

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFA

Yüksek Lisans Tezi

Betül GÜVEN

Ankara-2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFA

Yüksek Lisans Tezi

Betül GÜVEN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ankara-2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Betül GÜVEN

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFA

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Tez Jürisi Üyeleri

<u>Adı ve Soyadı</u>	<u>İmzası</u>
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	
Doç. Dr. Yasemin DURAK	
Doç. Dr. Yıldız ABİK	

Tez Sınavı Tarihi 23.06.2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(16/07/2021)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin Adı ve Soyadı

Betül GÜVEN

İmzası

.....

TEŞEKKÜR

Tezimin hazırlanışında emeği ve katkıları ile çok değerli Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK Hocama, içinden geçtiğimiz zor günlerde savunmam için zaman ayıran değerli jüri üyelerine, maddi, manevi desteğini benden esirgemeyen aileme ve yüksek lisans eğitimimi sürdürmemde büyük payı olan, beni maddi olarak destekleyen TÜRKİYE BİLİMSEL VE TEKNOLOJİK ARAŞTIRMA KURUMU, TÜBİTAK'a, *2210-A Genel Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programına (2017/2)* en içten teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

§1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Özellikleri ve Hukuki Niteliği	5
I. Sözleşmenin Tanımı	5
II. Sözleşmenin Özellikleri	6
A. İsimsiz (Atipik) Sözleşmelerden Çift Tipli Karma Bir Sözleşmedir	6
B. Karşılıklı (Tam İki Tarafa) Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir	7
C. Ani-Sürekli Edimli Karışımı Bir Sözleşmedir	8
D. İvazlı ve Borçlandırıcı Bir Sözleşmedir	9
E. Rızaya Dayalı Bir Sözleşmedir	10
F. Götürü Bedelli Bir Sözleşmedir	10
G. Sözleşme Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir	11
III. Sözleşmenin Hukuki Niteliği	13
IV. Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinin Kuruluş Şekilleri	18
A. Belli Arsa Paylarının veya Arsanın Tamamının Yükleniciye Devri Suretiyle Gerçekleştirilmesi	19
B. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Aşamalı Devri veya Yükleniciye Yetki Verilmesi	21
C. Arsa Paylarının Satış Vaadi Yoluyla Devri ve Yüklenicinin İnşaatı Yapmayı Taahhüt Etmesi	21
§2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli	22
§3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Borçları	27
I. Arsa Sahibinin Borçları	27
A. Arsayı Teslim Borcu	27
B. İnşaatın Yapımı Konusunda Vekâlet Verme Borcu	28

C. Arsayı veya Arsa Payını Devir Borcu	28
II. Yüklenicinin Borçları	31
A. İnşaatı Yapma Borcu	31
B. İnşaatı Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu	33
C. İnşaatı Teslim Borcu	34
1. Genel Olarak	34
2. Zamanında Teslim Borcu	35
3. Ayıpsız Teslim Borcu	36
D. Diğer Borçlar	37

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPLI İFADAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

§ 1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Ayıplı İfa	39
I. Ayıplı İfa	40
A. Ayıp Kavramı	41
B. Ayıbın Türleri	42
1. Maddi ve Ekonomik Ayıplar	42
2. Hukuki Ayıp	43
3. Açık ve Gizli Ayıplar	44
II. Ayıplı İfadan Farklı Kavramlar	45
A. Eksik İfa	46
B. Ek (İlave) İş	48
C. Aliud Teslim	52
§2. Yüklenicinin Ayıplı İfadan Sorumluluğunun Maddi Şartları	53
I. İnşaat Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olmalıdır	53
II. Eser Ayıplı Olmalıdır	54
III. Ayıp Arsa Sahibine Yüklenememelidir	55
IV. Arsa Sahibi İnşaatı Kabul Etmemiş Olmalıdır	56
V. Ayıp Sebebiyle Sorumluluktan Doğan Haklar Zamanaşımına Uğramamış Olmalıdır	57
VI. Ayıptan Sorumluluğu Kaldıran Anlaşmalar Yapılmamış Olmalıdır	58
§3. Yüklenicinin Ayıplı İfadan Sorumluluğunun Şekli Şartları	61
I. Arsa Sahibi İnşaatı Gözden Geçirme (Muayene) Külfetini Yerine Getirmiş Olmalıdır	61

