124 hükmü kıyasen uygulanacağından, ihtara gerek olmayacaktır.³⁷⁶

³⁷¹ SÜTÇÜ, s. 989.

³⁷² EREN, (Borçlar Genel), s. 1228 – 1229; KIRKBEŞOĞLU, s. 59; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 252; SÜTÇÜ, s. 991.

³⁷³ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 252.

³⁷⁴ EREN, (Borçlar Genel), s. 1229 – 1230; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 252; SÜTÇÜ, s. 991.

³⁷⁵ EREN, (Borçlar Genel), s. 1230; KIRKBEŞOĞLU, s. 59; SÜTÇÜ, s. 991.

³⁷⁶ ERMAN, s. 75 – 76.

b) Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları

aa) Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları

aaa) Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Hakkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcu, bağımsız bölümleri inşa, yapma borcudur. TBK m.113'e göre *“Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.”* Bu hüküm gereğince yapma borcunda aynen ifa talep edilebilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik hakları düzenleyen TBK m.125/1 hükmünde ise *“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.”* demek suretiyle aynen ifa ve gecikme tazminatı belirtilmiştir. Yüklenici sözleşme konusu işi yapmaya zorlanamaz, eğer yüklenici işi tamamlamıyorsa arsa sahibi, işin başkası tarafından tamamlanması için TBK m.113 gereğince mahkemeden izin isteyebilir.³⁷⁷ Mahkemenin vereceği bu izne *“nama ifa izni”* denir.³⁷⁸ Mahkeme arsa sahibi lehine nama ifa izni verse de, arsa sahibi bu işi kendisi yapmak zorunda değildir.³⁷⁹ Borç başkası tarafından ifa edilecekse, yüklenici masrafları karşılamak zorundadır, aynı şekilde yüklenici eksik kalan işi kendisi tamamlayacaksa yine masrafları yüklenici üstlenmelidir.³⁸⁰ İİK m.30 gereğince icra müdürü yükleniciye icra emri göndererek işi tamamlaması için ilamda belirtilen süre kadar süre verecek, bu süre içinde aynen ifanın gerçekleşmemesi durumunda icra müdürü, işi başkasına yaptıracak ve masrafları yüklenici karşılamak zorunda

³⁷⁷ KIRKBEŞOĞLU, s. 62.

³⁷⁸ Nama ifa izni kararı kesinleşmeden hüküm ve sonuç doğurmaz.

³⁷⁹ ENLİ, s. 112.

³⁸⁰ KIRKBEŞOĞLU, s. 62.

kalacaktır.³⁸¹ Bu durumda aynen ifa değil, yüklenicinin tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.³⁸²

Alacaklının aynen ifayı talep edebilmesi için, yüklenicinin kusurlu olmasına gerek yoktur, sözleşmede belirlenen ifa zamanı geçmesine rağmen yüklenici borcunu ifa etmemişse, arsa sahibi aynen ifayı herhangi bir süre verilmesine gerek olmadan talep edebilir.³⁸³ Arsa sahibinin süre verdiği hallerde ise, sürenin dolmasına rağmen aynen ifadan vazgeçildiği yükleniciye bildirilmemişse, aynen ifa talebinin devam ettiği karine olarak kabul edilir.³⁸⁴ Yüklenici temerrüde düşse bile, arsa sahibi seçimlik haklarından birini kullanana kadar aynen ifa borcu devam edecektir.

TBK m.118 “*Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*” hükmü gereğince yüklenici, temerrüde düşmüşse gecikme tazminatına hükmedilebilecektir. Gecikme tazminatına hükmedilmesi için, yüklenicinin kusurunun bulunması gerekmektedir. Yüklenici kusurunun bulunmadığını kanıtladığı durumlarda gecikme tazminatı ödemekten kurtulabilecektir.³⁸⁵ Arsa sahibinin gecikme tazminatı talep edebilmesi için, yüklenicinin temerrüde düşmesi ve bağımsız bölümleri geç teslim etmiş olması gerekmekte olup, geç teslimde yüklenici kusuru bulunmalı ve bu sebeple arsa sahibinin bir zarara uğramalıdır. Son olarak ise geç teslim ile zararın arasında illiyet bağı bulunmalıdır.³⁸⁶ Bu bağlamda, özen sorumluluğunu yerine getirdiğini ileri sürerek kusuru bulunmadığını ispatlayan yüklenici gecikme tazminatından sorumlu olmayacaktır.³⁸⁷ Gecikme tazminatı, aynen ifanın gerçekleştiği zaman ile temerrüdün gerçekleştiği zaman

³⁸¹ ENLİ, s. 113; Yarg. 15. HD. 11.4.2002, 2002/38 E. 2002/1749 K. “...12.2.1999 günlü düzenleme şeklindeki ek sözleşmenin 4.maddesinde yer alan (yine inşaatın bu ek sözleşme ile verilen 10 aylık ek süre içinde bitirilmemesi halinde ... müteahhide bırakılan dairelerden bir tanesi uğranılan zarar ve ziyanın karşılığı olmak üzere mülk sahibine bırakılacaktır.) şeklindeki hükümle tarafların inşaatı eksiklikler bulunması halinde bu eksikliklerin giderilmesi için yükleniciye ait bir bağımsız bölümün arsa sahibince satılacağını kararlaştırdıkları görülmektedir. Başka bir deyişle, sözleşmenin bu hükmü ile taraflar, nama ifaya izin halinde daire satışından elde edilecek bedeli eksik işlerin giderilmesinde sarf etmeyi amaçlamışlardır. Hal böyle olunca mahkemece, yükleniciye ait bir daire tapusunun davacı üzerinde bırakılması doğru olmamıştır. Bu durumda yerinde keşif yapılarak yükleniciye ait bir bağımsız bölüm değerinin ne olduğu hesaplatılmalı, davacı arsa sahibine bu bağımsız bölümün satış yetkisi tanınarak bedeli eksik işlerin giderilmesinde kullanılmak üzere avans niteliğinde davacıya bırakılmalı, davacının ayrıca talep ettiği ve hüküm altına alınan eksik işlere ilişkin istemi ise ret olunmalıdır. Değinen hususlar bir yana bırakılarak yazılı şekilde hükme varılması doğru olmamıştır.”

³⁸² KIRKBEŞOĞLU, s. 65.

³⁸³ ERMAN, s. 86; KIRKBEŞOĞLU, s. 61, KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 252 – 253;

³⁸⁴ ERMAN, s. 86; KIRKBEŞOĞLU, s. 61.

³⁸⁵ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 252 – 253.

³⁸⁶ KIRKBEŞOĞLU, s. 63.

³⁸⁷ KIRKBEŞOĞLU, s. 63.

arasındaki fiili zarar ve yoksun kalınan kara göre hesaplanır. Bir başka deyişle burada hesaplanan zarar, müspet zarardır.³⁸⁸

Yukarıda belirtildiği üzere; gecikme tazminatı için hem yüklenicinin bir kusuru olmalıdır hem de ara sahibi zarara uğramalıdır. Sözleşme ile kararlaştırılan cezai şartta ise, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde ödeyeceği ceza için, kusur şartı aransa da zarar şartı aranmamaktadır.³⁸⁹ Sözleşme ile kararlaştırılması durumunda, yüklenicinin temerrüde düştüğü hallerde arsa sahibi, aynen ifa ile birlikte TBK m.179/2 gereğince cezayı talep edebilecektir, Meğerki aynen ifayı çekincesiz kabul etsin ya da bu şarttan açıkça feragat etmiş olsun.³⁹⁰ Arsa sahibinin zararı ödenecek olan cezayı aşılırsa, zararın ispatı ile birlikte aşan kısmı gecikme tazminatı olarak talep edebilecektir.³⁹¹

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme olduğundan ötürü yüklenici aynen ifa borcunu ifa ettiğinde, arsa sahibinin de arsa paylarını devretme borcu doğacaktır. Ancak arsa sahibi, gecikme tazminatı ödenene kadar söz konusu borcun ifasından kaçınabilecektir.³⁹²

bbb) Aynen İfadan ve Gecikme Tazminatından Vazgeçip Müspet Zararı Talep Hakkı

Yüklenicinin temerrüde düşmesi ile arsa sahibi herhangi bir süre vermeden aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir. Aynen ifa ve gecikme tazminatı temerrüdün doğal sonucudur. Yüklenici temerrüde düşmesinden sonra aynen ifa talebini de yerine getirmiyorsa arsa sahibinin iki seçimlik hakkı olacaktır. Bunlardan ilki; aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etme hakkıdır.

TBK m.125/2 uyarınca, *“Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.”*

Arsa sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için, TBK m.124 gereğince yükleniciye aynen ifa için süre vermiş olması ve sürenin dolmasına rağmen yüklenicinin aynen ifa

³⁸⁸ KIRKBEŞOĞLU, s. 63 – 64.

³⁸⁹ KIRKBEŞOĞLU, s. 66.

³⁹⁰ KURŞAT, s. 423; Aynı şekilde sözleşme ile kira tazminatına da karar verilebilir. Kira tazminatı arsa sahibinin yoksun kalınan karı olarak değerlendirilir. Arsa sahibinin bağımsız bölümlere zamanında sahip olamadığı için, bağımsız bölümleri kiraya vererek elde edebileceği gelir, yoksun kalınan kira gelirleridir. Kira tazminatı kural olarak cezai şartın bulunmadığı durumlarda talep edilebilir. Kira tazminatı talep edilmesi için sözleşme ile kararlaştırılmasına gerek yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. USTA, s. 179 vd.

³⁹¹ KIRKBEŞOĞLU, s. 66.

³⁹² KIRKBEŞOĞLU, s. 67.

borcunu yerine getirmemesi gereklidir. Bu durumda arsa sahibi, derhal bu hakkını kullandığını yükleniciye bildirmelidir.³⁹³ Seçimlik hakların kullanılmasındaki şartlara ileri değinileceği için burada ayrıntıya girilmeyecektir.

Müspet zarar, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi alacaklının sahip olacağı malvarlığı ile şu an sahip olduğu malvarlığı arasındaki farktır.³⁹⁴ Müspet zararın hesaplanmasına dair iki teori vardır. Değiştirme (mübadele) teorisine göre, temerrüde düşen tarafın borcu tazminat yükümlülüğüne dönüşmekte iken karşı taraf edimini olduğu gibi yerine getirmek zorundadır.³⁹⁵ Fark teorisine göre ise, alacaklı borcunu ifa etmek zorunda değildir, temerrüde düşen tarafın ödeyeceği tazminattan alacaklının borcunun değeri mahsup edilir.³⁹⁶ Doktrinde ve Yargıtay kararlarında fark teorisi kabul edilmektedir.³⁹⁷ Müspet zarar iki unsurdan oluşmakta olup bunlar; ifadan vazgeçme anındaki yüklenici ediminin değeri ile gecikmeden doğan zarardır.³⁹⁸

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçme beyanı, yenilik doğuran bir işlemdir. Vazgeçme beyanı açık ya da örtülü olabilir. Bu hak yenilik doğuran bir hak olduğu için kullanılması ile tükenir ve geri alınamaz ayrıca hiçbir koşula da bağlanamaz. Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçmesiyle sözleşme ilişkisi sona ermez, yüklenicinin inşaatı teslim borcu tazminat borcuna dönüşür.³⁹⁹ Bu durumda arsa sahibinin cezai şart talep edemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, aynen ifadan vazgeçilmesi sebebiyle ifaya bağlı cezai şartın da ortadan kalkacağını ileri sürerken⁴⁰⁰ bazı yazarlar aynen ifadan vazgeçilmesiyle tazminat borcunun doğduğunu bu sebeple bu borca bağlı olarak cezai şarta hükmedilebileceğini savunmaktadır.⁴⁰¹ SÜTÇÜ'ye göre ise bu durumda ikili bir ayırım

³⁹³ ERMAN, s. 100.

³⁹⁴ EREN, (Borçlar Genel), s. 1252; ENLİ, s. 136; KIRKBEŞOĞLU, s. 70; KÖKSAL/ MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 255; SÜTÇÜ, s. 1205.

³⁹⁵ EREN, (Borçlar Genel), s. 1253.

³⁹⁶ EREN, (Borçlar Genel), s. 1253 – 1254; ERMAN, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iki tarafın borcunun da paradan başka bir şey olması sebebiyle fark teorisinin uygulanması gerektiğini belirtir. Bkz. ERMAN, s. 101.

³⁹⁷ Yarg. 3. HD. 9.10.2019, 2018/6983 E. 2019/7656: “Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.

Kâr kaybı, kardan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kâr kaybı açısından kardan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihden önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kardan yoksun kalan kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kâr kaybı zararının müspet zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir.”

³⁹⁸ EREN, (Borçlar Genel), s. 1253.

³⁹⁹ ERMAN, s. 101.

⁴⁰⁰ KURT, s. 225, dn. 192.

⁴⁰¹ ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2006, s. 138.

yapılmalıdır. Eğer arsa sahibi, aynen ifanın yerine getirilmesi için süre verdikten sonra sürenin bitiminde ifa gerçekleşmediği için derhal ifadan vazgeçip müspet zararı talep ederse, müspet zarar temerrüt tarihi itibarıyla hesaplanacağından cezai şartta hükmedilemeyecektir.⁴⁰² Ancak arsa sahibi süre verdikten sonra aynen ifadan vazgeçmek yerine tekrar süre verirse ve aynen ifa yine gerçekleşmezse aynen ifadan vazgeçilmesi halinde temerrüt ile ilk kez verilen süre arasında gecikme tazminatı talep edilebileceğinden cezai şart da talep edilebilmelidir.⁴⁰³ Kanımızca, aynen ifadan vazgeçme beyanı ile sözleşme ilişkisi sona ermeyeceğinden, yüklenicinin teslim borcu tazminat borcuna dönüşmekte ve yüklenici arsa sahibinin müspet zararını karşılamak zorunda kalmaktadır. Bu durumda, yüklenicinin borcu devam ettiğinden, yani yüklenici tazminat borcunu ifa etmek zorunda olduğundan ifa değişse bile ifaya bağlı cezai şartın devam etmesi gerekecektir. TBK m.179/2'e göre sadece alacaklının herhangi bir çekince sunmadan aynen ifayı kabul etmesi ya da ceza koşulundan açıkça vazgeçmesi durumunda cezai şartta hükmedilmeyeceğini belirtmiştik. Bu bağlamda, alacaklının aynen ifadan vazgeçme talebinin geniş yorumlanarak cezai şarttan da vazgeçme olarak yorumlanmaması doğru olacaktır.

ccc) Sözleşmeden Dönerek Menfi Zararı Talep Hakkı

TBK m. 125/2 – 3 hükmüne göre, *“Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.*

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” Bu hüküm uyarınca koşulların oluşması durumunda arsa sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmeden dönme için yüklenicinin kusuru olmasına gerek yoktur, temerrüde düşmesi yeterlidir.⁴⁰⁴ Dönme beyanı herhangi bir şekle tabi değildir.⁴⁰⁵ Tek taraflı olan sözleşmeden dönme beyanı, karşı tarafa varması gereken yenilik doğurucu bir haktır.⁴⁰⁶ Ancak uygulamada arsa

⁴⁰² SÜTÇÜ, s. 1207.

⁴⁰³ SÜTÇÜ, s. 1207.

⁴⁰⁴ ENLİ, s. 156; KIRKBEŞOĞLU, s. 76.

⁴⁰⁵ Ancak tacirler arasında yapılacak dönme beyanı TTK m.18/3 gereğince şekle tabidir. Maddeye göre, tacirler, noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü mektupla, telgrafla ya da güveli elektronik imzalı posta yoluyla sözleşmeden dönebilir. KIRKBEŞOĞLU, s. 76.

⁴⁰⁶ ENLİ, s. 148; KÖKSAL / MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 256.

sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin bu beyanı kabul etmesi ya da mahkemeden dönmenin haklı olduğuna dair karar alınması gerekmektedir.⁴⁰⁷ Mahkemede açılacak olan dava eda davası olmadığı gibi, tespit davası da değildir, çünkü dönme henüz hukuken sonuç doğurmamıştır. Söz konusu dava, yenilik doğuran inşai bir davadır ve mahkemenin vereceği dönmenin haklı olduğuna dair karar da yenilik doğuran bir karardır.⁴⁰⁸ Sözleşmeden dönme ile tarafların borçlarını ifa yükümlülükleri sona erer ve iade yükümlülükleri başlar; ancak iade yükümlülüğünde taraflar ödemezlik def'ini ileri sürebilirler.⁴⁰⁹ Dönmenin yenilik doğuran bir hak olmasıyla ilgili doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Klasik dönme görüşüne göre, dönme bozucu yenilik doğuran haktır ve kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak hükümsüz olur, yani sözleşmeden önceki duruma dönlür.⁴¹⁰ Bu görüşe göre, taraflar arasındaki yeni ilişki kanuni bir ilişki olup, dönme sonucu tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade yükümlülüğü bulunacaktır.⁴¹¹ *Yeni dönme görüşünde* ise, sözleşme ortadan kalkmaz sadece içeriği değişir, bu yüzden dönme değiştirici yenilik doğuran haktır.⁴¹² Bu görüşe göre, taraflar eski sözleşmedeki edimlerini ifa etmekten kurtulurlar ancak iade yükümlülükleri bulunan yeni bir sözleşme ilişkisi kurulur.⁴¹³ İade yükümlülüğünün hukuki sebebi konusunda da doktrinde tartışmalar mevcuttur.

Bu konudaki ilk görüş *sebepsiz zenginleşme görüşüdür*. Bu durumda taraflar iade etmeleri gereken şeyleri aynen, mümkün değilse değeri üzerinden iade etmelidirler.⁴¹⁴ Taraflar TBK m.82 gereğince iki yıllık zamanaşımı süresi içinde talepte bulunmazsa, iade borcu eksik borca dönüşecektir.⁴¹⁵

İkinci görüş, *ayni istihkak talebi görüşüdür*. Tasarruf işlemine konu borçlandırıcı işlemin sona ermesiyle ve hukuki sebebin varlığını yitirmesiyle illiyet bağı kesildiğinden mülkiyet hakkı karşı tarafa geçmemiştir.⁴¹⁶ Bu görüşe göre, aynen iade mümkün değilse

⁴⁰⁷ ENLİ, s. 153 – 154; ERMAN, s. 104; GÖKYAYLA, Emre: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hâllerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti, *DEÜHFD*, C: IXX, S: Özel, Şeref Ertaş'a Armağan, İzmir, 2017, ss. 47 – 67, s. 49.

⁴⁰⁸ ENLİ, s. 154.

⁴⁰⁹ KÖKSAL / MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 256.

⁴¹⁰ EREN, (Borçlar Genel), s. 1256.

⁴¹¹ ENLİ, s. 166.

⁴¹² EREN, (Borçlar Genel), s. 1256.

⁴¹³ EREN, (Borçlar Genel), s. 1256.

⁴¹⁴ EREN, (Borçlar Genel), s. 1257.

⁴¹⁵ ENLİ, s.167.

⁴¹⁶ EREN, (Borçlar Genel), s. 1257.

sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmelidir.⁴¹⁷ Aynı zamanda aynı hakka dayandığı için bu görüşe göre, iade borcu zamanaşımına uğramaz.⁴¹⁸

Üçüncü görüş ise, *akdi borç görüşüdür*. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermediğinden ve hukuki sebep ortadan kalkmadığından ilk iki görüş hatalıdır.⁴¹⁹ Dönme ile borç ilişkisi devam etmekte, sadece tarafların önceki ifaları değişmekte ve iade yükümlülükleri doğmaktadır.⁴²⁰ Bu durumda sözleşme ilişkisi devam ettiği için 10 yıllık zamanaşımı söz konusu olur.⁴²¹

Arsa payı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu yönündeki tartışmalara daha önceki bölümlerde değinilmişti. Bu tartışmalar doğrultusunda arsa payı inşaat sözleşmesinin; ani edimli bir sözleşme olduğu kabul edildiğinde sözleşmeden geriye yönelik şekilde dönülebileceği kabul edilebilirken, sürekli edimli sözleşmesi görüşü kabul edildiğinde ise sözleşmeden geriye yönelik dönmenin mümkün olmadığı sözleşmenin ancak ileriye yönelik feshinin mümkün olduğu açıklanmıştı. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984, 3/1 Sayılı kararı ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani sürekli karmaşık edimli olduğuna hükmedilmiştir. Yargıtay bu kararında arsa sahibinin haklı nedeniyle sözleşmenin feshi ile yüklenicinin temerrüdünden kaynaklanan feshe göre farklı değerlendirmeler yapılması gerektiğine değinmiştir.⁴²² Kararda, somut olaya göre karar verilmesi gerektiğini vurgulayan Yargıtay,

⁴¹⁷ ENLİ, s.167.

⁴¹⁸ ENLİ, s.167.

⁴¹⁹ EREN, (Borçlar Genel), s. 1258.

⁴²⁰ EREN, (Borçlar Genel), s. 1258.

⁴²¹ Yargıtay klasik görüşü benimsemektedir. Yargıtay 'a göre iade yükümlülükleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değerlendirilmelidir. Ancak Yargıtay kararlarında zamanaşımı olarak 10 yıl uyguladığı kararları vardır. Yarg. HGK. 2.2.1955, 1955/15 E. 1955/14 K. "*Borçlar Kanununun 108. inci maddesinin birinci fıkrası hükmü ile derpiş edilen mükellefiyet olduğundan bu borç, Borçlar Kanununun 61 - 66 ncı maddelerinde tanzim olunan sebepsiz mal edinme halinden doğan geri verme borcu sayılmaz. Bu, aktin bozulmasına kanunen terettüp eden bir borçtur ve bu sebeple de on senelik zamanaşımına tabidir.*" (ENLİ, s. 169.); EREN de sözleşmeden kaynaklandığı için zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğunu kabul etmektedir. Bkz. EREN, (Borçlar Genel), s. 1259.

⁴²² Yarg. İBK 25.01.1984, 1983/3 E. 1984/1 K. "... Medeni Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyumsuzluğun yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyumsuzluğa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkileride olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı

büyük oranda tamamlanmış bir inşaat için, sözleşmeden geriye yönelik dönmenin TMK m.2 gereğince hakkaniyetli olmayacağı bu sebeple böyle bir durumda ileriye yönelik olarak feshin gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴²³ İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, kararda inşaatın önemli ölçüde tamamlanması gerektiğine değinmiş olsa da ölçü ile ilgili herhangi bir kriter belirlememiştir.⁴²⁴ Ancak Yargıtay, çoğu kararında inşaat seviyesinin %90 ve üzeri olması gerektiği görüşündedir.⁴²⁵

Sözleşmenin geriye yönelik (ex tunc) feshedilmesi halinde, sözleşme baştan itibaren hüküm doğurmayacak ve ifa edilen edimler taraflarca iade edilmek zorunda olacaktır.⁴²⁶ Bu durumda yüklenicinin edimi olan inşaat, arsa sahibinin arsasının üzerine bitişik olduğundan ve sökülemeyeceğinden ya da sökülmesinin yükleniciye herhangi bir faydası olmayacağından, yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabilecektir.⁴²⁷ Arsa sahibi ise, arsa paylarını devretmişse, tekrar arsa paylarının maliki

tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.”

⁴²³ GÖKYAYLA, s. 54 – 55.

⁴²⁴ GÖKYAYLA, s. 55.

⁴²⁵ Yarg. 23. HD. 18.9.2013, 2013/3436 E. 2013/5497 K. “Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da tarafların sözleşmenin etkisinden kurtulmaları, başka bir anlatımla, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi gerekir. Geriye etkili fesihle alacaklı 818 Sayılı B.K.nın 108/1 maddesine dayanarak yükleniciye veya onun halefi durumundaki kişilere verdiği tapuları geri isteyebilir. Geriye etkili fesih en önemli sonucu da tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına getirilmeleridir. Bunun anlamı tarafların hiç sözleşme yapılmamış gibi sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönmeleridir. Kısaca söylemek gerekirse, geriye etkili fesihle yükleniciye inşaatın fesih tarihindeki fiziki durumuna uygun bağımsız bölüm verilmez. Feshin geriye etkili olacağı konusunda taraf iradelerinin uyuşmaması halinde mahkemece geriye etkili feshin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Bu kapsamda öncelikle mahkemece, ilgili Belediye Başkanlığı'ndan inşaat ruhsat başvurusuna dair tüm dosya celbedilip, inşaatın sözleşmeye, plan ve projesine, ruhsat ve imar mevzuatına ve mimari projeye uygun olup olmadığı, Belediye Başkanlığıyla yazışmalar da yapılarak saptanmalı, projeye uygun değil ise ruhsata aykırılıkların giderilip giderilemeyeceği belirlenmeli, giderilemeyecek ise davacının geriye etkili fesih hakkının doğduğu kabul edilmelidir. Yasal hale getirme olanağı varsa, bu taktirde davalı yükleniciye yetki ve uygun süre verildikten sonra anılan hususların verilen makul sürede giderildiğinin davalı tarafından mahkemeye bildirilmesi halinde mahkemece mahallinde uzman bilirkişi refakatinde keşif ve inceleme yapılarak, inşaat seviyesi araştırılmalıdır. İnşaatın seviyesi, 25.1.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda T.M.K.nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Dairemizin, gerekse Yargıtay H.G.K.'nin kararlarında belirtildiği gibi, inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalıdır.” Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 23. HD. 31.1.2019, 2016/2791 E. 2019/229 K. , Yarg. 23. HD. 5.7.2018, 2016/1968 E. 2018/4005 K.

⁴²⁶ ERMAN, s. 109.

⁴²⁷ ERMAN, s. 109; Yarg. 15. HD. 21.7.2005, 2005/2182 E. 2005/4441 K. “Sözleşmesinin geriye etkili olarak feshi halinde taraflar fesihden önce edimde bulunmuşlarsa bunları geri vermeleri gerekir. Davalı arsa sahibinin yükleniciye ödediği bedel ve üzerine geçirdiği arsa payı yoktur. Yüklenici ise fesihle ilgili mahkeme kararında kabul edildiği üzere proje ve ruhsatına göre inşaatı % 45 seviyesinde yapmıştır. Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp yükleniciye iadesi düşünülemeyeceğinden imara, projesi ve ruhsatına uygun yararlanılması mümkün ve arsa sahibinin mal varlığında artışa neden olan imalat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yükleniciye verilmesi gerekir.”

olacaktır. Bu durumda yüklenicinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, sadece fiili zararını talep edebilmesi, kar payı talep edememesi bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Yüklenicinin temerrüde düşmesi için kusurlu olmasına gerek yoktur. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi için yüklenicinin temerrüde düşmesi ve verilen ek sürede aynen ifayı gerçekleştirmemesi yeterlidir.⁴²⁸ Bu sebeple kusuru olmayan yüklenicinin sadece fiili zararının karşılanmasını hakkaniyete uygun bulmayan yazarlar ile inşaatı bitiremeyen yüklenicinin inşaatı bitirmiş yüklenici gibi kar payı almasının hakkaniyete aykırı olduğunu savunan yazarlar arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır.⁴²⁹ Kanımızca burada kusurlu yüklenicinin kar payı talep edebilmesinin hakkaniyete aykırı olması kadar kusursuz yüklenicinin kar payı talep edememesinin de hakkaniyete aykırı olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu durumda kusura göre bir ayırım yapıldıktan sonra, kusursuz yüklenicinin tamamlamış olduğu orana göre kar payına hükmedilmesinin daha adil olacağını söylemek yerine olacaktır.

Bir başka husus üzerinde durulması gereken husus ise sözleşmeden dönme halinde ifaya eklenen cezai şartın talep edilip edilmeyeceği hususudur. Yargıtay bazı kararlarında sözleşmeden dönme halinde cezai şartın talep edilemeyeceğine,⁴³⁰ bazı kararlarında

⁴²⁸ ENLİ, s. 156.

⁴²⁹ Bu konudaki görüşleri savunan yazarlar için bkz. **ERMAN**, s. 109 – 110, dn. 108 – 109.

⁴³⁰ Yarg. 23. HD. 5.5.2014, 2013/6814 E. 2014/3439 K. “Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, TMK'nın 706, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 213, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakim kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri fesihle birleşmediği sürece ancak mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri fesihle birleşmediği sürece ancak mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır. Fesih, sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yönelik, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farzedilerek hüküm doğurur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan tazminatı talep hakkı Kanundan doğan bir haktır. (BK'nın m.106/II) Gecikme tazminatına, işin sözleşmesine göre teslimi gereken tarihten, bağımsız bölümün teslim edildiği tarihe kadarki süre için ihtirazi kayıt aranmaksızın hükmolunur. Gecikme tazminatı, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, zararın kanıtlanması koşuluyla, zamanaşımı süresi içerisinde, her zaman, râyiç üzerinden istenebilir; sözleşmede kararlaştırılmışsa, ayrıca zararın kanıtlanmasına gerek yoktur; çünkü, taraflar gecikme zararını baştan kabul ettikleri için, bu kabul hükmü tarafları bağlar. Oysa, BK'nın 158/2. fıkrasında düzenlenen gecikme cezası (ifaya ekli cezai şart), ortada zarar olmasa dahi (BK m.159/I), sadece sözleşmede kararlaştırılmış ise istenebilir; aksi takdirde talep edilemez. Cezai şart, asıl borca bağlı olup, muaccel olmadan önce fer'i niteliktedir. Dolayısıyla, eserin teslimi ile asıl borç düşünce, fer'i borç olan gecikme cezası da düşer

(BK m.113/I). Onun için eseri teslim alırken ihtirazi kayıt (çekince) dermeyan etmek gerekir (BK m.158/II, son). Yani, sözleşmede aksi bir düzenleme yok ise cezayı isteme hakkı saklı tutularak, eser teslim alınmalıdır.

Oysa, gecikme tazminatı, asıl edim borcunun yanında bağımsız bir borç olup, fer'i nitelikte değildir. Bu nedenle, gecikme tazminatını talep edebilmek için eseri teslim alırken, sözleşmede aksi bir düzenleme yok ise, ihtirazi kayıt (çekince) koymaya gerek yoktur. İfaya ekli cezai şart istenebilmesi için inşaatın yüklenici tarafından davacı arsa sahibine süresinde teslim edilmemiş olması gerekir. Teslimden sonra bu cezanın istenebilmesi, sözleşmede ihtirazi kayda gerek olmaksızın cezai şart istenebileceğine dair bir hüküm bulunmadıkça teslimin ihtirazi kayıtla yapılmasına bağlıdır. Açık feragat veya ifayı çekincesiz kabul halinde cezai şart isteme hakkı düşer. Gecikme tazminatı ve ifaya ekli cezai şart, olumlu zararlardan olup, sözleşmenin ifasını bekleyen bir arsa sahibinin, gecikme tazminatını yada cezai şartı, davadan önce tarafların fesih iradeleri birleşmediği ya da sözleşmenin feshi isteminde haklı olmadığı mahkemece kabul edildiği takdirde isteyebileceği ilke olarak kabul edilmelidir.

Somut olayda, taraflar arasındaki sözleşmenin inşaatın süresi başlıklı 5. maddesinde "...şayet müteahhit yukarıda yazılı koşullara riayet etmekle birlikte, arsa sahiplerinin sözleşmeye bağlı olarak müteahhidin husule gelecek gecikmelerinden dolayı sözleşmesel ve yasal olarak doğacak fesih haklarını kullanmamaları ve sözleşmenin devamı yönünde hareket etmeleri halinde bu takdirde işin yapım süresi olan 20 ayın sonunda bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde 6 ay için müteahhit gecikilen her ay karşılığında her bağımsız bölüm için aylık 750,00 (yediyüzelli) YTL'yi arsa sahiplerine cezai şart olarak ödemeyi ve tahsilini taraflarca tenkisi ve itirazı kabil olmamak ve gayri kabili rücu olarak kabul eder...) hükmünü içermektedir. Taraflar bu hüküm ile gecikme tazminatı (kira) değil, ifaya ekli cezai şart (BK 158/2) kararlaştırmış olup, mahkemenin bu talebi, koşulları ve sonuçları farklı olan gecikme tazminatı olarak nitelendirmesi, hüküm fıkrasında cezai şart ile kira kavramlarının aynı anlamda kullanılması, fesih isteminde haklı olmadığı dava sonunda belirlenen arsa sahibinin ilke olarak olumlu zarar isteminin kabulü gerektiğinin gözetilmemesi doğru olmamıştır." Yarg. 15. HD. 29.9.2010, 2009/4080 E. 2010/4892 K. "Sözleşmenin 7. maddesinde "yüklenici taahhüt edilen işin tamamını 23.12.2005 tarihine kadar tamamlamadığı takdirde günlük 1.666,20 YTL ceza uygulanacaktır" denilmek suretiyle gecikme halinde yüklenici aleyhine cezai şart kararlaştırılmıştır. Sözleşmede fesih halinde dahi cezanın istenebileceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Kararlaştırılan ceza Borçlar Kanunu'nun 158/11. maddesinde tanımlanan ifaya ekli ceza olup, sözleşmenin varlığını sürdürdüğü sürece istenebileceğinden feshi halinde talep edilmesi mümkün değildir (Dairemizin 18.03.2008 gün 2007/2159 Esas 2008/1743 Karar sayılı ilamı ile benzer içtihatları). Davalı-karşı davacı iş sahibince sözleşme 26.02.2006 tarihinde feshedilmiştir." Yarg. 15. HD. 22.9.2014, 2014/200 E. 2014/5334 K. "Mahkeme tarafından sözleşmenin 14. maddesinin davalular tarafından ihlal edilmesi nedeniyle davacı lehine cezai şart alacağına hükmedilmiş ise de, sözleşme konusu edimin eksik ifa edilmesinde davalı yüklenicilerin bir kusuru olmadığı gibi sözleşmede kararlaştırılan cezai şart türü sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 158/I maddesinde düzenlenen seçimlerlik ceza olup, akıbeti eğer taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmamışlarsa sözleşmenin ayakta kalmasına bağlıdır. Davacı 09.03.2011 tarihli ihtarı ile sözleşmenin feshedildiğini bildirdiğinden sözleşmeye bağlı fer'i borç olan cezai şart talep etme hakkını kaybetmiş olup mahkemece cezanın kısmen kabulüne karar verilmesi de doğru olmamış, kararın belirtilen nedenlerle bozulması gerekmiştir."

sözleşmenin feshi halinde dahi sözleşmede cezai şart talep edilebileceğini öngören hüküm bulunması durumunda cezai şartta hükmedilebileceğine,⁴³¹ bazı kararlarında ise sözleşme feshedilene kadar geçen süre için cezai şartın talep edilebileceğine⁴³² hükmetmiştir.

⁴³¹ Yarg. 15. HD. 6.3.2014, 2013/4386 E. 2014/1611 K. “İş sahibi S... Konut Yapı Kooperatifi ile yüklenici şirket arasında 18.7.2001 tarihinde imzalanan “S.S. A... Konut Yapı Kooperatifine ait dairelerdeki mutfak dolabı, banyo dolabı, vestiyer dolabı işleri sözleşmesi” uyuşmazlık konusu değildir. Sözleşme ile yüklenici şirket, S... Konut Yapı Kooperatifinin, A... Konut Yapı Kooperatifine ait arsa üzerine inşa edeceği apartmanın A... Konut Yapı Kooperatifine ait olan 27 adet dairesinin mutfak dolabı, genel banyo dolabı, vestiyer dolabı vs. imalatlarının yapımını, sözleşmenin 1.4 maddesinde gösterilen birim fiyatlar üzerinden üstlenmiştir. Sözleşmenin 4. maddesinde “işin süresinin 31.12.2001 tarihine kadar” olduğu belirtilmiş, 6. maddede ise “yukarıda 4. maddede belirtilen sürelerle uyulmaması durumunda geciken her gün için 150,00 TL/gün gecikme cezası kesilecektir” hükmüne yer verilmiştir. Asıl davada iş sahibi kooperatif, işin bitim süresi olan 31.12.2001 tarihinden asıl dava tarihine kadar geçen 360 gün için hesapladığı gecikme cezasının yükleniciden tahsilini istemiş, mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Yanlar arasında düzenlenen 18.7.2001 tarihli sözleşmenin 17. maddesinin (2) bendinde, “anlaşma hükümlerine uyulmaması hallerinde S... 'un 3 gün süreli ihtarnamesine rağmen ihtarname gereklerinin yerine getirilmemesi hallerinde başka ihtar ve hüküm olmaya gerek kalmaksızın S... 'ca sözleşme feshedilecektir” hükmü yer almaktadır. Bu hükme dayanılarak iş sahibi kooperatif tarafından gönderilen 12.9.2002 tarihli ihtarname ile 20 gün cezalı süre verildikten sonra sözleşme feshedilmiştir.

Kural olarak sözleşmenin feshi halinde olumlu zarar niteliğindeki ifaya ekli gecikme cezası istenemez. Cezai şart (sözleşme cezası) sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere, borçlunun alacaklıya önceden taahhüt ettiği bir edimdir. Cezai şart kararlaştırıldığı sözleşmenin bir hükmü ve bu şartın gerçekleşmesi üzerine doğan alacak da aynı sözleşmeden doğan fer'i bir alacak olduğundan, sözleşmenin feshi üzerine istenemez. Şu halde sözleşmeden dönen iş sahibi nasıl ki bu sözleşmeden doğan hiçbir hakkı ileri süremiyorsa kural olarak ifaya ekli cezai şartın ifasını da isteyemez. Taraflar, ifaya eklenen ceza ile asıl borcun zamanında ve belirlenen yerde ifa edilme ihtimalini kuvvetlendirmek istediğinden cezanın istenebilmesi için alacaklının ifayı talepten vazgeçmemesi gerekir. Başka bir deyişle sözleşme feshedilmemelidir. İfaya eklenen cezai şart kural olarak, ancak ifa ile birlikte talep edilebilirse de taraflar sözleşmelerinde akdin feshi halinde dahi cezanın istenebileceğini kararlaştırabilirler. Somut olayda 18.7.2001 tarihli sözleşmenin 17/e maddesinde, “süre sonu cezasının 20 günü geçmesi” halinde iş sahibi kooperatif tarafından sözleşmenin feshedileceği haller arasında sayılmıştır. Sözleşmenin 6. maddesindeki ceza 818 Sayılı Borçlar Yasası'nın [158/11.](#) maddesinde düzenlenen ifaya ekli ceza niteliğinde olup kural olarak fesih halinde istenemez ise de, sözleşmenin 17/c maddesindeki hüküm uyarınca feshedilemeyecek süre olarak kabul edilen 20 gün için gecikme cezası istenebileceği anlaşılmaktadır. Bu sebeple sözleşmenin 6. maddesinde kararlaştırılan gecikme halinde alınacak cezaya dair hüküm uyarınca feshedilemeyen cezalı süreye dair 20 günlük süre için gecikme cezası hesaplanıp hükmedilmelidir. Ne var ki, davalı yüklenicinin hakedişlerden yapılan teminat kesintileri sebebiyle doğan alacağı asıl davada mahkemece, hesaplanan gecikme cezasından mahsup edilmiş ve bu husus taraflarca temyize konu edilmemiştir. Bu durumda hesaplanacak gecikme cezasından teminat kesintisinin mahsubuyla oluşacak sonuç çerçevesinde hüküm kurulmalıdır. Mahkemece 307 gün üzerinden gecikme cezası hesabı yapan bilirkişi görüşüne sıkı sıkıya bağlı kalınarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”

⁴³² Yarg. 15 HD. 4.4.2011, 2010/7438 E. 2011/2040 K. “Yanlar arasında Seferihisar Noterliğinde düzenlenen 22.04.1998 gün 2376 yevmiye nolu Düzenleme Şeklinde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İnşaat Süresi ve Seyri başlıklı 6. maddesinde inşaat ruhsatı alınmasından itibaren tüm binaların 36 ayda anahtar teslimi hale getirileceği, arsa sahiplerine ait 23 adet dairede mücbir sebepler hariç gecikme halinde geçen her ay için kooperatifin daire başına 100 Dolar ceza ödeyeceği, ancak bu cezalı sürenin 6 ayı geçmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeyi tek taraflı fesih etme yetkisine haiz olduğu kararlaştırılmış, aynı noterlikte düzenlenen 26.03.2001 gün 1430 yevmiye nolu ek sözleşmeyle asıl sözleşmenin 6. maddesindeki inşaat ruhsatının alınmasını müteakip 36 ay olup 09.09.2001 tarihinde bitecek olan inşaat süresinin bu tarihten, yani 09.09.2001 tarihinden itibaren 10 aylık ek süreyle 09.07.2002 tarihine kadar uzatılmıştır. Dosya kapsamına göre davalı yüklenicinin uzatılan sürede de edimini yerine getirmediği ve davacı arsa sahiplerine ait bağımsız bölümleri bitirip teslim etmediği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre fesih halinde

Doktrinde de sözleşmeden dönme halinde cezai şartta hükmedilemeyeceği görüşü kabul görmektedir, ancak Yargıtay'ın sözleşmeden dönme sonucu cezai şart ile sadece menfi zararların tazmin edileceği, müspet zarar olan cezai şartta hükmedilemeyeceği şeklindeki gerekçesi eleştirilmektedir.⁴³³ Sözleşmenin mahkeme kararının kesinleşmesi ile ileriye yönelik olarak feshedilmesi durumunda, temerrüt ile feshin kesinleşmesi arasındaki süre için cezai şartın talep edilebileceği görüşüne⁴³⁴ katılmaktayız.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucu sözleşmeden dönen arsa sahibi, menfi zararlarının karşılanmasını yükleniciden talep edebilir. Menfi zararın talep edilebilmesi için, yüklenicinin kusurunun bulunması gereklidir.⁴³⁵ Menfi zarar, sözleşme hiç yapılmayı, alacaklının sahip olduğu malvarlığına geri dönülmesini amaçlayarak hesaplanan zarar türüdür.⁴³⁶ Menfi zarar ile alacaklı fiili zararını ve yoksun kalınan karını talep edebilir. Fiili zarar, arsa sahibinin pasifindeki artış ve aktifindeki azalış olarak gösterilir.⁴³⁷ Örnek olarak, arsa sahibinin sözleşme gereği yükleniciye önceden devretmiş olduğu arsa payları verilebilir. Yoksun kalınan kar ise, müspet zarardan farklı olarak sözleşme hiç yapılmayı arsa sahibinin malvarlığı durumu dikkate alınarak hesaplanır.⁴³⁸ KIRKBEŞOĞLU, menfi zararın kapsamına giren durumları aynen şöyle aktarmıştır: "... [S]özleşme görüşmeleri için yapılan seyahat, konaklama, davet, toplantı masrafları, noter ücretleri gibi masraflar, sözleşme nedeniyle yapılan hazırlıklardan kaynaklanan masraflar, sözleşme nedeniyle katlanılan fedakarlıklar, iş sahibinin sözleşme nedeniyle yükleniciye verdiği ve geri alamadığı ya da teslim ettiği değerden eksik şekilde geri alabildiği şeylerden kaynaklanan zararlar, sözleşmeye güven yüzünden kaçırdığı fırsatlar, sözleşmeden dönme üzerine işin diğer yükleniciye verilmesi halinde işin zamanında bitirilecek olduğunun ispatı halinde inşaatın zamanında bitirilmesi fırsatının kaçmasından kaynaklanan kira kaybı gibi zararlar, inşaatla ilgilenebilmek için kendi mesleki faaliyetini ihmal eden iş sahibinin bundan kaynaklanan zararları gibi zararların olumsuz zarar kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekir."⁴³⁹

sözleşmede kararlaştırılan BK'nın 158/II. maddesine uygun ifaya ekli gecikme cezası ya da müspet zarar kapsamındaki gecikme tazminatının talep edilmesi mümkün değil ise de; sözleşmedeki cezai şart gecikme halinde fesih edilemeyen süreyle ilgili olarak kararlaştırılmış olduğundan, bu hüküm gereğince yüklenici temerrüdü gerçekleşse dahi belirtilen süre geçinceye kadar arsa sahibinin sözleşmeyi fesih etmesi mümkün değildir. Bu halde davacı arsa sahibi daha sonra fesih hakkını kullansa dahi fesih edilemeyen cezalı süreyle sınırlı olarak gecikme cezası ya da tazminatını isteyebilir."