II. Arsa Sahibi Ayıbı Bildirme (İhbar) Külfetini Yerine Getirmiş Olmalıdır	62
--	----

       B    

ARSA SAH B N N AYIPLI İFA DOLAYISIYLA SAH P OLDUĞU HAKLAR

�1. Sözleşmeden Dönme Hakkı	67
I. Genel Olarak	67
II. Sözleşmeden Dönme Kavramı, Hakkın Niteliği ve Amacı	67
III. Dönme Hakkının Kullanılabileceği Durumlar	73
A. Eserin Arsa Sahibince Kullanılamayacak Olması	73
B. Arsa Sahibinin Hakkaniyet Gereği Yapıyı Kabule Zorlanamayacak Olması	74
IV. Dönme Hakkının Kullanılamayacağı Durumlar	75
V. Dönme Hakkının Kullanılması Sonucu ����� Kіřilerin Durumu	77
�2. Bedelden İndirim İsteme	82
I. Genel Olarak	82
II. İndirilecek Bedelin Hesaplanması	87
�3. Ücretsiz Onarım İsteme	90
I. Genel Olarak	90
II. Ücretsiz Onarımın şartları	93
A. Ayıbın Giderilmesinin “Objektif Olarak Mümkün Olması”	93
B. Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Masraf� Gerektirmemesi	94
III. Sonuçları	96
A. Yüklenicinin Onarımdaki Temerrüdü	97
B. Arsa Sahibinin M.473/2 Hükmünü Kullanması	98
�4. Tazminat	101
SONUÇ	106
KAYNAKÇA	111
ÖZET	122
ABSTRACT	123

KISALTMALAR

BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KararTek	: KararTek Türkiye Barolar Birliği İçtihat Bilgi Bankası
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Medeni Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜ	: Süleyman Demirel Üniversitesi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu

TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Karar Dergisi
YLT	: Yüksek Lisans Tezi

GİRİŞ

Nüfusun hızla artması, şehirleşme ve buna paralel olarak konut ihtiyacı sonucunda¹ 20.yüzyılın sözleşmesi olarak nitelenebilecek bir sözleşme türü ortaya çıkmıştır². Ülkemiz ekonomik-sosyal yapısına göre modellenmiş ve tarafların karşılıklı olarak en yüksek faydayı sağladığı bu sözleşme türü, sahip olduğu avantajlar dolayısıyla ülkemizde önemli bir yere sahiptir³. Sonuçları ve uyumsuzlukları ile doktrin ve uygulamada önemini koruyan⁴ ve farklı isimlerle⁵ anılan bu sözleşme “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”dir⁶. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” kapsamında, daire, dükkan gibi gayrimenkul sahibi olmak ve kâr elde etmek isteyen arsa sahipleri arsasını; diğer yanda özel girişimciler teknik bilgi ve birikimini ortaya koymaktadır.

Sözleşmenin adı ve kapsamı, özel hukukta hâkim olan “sözleşme özgürlüğü” prensibinin sonucudur⁷. Uygulamada farklı şekillerde karşımıza çıkan sözleşmenin çeşitli

¹ KANETİ Selim/SUNGURBEY İsmet, Toprakdan Kat Satışı ve Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı, Makaleler, 1.Baskı, İstanbul 2011, s.589; Y. 15.HD., E.1975/4714, K.1975/5159, T.25.12.1975 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası): “...Yurdumuzda giderek kentleşmenin hızlanması, bu tür sözleşmelerin geniş uygulama alanı bulmasına neden olmuştur.”; YHGK, E.1992/15-649, K.1992/732, T. 09.12.1992 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): “Kentleşmeyle birlikte giderek yoğunluk kazanan “arsa payı karşılığı inşaat” adı altında yapılan eser sözleşmeleri...”.

² KARTAL Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s.11; TOKAT Hüseyin, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilmesi Çeşitli İhtimaller, SÜHFD, C.24, S.1, 2016, s.183.

³ DURSUN AKSOY Sanem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları”, Legal Hukuk Dergisi, 2011, S.101, s.1845; YÜNLÜ Semih, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp, İstanbul Üniversitesi, YLT., 2014, s.4.

⁴ TOKAT, s.183.

⁵ Sözleşme “Arsa Payı Karşılığı (İnşaat) Yapım Sözleşmesi”, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” veya “İnşaat Sözleşmesi” olarak farklı isimlerle anılmaktadır. ; YİBK, T.30.9.1988, E.1987/2, K.1988/2; RG. T.21.12.1988, S.20026, s.30: “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”; YİBK, T.25.1.1984, 3/1- RG.18325: “taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi”; Son dönemde verilen kararlarda ise sıkça “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır bkz.: Y. 20.HD., E.: 2017/6855,6600,6566,6169,5308,5262,5103 (KararTek).

⁶ KANETİ/SUNGURBEY, s.589: Uygulamada, özellikle 198 sayılı Emlak Alım Vergisi Kanununun Finansman Kanunuyla değiştirilmesinden önce, “toprakdan satış” olarak adlandırılan işlemlere başvurulduğu belirtilmiştir. Ayrıntılar için bkz. KANETİ/SUNGURBEY, s.589-592; KARTAL, s.11; YAVUZ Cevdet, Özel Hükümler, 15.Baskı, İstanbul 2018, s.576.

⁷ KARTAL, s.11; KANBER Kemal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaattaki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, ABD, S. 3, 1997, s.36; OZANOĞLU Hasan Seçkin, Yargıtay Uygulamasında TKHK’un Uygulanma Alanı Bakımından İsimli Sözleşmeler, ABD, 2000, S.3, s.53;

türleri ve uygulamada karşımıza çıkardığı birtakım sorunlar mevcuttur. Bu sorunlardan bazıları tezimizde ele alınmış olup, sözleşmenin şekil şartına uyulmaksızın gerçekleştirilmiş olması ve edimlerin ifa edilmiş olması halinde şekil eksikliğinin söz konusu edilip edilemeyeceği; yüklenicinin meydana getirdiği eserin nitelik olarak ayıplı ifa kapsamına girmesi için nelere dikkat edilmesi gerektiği; ayıplı ifadan farklı halleri oluşturan ve uygulamada karşımıza çıkan eksik ifa, aliud teslim ve ilave (ek) iş halleri incelenmiş; yine arsa sahibinin seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde yükleniciden pay veya bağımsız bölüm edinmiş üçüncü kişilerin durumuna değinilmiştir. Ayrıca sözleşmenin nitelik olarak tüketici sözleşmesi veya taraflar için ticari iş sayılıp sayılamayacağı meselesine değinilmiştir. Bahsi geçen konular, sözleşmenin uygulamada ele alınışı ve uyuşmazlıkların çözümünde önem arz etmektedir.

Sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş isimsiz sözleşme olması, diğer çeşitli sözleşme türlerinden izler taşıması sebebiyle çalışmamızda, öncelikle bu sözleşmenin niteliği, kurulması, şekli incelenmiştir. Daha sonra sözleşmenin tarafları ve borçlarından bahsedilmiş; yüklenicinin ayıpsız bir inşaat yapma borcu ve ayıp kavramı, ayıp kavramının diğer kavramlardan farkı açıklanmaya çalışılmıştır. Son olarak, ““arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde yüklenicinin ayıplı ifası” sebebiyle, iş sahibinin (arsa sahibi) sahip olduğu haklar üzerinde durulmuştur. Ayıplı ifadan dolayı sorumluluğun, uyuşmazlıklar arasında mahkemeleri en çok uğraştıran konulardan biri olması, konunun seçiminde etkili olmuştur⁸. Gerçekten, sözleşmenin kurulmasından sonra, yüklenici

YAVUZ C., s.576; ZEVLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre, Özel Borç İlişkileri, 18.Bası, 2018, Ankara s.6-7.