⁴³³ Bu konudaki görüşleri için bkz. GÖKYAYLA, s. 60 – 61.

⁴³⁴ ERMAN, s. 119; GÖKYAYLA, s. 61 – 62; KIRKBEŞOĞLU, s. 74 – 75.

⁴³⁵ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 259.

⁴³⁶ EREN, (Borçlar Genel), s. 1259 – 1260; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 259.

⁴³⁷ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 259.

⁴³⁸ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 259.

⁴³⁹ Naklen, KIRKBEŞOĞLU, s. 78 – 79.

Menfi zararın karşılanması için yüklenicinin kusuru bulunması gerektiğinden, yüklenici kusurunun bulunmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.⁴⁴⁰ Menfi zararın talep edilebilmesi 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.⁴⁴¹

bb) Seçimlik Hakların Kullanılması Şartları

aaa) Arsa Sahibinin Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre Vermelidir.

TBK m.123 uyarınca “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.*” Uygulamada uygun süre verilmesini mahkemeden talep etmek mümkün görülmemektedir, usulen bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygun süre verilmesi veya diğer adıyla mehil verilmesi herhangi bir şekle tabi değildir, ancak tacirler, TTK m.18/3 gereğince noter aracılığıyla, telgrafla, iadeli taahhütlü mektupla ya da güvenli elektronik imzayla gönderilmiş elektronik posta yoluyla mehil vermelidir.⁴⁴² Süre verilmesinin amacı yükleniciye son bir şans tanımak olup, sözleşmeyi ayakta tutma çabasıdır.⁴⁴³ Süre, alacaklı veya vekili tarafından borçlu veya vekiline verilir.⁴⁴⁴ Sürenin verilmesi için borcun zamanaşımına uğramamış olması gerekir, çünkü zamanaşımına uğrayan borç eksik borç olduğundan temerrüt söz konusu olmayacaktır.⁴⁴⁵ Süre verilmesi de temerrüdün şartlarından olan ihtar gibi hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olup, yükleniciye varması gerekmektedir.⁴⁴⁶ Alacaklı yani arsa sahibi, yükleniciyi temerrüde düşürmek için ihtar gönderdiğinde ihtarla birlikte ek süre de tayin edebilir. TBK m.123 gereğince arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için ilk şart uygun bir süre vermesidir, ancak hangi seçimlik haklar için süre vereceği konusuna da değinilmelidir. Borçlunun temerrüde düşmesiyle aynen ifa yükümlülüğü devam eder, bu yüzden aynen ifa için süre verilmesine gerek yoktur, ancak gecikme tazminatını talep edebilmek için ek süre verilmelidir.⁴⁴⁷ Borçlunun temerrüde düşmesi sonucu ödeyeceği temerrüt faizi için de kusur, zarar ve ek süre şartı aranmamaktadır.⁴⁴⁸ Arsa sahibinin, aynen

⁴⁴⁰ KIRKBEŞOĞLU, s. 79.

⁴⁴¹ KIRKBEŞOĞLU, s. 79.

⁴⁴² SÜTÇÜ, s. 995.

⁴⁴³ EREN, (Borçlar Genel), s. 1245.

⁴⁴⁴ EREN, (Borçlar Genel), s. 1246.

⁴⁴⁵ EREN, (Borçlar Genel), s. 1246.

⁴⁴⁶ EREN, (Borçlar Genel), s. 1247; SÜTÇÜ, s. 994.

⁴⁴⁷ SÜTÇÜ, s. 993.

⁴⁴⁸ EREN, (Borçlar Genel), s. 1233 – 1234.

ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmin edilmesini talep etmesi durumunda ek süre verilmesi gerekmektedir.⁴⁴⁹

Arsa sahibi tarafından verilen sürenin geçerli olabilmesi için üç şart bulunmalıdır. Bunlardan ilki *süre verilmesi beyanında ifa açıkça talep edilmelidir*. Arsa sahibi hangi borç için süre verdiğini ve sürenin sonunda ifanın gerçekleşmesi talebini açıkça belirterek süre vermelidir.⁴⁵⁰ İkinci şart ise, *verilen ek süre uygun olmalıdır*. Arsa sahibinin inşaatın tamamlanamayacağı kadar çok kısa bir süre vermesi TMK m.2'ye aykırılık teşkil edecektir. Ancak bu durumda ek sürenin uygun süre olarak mı verildiğinin varsayılacağı yoksa hükümsüz mü olacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, kısa sürenin borçluya ulaşması ile alacaklının beyanında belirttiği süre değil uygun süre başlar ve uygun sürenin bitmesi ile borçlu borcunu ifa etmelidir.⁴⁵¹ Bazı yazarlara göre ise uygun süre verilmemesi halinde süre verilmesi hükümsüz olup, alacaklı seçimlik haklarını kullanamayacaktır.⁴⁵² Kısa süre verilmesi durumunda borçlu bu süreye itiraz etmezse, süreyi kabul etmiş sayılır ve bu süre içinde ifade bulunması gerekir.⁴⁵³ Süre kısa olabileceği gibi çok uzun da olabilir. Uzun süre verilmesi durumunda alacaklı olan arsa sahibi kendi beyanıyla bağlıdır ve ifanın uygun sürede gerçekleşmediğini ileri sürerek seçimlik haklarını kullanamaz.⁴⁵⁴ Ancak bu durumda borçlu ifa için sürenin bitimini beklemek zorunda değildir. TBK m. 315/2, TBK m.361/2 gibi kanunen süre verilmesi durumunda alacaklı bu süreleri uzatabilse de kısaltamaz.⁴⁵⁵ Son şart ise, *verilen sürenin belirli olmasıdır*. Bazı yazarlar, sadece süre verilmesinin yeterli olduğunu, sürenin ne kadar olacağı konusunda alacaklının borçluyu yetkilendirebileceğini savunmaktadır.⁴⁵⁶ Bazı yazarlar ise, sürenin belirli bir zamanı işaret etmesi gerektiğini aksi takdirde ek süre verilmediğini savunmaktadırlar.⁴⁵⁷

TBK m.123 'de süre verilmesi gerektiğine hükmedilmiş olmakla birlikte, TBK m.124 uyarınca "*Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur*:"

1. *Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa.*

2. *Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararlı kalmışsa.*

⁴⁴⁹ SÜTÇÜ, s. 993.

⁴⁵⁰ SÜTÇÜ, s. 993.

⁴⁵¹ KURT, s. 241.

⁴⁵² SÜTÇÜ, s. 994, dn. 79 - s.995.

⁴⁵³ SÜTÇÜ, s. 994.

⁴⁵⁴ SÜTÇÜ, s. 994.

⁴⁵⁵ SÜTÇÜ, s. 994.

⁴⁵⁶ SÜTÇÜ, s. 995.

⁴⁵⁷ EREN, (Borçlar Genel), s. 1247.

3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa.”

Ek süre verilmesine gerek olmayan ilk durum yüklenicinin durum ve tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağına anlaşılması halidir. Bu olasılıkta, yüklenicinin yani borçlunun durumundan ya da tutumundan ifayı gerçekleştirmeyeceği açıkça ve kesin olarak anlaşılıyorsa ek süre verilmeden seçimlik haklar kullanılabilir.⁴⁵⁸ Yargıtay, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça beyan ettiği durumlarda süre verilmesi etkisiz olduğundan ek süre verilmesinin gerek olmadığına hükmetmiştir.⁴⁵⁹ Aynı şekilde borçlu borcunu inkar ederse veya edimin gerçekleşmesi imkansız ise örneğin, yüklenici inşaatı terk etmişse ek süre verilmesine ihtiyaç yoktur.⁴⁶⁰

Ek süre verilmesine ihtiyaç duyulmayan ikinci husus ise, borcun ifasının artık alacaklı için bir fayda taşımaması durumudur. Alacaklının özellikle önemli ve belirli bir gün için edimin gerçekleşmesine ihtiyaç duyduğu durumlarda borç ifa edilmemişse artık ifanın hiçbir anlamı kalmaz. Bu durumda borçlunun zamanında borcu ifa etmemesi halinde ifanın alacaklı açısından faydasız olacağını borçlunun bilmesi gerektiği ya da bilmesi önem taşımaz.⁴⁶¹ Farklı bir görüşe göre ise, durumu bilmeyen borçlunun belirli bir oranda ifayı tamamlaması göz ardı edilmemelidir ve alacaklı açıkça durumu belirtmediyse ek süre verilmelidir.⁴⁶² Bir başka görüş ise, alacaklının özel durumunun bulunmadığı hallerde borçlu

⁴⁵⁸ EREN, (Borçlar Genel), s. 1247.

⁴⁵⁹ Yarg. 13. HD. 27.3.1997, 1997/2055 E. 1997/2616 K. “Mahkeme kararına esas alınan bilirkişi raporunda; davalılardan Emlak Konut A.Ş.'nin davacıya gönderdiği 8.6.1993 tarihli yazı ve ek yazıya göre; inşaatın durduğu, edimini şimdilik ifa edemeyeceğini bildirdiği, bu beyanları ile davalının kendiliğinden temerrüde düştüğünü, davacının ayrıca ihtar çekmesine gerek olmadığını, davacının da aynen ifada direndiğine göre 1993 yılı Ocak ayı için 3.500.000 TL., 1994 yılı Ocak ayı için de 5.600.000 TL., 1995 Ocak ayı için de 12.500.000 TL.; toplam 21.600.000 TL. isteyebileceği belirtilmiş ve bu bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Bilirkişi raporu ve mahkemenin gerekçesi, davacının davalıyı temerrüde düşürmesi için ihtar çekilmesine gerek olmadığı yönünden doğru olmakla birlikte, kesin teslim tarihi ispat edilemediğinden temerrüdün başlangıcı yönünden yanlıştır. Şöyleki; taşınmaz satışı, karşılıklı taahhütleri havi olan bir akittir. İki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil veya münasip mehlin tayinini hakimden ister (BK. madde 106). Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirlerin tedbirsiz olacağı anlaşılırsa, mehil tayinine lüzum yoktur (BK., madde 107/1). Bu hükümler doğrultusunda maddi olay incelendiğinde, davalı Emlak Konut A.Ş. davacıya yazdığı 8.6.1993 tarihli yazı ve ek yazı ile edimini şimdilik ifa edemeyeceğini belirttiğinden, BK.nun 107/1. maddesi uyarınca davalı kendi beyanıyla temerrüde düşmüş olup ,kesin teslim tarihi de ispat edilemediğinden, temerrüt tarihinin 8.6.1993 tarihi olduğunun kabulü gerekir. Davacı da, 18.6.1993 tarihli ihtarı ile akdin fesih nedenleri olmadığını için akdin ifası ile birlikte geçikme tazminatını işlediğinden, 8.6.1993 tarihinden sonraki süreler yönünden kira yoksunluğu tazminatı isteyebilir. O halde, 1993 yılı Ocak için istenilen ve bilirkişice 3.500.000 TL. olarak tespit edilen kira yoksunluğu tazminat talebinin reddine, 1994 yılı Ocak ayı için 5.600.000 TL., 1995 Ocak ayı için 12.500.000, toplam 18.100.000 TL.'nin davalı Emlak Konut A.Ş.'den tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.”

⁴⁶⁰ SÜTÇÜ, s. 996.

⁴⁶¹ EREN, (Borçlar Genel), s. 1248.

⁴⁶² DEMİR, s. 91.

borcun ifasının zamanında olmaması halinde ifanın alacaklıya faydasız olacağını anlayabilecek durumda ise ek süre verilmemelidir.⁴⁶³ Borcun ifası temerrüt sebebiyle değil de başka bir nedenle alacaklıya fayda sağlamıyorsa, ek süre verilmeden seçimlik haklar kullanılamaz.⁴⁶⁴

Ek süre verilmesine ihtiyaç duyulmayan üçüncü ve son durum ise, *kesin vadenin bulunmasıdır*. Belirli vade bulunması durumunda ihtarda bulunmaya gerek olmadan yüklenici temerrüde düşecektir. Seçimlik hakların kullanılması için de kesin vadenin bulunması durumunda ek süre verilmesine gerek yoktur. Kesin vade, tarafların iradesi ile belirlenen ve sözleşmenin belirtilen zamanda kesin olarak ifa edilmesi gerektiğini dile getiren vadedir.⁴⁶⁵ İnşaatın başlanmasından itibaren iki yıl içerisinde bitirilmesi belirli vadeye örnekken, inşaat kesin olarak 15 Ocak 2021 tarihinde bitirilmelidir hükmü ise kesin vadeye örnektir. Taraflar, kesin vadenin dolması ile birlikte artık ifayı kabul etmeyecekleri yönündeki beyanlarını açıkça dile getirmiş olmalıdır.⁴⁶⁶ Doktrinde kesin vade için “kesin olarak, mutlaka, en geç, tam” gibi ifadelerin kullanılması gerektiği şeklinde bir görüş vardır.⁴⁶⁷ Ancak Yargıtay bazı kararlarında sadece tarihin belirtilmesi halinde de kesin vadeden söz edilebileceğine hükmetmiştir.⁴⁶⁸ Doktrinde de bazı yazarlar, kesin vade için tarafların iradelerinin açık olmasının gerekmediği, davranış ve tavırlarından da vadenin kesin olabileceğinin anlaşılacağı ya da vade sözleşme için esaslı unsur konumunda ise kesin vadeden söz edilebileceğini savunmuşlardır.⁴⁶⁹

Kesin vadenin bulunması durumunda arsa sahibi, seçimlik haklarını kullanabilmek için ek süre vermek zorunda değildir. Ancak arsa sahibi, bu hakkından açıkça vazgeçip ek süre verebilir veya zamanında teslim edilmeyen bağımsız bölümleri kabul edebilir⁴⁷⁰ ya da

⁴⁶³ DEMİR, s. 91.

⁴⁶⁴ DEMİR, s. 91.

⁴⁶⁵ EREN, (Borçlar Genel), s. 1248.

⁴⁶⁶ SÜTÇÜ, s. 996.

⁴⁶⁷ DEMİR, s. 92.

⁴⁶⁸ Yarg. 15. HD. 31.3.2004, 2003/5268 E. 2004/ 1816 K. “Yanlar arasındaki 18.5.1998 ve 23.7.1998 tarihli sözleşmelerin 10. maddesinde eserin 31.5.2001 tarihinde teslim edileceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmedeki bu vade, BK.'nın 101 /son maddesince tarafların birlikte kararlaştırdıkları kesin teslim süresini ifade eder. İşinin ehli ve basiretli tacir olan yüklenici her türlü ihtimali gözetenerek teslimi bu tarihte yapacağını vaad etmiş olduğundan sonradan kabul edilmesi olanaksız bazı sebepleri ileri sürerek (somut olayda yola terk işlemlerinin yapılması ... gibi) teslim süresinde gecikildiği savunmasına sığınamaz. O halde, mahkemece yapılması gereken iş; 31.5.2001 olan teslim tarihi ile gecikilen dönem arasındaki arsa sahibinin sözleşmenin 10. maddesine dayanarak isteyebileceği kira kaybı alacağını bilirkişiye hesaplatmak, sonucu doğrultusunda hüküm kurmaktan ibarettir. Değinen yön gözardı edilerek somut olaya uymayan Dairemiz kararlarından bahsölunup davanın reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır.”

⁴⁶⁹ EREN, (Borçlar Genel), s. 1249.

⁴⁷⁰ Arsa sahibinin teslim alması yeterli değildir. Gecikmiş ifayı kabul etmesi gerekmektedir.

seçimlik hakkın kullanılmasının ikinci şart olan hakkı derhal kullanmayı gerçekleştirilmeyerek zımnen de feragat edebilir.⁴⁷¹

bbb) Arsa Sahibi Seçimlik Haklarını Derhal Kullanmalıdır.

Arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için ikinci şart ise hakkı derhal kullanmasıdır. Arsa sahibi, seçimlik hakkını kullandığını derhal bildirmezse, aynen ifayı talep ettiği kanısına varılır ve seçimlik haklarını kullanamaz.⁴⁷² Ancak arsa sahibi ek sürenin bitimiyle seçimlik hakkını derhal kullanmazsa ve tekrar süre verirse bu yeni sürenin bitiminde seçimlik haklarını kullanabilmesine engel yoktur.⁴⁷³

F) Yüklenicinin Ayıptan Dolayı Sorumluluğu

1) Yüklenicinin Ayıptan Dolayı Sorumluluğunun Şartları

a) İnşaat Arsa Sahibine Teslim Edilmiş Olmalıdır.

TBK m.474 uyarınca “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.” Bu hüküm gereğince eser teslim edildikten sonra ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanabilir. Teslimden önce ayıp hükümleri uygulanamayacaktır, bu durumda yüklenicinin temerrüdü hükümlerine başvurulacak ya da TBK m.473/2 “Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir” hükmü uyarınca yükleniciye süre verilebilecektir.⁴⁷⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin tesliminin, ifa olduğuna değinilmişti. Bu bağlamda, ayıptan sorumluluk için de yüklenicinin

⁴⁷¹ SÜTÇÜ, s. 997.

⁴⁷² SÜTÇÜ, s. 1022.

⁴⁷³ Yarg. 15. HD. 31.1.1994, 1993/881 E. 1994/435 K. “5.6.1991 tarihi için ifasının gerektiği kesin bir vadeyi (B.K. 107. md.) içermekteyse de, belirtilen tarihte davacı fesih hakkını kullanmadığı gibi, davalıya çektiği (18.6.1991) ve (29.1.1992) günlük ihtarlar ile kira bedeli istemiş ve böylece davalıya kesin bir süre de vermediğinden akit süresiz hale gelmiştir. Nitekim, bu tarihler arasında davalının inşaatına devam ettiği ve inşaat seviyesini de yaklaşık %85 nispetine getirdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının akdi feshi B.K. 106. maddesi uyarınca davalıya münasip yeni bir mehil vermesi ve bu mehil zarfında işin ifa edilmemesi halinde mümkün iken mahkemece belirsiz hale gelen kesin vadeye dayanılarak akdin bozulması doğru görülmemiştir.”

⁴⁷⁴ KURŞAT, s. 285, dn. 754.

edimini ifa etmiş olması yani eseri teslim etmesi gereklidir. Bu durumun sebebi ise, tamamlanmamış ve teslim edilmemiş yapının hala yüklenicinin hâkimiyetinde olması sebebiyle arsa sahibinin yeterli inceleme yapamaması veya yaptırılmamasıdır.⁴⁷⁵ Teslim ile birlikte hâkimiyet arsa sahibine geçtiği için arsa sahibi bağımsız bölümlerin incelemesini daha rahat yapabilecek ve mevcut bir ayıp var ise bunun farkına varabilecektir.

b) İnşaat Ayıplı Olmalıdır.

aa) Genel Olarak

Ayıp; arsa sahibinin bağımsız bölümlerden beklediği faydayı görmesini engelleyen ya da bağımsız bölümlerin verimliliğini azaltan, kullanımını zorlaştıran her türlü elverişsizliktir.⁴⁷⁶ Bir başka anlatımla ayıp, sözleşme ile belirlenen ya da işin niteliğinden dolayı olması gereken özelliklerin bulunmamasıdır.⁴⁷⁷ Başka bir tanımda ise, eserin bilime, fenne ve tekniğe uygun olmaması ayıp olarak nitelendirilmiştir.⁴⁷⁸ Bir başka tanıma göre ise, eserdeki nitelik eksikliği olmasına ya da eserin sözleşmeye uygun olmayan niteliğinin bulunmasına veya dürüstlük kuralı gereği olması gereken ile mevcut olan arasındaki farka ayıp denir.⁴⁷⁹ Ayıbın meydana gelmesi için, edimin gereği gibi ifa edilmemiş olması ya da kötü ifa edilmiş olması gereklidir.⁴⁸⁰ Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranarak eseri olması gereken gibi meydana getirmemesi durumunda kötü ifa söz konusu olur.⁴⁸¹ Bu bağlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki güven ilişkisi sebebiyle arsa sahibinin amacına ulaşmasını sağlamayan ifa ayıplı ifa sayılacaktır.⁴⁸²

Ayıplı iş ile eksik iş birbirine karıştırılmamalıdır. Ayıplı işte, tamamlanmış ancak sözleşmede kararlaştırıldığı gibi olmayan ya da dürüstlük kuralı gereğince olması gerekenden nitelik olarak daha kötü olan bir iş bulunmaktayken, eksik işte edimin bir kısmı ifa edilmemiştir.⁴⁸³ Eksik iş durumunda, ayıp hükümleri değil, ifanın tam olarak yerine getirilmemesi sebebiyle temerrüt hükümleri uygulanacaktır.⁴⁸⁴

⁴⁷⁵ KURŞAT, s. 285.

⁴⁷⁶ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 464.

⁴⁷⁷ ERMAN, s. 121; SÜTÇÜ, s. 801.

⁴⁷⁸ KOSTAKOĞLU, s. 447.

⁴⁷⁹ EREN, (Borçlar Özel), s. 643.

⁴⁸⁰ ERMAN, s. 121.

⁴⁸¹ KIRKBEŞOĞLU, s. 93.

⁴⁸² GÜR, s. 137.

⁴⁸³ KIRKBEŞOĞLU, s. 94.

⁴⁸⁴ KIRKBEŞOĞLU, s. 94.