⁸ ŞENOC AK Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s.1.

tarafından ifanın eksik veya ayıplı olarak yapılması, uygulamada karşımıza çıkan, dava konusu olan, mahkemeleri meşgul eden bir durumdur⁹.

Çalışmamızda konu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁰ hükümleri açısından ele alınmıştır. Yeri geldiğinde, sözleşmenin ticari yönü olması halinde dikkate alınacak Türk Ticaret Kanunu hükümlerine yer verilmiştir. Diğer yandan, sözleşmesinin tarafları olan yüklenici (müteahhit) ve işsahibi (arsa sahibi) arasındaki ilişki incelenirken, konuyu genişletecek şekilde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ya da İmar Kanunu hükümleri, Devlet İhale ve Kamu İhale Kanunu bakımında incelemelere girilmemiş, bunlar çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁹ ŞAHİNİZ Cevdet Salih, Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014, s.1.

¹⁰ Bkz. RG. T.8.12.2001, S.24607.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Hukuki işlemlerin bir çeşidi olan sözleşme, “*hukuk düzenince korunan bir sonucu doğurmaya yönelik*” irade açıklamalarıdır¹¹. Taraflar, bir araya gelerek bir sonucu ortaya koymak üzere anlaşır. Bu durumda taraflar kanunlarda düzenlenen isimli bir sözleşmeyi gerçekleştirme niyetinde olabilirler. Yahut sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda ve kanuna uygunluk çerçevesinde yeni bir sözleşme türü oluşturabilirler. “Türk Borçlar Kanunu’nun Özel Borç İlişkileri” Kısmında düzenlenmiş ya da özel kanunlar tarafından düzenlenmiş sözleşmeler isimli sözleşmelerdir¹². Birtakım sözleşmeler ise ne TBK “Özel Borç İlişkileri” kısmında düzenlenmiş ne de özel kanunlarda düzenlenmiştir. Ortaya çıkan yeni ihtiyaçlarla tarafların oluşturduğu isimsiz sözleşmeler, kanun koyucu tarafından isimlendirilmemiş de olsa, işlem hayatında bunların hepsinin bir ismi vardır tıpkı factoring, franchising, pansiyon sözleşmesi gibi¹³. Yaklaşık son 50 yıldır, önemli ölçüde gelişme gösteren “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” de tarafların ortaya koyduğu isimsiz sözleşmelerdendir¹⁴. Bu sözleşme ile arsa sahibi olan taraf, yükleniciye para vermek yerine, arsasını veya arsası üzerine inşa edilecek gayrimenkulden pay devrederek inşaatın yapılmasını sağlarken; yüklenici ise, inşaat maliyetleri içinde büyük paya sahip arsa bedeline sermayesini yatırmaktan kurtularak¹⁵ yeni iş yapma imkânı elde etmekte; inşaatı tamamlamakta ve sonucunda kâr elde etmektedir¹⁶.

¹¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.1.

¹² OKTAY Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFM, C.55, S.1-2, 1995-1996, s.263.

¹³ OKTAY, s.264.

¹⁴ KARTAL, s.11; KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2020, s.509.

¹⁵ KANBER, s.36.