Ayıbın varlığı öncelikle sözleşme hükümlerine göre değerlendirilmelidir,⁴⁸⁵ sözleşme hükümlerinden anlaşılabilmesi halinde mevzuata bakılmalı⁴⁸⁶ ve dürüstlük

⁴⁸⁵ Yarg. 15. HD. 14.10.2015, 2014/6621 E. 2015/5005 K. “Uyuşmazlık, 04.01.2012 günlü eser sözleşmesinden kaynaklandığından uyuşmazlığa mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Taraflar arasında düzenlenen 04.01.2012 tarihli sözleşmede 500 adet ahşap paletin kızılçam ağacından imâl edileceği kararlaştırılmıştır. Mahkemece mahallinde keşif icra edilmiş, orman bilirkişisi 22.04.2014 havale tarihli raporunda, davalının ürettiği paletlerin göknar ve ithal çam kerestesinden yapıldığı, bu ağaçların nemli ortamlarda rutubete karşı dayanıklı olmadığı, daha çok iç ortamlarda kullanıldığı, incelenen paletlerde çürüme ve kovukların oluştuğunun tespit edildiği, briket imalatı gibi işlerde ise dış etkenlere ve rutubete dayanıklı kızılçam ağacının tercih edildiği, sözleşmede ahşap paletlerin kızılçam ağacından yapılmasının kararlaştırılmış olmasına rağmen göknar ve ithal çam ağacından yapıldığı, bu durumun davacının seçimine aykırı olup, kullanım amacına da uygun olmadığı, ahşap paletlerin bu haliyle ekonomik ayıplı olup, ahşap işleri ile uğraşanların (iş yerinde ahşap kullananların) paletlerin kızılçam ağacından yapılmadığını anlayabilecekleri yönünde görüş bildirmiştir. Davacı dava dilekçesinde inşaat ve altyapı malzemeleri imâl ettiğini belirtmiştir. Davacı ahşap işi ile uğraşmadığı gibi, briket imalatında kullanılmak üzere kızılçam ağacından ahşap palet imâl edilmesini davalıdan istemiştir. Dosya kapsamından davacının, paletlerin kızılçam ağacından yapılmadığını kullanım sonucu ortaya çıkan ayıplarla öğrendiği ve bu ayıpları öğrenir öğrenmez 12.06.2012 tarihinde tespit talep ettiği, mahallinde 18.06.2012 tarihinde icra edilen keşif sonucu hazırlanan tespit raporunun davalıya 06.08.2012 tarihinde tebliğ edildiği, böylece ayıp ihbarının sürede yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacının ayıplı ifa halinde anılan Yasa'nın 360. maddesinde düzenlenen seçimlik hakkını kullanabileceği kabul edilerek davanın esasının incelenmesi gerekir. O halde sözleşmeye uygun olmayan malzemeden yapılan imalatın kabul edilemeyeceği, davacının eserin reddiyle ödenen bedelin iadesini istemekte haklı olduğunun kabulü yerine bilirkişi raporlarına yanlış anlam verilerek davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, ayıp ihbar sürelerinin Borçlar Kanunu'nun 359. ve 362. maddeleri uyarınca incelenmesi gerekirken ticari satışlarda uygulanan Türk Ticaret Kanunu'nun 23. maddesi hükmünün karara dayanak alınması da doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”

⁴⁸⁶ Yarg. 15. HD. 16.9.2015, 2015/2324 E. 2015/4470 K. “Davacı davasında davalı A-B.. Tic. Ltd. Şti.'nin 31.05.1991 tarihinde düzenlenen ihale ile Karlıova İlçe Jandarma Komutanlığı Hizmet Binası ile 10 dairesel lojman inşaatının yapımını üstlendiğini, işin 13.11.1993 tarihinde kesin kabulünün yapıldığını, binaların 23.03.2005 ve 06.06.2005 tarihinde meydana gelen depremlerde hasara uğradığını, bu hasarların kontrol teşkilatı elemanları ve teftiş inceleme raporlarıyla belirlendiğini açıklayarak uğranılan zarar karşılığı 1.068.841,25 TL'nin davalı yüklenici şirket ile diğer davalı idare elemanlarından tahsilini talep etmiştir. Mahkemece binaların projeye uygun olarak yapıp yapılmadığının yapılacak keşif ile belirlenebileceği ancak binaların davacı idare tarafından yıkılıp enkazların kaldırılmış olması nedeniyle bunun mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından davadan önce davacı idare tarafından Karlıova Sulh hukuk Mahkemesi'nin 2005/46 D. iş sayılı dosyasında delil tespiti yaptırıldığı, Jandarma Hizmet Binası ve Lojmanlar ile ilgili olarak depremlerden sonra oluşan hasarlar ile ilgili tutanaklar tutulduğu, karot deneyleri yapıldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahallinde keşif yapılarak ayıp iddiasının incelenme olanağı kalmamış ise de konusunda uzman bilirkişilerden oluşacak heyetten alınacak rapor ile tespit raporları ile hasar tutanakları, karot deney raporları incelenmek suretiyle davalı yüklenicinin her iki inşaatı sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan deprem yönetmeliğine uygun yapıp yapmadığının, ayıplı kabul edilip edilmeyeceğinin saptanması, ayıplı ise bu ayıbın kabule icbar edilip edilemeyecek düzeyde olup olmadığının belirlenmesi, eserin reddi gerekip yüklenici kusurlu ise 818 sayılı BK'nın 360. maddesinde belirtilen ayıp nedeniyle uğranılan zarar kapsamında dava tarihi itibarıyla yıkım ve yeniden yapım bedeli konusunda denetime elverişli rapor alınıp, davalı idare elemanlarının da görevlerine göre sorumluluklarının değerlendirilip sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.”

kuralı⁴⁸⁷ dikkate alınmalıdır.⁴⁸⁸ Taraflar sözleşme ile eserin niteliklerine açıkça karar verildiği durumlarda bu kriterlere uymak zorundadırlar. Bu doğrultuda şüphesiz ki; belli bir malın cinsinin belirtildiği hallerde daha az kaliteli bir mal kullanılmış ise ayıplı ifadan söz edilecektir. Aynı şekilde sözleşmede sadece asgari şartlar da belirtilebilir, bu durumda yüklenici asgari şartların altında bir yapı oluşturursa ayıptan sorumlu olacaktır.⁴⁸⁹ Ayıp yükleniciden kaynaklanabileceği gibi, yardımcılarından da kaynaklanabilecek olup, TMK m.6 gereğince arsa sahibi tarafından ispat edilmelidir.⁴⁹⁰

bb) Açık Ayıbın Bulunması Halinde

TBK m.474 'te ayıbın türüyle ilgili bir ayrıma gidilmemiştir, ancak doktrinde açık ayıp ile gizli ayıp bulunması durumuna göre farklılıklar ele alınmaktadır. Açık ayıp; eserin basit bir şekilde incelenmesiyle birlikte fark edilebilecek ve açıkça görülebilecek ayıptır.⁴⁹¹ TBK m. 474/1 uyarınca “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.” Bu hükme göre, açık ayıp bulunması durumunda arsa sahibi bağımsız bölümleri kabul ederse, yüklenici ayıba karşı sorumluluktan kurtulur.⁴⁹² Açık ayıp bulunması durumunda arsa sahibinin bağımsız bölümleri kabul etmesi sorumluluğun ortadan kalkması için yeterli değildir. Arsa sahibi, ihtirazi kayıt ile ayıplı eseri kabul ederse, yüklenicinin açık ayıptan dolayı sorumluluğu devam edecektir.⁴⁹³

⁴⁸⁷ Yarg. 15. HD. 1.7.2015, 2015/2801 E. 2015/3820 K. “Eser sözleşmesi, karşılıklı edimleri içerir bir iş görme aktidir. Yüklenicinin edimi, eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise teslim edilen eserin bedelini ödemektir. Eser yüklenicinin sermayesi sanat ve becerisini kullanarak gerçekleştirdiği sonuçtur. İş sahibi ismarladığı eserin belli nitelikler taşımasını, amacını karşılama arzusu eder. Şayet ismarlanan eser iş sahibinin beklentisini karşılamıyorsa sözleşmenin yararlar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan eser fen ve sanat kurallarına uygun ve iş sahibinin amacını karşılar nitelikte imâl edilmelidir. Aksi halde eser ayıplıdır ve yüklenicinin ayıba karşı zararlı sonuçtan sorumluluğu ortaya çıkar. Bir tanımlama yapmak gerekirse; yüklenicinin ayıba karşı zararlı sonuçtan sorumluluk borcu, yüklenicinin eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur. Bu gibi durumlarda eserde dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken niteliklerinin yokluğu söz konusudur. Yüklenicinin ayıba karşı zararlı sonuç borcundan doğan iş sahibinin hakları, dava ve sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 360. maddesinde gösterilmiştir. Bunlar ayıbın varlığına göre, eserdeki ayıpların giderilmesini talep, ayıplı eserden ötürü ücretten indirim istemek ve eseri kabulden kaçınmaktır.”

⁴⁸⁸ KURŞAT, s. 68.

⁴⁸⁹ ERMAN, s. 123.

⁴⁹⁰ EREN, (Borçlar Özel), s. 642.

⁴⁹¹ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 465.

⁴⁹² KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 465.

⁴⁹³ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 465.

cc) Gizli Ayıbın Bulunması Halinde

Gizli ayıp, teslim anında basit bir incelemeyle fark edilemeyen, teknik ve detaylı inceleme veya eserin kullanılmaya başlanması ile fark edilebilecek ayıptır.⁴⁹⁴ Gizli ayıp, teslim anında veya sonrasında hemen ortaya çıkmaz. Ancak gizli ayıbını ortaya çıkması durumunda yüklenici TBK m.477/3 gereğince derhal bilgilendirilmelidir, aksi takdirde arsa sahibi eseri ayıplı şekilde kabul etmiş sayılır.⁴⁹⁵

c) Ayıp Arsa Sahibinin Kusurundan Kaynaklanmıyor Olmalıdır.

Yüklenicinin ayıptan sorumlu olabilmesi için bir diğer şart ise, ayıbın arsa sahibine yükletilemeyecek olmasıdır. TBK m.476'ye göre "*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*" Arsa sahibinin kusurunun bulunması, yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Bu durumda TBK m.52/1 gereğince yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun hafiflemesi söz konusu olabilir.⁴⁹⁶ Yüklenicinin arsa sahibinin kusuru sebebiyle sorumluluğun ortadan kalkabilmesi için ise üç şart bulunmaktadır. İlk şart, *ayıbın arsa sahibinin talimatından ya da arsa sahibine yüklenebilecek bir sebepten kaynaklanması gerekmesidir.* Talimat, sözleşme konusu işe veya kullanılacak malzemeye yönelik yükleniciye verilen bağlayıcı emirler olup, tavsiyelerin talimat olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir.⁴⁹⁷ Arsa sahibinin sözleşme konusunda uzman olup olmaması önemli olmadığı gibi, kusurunun bulunması da gerekmemektedir.⁴⁹⁸

TBK m.472/3 "*Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.*" hükmü gereğince yüklenici, kendisine talimat verildiği hallerde malzemenin ayıplı olduğunu anlarsa arsa sahibine durumu bildirmekle yükümlüdür.⁴⁹⁹ Aksi durumda kendisi ayıptan dolayı sorumlu olacaktır.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 282; KIRKBEŞOĞLU, s. 94; KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 465.

⁴⁹⁵ SÜTÇÜ, s. 802.

⁴⁹⁶ EREN, (Borçlar Özel), s. 643 – 644.

⁴⁹⁷ EREN, (Borçlar Özel), s. 644; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 283.

⁴⁹⁸ KURŞAT, s. 286 – 287.

⁴⁹⁹ KIRKBEŞOĞLU, s. 95; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 283 – 284.

⁵⁰⁰ EREN, (Borçlar Özel), s. 645.

İkinci şart ise, *yüklenicinin ayıp ile ilgili aydınlatma ve uyarma borcunu yerine getirmesidir*. TBK m. 476'ya göre, “*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*” Bu maddede yüklenicinin açıkça ihtarında bulunması gerektiğine hükmedilmiştir. Yüklenicinin özen borcu kapsamında, yüklenici ayıba karşı arsa sahibini aydınlatmalı ve uyarmalıdır.⁵⁰¹ Uyarma, düşünce açıklaması niteliğini haiz olup, arsa sahibi her yönüyle uyarılmalı ve bu uyarı doğru, gerçek ve düzeltme amacıyla yapılmalıdır.⁵⁰² Uyarı açıkça yapılmalıdır ve uyarının dikkate alınmaması halinde sonuçların ne olacağından bahsedilmeli, ayrıca bu durumda yüklenici ayıptan sorumlu olmayacağını da açıkça belirtmelidir.⁵⁰³

Arsa sahibinin inşaat alanında uzman olması tek başına yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacaktır. Ancak yüklenici uyarı yükümlülüğünü yerine getirmiş ise ve arsa sahibi de ayıbın meydana gelebileceğini öngörebilecek durumdaysa yüklenici ayıptan dolayı sorumlu olmayacaktır.⁵⁰⁴ Aynı şekilde yüklenici, verilen talimat nedeniyle muhtemel ayıbın gerçekleşeceğini bilme ihtimalinin olmaması durumunda da sorumluluktan kurtulacaktır.⁵⁰⁵ Ancak yüklenici muhtemel ayıbı biliyor ya da bilebilecek durumda ise sorumlu olacaktır.

Üçüncü şart ise, *illiyet bağıdır*. Arsa sahibinin vermiş olduğu talimat ya da kusuru ile ayıp arasında illiyet bağı bulunmalıdır.⁵⁰⁶ Örneğin, yüklenicinin, arsa sahibinin talimatını yerine getirmemesi halinde ayıp meydana gelmişse illiyet bağı kesildiğinden bu talimat sebebiyle ayıptan dolayı sorumlu olmadığını ileri süremeyecektir. Arsa sahibinin talimatıyla ayıp arasında illiyet bağı bulunuyorsa, arsa sahibinin kusuru bulunması ya da herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmesine gerek olmadan yüklenici sorumluluktan kurtulabilecektir.⁵⁰⁷

Şartların oluşması durumunda yüklenici ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulacak ve arsa sahibi seçimlik haklarını ileri süremeyecektir.

d) Ayıp Arsa Sahibi Tarafından Kabul Edilmemiş Olmalıdır.

Kabul açık veya örtülü olabilecek irade beyanıdır.⁵⁰⁸ Arsa sahibinin ayıplı olduğunu bildiği bağımsız bölümü teslim alması örtülü kabule örnek gösterilebilir. Kabul beyanı

⁵⁰¹ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 284.

⁵⁰² EREN, (Borçlar Özel), s. 645.

⁵⁰³ EREN, (Borçlar Özel), s. 645 – 646.

⁵⁰⁴ EREN, (Borçlar Özel), s. 646.

⁵⁰⁵ KURŞAT, s. 294, dn. 781.

⁵⁰⁶ EREN, (Borçlar Özel), s. 646.

⁵⁰⁷ EREN, (Borçlar Özel), s. 647.

⁵⁰⁸ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 285; EREN, (Borçlar Özel), s. 648.

herhangi bir şekilde tabii değildir.⁵⁰⁹ Kabul beyanın bulunabilmesi için öncelikle eser tamamlanmış olmalı ve teslim edilmelidir. Önceden değinildiği üzere, teslim edilmeyen bağımsız bölümlere dair yüklenicinin ayıbından kaynaklı sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

TBK m.477/1 uyarınca “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.” Bu hükme göre, açık ayıpların bulunması durumunda bağımsız bölümler arsa sahibi tarafından kabul edilirse, yüklenicinin açık ayıplardan dolayı sorumluluğu sona erecektir.⁵¹⁰

TBK m.477/2 “İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.” hükmü gereğince arsa sahibi bağımsız bölümleri gözden geçirmez ya da ayıpları yükleniciye bildirmezse, yüklenici sorumluluktan kurtulmuş olacaktır.⁵¹¹ Bu hüküm ile kanun koyucu aksi ispat edilemeyen kanuni bir karine getirmiştir ve arsa sahibi, ayıp için gerekli muayeneyi yapmaz ya da ayıbı yükleniciye bildirmezse ayıbı kabul etmiş sayılacaktır.⁵¹² Ancak hükümde, hangi zaman dilimi içinde arsa sahibinin ayıp için muayene yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğine hükmedilmemiştir. Yargıtay bir kararında 17 günlük sürenin makul olduğunu ve bu sürenin sonunda yapılan ihtar sonucunda yüklenicinin sorumluluğunun devam ettiğine karar vermiştir.⁵¹³

⁵⁰⁹ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 285; EREN, (Borçlar Özel), s. 648.

⁵¹⁰ KIRKBEŞOĞLU, s. 96.

⁵¹¹ ERZURUMLUOĞLU, s. 181.

⁵¹² EREN, (Borçlar Özel), s. 649. Yarg. 13. HD. 7.10.2003, 2003/9419 E. 2003/11501 K. “Mahkemece, hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda bir takım açık ayıpların varlığı belirgin hale gelmiştir. Taşınmazlar, davacılar adına tescil edilmiş ve davacılar da taşınmazda ikamet ettiklerine göre var olan açık ayıpların derhal ihbarı gerekirken, bu edimin yerine getirilmemesi binanın mevcut haliyle kabulü anlamına gelir. Bu itibarla davacılar bilirkişi raporunda belirlenen açık ayıplar hakkında talepte bulunamazlar. Mevcut olan açık ayıpların belirlenen tazminattan düşülmesi gerekirken bu yönün göz ardı edilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma sebebidir.”

⁵¹³ Yarg. 15. HD. 10.3.1983, 1983/497 E. 1983/504 K. “Sözleşme, bitirilme tarihi süresinde teslimin yapılmadığı ve eserin 12.12.1978 tarihinde teslim edildiği konularında yanlar arasında bir uyumsuzluk yoktur.

İnşaata, sözleşmede kararlaştırılan tarihte bitirilmemesi üzerine davacılar ilk olarak 17.8.1977 tarihinde, ikinci olarak 15.9.1978 tarihinde keşide ettikleri ihtarnamelerle uyarıda bulunarak eserin biran önce teslimini istemişler ve aksi takdirde sözleşmenin 17. maddesi gereğince cezai şartın 14.3.1977 tarihinden itibaren işlemeye başladığını ve teslim anına kadar da devam edeceğini ve teslim işine çağrılarını beklediklerini bildirmişlerdir.

Eserin teslim edildiği 12.12.1978 tarihinden 17 gün sonra 19.12.1978 tarihinde davacılar üçüncü ihtarlarını keşide etmişler ve tazminat haklarını saklı tutarak 156.750 lira olarak hesapladıkları cezanın ödenmesini istemişlerdir.

Böylece de, davacı yan, eseri teslim aldıktan sonra ve makul görülen süre içerisinde ihtarname keşide etmekle, eserdeki ayıplardan ötürü istem ve dava hakkını saklı tutmuştur (BK. 198-359-362. maddeleri).

TBK m.477/3 “Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.” hükmü gereği, gizli ayıbın ortaya çıkması durumunda arsa sahibi ayıbı derhal yükleniciye bildirmezse ayıbı kabul etmiş sayılacağından yüklenici ayıba karşılık sorumluluğundan kurtulacaktır.⁵¹⁴

e) Arsa Sahibi Muayene ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olmalıdır.

Arsa sahibinin eseri gözden geçirmesi ve ayıbı yükleniciye bildirmesi bir külfettir, yani yerine getirilmemesi durumunda tazminat sorumluluğu doğmaz, sadece ayıptan dolayı sorumluluk hükümlerine başvurulamaz.⁵¹⁵ Söz konusu külfetlerin sebebi, yüklenicinin ayıp sebebiyle bir sorumlulukla karşılaşmış ve karşılaşmayacağını kısa sürede öğrenmesi ve telafi edebilmesi için getirilmiştir.⁵¹⁶

TBK m.474 uyarınca “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkşi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.” Bu hüküm ile arsa sahibine iki farklı külfet yüklenmiştir. Bunlardan ilki *eseri gözden geçirme yani muayene külfetidir*. TBK m.477/2 ‘de belirtildiği gibi, arsa sahibi, bağımsız bölümleri gözden geçirmezse muayene külfetine aykırı davranacağından yükleniciye karşı ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvuramayacaktır.⁵¹⁷ Arsa sahibinin muayene külfeti, bağımsız bölümün teslimi ile başlar.⁵¹⁸ Ancak arsa sahibi, teslimden önce de ayıpların farkında ise ve teslim anına kadar bu ayıpların giderilebileceği yönünde bir beklentisi yoksa ayrıca teslimden önce de ayıpların giderilmesini talep etmemişse ayıptan doğan haklarından vazgeçtiği kabul edilmelidir.⁵¹⁹ Ancak arsa sahibi, bağımsız bölümleri

Bundan başka davacılar inşaattaki ayıplı işleri saptamak için 28.12.1979 tarihinde mahkemeden tespit istemişler ve 21.3.1980 tarihinde dördüncü ihtarlarını da keşide ederek, 9.5.1980 tarihinde de davalarını açmışlardır.

Yukarıdan beri açıklanan hususlardan açıkça görüleceği üzere, davacı yan kanunen yapılması gerekli bütün girişimleri zamanında yapmış ve bu nedenle de istemlerinde haklı olduğunu ortaya koymuştur.”

⁵¹⁴ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 285.

⁵¹⁵ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 466.

⁵¹⁶ KURŞAT, s. 297.

⁵¹⁷ SÜTÇÜ, s. 802.

⁵¹⁸ KURŞAT, s. 298.

⁵¹⁹ KURŞAT, s. 298 – 299.

teslim almadan önce ayıbın giderilmesi için talepte bulunmuş ancak ayıp hala giderilmemişse muayene külfetine katlanmadan seçimlik haklarını kullanabilecektir.⁵²⁰

Bağımsız bölümleri teslim alan arsa sahibi, olağan durumlarda imkân bulur bulmaz eseri muayene ederek herhangi bir ayıbın bulunup bulunmadığını tespit etmek zorundadır.⁵²¹ Arsa sahibinin muayene külfetini yerine getirmemesi durumunda eseri ayıplı şekilde kabul ettiği kanuni bir karine olup aksi ispat edilemez.⁵²² Kanun koyucu bu durumda sadece muayeneye başlamak için bir kriter koymuştur, gözden geçirme süresi ise somut olaya göre uygun bir süre olmalıdır.⁵²³ Kanunda öngörülen “imkân bulur bulmaz” kriteri ise somut olaya göre değerlendirilir.⁵²⁴ Bu kriter, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi, arsa sahibinin birden fazla bağımsız bölümü incelemesi ya da uzman birine inceletmesi durumunda veya ayıbın varlığının mahkemeden tespitinin istenmesi halinde farklı değerlendirilmelidir.⁵²⁵

Yapılacak olan muayenenin özen ölçütü ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, arsa sahibi orta düzeyde bir uzmanın yapabileceği muayeneyi yapmalı, başka bir görüşe göre, inşaattan anlayan orta ölçekli bir kişinin gösterdiği özenle muayene külfetini yerine getirmeli, diğer bir görüşe göre ise, somut olaya göre arsa sahibinden beklenen özenle muayene külfeti yerine getirilmelidir.⁵²⁶ KURŞAT, uzman bir kişinin bağımsız bölümleri muayene etmesinin yararlı olacağından bahsetmiştir, ancak arsa sahibine uzman bir kişiye muayene ettirme yükümlülüğü getirmenin doğru olmadığını ileri sürerek ortalama bir kişinin gösterdiği özenle muayene külfetinin yerine getirilmesinin daha doğru olduğunu savunmuştur.⁵²⁷

Eserin muayene edileceği yer hükümde gösterilmediği için genel hükümlere başvurmak gerekir. TBK m.89 gereğince bağımsız bölümler, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa teslim edildiği yerde yani taşınmazın bulunduğu yerde muayene edilmelidir.⁵²⁸

TBK m.477/1 “*Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.*”

⁵²⁰ KURŞAT, s. 299.

⁵²¹ KIRKBEŞOĞLU, s. 97.

⁵²² KIRKBEŞOĞLU, s. 97.

⁵²³ EREN, (Borçlar Özel), s. 651 – 652.

⁵²⁴ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 466.

⁵²⁵ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 467.

⁵²⁶ KURŞAT, s. 301.

⁵²⁷ KURŞAT, s. 302.

⁵²⁸ EREN, (Borçlar Özel), s. 652.

gereğince gizlenmiş ayıpların bulunması durumunda arsa sahibi, muayene külfetini yerine getirmese bile yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir.

Muayene ve ihbar külfeti ile ilgili hükümler emredici olmadığı için, sözleşme ile taraflarca serbest bir şekilde kararlaştırılabilir.⁵²⁹

Arsa sahibi, bağımsız bölümleri gözden geçirdikten sonra fark ettiği ayıpları yükleniciye bildirmelidir. Arsa sahibi, bildirim yükümlülüğünü yaparken seçimlik haklarından hangisini kullandığını bildirmek zorunda değildir.⁵³⁰ Bildirim yükümlülüğü hem açık hem de gizli ayıplar için yapılmalıdır.⁵³¹ İhbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi, bağımsız bölümlerin henüz kabul edilmediği ve ihtirazi bir kayıt konularak teslim alındığı anlamına gelmektedir.⁵³²

Ayıp bildirimini herhangi bir şekle bağlı değildir, ancak bildirim yapıldığının ispatı arsa sahibinin üzerindedir.⁵³³ Arsa sahibi, ayıp bildiriminde ayıpların neler olduğunu açıkça ve tam olarak belirtmeli, yükleniciyi sorumlu olduğu hususlarla ilgili yeterli bir şekilde bilgilendirmelidir.⁵³⁴ Bu bağlamda ayıp bildirimini iki unsurdan oluşmalıdır; ayıbın bildirilmesi yani düşünce bildirimini ile yüklenicinin sorumlu olduğuna yönelik irade açıklaması.⁵³⁵

Ayıp bildiriminin ne zaman yapılacağı ise ayıbın türüne göre değişmektedir. Açık ayıpların TBK m.477/2 gereğince somut olayın özelliğine göre makul, dürüst ve orta zekâlı üçüncü kişinin ayıbı bildireceği uygun sürede bildirmesi gerekir.⁵³⁶ Gizli ayıpta ise TBK m.477/3 gereğince ayıbın farkına vardıldıktan sonra derhal yüklenici bilgilendirmelidir, aksi takdirde eser kabul edilmiş sayılacaktır. Buradaki süre ise doktrinde makul süre olarak değerlendirilmektedir.⁵³⁷ Gizlenmiş ayıp varsa ve arsa sahibi teslim anında bu ayıbı biliyorsa ve ihtirazi kayıt koymadan eseri teslim almışsa, eseri ayıplı olarak kabul edeceğinden yüklenici sorumlu tutulamayacaktır.⁵³⁸

⁵²⁹ KIRKBEŞOĞLU, s. 97; SÜTÇÜ, s. 803.

⁵³⁰ SÜTÇÜ, s. 803.

⁵³¹ KIRKBEŞOĞLU, s. 97.

⁵³² KIRKBEŞOĞLU, s. 97.

⁵³³ EREN, (Borçlar Özel), s. 653; SÜTÇÜ, s. 804.

⁵³⁴ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 287.

⁵³⁵ EREN, (Borçlar Özel), s. 653.

⁵³⁶ EREN, (Borçlar Özel), s. 654.

⁵³⁷ EREN, (Borçlar Özel), s. 654.

⁵³⁸ EREN, (Borçlar Özel), s. 654.

2) Ayıptan Dolayı Arsa Sahibinin Hakları

a) Genel Olarak

Arsa sahibi, şartların oluşması halinde ayıptan doğan sorumluluk sebebiyle bazı haklarını kullanabilir. TBK m.475 hükmü gereğince, arsa sahibi tazminat talep edebilir, bedelin indirilmesini isteyebilir, ayıbın giderilmesini ve masrafları yüklenicinin üstlenmesini talep edebilir veya ayıp önemli ise sözleşmeden dönebilir.⁵³⁹ Arsa sahibi, ayıbın varlığı halinde her zaman bedelin indirilmesi talebinde bulunabilir ancak diğer seçimlik haklar için bazı özel şartların da bulunması gerekmektedir.⁵⁴⁰

Arsa sahibinin ayıba karşı sorumluluk sebebiyle seçimlik haklarını kullanması için zamanaşımı süresi kanunda belirlenmiştir. Arsa sahibi, ayıp bildirimini ile seçimlik haklarından hangisini kullandığını yükleniciye bildirmek zorunda değildir, ancak zamanaşımı süresi içinde hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirmelidir.⁵⁴¹

Arsa sahibinin kullanacağı seçimlik haklar, tazminat hakkı hariç olmak üzere yenilik doğuran haklar olduğu için bir kere kullanmakla tükenirler.⁵⁴² Bu haklar karşı tarafa varmakla hüküm ve sonuç doğurur.⁵⁴³ Yenilik doğurucu bu haklar, herhangi bir şarta da bağlanamazlar.⁵⁴⁴

TBK m.475'ye göre, “Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.”

SÜTÇÜ, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıptan doğan seçimlik hakların dolayısıyla dönme hakkının da kullanılamayacağını savunur.⁵⁴⁵ Bu tür sözleşmelerde tam bir teslimin olmadığına değinen yazar, binanın tamamının arsa sahibine ait olmaması ve

⁵³⁹ AYAR BİRKİN, s. 84.

⁵⁴⁰ ERMAN, s. 141.

⁵⁴¹ ERMAN, s. 141 – 142.

⁵⁴² EREN, (Borçlar Özel),s. 655.

⁵⁴³ EREN, (Borçlar Özel),s. 655.

⁵⁴⁴ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 468.

⁵⁴⁵ SÜTÇÜ, s. 808.

KMK m.16 gereğince arsa sahibinin payı oranında ortak alanlarda bulunan ayıpların giderilmesini tek başına sağlayamaması ve bu yerlerde arsa sahibinin tam bir hâkimiyetinin bulunmaması sebebiyle bu hükümlere gidilemeyeceği savunulmuştur.⁵⁴⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesinin imkânının olmadığını belirten yazar, ayrıca arsa sahibinin borcunun bedel değil arsa payı olduğunu belirterek ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılamayacağını belirtmiştir.⁵⁴⁷ Yazara göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde genel hükümlere gidilerek borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerekli olup, bu bağlamda TBK m.125'te sayılan seçimlik hakların arsa sahibi tarafından kullanılması mümkündür.⁵⁴⁸ Kanımızca; yazarın bu husustaki görüşlerinde çelişkiler mevcuttur. Yazar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülemeyeceğinden bahsetse de, temerrüt hükümlerinin uygulama bulacağını ve bu kapsamda sayılan TBK m.125'te sayılan sözleşmeden dönme hakkına başvurulabileceğini kabul etmektedir. Ayrıca arsa sahibi teslim aldığı bağımsız bölümler üzerinde tam bir hâkimiyet kurabildiği için ve ayba dair seçimlik hakların kullanılabilmesi için zaten teslimin gerçekleşmiş olması gerektiğinden temerrüt hükümleri değil ayıptan dolayı sorumluluk hükümleri uygulanmalıdır. Yargıtay da ayıp durumunda arsa sahibinin TBK m.475'te belirtilen seçimlik hakların kullanılabileceğini kabul etmektedir.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ SÜTÇÜ, s. 814.

⁵⁴⁷ SÜTÇÜ, s. 814 – 815.

⁵⁴⁸ SÜTÇÜ, s. 837.

⁵⁴⁹ Yarg. 15. HD. 20.7.2010, 2009/3561 E. 2010/4228 K. “*Karabük 1. Noterliği'nce doğrudan düzenlenen 28.2.1992 tarihli ve 3822 yevmiye numaralı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, davacılar tarafından arsa sahibi; davalı kooperatif tarafından ise, yüklenici sıfatıyla imzalanmıştır. Davalı kooperatif, davacıların kayden malik oldukları 68 parsel sayılı tapulu taşınmaza, sözleşmede kararlaştırılan koşullarla inşaat yapımını, kaloriferli ve 100 m2 yüzölçümlü bağımsız bölümlerden ibaret inşaatı 1.6.1992 tarihinden itibaren 36 ayda tamamlamak suretiyle davacıardan her birine bir dairenin teslimini yüklenmiştir.*

Davada her bir davacı için dairelerdeki doğramaların ayıplı yapılması sebebiyle 1.430,00 TL ayıbın giderilmesi bedelinin davalıdan tahsili de istenmiştir. Mahkemece, davacıardan Nihat ve Remzi'nin ayıbın giderilmesine ilişkin tazminat talepleri kabul edilmiştir. Dosya kapsamındaki 15.12.2004 tarihli yapı kullanma izin belgesi gözetildiğinde; davacıların bağımsız bölümleri en geç 15.12.2004 tarihinde teslim almış olduklarının kabulü gerekir. Bilirkişi raporu ve toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacıların bağımsız bölümlerindeki doğramalarda bulunan kusurların niteliğince "açık ayıp" olduğu sonucuna varılmaktadır. Yüklenicinin iş-arsa sahibine olan borçlarına aykırı olarak imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda, açık ayıplarda Borçlar Kanunu'nun 359; gizli ayıplarda ise 362. madde hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunulduğu takdirde iş-eser sahibi aynı Kanunun 360. maddesi hükmünde düzenlenen haklarını kullanabilir. Borçlar Kanunu'nun 359. maddesi uyarınca açık ayıplarda iş-eserin tesliminden sonra iş sahibi işin gidişine göre olanak bulur bulunmaz, eseri gözden geçirmek ve kusurları varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Somut olayda ise, davalı yüklenici kooperatife davacılar tarafından ayıp ihbarında bulunulduğu davacılar tarafından kanıtlanmış değildir. O halde, davacılar Nihat ve Remzi'nin ayıpların giderilmesine ilişkin tazminat davalarının da reddi gerekirken; mahkemece, bu davacıların her birine 1.430,00 TL maddi tazminatın davalıdan alınarak verilmesine karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.”

b) Sözleşmeden Dönme Hakkı

aa) Genel Olarak

Ayıptan doğan sorumluluktan dolayı en ağır yaptırım sözleşmeden dönmedir. Dönme geçmişe etkili sonuç doğuracağından yüklenici için ağır sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Dönme halinde ifa zorunlulukları ortadan kalkacak ve gerçekleşen ifalar iade edilecektir.⁵⁵⁰ Bu durumda dönme ile birlikte tasfiye süreci başlayacaktır.⁵⁵¹ Bu sebepten ötürüdür ki; dönme hakkının kullanılması kanun koyucu tarafından zorlaştırılmıştır.

Sözleşmeden dönme, yükleniciye varmakla sonuç doğuran yenilik doğurucu bir hakktır.⁵⁵² Dönme hakkına ilişkin yapılan irade açıklaması herhangi bir şarta bağlı değildir, ancak tacirler arasında yapılan sözleşmelerde TTK m.18/3 gereğince noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü mektupla, telgrafla ya da güvenli elektronik imzalı posta aracılığıyla yapılmalıdır.⁵⁵³ Dönme beyanı açık olabileceği gibi zımninden de yapılabilir.⁵⁵⁴

bb) Dönme Hakkının Sınırlandığı Durumlar

Kanun koyucu sözleşmeden dönmenin ağır sonuçları olması sebebiyle dönme hakkını kısıtlamıştır. TBK m.475/1 uyarınca, eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde arsa sahibinin seçimlik haklarından biri olan dönme hakkını kullanabilmesi için eserin arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması gereklidir. Bu hüküm ile dönme hakkının kullanılması için ilk özel şart belirtmiştir. Buna göre arsa sahibi, dönme hakkını kullanabilmesi için ilk şart, *bağımsız bölümlerin arsa sahibi tarafından kullanılamayacak ya da hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı şekilde ayıplı olmasıdır*. Önemli olan, arsa sahibinin sözleşmeden beklediği faydayı sağlamasıdır, bu faydayı sağlamasını engelliyorsa belirtilenden daha kaliteli bir bağımsız bölümün oluşturulması da ayıp niteliğindedir, meğerki bu durum dürüstlük kuralına aykırı olsun.⁵⁵⁵ Örneğin, sözleşmede kararlaştırılan kombiden daha kaliteli bir kombinin teslim edilmesi ve bu kombinin bakımı arsa sahibinin çok fazla masraf yapması gerekmesi durumunda.

Arsa sahibinin bağımsız bölümleri kullanamayacağı ve beklediği faydayı karşılamayacak çok önemli bir ayıbın varlığı halinde sözleşmeden dönme hakkı

⁵⁵⁰ KURŞAT, s. 337.

⁵⁵¹ ARAL/AYRANCI, s. 406.

⁵⁵² KURŞAT, s. 338.

⁵⁵³ KURŞAT, s. 338.

⁵⁵⁴ ERMAN, s. 146.

⁵⁵⁵ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 290.

kullanılabilecektir. Arsa sahibi, teslimden önce önemli bir eksikliğin ya da sözleşmeye uygun olmayan bir yapının farkında ise bağımsız bölümleri kabul etmeye zorlanamaz. Teslimden sonra ayıbın farkına varması durumunda ise, ayıp arsa sahibinin menfaatini karşılamayacak kadar çok önemliyse yani arsa sahibi bağımsız bölümleri kullanamayacak durumda ise sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.⁵⁵⁶ Ayıp giderilebilecek kadar önemsiz bir ayıpsa arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir ancak sözleşmeden dönemez.⁵⁵⁷ Ayıbın önemli olup olmadığı, arsa sahibinin bağımsız bölümü kullanamayacak olması kriterleri her somut olaya göre tarafların iradeleri de dikkate alınarak hakkaniyete uygun olarak değerlendirilmelidir.⁵⁵⁸ Kullanılamazlık kriterinin söz konusu olabilmesi için eser kabul edilemez olmalıdır yani sözleşmede arsa sahibi için belli bir hususun önemli olduğu ve yerine getirilmemesi halinde dönme hakkının kullanılacağı açıkça belirtilmelidir; bu durumda sözleşme hükümleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. ERMAN'a göre sözleşmeye uygun olmayan bağımsız bölümlerin varlığı halinde arsa sahibinin kabul edemeyeceği önemli ayıpların varlığı karine olarak kabul edilmeli ve aksi yüklenici tarafından ispatlanmalıdır.⁵⁵⁹

Yargıtay, yüklenicinin meydana getirmiş olduğu yapının, kötü malzeme kullanımını ve kötü işçilik sebebiyle yıkılması sonucunda, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine dayanılarak arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmiştir.⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ ERMAN, s. 143; KIRKBEŞOĞLU, s. 99.

⁵⁵⁷ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 469.

⁵⁵⁸ ERMAN, s. 144.

⁵⁵⁹ ERMAN, s. 144.

⁵⁶⁰ Yarg. 15. HD. 29.3.2004, 2003/5231 E. 2004/1725 K. "Taraflar arasındaki uyumsuzluk eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Yanlar arasındaki 4.9.1988 günlü sözleşme, davacı arsa sahibinin tapu devri sebebiyle geçerli hale gelmiştir. Bu tür ilişkilerde yüklenicinin temel borcu inşaatı fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirerek, arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin ana borcu da kararlaştırılan arsa payını bedel olarak yükleniciye devretmektir. Ani edimli eser sözleşmelerinde ifa inşaatın teslimi ile yerine getirilir. Fakat yüklenicinin eseri teslim etmesinden sonra teslim borcu yerini yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu alır. Bütün bu anlatılanların yasadaki dayanağı ise, BK.356 ve 360.maddeleridir. Şayet eser teslim edildikten sonra yüklenicinin kötü işçilik veya malzeme kullanımından kaynaklanan ve onun sorumluluğunu gerektiren-ki somut olayda inşaatın yıkılmış olması- bir durum ortaya çıkarsa yüklenicinin bundan da ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle sorumludur. Bütün bu nedenlerle eserin reddi gerekip gerekmediğini, yeterli biçimde incelenmesi gerekir. Gerçekten yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı fen ve sanat kurallarına uygun düşmeyen bir imalat ise arsa sahibi sözleşmenin feshini isteyerek BK.108.maddesine dayanıp verdiklerini geri isteyebilir. Burada davacı arsa sahibinin verdiği peşin olarak devri yapılan arsa payı tapusudur.

Bütün bu açıklamaların ışığında mahkemece yapılması gereken iş; davalı o şekilde savunma yaptığından, eserin durumunu araştırmak, yıkılıp yıkılmadığı konusunda ve yıkılmamış olsa bile kabul edilip edilemeyeceği hususunda bilirkişi incelemesi yaptırmak, gerek duyulursa İdare mahkemesinde derdest olduğu söylenen dava sonucunu beklemek, şayet eser yıkılmışsa veya mevcut hali kabul edilemeyecek vaziyette ise şimdiki gibi davayı kabul etmek, aksinin saptanması halinde sorunu yine BK.360.maddesi çerçevesinde gidermekten ibarettir. Eksik araştırma ve inceleme ile davanın kabul edilmesi doğru olmadığından karar bozulmalıdır."

Dönme hakkının kullanılabilmesi için getirilen ikinci özel şart ise TBK m.475/3'te belirtilmiştir. TBK m.475/3'e göre "Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz." Bu bağlamda, iş sahibinin arsası üzerine inşa edilen yapının sökülmesi veya yıkılması aşırı masraflı ise dönme hakkı kullanılamaz. Kanun koyucunun bu hükmü koymasındaki amacın, "yaratılmış olan değerlerin korunması" olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin meydana getirdiği eser, sökülüp kaldırıldığında yüklenici için büyük zarara yol açabilecektir. Eserin yıkılması durumunda yükleniciye vereceği zararın aşırı olup olmadığı hâkim tarafından somut olayın koşulları dikkate alınarak, eserin arsayla bütün haldeyken değeri ile arsadan bağımsız olduğu haldeki değer farkı hesaplanarak yapılacaktır.⁵⁶² Ancak zararın değerlendirilmesi için tek kriter, farkın hesaplanması değildir. Arsa sahibinin bedelde indirim talep etme seçimsel hakkını kullanması durumunda yüklenici sözleşmeden dönme halinden daha ağır sonuçlarla karşılaşılırsa ya da inşaatın kullanılması tehlikeli bir durum oluşturuyorsa farka göre değerlendirme yapmadan sözleşmeden dönme hakkını kullanmak mümkün olabilmektedir.⁵⁶³

Ayıptan sorumluluk için, arsa sahibinin tamamlanmış eseri teslim alması gerekmektedir. Bu durumda tamamlanmış inşaatın tamamen sökülmesi yüklenici açısından çok ağır sonuçlar doğuracağından bu özel şart nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması oldukça zorlaşmaktadır.⁵⁶⁴ Ancak yukarıda belirtilen inşaatın tehlikeli bir durum oluşturması veya bedelin indirilmesi talebinin daha ağır sonuçlar doğurması durumunda dönme hakkının kullanılmasının doğru olacağı kanısındayız.

⁵⁶¹ **ERMAN**, s. 145; **KURŞAT**, s. 346; Yarg. 23. HD. 23.9.2014, 2014/2346 E. 2014/5868 K. "Davacı arsa sahipleri ile davalılardan yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Yargılama sırasında yapılan inceleme ve alınan beyanlardan söz konusu binada ikamet edilmeye başlandığı tespit edilmiştir. Bunun yanında, yapılan keşifte inşaatın projeye aykırı bazı imalatın bulunduğu da sabittir. Davada ilk talep, sözleşmenin iptali olup, bu talep hukuki mahiyeti itibarıyla sözleşmenin geriye etkili feshi (dönme) niteliğindedir. Hal böyle olunca, davacıların dönme taleplerinin yerinde bulunup bulunmadığının tespiti açısından kazanılmış değerlerin korunması prensibi de değerlendirilmek suretiyle İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 gün 1983/3 esas, 1984/1 karar sayılı esaslar uyarınca inceleme yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır. Şu halde mahkemece, açıklanan yönler mahallinde keşif yapılarak uzman bilirkişiler refakatiyle inşaatın seviyesi ve durumun tespiti ile projeye aykırılıkların giderilip giderilemeyeceği, giderilebilecekse ne suretle giderilebileceği üzerinde durularak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yeterli inceleme yapılmaksızın karar verilmesi doğru görülmemiştir."