¹⁶ YAVUZ C., s.576; ERMAN, s.1.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin, 818 sayılı BK’da “İstisna Akti” olarak adlandırılan; 6098 sayılı TBK’da ise “Eser Sözleşmesi” olarak adlandırılan ve m.470 ile m.486 arasında düzenlenen sözleşmenin bir türü olduğu ifade edilmiştir¹⁷. Sözleşme taraflarının edimleri incelendiğinde üzerinde durulacağı gibi, yüklenicinin bir yapı meydana getirmesi, eser sözleşmesinin tipik unsurlarından “*bir eser meydana getirmek*” unsurunu karşılamaktadır¹⁸. Ancak, arsa sahibinin yükleniciye edimi karşılığında vaad ettiği bedel, para yerine arsa veya arsa payları yahut bağımsız bölümler olmaktadır. Bu haliyle tez konumuz olan sözleşme, tipik bir eser sözleşmesi değildir. Çalışma konumuz olan sözleşme, bir eser meydana getirilmesi ediminin varlığı yönüyle eser sözleşmesinden izler taşımaktadır.

§1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Özellikleri ve Hukuki Niteliği

I. Sözleşmenin Tanımı

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, taraflar arasında akdedilen öyle bir sözleşmedir ki, arsa sahibi (iş sahibi) arsasının tamamının veya muayyen bir payının mülkiyetini iş sahibine bedel olarak devretmekte veya devir taahhüdünde bulunmaktadır; yüklenici (müteahhit) ise karşılığında bir inşaat (yapı) yaparak teslim etmeyi vaad etmektedir. Gerçekten yüklenici, arsa üzerinde maddi kıymette, “*arsanın değerini artıran bir eser*” meydana getirmeyi taahhüt etmektedir¹⁹; arsa sahibi ise arsa paylarının bir bölümünün mülkiyetini devretme yükümlülüğü altına girmektedir²⁰.

¹⁷ KARTAL, s.11.

¹⁸ TBK m.470: “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”.

¹⁹ KARTAL, s.13.

²⁰ KOCAĞA Köksal, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, TBB Dergisi, S.85, 2009, s.86; YAVUZ, s.483.

Eser kavramı geniş yorumlanabilen ve doktrinde tartışma konusu olan bir kavramdır²¹. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde, eser sözleşmesinden ayrı olarak, meydana getirilecek “eser” ancak maddi varlığı olan şeydir²². Yüklenicinin iş görmesi ile ortaya çıkan ve iş sahibine teslim etmekle yükümlü olduğu maddi eser veya “sonuç” eserdir²³. Gerçekten yüklenici inşaatı bitirerek, bağımsız bölümleri olan, çeşitli amaçlar için kullanılabilecek ve içinde insanların ikamet edebileceği nitelikte, sözleşme ile taahhüt ettiği bir yapı teslim eder.

II. Sözleşmenin Özellikleri

A. İsimsiz (Atipik) Sözleşmelerden Çift Tipli Karma Bir Sözleşmedir

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, ne Türk Borçlar Kanunu’nun “Özel Borç İlişkileri”ni düzenleyen özel hükümlerinde ne de özel bir kanunda düzenlenmiştir. Bu haliyle atipik²⁴ ve isimsiz bir sözleşmedir²⁵. Sözleşme kanunda ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş ve unsurları da ortaya konmamıştır. Uygulamada arsa sahipleri ile müteahhitlerin bir araya gelmesi ve anlaşması ile sözleşme ortaya çıkmıştır. Sözleşmenin ismi, tarafların tipik edimlerini ifade etmektedir. Gerçekten sözleşme, arsa sahibinin

²¹ Geniş bilgi için bkz. ŞENOCAK, Eser, s.12-19; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.490-494; UÇAR Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s.29-35; TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 5.Tıpkıbasım, İstanbul 2010, s.2-22; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 3.Bası, 2014, s.4-6.

²² KARTAL, s.13.

²³ GÜMÜŞ, s.4.

²⁴ Atipik Sözleşmelerde Yöntem Sorunu için Bkz. SEROZAN Rona, Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol-İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağan Cilt-2, İstanbul 2002, s. 1226 vd.