⁵⁶² **ERMAN**, s. 145.

⁵⁶³ **KURŞAT**, s. 348.

⁵⁶⁴ **ERMAN**, s. 146.

Ayıpların eserin kabul edilmesine zorlayamayacak şekilde önemli olduğunun ispat yükü arsa sahibinin, eserin sökülmesi ya da yıkılmasının ağır sonuçlar ve zararlar doğuracağını ispat yükü ise yüklenici üzerindedir.⁵⁶⁵

cc) Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Dönmenin hukuki niteliğiyle ilgili doktrindeki görüşlere daha önce yer verilmişti. Yeni dönme görüşünü benimseyen EREN, dönmenin geçmişe etkili bozucu yenilik doğuran hak olmadığını ileriye yönelik bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu kabul ederken,⁵⁶⁶ KILIÇOĞLU, dönmenin geçmişe etkili sonuç doğuracağını savunur.⁵⁶⁷ Yeni dönme görüşüne göre, dönme hakkının kullanılması ile tarafların ifa etmedikleri edimlerini ifa etme yükümlülükleri kalkarken; ifa edilen edimleri de iade etme yükümlülükleri başlar ve sözleşmesel ilişki bu iade yükümlülüğü üzerinden devam eder.⁵⁶⁸ Kısacası sözleşmesel tasfiye ilişkisi kurulmuş olur. Bu durumda iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiğini savunan klasik görüşe karşı çıkılarak, iade yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklandığı savunulur.⁵⁶⁹ Aynı anda ifa yükümlülüğünün geçerli olduğu bu görüşe göre, yüklenicinin eseri geri istemesi, sözleşmeden doğan alacak hakkı olarak değerlendirilmelidir.⁵⁷⁰

Geri verme borcu aranacak borç olması sebebiyle, yüklenici arsa sahibi üzerine inşa ettiği binanın yıkılması için gerekli masrafları yapmalı hatta yıkımdan sonra arsa sahibinin arsasının üzerinde enkaz ve moloz bırakmamalıdır.⁵⁷¹

dd) Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi

Arsa sahibi sözleşmeden kısmi olarak dönemez.⁵⁷² Dönme durumunda sözleşmesel ilişki içinde bulunan başka pay sahipleri de bulunuyor ise onların da sözleşmelerinin feshedildiği kabul edilir. Yargıtay, sözleşmeden dönme konusunda sözleşmelerin bir bütün

⁵⁶⁵ ERMAN, s. 146.

⁵⁶⁶ EREN, (Borçlar Özel), s. 657.

⁵⁶⁷ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 469.

⁵⁶⁸ EREN, (Borçlar Özel), s. 657.

⁵⁶⁹ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 291.

⁵⁷⁰ EREN, (Borçlar Özel), s. 658.

⁵⁷¹ EREN, (Borçlar Özel), s. 658.

⁵⁷² EREN, (Borçlar Özel), s. 658.

olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve diğer paydaşlarla akdedilen sözleşmenin de sonlanması gerektiğini kabul etmektedir.⁵⁷³

Arsa sahibi, inşaat henüz tamamlanmadan hatta inşaat başlanmadan önce arsa paylarını yükleniciye devredebilmekte, yüklenici de “temelden satış” diye bilinen satışlar yapabilmekte ve inşaat henüz tamamlanmadan kendi adına tescil edilecek bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişilere devredebilmektedir. Bu durumda yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi ya da ayıptan dolayı sorumlu olması neticesinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda üçüncü kişilerin durumu tartışılmalıdır.

Klasik dönme teorisine göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi geriye etkili hüküm ve sonuç doğuracağından sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade borcu sonucu açılacak dava, mülkiyet hakkına yönelik olmayıp, sebepsiz zenginleşmeye dayanan istirdat davasıdır.⁵⁷⁴ Bu durumda üçüncü kişiler ile yüklenici arasında yapılan sözleşmenin hukuki sebebi ortadan kalkmadığından, üçüncü kişiler mülkiyet haklarına dayanarak yükleniciden talepte bulunabilirler.⁵⁷⁵ Söz konusu dava mülkiyet hakkına dayansa bile, TMK m.1023 gereğince üçüncü kişilerin iyi niyetleri korunur.⁵⁷⁶ Ancak üçüncü kişiler

⁵⁷³ Yarg. 23. HD. 30.1.2014, 2013/5037 E. 2014/558. “Mahkemece, davacı arsa sahibi ile davalı yüklenici firma arasında 31.07.2007 gün ve 1961 yevmiye numaralı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığı, sözleşmenin 2. maddesinde yükleniciye komşu parsellerle anlaşma yapıp inşaatı tevhit edilen arsa üzerine yapma yetkisi verildiği, 10. maddede ise teslim süresinin düzenlendiği, buna göre inşaatın ruhsat alındıktan sonra 12 ay içinde bitirilmesi gerektiği, aksi durumda yüklenicinin kira ödemesi gerektiğinin hüküm altına alındığı, 20. maddenin ise tazminat ve cezai şarta ilişkin olduğu, davalı yüklenicinin yapı ruhsatını 11.06.2008 tarihinde aldığı, buna göre teslim süresinin 11.06.2009'da sona erdiği, yapılan keşif sonucu inşaatın %12.33 oranında tamamlandığı, bu durumda davacıların, sözleşmenin geriye etkili olarak fesih hakkına sahip oldukları, geriye etkili fesih halinde sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça müspet zarar niteliğinde olan gecikme tazminatının talep edilemeyeceği, sözleşmede aksine hüküm olmadığından cezai şartın fesih halinde istenemeyeceği kanaatine varıldığı, yine sözleşmede hüküm olmadığından menfi zarar niteliğindeki kira bedeli tazminatının da istenemeyeceği gerekçesi ile asıl davanın kısmen kabulü ile 31.07.2007 tarihli sözleşmenin geriye etkili olarak feshine, kira tazminatı ve cezai şarta ilişkin taleplerin reddine, bu dosyayla birleştirilen Kadıköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/25 E., 2012/526 K. sayılı dosyanın takip edilmediğinden işlemiden kaldırılarak süresi içinde yenilendiğinden, ayrı bir esasa kaydedilmesine karar verilmiştir.

(...)

Yapılan yargılama sonunda; yüklenicinin sözleşme hükümleri nedeni ile temerrüde düştüğü, bu nedenle sözleşmeden dönme koşullarının oluştuğu saptanmıştır. Ancak mahkemece sadece 31.07.2007 gün ve 1961 yevmiye numaralı davacı A. E. ile imzalanan sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Oysaki, dava konusu taşınmaz ve muhtelif paydaşlarla imzalanan sözleşmeler gereği yapılacak inşaat bir bütün teşkil etmektedir. Bu nedenle diğer sözleşmelerin paydaş müzimerleri de davada yer almış olmakla, TMK'nın 692. maddesi hükmü gözetilerek dava konusu ihtilafların hukuki mahiyeti gereği sadece, 31.07.2007 tarihli sözleşmenin değil, diğer paydaşların imzaladığı sözleşmelerden de dönmeye karar verilmesi gerekirken, mahkemece anılan husus dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.”

⁵⁷⁴ KURŞAT, s. 442.

⁵⁷⁵ KURŞAT, s. 442.

⁵⁷⁶ ERMAN, s. 178.

yüklenicinin kusurunu biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa iyi niyetli olmadığından TMK m.1023 devreye girmeyecek bu durumda arsa sahipleri sorumlu olmayacaktır.⁵⁷⁷

Doktrinde arsa sahibi ile üçüncü kişilerin birbirinden herhangi bir talepte bulunamayacağı ve iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması gerektiği savunulsa da Yargıtay bu görüşe katılmamaktadır. Yargıtay, arsa sahibinin inşaat tamamlamadan hatta başlamadan önce yükleniciye devredilen arsa paylarını avans olarak nitelendirmektedir.⁵⁷⁸ Bu durumda

⁵⁷⁷ Yarg. 15. HD. 19.4.2002, 2002/367 E. 2002/1946 K. “Sözleşmeye göre, inşa edilecek binadaki bağımsız bölümlerin davacı arsa sahiplerine teslimi gereken tarih, 30.8.1998'dir.

Dava, 8.12.1999 tarihinde açılmış olup, 26.9.2000 günü yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporuna göre de inşaatın seviyesi %7'dir.

BK.nun 106/I. maddesi ve HGK.nun 9.10.1991 gün 15/340-467 sayılı kararı uyarınca; kararlaştırılan tarihte teslim gerçekleşmemiş ise, yüklenici kendiliğinden temerrüde düşer ve arsa sahiplerinin BK.nun 106/II. maddesi uyarınca üç seçimlik hakkı doğar: Ya, bir mehil tanımaksızın gecikme tazminatını ve kararlaştırılmışsa cezayı talep ederek geciken ifanın yüklenici tarafından yerine getirilmesini beklerler veya geciken ifa nedeniyle zarar-zıyan talebinden vazgeçerek bağımsız bölümlerin bedellerini isterler veyahut münasip bir mehil vererek (BK.nun 107'deki koşullar varsa vermeden) sadece sözleşmenin feshini (dönme) ve intikal ettirdikleri tapuların BK.nun 108. maddesi gereğince iadesini (tapu iptali-tescil) talep edebilirler. Somut olayda, vadenin dolduğu 30.8.1998 tarihinde, inşaatın seviyesi %7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır. Verilecek bir mehil de tesirsiz kalacağı açık olduğundan, davacı arsa sahiplerinin BK.nun 106/II. ve 107. maddeleri uyarınca sözleşmeden dönme hakları doğmuş olup, sözleşmenin geriye etkili feshini ve tapuların da iadesini dava edebilirler.

Tapu kaydına dayanarak, bir parseli kayden iktisap eden kişilerin iyiniyetleri de, hiç şüphe yok ki, korunacaktır (MK. Eski madde 931, yeni madde 1023).

Nevar ki, Duran Ü. ile başkanı olduğu kooperatif ve yüklenici Bedrettin T., sözleşmede imzası bulunan ve gerçek durumu en iyi bilenler olduklarından, adı geçenler MK.nun 1023 (931). maddesinden yararlanamazlar.

Ancak, davalılardan Teyfik E.'in iyi niyetli olup olmadığı; başka bir anlatımla, satın aldığı parsellerin -aslında-davacılara ait olduğunu, kat karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle devredildiğini bilip bilmediği veya normal bir araştırma ve göstereceği özen sonucu bilip bilemeyeceği araştırılmamış ve de davacılara bu konuda delillerini ibraz için imkan tanınmamıştır. ”

⁵⁷⁸ Yarg. 23. HD. 15.10.2014, 2014/6486 E. 2014/6291 K. “Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı gerek 08.10.1991 tarih 1990/4 Esas 1991/13 Karar sayılı inançları birleştirme kararında ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Oysa davalıların henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı için bilincindedir. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.

arsa sahibinin üçüncü kişilere karşı tapu iptal ve tescil davası açabileceğini ve üçüncü kişilerin TMK m.1023 hükmünden yararlanamayacağına kabul etmektedir.⁵⁷⁹

Yeni dönme görüşüne göre ise, iade borcu sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu durumda yüklenici sözleşmeden doğan iade borcunu yerine getiremediği için arsa sahibinin zararını gidermeli, aynı şekilde üçüncü kişilere karşı da sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmediği için onların da zararını tazmin etmelidir. Ancak arsa sahibi ile üçüncü kişiler arasında herhangi bir ilişki bulunmadığı için birbirlerine karşı herhangi bir talepte bulunmamaları gerekir. Bu sebeple Yargıtay'ın klasik dönme görüşüne katılmıyor ve doktrinde belirtilen yeni dönme görüşünün daha uygun olduğu kanısındayız.

c) Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı

Bedelin indirilmesi talep hakkı, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre seçimlik haklardan biri olup, ayıbın giderilmesi amacı taşımayan değiştirici yenilik

Bu durumda, mahkemece, konusunda uzman yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak, davacılar ile yüklenici R. B. arasındaki 11.09.2003 tarihli sözleşmeye ve onaylı projesine göre inşaatın hangi seviyede olduğu, yüklenicinin edimini önemli oranda yerine getirip getirmediği, yüklenici temerrüdünün oluşup oluşmadığı belirlenerek, sonucuna göre sözleşmenin geriye etkili feshi isteminin karara bağlanması, geriye etkili fesih isteminin kabulüne karar verilmesi halinde, yüklenicinin avans olarak devraldığı arsa payını, arsa sahibi davacılar geri vermesi gerektiğinden, yükleniciden şahsi hakkı temlik almak suretiyle bağımsız bölüm satın alan 3. kişi davalıların yüklenicinin edimini yerine getirmesi halinde hak sahibi olacağından, iyiniyetinin korunmayacağı gözetilerek, temyize gelen davacılar M. H. K. ve İ. K.'ın tapu iptal ve tescil istemlerinin karara bağlanması, geriye etkili fesih koşulları oluşmadığında ise şimdiki gibi (temyize gelen davacıların) tapu iptal ve tescil istemlerinin reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.”

⁵⁷⁹ Yarg. 15. HD. 9.2.2006, 2005/6533 E. 2006/618 K. “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişiler kurulu raporu ve belediyeden alınan cevabi yazılara göre yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümlerin tamamının ikmal edilmesine rağmen arsa sahibine bırakılacak kısımların % 40 seviyesinde inşa olunup inşaatın terk edildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle inşaat fiilen sözleşmesine uygun biçimde tamamlanmadığı gibi, imar durumuna da uygun olmadığı ve projesine aykırı olarak kaçak kat yapıldığı, zeminde de projeye uyulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yüklenicinin ve kendisinden bağımsız bölüm satın alan kişilerin akdin ifa olduğu gerekçesiyle tapu talep etmeleri ve evvelce işin avans i olarak devredilen tapuda hak kazandıklarının kabulü mümkün değildir. Bu nedenle mahkemenin akdin geriye etkili şekilde feshine karar vermesi kural olarak yerinde bulunmaktadır. Ne var ki yapılan inşaatı çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında akdin ileriye etkili fesih şartları da araştırılmalıdır. Ancak kaçak bir yapılaşmada projeye aykırı yerlerin yasal hale getirilmediği sürece bu yerler üzerinde bir hak sahibi olunamayacağı da ortadadır. Diğer yandan arsa sahibine ait bölümler tamamlanmadıkça da yine ileri etkili fesih şartlarının oluştuğu kabul edilmez. Dosya kapsamından davalılara mehil verilmesi halinde inşaatı yasal hale getirip getiremeyecekleri hususu da araştırılmamıştır. O halde mahkemece belediyeden inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının sorulması, yasal hale getirilebiliyor ise davacının 1.12.1999 tarihli dilekçesi de gözetilerek bilirkişilerden ek rapor alınarak yasallaştırılması için yapılması gereken işlemlerin açıklattırılması, davalılara uygun bir mehil ve yetki tanınması ve sonucuna göre' ileri etkili feshin düşünülmesi gerekirken bu konuda eksik incelemeyle sonuca varılması doğru olmamıştır.

Yine davacı tarafından açılan 1998/697 E. sayılı itirazın iptali davası hakkında müspet-menfi bir karar verilmemiş olması da yerinde görülmemiştir. Keza 20819 parsel sayılı taşınmazla ilgili tapuda pay devri yapılmadığı halde bu parsel ile ilgili olarak iptal ve tescil kararı verilmesi usule aykırıdır. İptal edilen tapu payları gösterilmeden verilen kararın infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Bütün bunların dışında akdin feshinde davalı yüklenicinin kusurlu bulunduğu anlaşılacakla dava sonucunda davacı arsa sahibinin masraf ve vekalet ücreti ile sorumlu tutulmaması da gerekmektedir.”

doğuran⁵⁸⁰ bir haktır. Bu hakkın amacı, edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesidir.⁵⁸¹ TBK m.475/1 b.2 ‘de öngörülen bu hak, arsa sahibinin kullanması ile hüküm ve sonuç doğurur, yani arsa sahibinin bu hakkı kullanabilmesi için yüklenicinin bu hakkı kabul etmesine ya da mahkeme kararına ihtiyaç yoktur.⁵⁸² Mahkeme sadece bedelde indirim tutarının hesabı noktasında arsa sahibinin haklı olup olmadığına dair karar verebilir.⁵⁸³

TBK m. 475/1 b.2’ de belirtilen “eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme” seçimlik hakkının kullanılabilmesi yani arsa sahibinin bedelde indirim talep edebilmesi için, eserin sözleşmeye aykırı olmaması veya meydana gelen ayıbın önemli olmayan hafif bir ayıp olması gerekir.⁵⁸⁴ Arsa sahibinin eseri kabul edemeyeceği kadar önemli bir ayıp bulunmaması durumunda bedelde indirim hakkı kullanabileceği kabul edilmiştir.⁵⁸⁵ İkinci şart ise ayıbın varlığının eserin değerini düşürmüş olmasıdır.⁵⁸⁶ Eğer sözleşmeye aykırı olarak daha kaliteli malzeme kullanılmışsa bu durumda bağımsız bölümün değerinde herhangi bir değer kaybı olmadığı için bedelde indirim talep edilemeyecektir. Teslim anındaki rayiç değer de dikkate alınarak objektif kriterlere bakılarak değer kaybı hesaplanmalıdır.⁵⁸⁷ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapıdaki hafif ayıp sonucunda oluşan değer kaybının para olarak hesaplanıp talep edilmesi gerektiğinde görüş mevcuttur. Ancak ERMAN’a göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa

⁵⁸⁰ EREN, (Borçlar Özel), s. 660; Ayıptan dolayı bedelin indirilmesi hakkının bozucu yenilik doğuran hak olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Ancak söz konusu durumun sözleşmeyi sona erdirmeyeceği sadece edimde miktar olarak değişiklik meydana getirmesi sebebiyle bu görüşe katılmıyoruz. Bozucu yenilik doğuran hak olduğuna dair görüş için bkz. KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 291.

⁵⁸¹ KURŞAT, s. 318.

⁵⁸² KIRKBEŞOĞLU, s. 101.

⁵⁸³ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 291 – 292.

⁵⁸⁴ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 292.

⁵⁸⁵ Yarg. 15. HD. 24.4.2000, 1999/4706 E. 2000/1964 K. “Davacı tarafından yapılması istenilen Erdek Asliye Hukuk Mahkemesinin 1997/31 D. İş sayılı dosyasındaki tesbit istemi, davalı iş sahibinin yetkili organının ya da temsilcisinin değil, güvenlik görevlisinin fiziki karşı koyması nedeniyle yerine getirilememiştir. 2.5.1997 günlü bu istemden sonra davalının 8.5.1997 günlü ihtarı ile tanınan sürede işe devam etmeyen davacı direngen duruma düşmüştür. Varlığı gerçek olan bu eksik ve ayıplara rağmen, iş bedelinin tamamına hak kazanılmışçasına hükmedilmesi doğru olmamıştır.

Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; konusunda uzman olan üç kişilik teknik elemandan yeni bir bilirkişi kurulu teşkil edilerek (HUMK. m. 284), gerekirse keşif suretiyle mahallinde inceleme yapılmasından; sözleşme uyarınca üstlenilen işlerden noksan bırakılanlarla ayıplı olanların yukarıda sayılan belgelerden de yararlanılarak saptanmasından; noksan ve ayıplı işlerin sözleşmenin amacına uygun hale getirilmesi için gerekli giderlerin dava tarihi itibarıyla bulunmasından; bu konuda alınacak raporun mevcut diğer kanıtlarla birlikte değerlendirilmesinden; gerekirse BK.nun 98/II. maddesi yollaması suretiyle bedelden tenkisi gereken hakkaniyete uyum bir miktarın bulunmasından ve ödenmeyen bedel ile bulunacak bu miktar karşılaştırılarak, hükme varılmasından ibarettir.”

⁵⁸⁶ KIRKBEŞOĞLU, s. 102.

⁵⁸⁷ KIRKBEŞOĞLU, s. 102.

sahibinin borcunun arsa payı olması sebebiyle indirimın yükleniciye devredilecek olan arsa payı oranından yapılması gereklidir.⁵⁸⁸

Nispi metot uygulaması ile arsa sahibinin ödeyeceği indirilmiş ücreti hesaplamak mümkündür. Bu durumda indirilmiş ücret = kararlaştırılmış ücret x ayıplı değer / ayıpsız değer olarak hesaplama yapılır.⁵⁸⁹ Yargıtay ise genellikle ayıbın giderilmesi için yapılması gereken masrafı, tazmin edilmesi gereken miktar olarak belirleyerek hesaplama yapar.⁵⁹⁰ Bu durumda bir başka yüklenicinin ayıbın giderilmesi için yapacağı masraflar belirlenerek objektif bir kriter kullanılmış olur.⁵⁹¹ Ancak ayıbın giderilmesi mümkün değilse bu durumda onarılması için gereken miktara hükmedilmesi imkânsız olacaktır.

Arsa sahibinin ayıptan dolayı kusuru varsa, zarar görenin kusuru sebebiyle TBK m.476 gereğince sorumlu olacağından bedelde indirim talebi kısmen ya da tamamen reddedilebilecektir.

Arsa sahibinin bedelde indirim talebinde bulunabilmesi için eserin hâkimiyet alanı içinde bulunması, eseri alıkoyması gerekmektedir. Bu hakkını kullanan arsa sahibi ayıbın giderilmesini talep etmediği için, ayıplı yapıyı kabul etmiştir ancak eserde oluşan değer düşüklüğünün giderilmesini talep etmektedir. Arsa sahibi, bağımsız bölümleri üçüncü

⁵⁸⁸ **ERMAN**, s. 149; Yarg. 15. HD. 30.6.1994, 1994/5728 E. 1994/4463 K. “Taraflar arasındaki 13.6.1990 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmedir. Davacı yüklenici, sözleşmeden doğan edimlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde, kendisine düşen bağımsız bölümlerini ve bunlara isabet eden pay tapusunun verilmesini isteyebilir. Ancak, davalı arsa malikleri tarafından, eksik ve kusurlu işler yönünden, dava açmalarına gerek olmadan itiraz niteliğinde olan mahsup istekleri yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir ve hakim bu konuyu re’sen gözönünde bulundurması gerekir (HGK.’nın 7.6.1974 tarih, 1970/2737-658 sayılı kararı). Davalıların arsaları üzerine inşaat yapıldığına göre BK.nun 360.maddenin 2. fıkrası gereğince işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabul edilemeyeceği derecede ehemmiyeti haiz değilse, iş sahibi yapılan işi reddetmeyip, işin kıymetinin noksanı nisbetinde fiyatının tenzilini, eğer o işin islahı çok büyük masrafı gerektirmiyorsa yükleniciyi onarıma mecbur edilebilir. Gerek, tespit bilirkişisi ve gerekse mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, eserde eksik ve kusurlu işler bulunduğu, ancak bu eksiklik ve kusurlu işlerin işin reddini gerektirecek nitelikte olmayıp eksiklikler bedeli ve nefaset farkı verilmesini gerektirdiği hususu saptanmıştır. Öte yandan somut olayda ayrıca, davalı arsa malikleri; inşaatın devamı sırasında yapılan işleri gördükleri ve ihtarnameler çektikleri halde, sözleşmeyi feshetmeyerek, inşaatın bitirilip iskan ruhsatı alınmasına karşı çıkmadıkları için bu aşamadan sonra eseri kabul etmekten kaçınamazlar (BK. m. 358). Gerek kusurlu ve gerekse eksik işlerin niteliği ve derecesi yönünden tesbit raporuyla, mahkemece alınan bilirkişi raporunda farklılıklar bulunmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş; yeniden oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor olunarak, eksik ve kusurlu işlerin, teslim için kararlaştırılan 11.6.1992 tarihindeki piyasa rayiçlerine göre parasal tutarı saptanarak, bu miktarın davacı tarafından arsa sahiplerine ödenmesi koşuluyla yükleniciye düşen bağımsız bölümlerle onlara isabet edebilecek arsa payları toplamının davacı yüklenici adına tapuya tesciline ve ayrıca kat mülkiyeti kurmakta muhtariyetlerine biçiminde, birlikte ifaya karar verilmesi olmalıdır. Bu yönler gözden uzak tutularak, karşı dava açılmadığından bahisle davanın kabulüne karar verilmesi ve infazı kabul olmayacak şekilde arsa payları belirlenmeden hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

⁵⁸⁹ **ERMAN**, s. 150; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 103.

⁵⁹⁰ **ERMAN**, s. 150, dn. 113 ‘de verilen kararlar.

⁵⁹¹ **ERMAN**, s. 151.

kişilere satsa bile bu hakkını kullanabilecektir.⁵⁹² Çünkü bu hakkın amacı, eserdeki değer düşüklüğünün, edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesidir. Bu durumda arsa sahibinin uğradığı zarar ile ayıp arasında söz konusu ayıp bulunmasaydı arsa sahibinin söz konusu eseri daha yüksek bir fiyata satabileceği düşünülerek illiyet bağı kurulabilecektir.

d) Ayıbın Ücretsiz Olarak Giderilmesini Talep Hakkı

Arsa sahibi, ayıplı yapıyı kabul edip, edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesi yerine doğrudan ayıbın giderilmesini yükleniciden talep edebilir. TBK m.475/1 b.3'te bu talep hakkı; "Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme" olarak belirtilmiştir. Ayıbın ücretsiz olarak giderilmesini talep hakkı değiştirici yenilik doğuran bir hak olup, tek taraflı ve varması gereken bir haktır.⁵⁹³ Arsa sahibi ayıbın giderilmesini talep etmesine ve yüklenicinin ayıbın giderildiğini belirtmesine rağmen ayıbın hala mevcut olabileceği dikkate alınarak, bu hakkın yenilik doğuran bir hak olamayacağı ve seçimlik hakların yenilik doğuran hak olmasının istisnası olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁹⁴ Ancak başka bir görüş; bu durumda yüklenicinin TBK m.125 gereğince borçlunun temerrüdü hükümleri sebebiyle sorumlu olacağını ve TBK m.113 uyarınca mahkemeden de izin alınarak ayıbın başkası tarafından giderilebileceğini ileri sürmüştür.⁵⁹⁵ Arsa sahibinin ayıbın giderilmesini talep etmesine rağmen ayıbın mevcut olmaya devam etmesi halinde, bu hakkın değiştirici yenilik doğuran hak olması sebebiyle sözleşmesel ilişkiyi ve borcu değiştirmiş olacağı, bu bağlamda yüklenicinin yeni borcu ayıbın giderilmesi olmasına karşın, bu ayıbı gidermediyse temerrüde düşeceği görüşünün daha isabetli ve tutarlı olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁹² Yarg. 15. HD. 14.9.1992, 1992/3577 E. 1992/3953 K. "Davacı, davalı yüklenici ile dava dışı arsa sahibi Lale arasında düzenlenen 26.9.1986 günlü tapu devri yapılmaması suretiyle geçerlilik kazanmış sözleşmeye dayanmıştır. Bu sözleşmede davacının satın aldığı 22 nolu dairenin arsa sahibine ait olacağı açıklanmıştır. Tapudaki akit tablosundan da dosyasındaki projesine uygun olarak inşa edilmekte olan kat irtifaklı payın satışının yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda davacı, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin bu bağımsız bölüm için halefi durumuna gelmiştir. O halde sözleşmedeki arsa sahibinin hakları davacıya geçmiştir olduğundan davacı, yükleniciye karşı bu davayı açabilir.

Ne var ki, arsa sahibi dava dışı Lale davacıya satıştan önce, 1.10.1989 günlü teslim belgesi ile üç daireyi teslim aldığı kabul ettiğine göre, teslim alınan bu üç dairenin davacıya satılan daireyi de kapsayıp kapsamadığının araştırılması gerekir. Dava konusu daire davacıya satıştan önce, arsa sahibi tarafından teslim alınıp davalı yüklenici ibra edilmiş ise, artık halefiyete dayanılmaz ve davacı davasını ancak arsa sahibine yöneltebilir.

O halde, mahkemece davanın esasına girilerek, arsa sahibi tarafından, davalı yüklenici, satıştan önce dava konusu daire için ibra edilmemişse, eksik ve kusurlu işlerin uzman bilirkişi aracılığı ile saptanarak sonucuna göre dava hakkında bir karar verilmesi gerekirken bu yön gözden kaçırılarak yazılı biçimde eksik inceleme ile davanın husumetten reddi doğru görülmemiştir. "

⁵⁹³ EREN, (Borçlar Özel), s. 660.

⁵⁹⁴ KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 293 – 294.

⁵⁹⁵ KIRKBEŞOĞLU, s. 105.

Öncelikle bu hakkın kullanılabilmesi için ayıbın giderilmesinin olanaklı olması gereklidir.⁵⁹⁶ Ayrıca sözleşmeden dönülmeyecek şekilde hafif bir ayıbın varlığı halinde ve yükleniciye aşırı masraf yüklenmediği takdirde ayıbın giderilmesini yükleniciden talep edilebilmesi söz konusu olacaktır.⁵⁹⁷ Yüklenicinin ayıbı gidermek için yapacağı masraf ile arsa sahibinin ayıbın giderilmesi ile elde edeceği yarar arasında aşırı bir orantısızlık bulunması durumunda bu hakkın kullanılamayacağı kabul edilir.⁵⁹⁸ Aşırı orantısızlığa rağmen yüklenici ayıbın giderilebileceğini belirtse de bu talebin hiçbir önemi olmayacağından arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir.⁵⁹⁹ Sözleşme ile kararlaştırılmışsa veya yüklenici eserin kalitesini garanti etmişse, orantısızlık bulunsa bile arsa sahibi ayıbın giderilmesini talep edebilecektir.⁶⁰⁰

Arsa sahibi, ayıbın giderilmesini ve yapının onarılmasını talep etmişse ve yüklenici bu talebi yerine getirmemişse, üçüncü bir kişi tarafından eser onarılabilir ve bu durumda masraflar yükleniciden tazmin edilebilir.⁶⁰¹ Arsa sahibinin bu durumda nama ifa izni gibi mahkemeden izin almasına gerek yoktur, mahkeme kararı olmadan da yüklenici masraflardan sorumlu olacaktır.⁶⁰² Maddeden anlaşılacağı üzere ayıbın giderilmesi için onarım masrafları yükleniciye ait olacaktır. Ancak eğer yapı ayıpsız halde teslim edilseydi dahi yapılacak masraflar arsa sahibine yükletilecekse, yüklenici bu masraflardan sorumlu tutulmamalıdır.⁶⁰³

⁵⁹⁶ **ERMAN**, s. 152.

⁵⁹⁷ **EREN**, (Borçlar Özel), s. 659.

⁵⁹⁸ **EREN**, (Borçlar Özel), s. 660.

⁵⁹⁹ **KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ**, s. 293.

⁶⁰⁰ **KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ**, s. 293.

⁶⁰¹ **EREN**, (Borçlar Özel), s. 660; Yarg. 23 HD. 3.4.2018, 2016/992 E. 2018/2577 K. “Davacı vekili, müvekkilinin kooperatif üyesi olduğunu, davaya konu taşınmazı 16.06.2007 tarihinde teslim aldığını, taşınmaza yerleştikten kısa bir süre sonra imalat ve proje hatasından kaynaklanan ayıpların ortaya çıktığını, balkonun çökerek binadan ayrıldığını, müvekkilinin talebi ile kooperatifin yönetimi tarafından tadilat ve onarım yapıldığını, tadilat ve onarıma rağmen müvekkiline ait dairenin balkonundaki çökmenin durmadığını, bu durumun daire içinde çatlaklara, pimapen ve diğer aksesuarlarda da zarara yol açtığını, yapılan imalattaki kusurun imalatı yapan müteahhit veya kalfaya ait olduğunu, müvekkilinin onarım ve hasarı gidermek için 23.187 TL harcadığını, bu bedel için icra takibi yapıldığını, davalının haksız itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, alacağın zaman aşımına uğradığını, davacı tarafa davaya konu [gayrimenkulün] 16.06.2007 tarihinde tutanak ile eksiksiz ve tam olarak teslim edildiğini, davacının proje dışında cam balkon yaptığında ortaya çıkan ayıpların davacının kusurundan kaynaklandığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, üyenin parasal yükümlülükleri ile ilgisi bulunmayan uyusmazlıklarda üyelik devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeyeceği, davalının davacıya ayıptan ari bir şekilde teslim yükümlülüğü bulunduğunu, onarım bedelinden sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili ve davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekili ve davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.”

⁶⁰² **KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ**, s. 293.

⁶⁰³ **KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ**, s. 293.

e) Tazminat Talep Hakkı

TBK m.475/2'e göre "İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır." Bu hüküm gereğince arsa sahibi, genel hükümlere başvurarak tazminat talebinde bulunabilir. Tazminat talebi, seçimlik hak niteliğinde olmayıp, seçimlik haklarla birlikte talep edilebilecek kümülatif bir haktır.⁶⁰⁴ Tazminat hakkı için seçimlik hakların kullanılması gerekmemektedir.⁶⁰⁵ Seçimlik hakların kullanılması durumunda, yüklenici tarafından zararın giderilen kısmı düşürülerek tazminata hükmedilecektir.⁶⁰⁶

EREN'e göre, TBK m.475/2 hükmünde sadece ayıptan doğan tazminat sorumluluğu düzenlendiği için bu hallerde TBK m.112'ye yani borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazminine ilişkin hükme dayanmak mümkün değildir.⁶⁰⁷ Ancak KURŞAT, kanun koyucunun genel hükümlere göre tazminat hakkını saklı tuttuğuna dikkat çekerek, genel hükümlerden ayrı bir düzenleme yapılmaması sebebiyle TBK m.112'nin uygulama alanı bulabileceğini savunmuştur.⁶⁰⁸ TBK m. 112'nin uygulanması kusur açısından önemlidir. Tazminat sorumluluğunda TBK m.112 uygulanması gerektiğini savunan görüş, kusuru ispat yükünün yüklenicide olduğunu ileri sürerken; TBK m.112'nin uygulanmaması gerektiğini ileri süren görüş TMK m.6 gereğince ispat yükünün iddiasını ileri süren arsa sahibinde olduğunu ileri sürer.⁶⁰⁹

EREN, tazminat hakkının kullanılabilmesi için ihbar külfetini bulunduğunu kabul ederken,⁶¹⁰ KURŞAT, tazminat hakkının seçimlik hak olmaması ve bağımsız olması sebebiyle ihbar külfetinin yerine getirilmemesinin tazminat hakkını etkilemeyeceğini savunmuştur.⁶¹¹ İhbarın bir külfet olması ve yerine getirilmemesi durumunda seçimlik hakların kullanılmasının mümkün olmadığı düşünüldüğünde KURŞAT'ın savunduğu görüşe katılmaktayız. Şöyle ki, tazminat hakkı seçimlik hak değildir. O zaman ihbar külfetinin yerine getirilmemesi tazminat hakkını etkilemeyecektir.

Yüklenicinin tazminat sorumluluğu doğması için; eserin ayıplı olması, ayıptan dolayı zararın meydana gelmesi, ayıpla zarar arasında illiyet bağının bulunması ve yüklenicinin kusurlu olması gereklidir. Görüldüğü üzere yükleniciden tazminat talep edilebilmesinin başlıca şartları eserde ayıp olması ve bu ayıptan kaynaklı olarak karşı tarafın zarara

⁶⁰⁴ EREN, (Borçlar Özel), s. 661.

⁶⁰⁵ KIRKBEŞOĞLU, s. 108.

⁶⁰⁶ KURŞAT, s. 352 – 353.

⁶⁰⁷ EREN, s. 661.

⁶⁰⁸ KURŞAT, s. 353.

⁶⁰⁹ KIRKBEŞOĞLU, s. 109.

⁶¹⁰ EREN, (Borçlar Özel), s. 661.

⁶¹¹ KURŞAT, s. 354.

uğramasıdır. Arsa sahibinin uğradığı zarar, fiili zarar olabileceği gibi yoksun kalınan kazanç da olabilecektir.⁶¹² Ayrıca söz konusu zararın, ayıptan doğan zarar olabileceği gibi ayıbı takip eden bir zarar (Mangelfolgeschaden) olması da mümkündür.⁶¹³ Örneğin, ayıptan dolayı bağımsız bölümlerin kiralanamaması sebebiyle oluşan kira gelirleri kaybı, ayıbı takip eden zararlardır. Zarar, maddi olabileceği gibi manevi zarar olarak da karşımıza çıkabilir. Manevi zararın bulunması durumunda genel hükümlere göre manevi tazminata hükmedilir.⁶¹⁴ Aynı şekilde yüklenici yalnızca doğrudan değil dolaylı zararlardan dolayı da sorumlu tutulabilecektir.⁶¹⁵

Tazminata hükmedilebilmesi için gereken bir diğer şart uygun illiyet bağıdır. Somut olayın gereklerine göre, zarar ayıptan dolayı meydana gelmişse illiyet bağı var sayılır.⁶¹⁶ Tazminat sorumluluğunun son şartı ise yüklenicinin kusurlu olmasıdır. Yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için kusursuz olduğunu ispatlaması gerekir.⁶¹⁷ Ancak doktrindeki bir görüşe göre, TMK m.6 gereğince arsa sahibi, hem zararı hem zararın miktarını hem de yüklenicinin kusurunu ispatlamak zorundadır.⁶¹⁸ Söz konusu kusur, kast şeklinde olabileceği gibi ihmal şeklinde de meydana gelebilir.⁶¹⁹ Arsa sahibinin de kusurunun bulunması durumunda kusur oranı kadar tazminatta indirim yapılması söz konusu olacaktır.

Daha önce belirttiğimiz üzere doktrinde TBK 475'te bahsi geçen tazminat hükmünün, ayıptan dolayı tazminat hakkı olarak ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine dair

⁶¹² KURŞAT, s. 351.

⁶¹³ EREN, (Borçlar Özel), s. 661 – 662.

⁶¹⁴ Yarg.13. HD. 27.6.2013, 2013/6844 E. 2013/17792 K. “*Dava, satın alınan taşınmazdaki ayıp nedeniyle uğranılan maddi manevi zararın tazmini istemine ilişkindir. Davacı, satın aldıktan hemen sonra, kış ayları içinde evin yalıtım sorunu nedeniyle duvarlarında rutubet ve küflenme oluştuğunu, ayıbın evin imalatından kaynaklandığını ve evde oturmalarına engel düzeye ulaştığını ileri sürmüştür. Davalılar ise, evin bodrum katta olduğunu, davacı satın alırken de evde rutubet sorunu olduğunu, davacının bunu bilerek evi aldığını savunmuşlardır. Mahkemece, davalılara vekaleten evi satan tanığın, davacının evi gezerken banyo süpürgeliklerinde küflenme görüp kendisine değiştirdiği yönündeki beyanına dayanılarak davacının ayıbı bilerek evi satın aldığı kabulüyle davanın reddine karar verilmiştir. Bilirkişi incelenmesiyle evin imalattan kaynaklı yalıtıma ilişkin gizli ayıbı nedeniyle duvarlarında neme bağlı kusmalar oluştuğu mütalaa edilmiştir. Davacı evi satın aldıktan kısa bir süre sonra durumu davalılara bildirerek yasada öngörülen ihbar külfetini de yerine getirmiştir. Satın alındığı sırada yalnızca banyo süpürgeliklerindeki küflenmenin görülmesi ve satıcı tarafından onarılmasının sağlanması, davacı tarafça yaptırılan tadilata rağmen evin duvarlarında halen daha rutubetlenmelerin oluştuğu gösteren keşif anında alınmış fotoğraflar da dikkate alındığında, evdeki yalıtım ayıbının tümünden bilinip kabul edilerek malın satın alındığı anlamına gelmez. Mahkemece bu ilkeler ışığında sabit görülen üretimden kaynaklı gizli ayıp dikkate alınarak davacının talepleri yönünden değerlendirme yapılmalı iken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir.*”

⁶¹⁵ EREN, (Borçlar Özel), s. 662.

⁶¹⁶ KIRKBEŞOĞLU, s. 108 – 109.

⁶¹⁷ EREN, (Borçlar Özel), s. 662.

⁶¹⁸ KIRKBEŞOĞLU, s. 109.

⁶¹⁹ EREN, (Borçlar Özel), s. 662.

görüşlerin yanı sıra bu hükmün genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. İlk görüşün kabul edilmesi halinde, söz konusu tazminat talep etme hakkı için geçerli olacak zamanaşımı süresi; eser sözleşmesinde ayıptan dolayı sorumluluk hükümlerine uygulanan zamanaşımı süresi olacaktır. Ancak bu durumda zamanaşımının kesilmesi veya durması gibi durumlarda genel hükümlerin uygulanacağı savunulmaktadır.⁶²⁰ İkinci görüşe göre ise, bahsedilen tazminat talep etme hakkı TBK m. 478 gereğince düzenlenen zamanaşımı sürelerine değil, genel hükümler kapsamındaki 5 yıllık süreye (TBK m. 147) tabi olacaktır ve sözleşme ile bu süre değiştirilemeyecektir.⁶²¹

3) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Gereğince Arsa Sahibinin Tüketici Sayıldığı Durumlarda Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m.3/1 – k bendinde tüketici kavramı; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi olarak tanımlanmaktadır. TKHK m.3/1 – l bendi uyarınca ise tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşıldığı gibi, eser sözleşmeleri de tüketici işlemi sayılabilmektedir. TKHK m.3/1 – h bendine bakıldığında ise; alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallara mal kavramının tanımında yer verildiği görülmekte olup, bu bağlamda konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar da tüketici işlemi içerisine dâhil edilmiştir.⁶²²

İnşaat sözleşmesinin, tüketici hukukunun alanına girebilmesi için, öncelikle yatırım, kar amacıyla yapılmıyor olması gerekmektedir.⁶²³ Arsa sahibinin tüketici olduğu ve sözleşmeye konu inşaatın konut veya tatil amacıyla yapılması durumunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de tüketici hukuk kapsamında değerlendirilebilir.⁶²⁴ Bunun yanı sıra

⁶²⁰ EREN, (Borçlar Özel), s. 663.

⁶²¹ KIRKBEŞOĞLU, s. 109.

⁶²² KURŞAT, s. 458.

⁶²³ KURŞAT, s. 458.

⁶²⁴ KURŞAT, s. 459.

doktrinde, sözleşme konusu konutun, bizzat arsa sahibi tarafından kullanılması şartının aranmaması gerektiği savunulmaktadır.⁶²⁵

TKHK m.8/1 uyarınca “*Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.*” TKHK m.8/2’ye göre ise “*Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.*” Bu hükümler çerçevesinde tüketici konumundaki arsa sahibi de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sebebiyle ayıptan dolayı TKHK çerçevesinde yükleniciye karşı talepte bulunabilecektir.

TKHK m.11 hükmünde tüketicinin seçimlik hakları aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

- Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme,
- Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme,
- Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme,

- İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme. Görüldüğü üzere burada TBK ‘da sayılan seçimlik haklara ek olarak satılan malın misli ile değiştirilme hakkı da tanınmıştır. Bu hakka başvurulması durumunda yüklenici, ayıplı yapıyı değiştirmek zorunda kalacaktır.⁶²⁶ Örneğin, arsa sahibine verilen bağımsız bölümlerden birinin ayıplı olması durumunda, yükleniciye ait olacak ayıpsız bağımsız bölümle ayıplı olan bölümün değiştirilmesi mümkün olacaktır. Arsa sahibinin misli ile değiştirme hakkını kullanabilmesi için, ayıbın önemli olması ya da olmaması şartı aranmamaktadır.⁶²⁷ Ancak, ayıbın basit bir şekilde giderilebileceği durumlarda misli ile değiştirme talep etmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden, bu talep karşılanmayacaktır.⁶²⁸

⁶²⁵ KURŞAT, s. 459.