²⁵ EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Baskı, Ankara 2017, s.207; OKTAY makalesinde isimli-isimsiz sözleşme ayrımı yaparken; “bir sözleşmenin kanun tarafından düzenlenmiş sayılması için sözleşmenin “*essentialia negotii*”sinin kanun tarafından düzenlenmiş olması gerektiğini ifade eder. Genel olarak “*essentialia negotii*” kavramının, sözleşmenin birinci derecedeki önemli noktalarını ifade ettiği belirtilmektedir: “İşte eğer bir sözleşmenin esaslı noktaları (unsurları) kanun tarafından düzenlenmişse bunun isimli sözleşme olduğunda şüphe yoktur. Başka bir ifade ile *essentialia negotii*’nin belirlenmesi yasa yolu ile oluyorsa ve somut sözleşme ilişkisinin esaslı unsurları ile kanunda belirlenmiş olan esaslı unsurlar birbiri ile birleşiyorsa isimli sözleşmenin alanında bulunuyoruz demektir.” demektir. Geniş bilgi için bkz. OKTAY, s.264-265; KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, s.509.

edimi olan “arsa payı” veya “kat” karşılığı ile yüklenicinin meydana getirdiği “inşaat” belirtilerek “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” veya “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak isimlenmiştir.

Sözleşme taraflarının asli edimlerine bakıldığında, bunlar farklı kanuni tipte sözleşmelere ait edimlerdir. Arsa sahibinin, taşınmaz satış sözleşmesinin bir unsuru olan “taşınmaz mülkiyetini geçirme” borcu ile yüklenicinin eser sözleşmesinin bir unsuru olan “inşaat yapma borcu” bulunmaktadır²⁶. Bu nedenle “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, “çift tipli karma” bir sözleşmedir²⁷. Tarafların asli edimleri, kanununun öngörmediği bir tarzda mübadele ilişkisi içerisinde²⁸. Bu yönüyle sözleşme karma niteliktedir²⁹. Diğer bir deyişle, aynı sözleşmede iki farklı sözleşmeye ait “edim borcu” vardır. Farklı sözleşmelere ait unsurların tek taraflı varlığı ile hukuki sonuç meydana gelmemektedir³⁰.

B. Karşılıklı (Tam İki Tarafa) Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin taraflarından yüklenicinin inşaat yapma borcunun karşısında, iş sahibinin arsa paylarını devir borcu vardır. Sözleşmede tarafların birinin borcu diğerinin alacağını teşkil etmekte; taraflar hem alacaklı hem borçlu konumda bulunmaktadır³¹.

Arsa sahibi, arsa paylarını veya kat irtifakı tapularını devrederek yükleniciye olan borcunu ifa etmektedir. Yüklenici ise sözleşmeye ve kanunlara uygun bir yapı meydana getirip bunu arsa sahibine teslim ederek borcunu ifa etmektedir. Sözleşmenin

²⁶ Arsa sahibinin edimi ile ilgili olarak bkz. TBK Üçüncü Ayırım- Taşınmaz Satışı ile ilgili hükümler. Yüklenicinin edimi bakımından ise bkz. TBK m.470: “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”.

²⁷ Y. 15. HD, E.2020/1505, K.2021/426, T.23.02.2021 (Yargıtay Karar Arama Motoru).

²⁸ KARAMAN Şeyma, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, YLT, Ankara 2009, s.5.

²⁹ YAVUZ C., s.578; KARTAL, s.26; ERMAN, s.6; KANBER, s.36.

³⁰ YAVUZ C., s.579; ERMAN, s.6.

³¹ YAVUZ C., s.581; ERMAN, s.4.

gerçekleştiriliş şekillerine göre taraf edimlerinin ifa sırası belirlenebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, yüklenici inşaatı bitirip yapıyı teslim ettiğinde vaad edilen arsa paylarına veya bağımsız bölümlere hak kazanır. Sözleşmesinin “tam iki tarafa borç yükleyen” niteliği dolayısıyla, uyuşmazlıklarda TBK’nın genel hükümleri arasında “Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmeler” için öngörülen hükümleri uygulama alanı bulur (Örn. TBK m.97,98,123).