⁶²⁶ KURŞAT, s. 460.

⁶²⁷ KURŞAT, s. 460.

⁶²⁸ KURŞAT, s. 460.

4) Ayıba Karşı Sorumluluğu Sona Erdiren Nedenler

a) Ayıbın Arsa Sahibinden Kaynaklanması

TBK m.476 hükmü gereği; “Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.” Yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğundan kurtulabilmesi için öncelikle ayıp, arsa sahibinin talimatından ya da ona yüklenebilecek bir durumdan kaynaklanmalıdır. Malzemelerin arsa sahibi tarafından temin edilmesi ve kullanılan malzemelerin orta kalite altında olması durumu buna örnek verilebilir. Ancak arsa sahibinin talimatından ya da hareketlerinden kaynaklanan bu durum, tek başına yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmak için yeterli değildir.

Yüklenici genellikle “basiretli tacir” konumundadır, tacir olmasa bile işinin uzmanıdır.⁶²⁹ Bu durumda yüklenici, arsa sahibinin talimatı ya da davranışı sonrasında arsa sahibini uarmalıdır. Yüklenici ihtar yükümlülüğü ile arsa sahibinin isteği doğrultusunda hareket edilmesi halinde eserin sözleşmeye uygun olmayacağını ya da ayıplı bir eserin meydana geleceğini bildirmelidir.⁶³⁰ Yüklenicinin yapacağı bu bildirim açık olmalıdır ve gerçekleşmesi muhtemel ayıplar hakkında arsa sahibine yeterince bilgi vermelidir.⁶³¹ Sözleşme kurulmadan önce arsa sahibinin talimatı sebebiyle bir ayıp meydana gelmişse, culpa in chontrendo sorumluluğu gündeme gelecektir. Sözleşme kurulmadan önce yüklenici ihtar yükümlülüğünü yerine getirmişse, sözleşme kurulduktan sonra tekrar ihtar bulunmasına gerek yoktur.⁶³²

Yüklenici uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen, arsa sahibi talimatında ısrarcı ise yüklenici talimata uysa da ayıptan dolayı sorumlu tutulamaz.⁶³³ Bu durumda ispat yükü iddiada bulunan kişiye düşer. Yani yüklenici, hem ayıbın arsa sahibinden kaynaklandığını hem de uyarı yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmelidir.⁶³⁴

b) Arsa Sahibinin Ayıbı İhtirazı Kayıt Olmadan Kabul Etmesi

TBK m.477/1’e göre, “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre

⁶²⁹ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 473.

⁶³⁰ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 473.

⁶³¹ ERMAN, s. 160.

⁶³² ERMAN, s. 161.

⁶³³ KILIÇOĞLU, (Borçlar Özel), s. 473.

⁶³⁴ KILIÇOĞLU, s. 473.

gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.” Bu hüküm gereğince arsa sahibi, eseri kabul ettikten sonra yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kalkar. Eserin teslimi ile eserin kabulü aynı şey değildir. Eserin kabulü, yapılan inşaatta sözleşmeye aykırılıkların bulunmadığı ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı yönünde irade açıklamasıdır.⁶³⁵ Bu irade açıklaması açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Ancak arsa sahibi, eseri henüz inceleme ya da inceletme fırsatı bulamamış olabilir. Bu gibi durumlarda ihtirazi kayıt koyarak yapıyı kabul edebilir.

Teslimden önce arsa sahibi ayıpların varlığını biliyorsa ve buna rağmen eseri teslim almışsa yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.⁶³⁶ Fakat yüklenicinin davranışı ve hareketlerinden ötürü ayıpların düzeltileceğine dair arsa sahibinde bir inanç oluştuysa, yükleniciye karşı ayıptan dolayı sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir.⁶³⁷

TBK m.477/2 uyarınca *“İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.”* Bu hüküm açık ayıplar içindir. Açık ayıplar, hemen fark edilebilen ayıplardır. Bu durumda arsa sahibinin muayene ve bildirim külfeti bulunmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, bu külfetlerin yerine getirilmemesi sadece seçimlik hakların kullanılmasını engeller. Açık ayıp sonucu muayene ve bildirim külfetini yerine getirmeyen arsa sahibi, eseri ayıplı bir şekilde örtülü olarak kabul etmiş olur.⁶³⁸ Arsa sahibi isterse, açık bir şekilde ayıptan doğan haklarından vazgeçtiğini de beyan edebilir.

Gizli ayıplar ise, sonradan fark edilebilen, ilk bakışta anlaşılamayan ayıplardır.⁶³⁹ TBK m. 477/3'e göre *“Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin*

⁶³⁵ KURŞAT, s. 183.

⁶³⁶ Yarg. 15. HD. 15.6.1992, 1992/3006 E. 1992/3087 K. *“Yanlar arasındaki sözleşmeye göre eserin teslim tarihi engeç 1.10.1988 olarak kararlaştırılmış, dava dilekçesinde bu tarihten 3 ay sonra 1.1.1989'da eserin teslim alındığı beyan edilmiştir. Davalı gösterilen bu teslim tarihine karşı çıkmamıştır. Dava ise 14.2.1989 tarihinde açılmıştır. Eserin niteliğine ve sayılan ayıplara göre davanın açılmasında geç kalındığı iddia edilemeyeceği gibi (BK. m. 359) "eserin teslimi" ile "eserin kabulü " de eş anlamlı değildir. Tüm bunlar bir yana, 22.6.1989 günlü oturumda davalı yüklenici inşaatın hatalı olduğunu kendisinin bildiğini, davacı arsa sahibinin de hatayı görüp giderilebileceği kadar gidertilmesi ve iskan ruhsatına engel durumun ortadan kaldırılması bakımından kendisine yardımcı olduğunu beyan etmiş olmakla artık ihtirazi kayıtsız "kabulden" sözedilemez. Davalı tarafından da böyle bir iddia öne sürülmediği halde mahkemece bu husus doğrudan nazara alınarak açık ayıbın süresinde ihbar edilmemesi nedeniyle davanın reddedilmiş olması doğru değildir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi; tarih 22.2.1990, E. 1989/3070 K. 1990/736; Prof. Dr. H. Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II -1987 Basım, Sahife 176 vd.).*

O halde, 4.12.1989 günlü ve yeterli bilirkişi raporuyla saptanan eserde giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan doğan -kötü ifa sebebiyle- değer noksanlığı karşılığına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde verilen karar usul ve yasaya aykırı olup bozulmalıdır.”

⁶³⁷ KURŞAT, s. 299.

⁶³⁸ ERMAN, s. 165.

⁶³⁹ Yarg. 3. HD. 11.9.1989, 1989/5538 E. 1989/6452 K. *“Oysa binadaki inşaat hataları, ayıplar adet uyarınca yapılan bir muayene ile anlaşılamayacak, görülemeyecek, ancak zamanla anlaşılacak cinsten gizli ayıplardan bulunduğu bilirkişi raporlarından anlaşılmaktadır.”*

durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.” Bu hüküm, gizli ayıplar içindir. Arsa sahibi gizli ayıbı, ortaya çıkmasından sonra derhal yükleniciye bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır ve yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğu kalmaz. TBK m.477/1 ‘de bahsedilen yüklenici tarafından kasten saklanan gizlenmiş ayıplar ile gizli ayıplar Yargıtay tarafından eşdeğer tutulmaktadır.⁶⁴⁰ Bu yüzden bu ayıpların da derhal yükleniciye bildirilmesi gerekmektedir.⁶⁴¹

c) Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunması Durumu

Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümleri emredici nitelikte değildir, bu yüzden taraflar TBK m.115 gereği sorumsuzluk anlaşması ile yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu kaldırabilir.⁶⁴²

TBK m.115/1 “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmü gereğince yüklenicinin sadece hafif kusurundan doğan sorumluluklarından kurtulması mümkündür. Yüklenici, eserin ayıplı olarak teslim edilmesinde ağır kusurlu ise, sorumsuzluk anlaşması geçerli olmayacağından, yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğu devam edecektir.⁶⁴³

d) Zamaşımı Süresinin Geçmesi

Ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin olarak süreler TBK m.478’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “*Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz*

⁶⁴⁰ ERMAN, s. 166.

⁶⁴¹ Yarg. 15. H”D. 22.5.1980, 1980/871 E. 1980/1336 K. “*Borçlar Kanununun 359 ve 362 nci maddelerine yapılan şeyin tesliminden sonra iş sahibi işlerin olağan gidişine göre imkanını bulur bulmak o şeyi gözden geçirmeye ve bozuklukları varsa bunları yükleniciye bildirmek zorundadır.*

Yapılan şeyin açıkça veya üstü kapalıca kabulünden sonra yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak yüklenicinin kasten sakladığı açık bozukluklarla usulüne göre yapılacak gözden geçirmede görülemeyecek bozukluklar hakkında sorumluluğu devam eder.

Yapılan şeydeki bozukluk, sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmeye zorunlu olup, aksi takdirde iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır.

Kanun koyucu, bozukluğun bildirilmesini özel bir biçime bağlı tutmamıştır. Her türlü delille ispat edilmesi mümkündür. Ne var ki davacı iş sahibi açık bozuklukları çabucak yükleniciye bildirmemiş, sonradan ortaya çıkan bozukluk (gizli ayıplar) içinde durumu öğrenir öğrenmez yükleniciye derhal haber verme, hukuksal ödevini yerine getirmemiştir. Bu durumda yüklenicinin sağlama borcu tamamen düşmüştür.

Yerel mahkemenin bütün bu yönleri gözden kaçırmak suretiyle 24/12/1979 günlü bilirkişi raporuna dayanarak ve “... binaya giren malik davacının noksanlıkları ve kusurları kabul ederek oturduğunu benimsemenin hakkaniyete ve gerçeğe uyan tarafı olamaz. Zorunlu olarak ve noksanlıkları ikmal edilmesi düşüncesi ile teslim almış olduğunu anlamak gerekecektir.” mucip sebepleriyle 74.351 liraya ödetme kararı vermesi usul ve kanuna aykırıdır.”

⁶⁴² EREN, (Borçlar Özel), s. 664; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 297.

⁶⁴³ EREN, (Borçlar Özel), s. 664; KÖKSAL/MÜMİNOĞLU GÜNERİ, s. 297.

yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” Söz konusu süreler zamanaşımı süresi olup, hak düşürücü süreler değildir.⁶⁴⁴ Zamanaşımının durması veya kesilmesi ile ilgili genel hükümler uygulanabilecektir. Bu süreler hâkim tarafından re’sen dikkate alınmamaktadır. Kanun koyucu taşınır ve taşınmazlar için ayrı süreler belirlemiş olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde konu taşınmaz olduğu için zamanaşımı süresi kural olarak 5 yıldır. Olağanüstü zamanaşımı ise 20 yıl olarak öngörülmüş olup, yüklenicinin ağır kusurunun bulunduğu durumlarda olağanüstü zamanaşımı uygulanacaktır.⁶⁴⁵ TBK m.478 ‘de düzenlenen zamanaşımı süreleri ayıptan dolayı kullanılacak hakların kullanımı için düzenlenmiş olup, ayıp dışında başka bir sebeple yüklenicinin sorumluluğuna gidilmesi halinde TBK m.147/6 gereğince 5 yıllık zamanaşımı süresi geçerli olacaktır.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ EREN, (Borçlar Özel), s. 663.

⁶⁴⁵ EREN, (Borçlar Özel), s. 663.

⁶⁴⁶ KIRKBEŞOĞLU, s. 110.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, doktrinde ve uygulamada tartışmalara neden olan sözleşme türlerinden biridir. Adından tanımına, türünden hükümlerine kadar pek çok hususta fikir ayrılıklarına yol açan bu sözleşme, kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle isimsiz sözleşme niteliğindedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, değişen ekonomik koşullar ve gelişen inşaat sektörüyle sıkı sıkıya bağlantı içerisinde olduğu açıktır. Ekonomik durumu inşaat yapacak kadar iyi olmayan arsa sahibi ile inşaat alanında uzman olan ancak arsa fiyatlarını karşılamak istemeyen yüklenicinin ortak menfaat ilişkisi sonucu ortaya çıkan bu sözleşme, arsa sahibinin belirlenen arsa paylarına devretme borcu ile yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapma borcunu ihtiva etmektedir. Bu bakımdan eser sözleşmesi ile taşınmaz satışı/satış vaadi sözleşmelerinin özelliklerini taşıyan söz konusu sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir çift tipli karma sözleşme niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Her ne kadar doktrinde farklı görüşler mevcut olsa da niteliği gereği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, eser ve taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulamak doğru olacaktır. Sözleşmenin çift tipli karma sözleşme niteliğinde olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu konusunda farklı görüşler ortaya atılmaktadır. Bu görüşler içerisinde kanımızca en doğrusu Yargıtay tarafından da kabul edilmekte olan, ani-sürekli edimli karma bir sözleşme olduğu görüşüdür. Gerçekten de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcunu salt inşaatın teslimi olarak görmek ve inşaatın yapımına ilişkin süreci hazırlık faaliyetinden ibaret sayarak sözleşmenin ani edimli olduğu kabul etmek yerinde olmayacağından, bu sözleşmenin ani-sürekli edimli karma bir sözleşme olduğunun kabulü doğru olacaktır.

Taşınmaz satışı/satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını içermesi sebebiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekle tabidir. Bu bağlamda sözleşmenin, satış söz konusu ise tapu memuru önünde, satış vaadi durumunda ise noterlerce düzenleme şeklinde yapılması gerekecektir. Aksi takdirde şekle aykırılık sebebiyle sözleşme geçersiz hale gelecektir. Ancak bu durumda dürüstlük kuralının bir sonucu olarak şekle aykırılığın istisnası olabilecek haller olduğunu unutmamak gereklidir. Bu bağlamda, tarafların sözleşmedeki edimlerini ifa ettiği, ifa söz konusu olmasa bile karşı tarafta ifanın gerçekleşeceğine dair haklı güven yarattığı ya da şekle aykırılığa kasıtlı olarak kendilerinin neden olduğu hallerde sonradan

şekle aykırılığın ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık şeklinde yorumlanmalı ve sözleşmenin sağlık kazanarak geçerli hale geldiği kabul edilmelidir.

Arsa sahibinin temel borcu arsa payının devri olmakla birlikte, bunun yanı sıra arsanın inşaat yapımına elverişli bir biçimde teslimi, vekalet verme borcu gibi başka borçlarının da olduğu unutulmamalıdır. Aynı şekilde yüklenicinin de asli edimi olan inşaatın teslimi borcunun dışında özen ve sadakat borcu, araç-gereci ve malzemeyi sağlama borcu, işi bizzat kendi yapması ya da yönetimindekilere yaptırma borcu gibi başka borçları bulunmaktadır. Uygulamada tarafların borçları bakımından en çok rastlanan sorun, yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesi hali olup, bu durumda eser sözleşmesine ilişkin temerrüt hükümleri uygulama bulacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani-sürekli edimli karma bir niteliğe sahip olmasının sonucu olarak, temerrüt halinde kanunda tanınmış olan sözleşmeden dönme hakkının da nasıl yorumlanması gerektiği tartışma konusu olmakla birlikte Yargıtay'ca kabul edilen, her somut olayda durumun ayrıca incelenerek karar verilmesi gerektiğidir. Bu doğrultuda yapılması gereken; eğer somut olayda inşaat büyük ölçüde tamamlanmış ise sözleşmeden dönme hakkının ileriye yönelik fesih hakkı olarak yorumlanması gerektiğinin, aksi hallerde ise geçmişe yönelik olarak sözleşmeden dönmenin söz konusu olacağına kabulüdür. Ancak kanımızca Yargıtay kararlarındaki inşaatın büyük ölçüde tamamlanmış olmasına ilişkin %90 oranında inşaatın bitmiş olması ölçütünün kabul edilmesi yerinde değildir ve bu konuda daha düşük oranların kabul edilmesi hakkaniyetli olacaktır.

Yüklenicinin borçlarına ilişkin olarak uygulamada karşılaşılan bir diğer önemli sorun ise inşaatı ayıp bulunması halidir. Bu durumda yine eser sözleşmesine ilişkin olan ayıba karşı tekeffül hükümleri gündeme gelecektir. Dolayısıyla arsa sahibinin, sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelden indirim talep etme, ücretsiz onarım isteme gibi seçimlik haklarının yanı sıra genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı söz konusu olacaktır. Ayıbın arsa sahibine yüklenecek bir sebepten kaynaklanması, arsa sahibinin ihtirazı kayıt olmaksızın inşaatı kabul etmesi, sorumsuzluk anlaşması bulunması, zamanaşımı süresinin geçmesi gibi durumların varlığı halinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Unutulmamalıdır ki; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, yatırım ve kar amacıyla yapılmadığı, bu sebeple arsa sahibinin tüketici vasfı taşıdığı ve sözleşmeye konu inşaatın konut ya da tatil amaçlı taşınmaz olarak belirlendiği hallerde, arsa sahibinin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun uyarınca da ayıp hükümlerinden yararlanması mümkün olacaktır.

Tüm bu tartışmalar ışığında açık olan husus, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamada çok rastlanan ve günden güne de önemi artan bir sözleşme türü olduğudur. Bu denli önem taşıyan bir sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş olması, hali hazırda pek çok soruna yol açtığı gibi ileride de yeni sorunlar meydana getirmeye devam edecektir. Bu sebeple, en sağlıklı yol söz konusu sözleşme türünün biran önce hüküm ve sonuçları ile kanunda düzenlenmesi, böylece ortadaki belirsizliklere ve tartışmalara son verilerek yorum farklılıklarından doğan değişik uygulamaların önüne geçilmesi ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasının engellenmesidir.

KAYNAKÇA*

AKKURT, S. Sami/ ERDOĞAN, Kemal/ TOKAT, Hüseyin: Borçlar Hukuku, Ankara, 2019.

ALBAYRAK, Hakan: Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev Ve Yetkiye İlişkin Sorunlar, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C: V, S:10, 2017, ss. 43 – 95.

ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Tesliminden Önce Telef Olması: TBK mad. 368, Ankara, 2002, (Telef).

ALTAŞ, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, (Şekle Aykırılık).

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019,

ATAMULU, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014.

AVCI, Ali: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, 2015.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016, (Borçlar Genel).

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II: Mülkiyet, Ankara, 2016, (Mülkiyet).

AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.

AYAR BİRKİN, Zeynep: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişikliği, Ankara, 2019.

* Aksi belirtilmediği sürece tüm kararlar www.kazanci.com adresinden alınmıştır.

- AYDEMİR**, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016.
- AYDOS**, Oğuz Sadık: Borçlar Hukuku, Ankara, 2019.
- BAHADIR**, Engin: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması, *Fiscaoeconomia*, Cilt: III Sayı: 1, 2019.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR**, Filiz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2019.
- BROX**, Hans / **WALKER**, Wolf – Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 2019.
- BUZ**, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 2014.
- DEMİR**, M. Duhan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2017.
- DUMAN**, İ. Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Nasıl Düzenlenmelidir, Ankara, 2018.
- ENLİ**, İsa: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü, Ankara, 2017.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Ankara, 2019, (Borçlar Genel).
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, (Borçlar Özel).
- ERGÜN**, Ömer: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Notları, Ankara, 2018.
- ERMAN**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010.
- ERTAŞ**, Şeref: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir, 200.
- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan: Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2012.
- ESENER**, Turhan/ **GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara, 2008.

FELLMANN, Walter: Berner Kommentar Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394- 406, Bern 1992, OR Art. 394, N. 193.

GÖKYAYLA, Emre: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hâllerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti, *DEÜHFD*, C: IXX, S: Özel, Şeref Ertaş'a Armağan, İzmir, 2017, ss. 47 – 67.

GÜMÜŞ, M. Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul, 2015.

GÜNDOĞDU, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014.

GÜR, Mustafa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Ankara,2017.

KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013.

KARTAL, Bilal: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 4, Ekim 1983, (Arsa Payı).

KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1993, (Kat Karşılığı).

KAYAR, İsmail: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet: “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, *AÜHFD*, C: XXXII, S:1, Ankara, 1975, ss. 185 – 199.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, (Borçlar Genel).

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, (Borçlar Özel).

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Yüklenicinin İfa Engelleri, İstanbul, 2019.

KIRMIZI, Mustafa: Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2018.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2017.

KÖKSAL, Tunay/**MÜMİNOĞLU GÜNERİ**, Müjde: FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2019.

KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971.

KURŞAT, Zekeriya: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017.

KURT, Leyla Müjde: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012.

NOMER, Haluk Nami/ **ENGİN**, Baki İlkey: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY – ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, 2015.

RUHİ, Ahmet Celal: Sözleşmeler Hukuku, Ankara, 2013.

RUHİ, Canan/**RUHİ**, Ahmet Celal: Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2018.

SELİMOĞLU, Yaşar Engin: Eser Sözleşmesi, Ankara, 2017.

SÜTÇÜ, Nezih: Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt 1, Ankara, 2018.

ŞEN, Mustafa Serhat/ **ŞEN**, Mustafa Kamil: Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı, Ankara, 2017.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt:2, İstanbul, 2010.

TOKAT, Hüseyin: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilirliği Çeşitli İhtimaller, *SÜHFD*, C: XXIV, S:1, 2016.

TURANBOY, Asuman: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, *AÜHFD*, C: XLI, S:1, Ankara, 1990, ss. 151 – 189.

TURUT, Şenol: Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, Ankara, 2009.

TÜMERDEM, Murat: Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Ankara, 2018.

USTA, Oğuz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017.

WATHIE, Diogoyo: FIDIC (Kırmızı Kitap – 1999) Çerçevesinde Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Zamanında Tamamlaması ve İş Sahibinin Kabulüne Hazır Hale Getirme Yükümlülüğü, İstanbul, 2018.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

YAVUZ, Nihat: Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara, 2018.

İnternet Kaynakları

www.mevzuat.gov.tr

www.kazanci.com

www.dergipark.com