C. Ani-Sürekli Edimli Karışımı Bir Sözleşmedir

Sözleşmede yer alan asli edim yükümlülüğünün borçlu tarafından, zaman içinde nasıl yerine getirildiğine göre sözleşme ani edimli veya sürekli edimli olarak nitelendirilir. Asli edim yükümlülüğünün zamana yayılmış olması halinde sürekli edimli bir sözleşmeden, edimin zaman içinde aniden, bir defada ifa edilmesiyle borcun son bulması halinde ise ani edimli sözleşmeden bahsedilir³².

“Ani edimli-sürekli edimli” nitelendirmesi, sözleşmeden dönme halinde uygulanacak hükümler ve ulaşılabilecek sonuçlar bakımından ortaya çıkmaktadır (Örn. TBK md. 125, 126). Eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi ediminin niteliği doktrinde tartışılmıştır³³. Ne var ki, “ani-sürekli edimli borç ilişkisi” ayrımı, eser sözleşmesine ve de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine tam anlamıyla uygulanamayacaktır³⁴. Çünkü “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” de eser sözleşmesi gibi bazı yönleriyle sürekli borç doğuran sözleşmelere; bazı yönleriyle ise ani edimli sözleşmelere benzemektedir³⁵. Arsa sahibinin arsa paylarını veya arsayı sözleşmenin başında yahut yapının tesliminden sonra yükleniciye devretmesi hallerinde, edimini bir defada ifa ettiği söylenebilir. Diğer yandan

³² EREN, Genel Hükümler, s.213

³³ Bkz. ŞENOCAK, Eser, s.7-12; ; KARTAL, s.24-25; ERMAN, s.8-9; YAVUZ C., s.580; GÜMÜŞ, s.2-3.

³⁴ ŞENOCAK, Eser, s.10-11; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.507.

³⁵ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.507.

müteahhidin inşaat yapma borcu, müteahhidin bu borcu ifaya yönelik faaliyetlerini ve vakit alan emeğini kapsayacak şekilde gerçekleşen ve bir sonuç (inşaatı) ortaya koymayı amaçlayan kompleks bir yüküm olarak kabul edilmelidir³⁶. Gerçekten, yüklenici arsayı teslim aldığı andan, üzerinde inşa ettiği yapıyı arsa sahibine teslim ettiği ana kadar pek çok faaliyette bulunmaktadır. Başta, ruhsat alınması, zemin etüdü yapılması gibi hazırlık faaliyetleri yanında inşaatın başlamasından tamamlanmasına kadar ifaya yönelik pek çok faaliyet gerçekleştirilmektedir. Yüklenici edimini, tamamlanmış yapıyı arsa sahibine teslim ettiği anda yerine getirmiş olarak kabul edilecekse de, teslim anına kadar yapılan faaliyetler ve harcanan emek ile zamana yayılmış şekilde tamamlayarak ifa etmektedir. Yargıtay da inşaat sözleşmelerinin geçici sürekli karmaşığı özellik taşımakta olduğuna karar vermiştir³⁷. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” de “ani-sürekli edimli karışımı” bir sözleşmedir.

D. İvazlı ve Borçlandırıcı Bir Sözleşmedir

Tarafların, birbirinden (karşılıklı) alacak elde etmek üzere yaptıkları sözleşmeler, özellikle “tam iki tarafa borç yükleyen” sözleşmeler ivazlı sözleşmelerdir³⁸. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde tarafların her ikisi de alacaklı konumdadır. Yüklenicinin “inşaat yapma ve teslim etme” ediminin karşılığı olarak, arsa sahibinin “arsa paylarının mülkiyetini devir” borcu vardır. Bu yönüyle sözleşme, ivazlı ve borçlandırıcı bir sözleşmedir. Arsa sahibinin arsa paylarını, yükleniciye ivazsız devrinin kararlaştırması

³⁶ ŞENOCAK, Eser, s.11.

³⁷ YİBGK, E.1983/3, K.1984/1, T.25.1.1984 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası): “... 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 özelliğı yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiğı görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiğı gibi, inşaat sözleşmeleri “geçici - sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır.”.

³⁸ EREN, Genel Hükümler, s.210.

halinde ise “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” yapılmış olmaz. Bu durumda ancak bir “bağışlama” veya “bağışlama vaadi” ya da başka bir sözleşme yapılmış olur³⁹.

E. Rızaya Dayalı Bir Sözleşmedir

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, yüklenici ve arsa sahibinin iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur (TBK md. 1). Bu nedenle sözleşme rızai bir sözleşmedir⁴⁰. Yüklenici (müteahhit) bir inşaat yapmayı; iş sahibi (arsa sahibi) ise inşaat karşılığında bedel olarak arsa paylarını devretmeyi kabul eder. Sözleşmenin konusu olan eserin teslimi, sözleşmenin kurulma aşaması ile ilgili değildir⁴¹.

F. Götürü Bedelli Bir Sözleşmedir

Arsa sahibi ile yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile inşa edilecek yapıdaki bağımsız bölümlerin paylaşımını başlangıçta gerçekleştirmektedirler. Buna göre, arsa sahibinin sahip olacağı ve yapının teslim edilmesiyle yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümler (devredilecek arsa payları veya kat irtifakı tapuları) belli, belirlenmiş olduğundan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri” götürü bedelli sözleşmelerdir (TBK m.480). Sözleşmenin götürü bedelli olması yüklenicinin yapıyı, kendisine devredileceği üzerinde anlaşılan arsa payları veya bağımsız bölüm karşılığı bitirecek olmasını gerektirir. Dolayısıyla yüklenici daha sonradan bedelin artırılmasını isteyemez⁴². Yargıtay da kat karşılığı inşaat yapımını içeren sözleşmelerin, istikrarlı şekilde götürü

³⁹ SÜTÇÜ, s.37.

⁴⁰ AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalân, Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 4.Baskı, Ankara 2019, s.779; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.499; TANDOĞAN, s.28; GÜMÜŞ, s.7.

⁴¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.508.

⁴² TBK m.480: “Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.”.

bedelli olduğunu, arsa sahibinin pay devri şeklinde ödediği bedel dışında başkaca bir bedelin yükleniciye ödenmeyeceğini benimsemektedir⁴³.

G. Sözleşme Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin akdedilmesi ile yüklenici, arsa paylarının veya arsanın mülkiyet devrini isteme şeklinde bir alacak hakkına sahip olur. Yüklenici lehine doğan bu kişisel hak, kanunun öngörmüş olması sonucu tapu kütüğüne şerh edilebilir⁴⁴. Zira tapu kütüğüne şerh edilebilme, ancak kanunun açıkça belirttiği haklar için mümkündür; dolayısıyla kanunun belirtmediği haklar şerh edilemez⁴⁵. Türk Medeni Kanunu m.1009’da “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir.*” şeklinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu kütüğüne şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Böylece taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olan kimselere karşı, şerh edilmiş olan hak ileri sürülebilir (TMK m.1009/2). Sözleşme konusu üzerindeki aynı hakları gösterme fonksiyonu olan tapu sicili, kanunda sınırlı sayıda yer verilen şerh edilebilen hakların şerhi ile kişisel hakları da göstermektedir⁴⁶.

Arsa sahibinin, sözleşmenin ifası sürecinde arsayı üçüncü kişilere devretmesi gündeme gelebilir. Bu durumda arsa sahibinin yükleniciye “arsa paylarını devir” borcu, şerhin etkisi sayesinde yeni malik olan kimselere karşı da ileri sürülebilir. Uygulamada arsanın devredildiği kimselerin sözleşme hükümlerine uymadığı ve inşaaata engel olduğu

⁴³ Bkz. SÜTÇÜ, C.I, s.40.

⁴⁴ Tapu kütüğüne konulan şerh örneği: Y. 23.HD., E.2013/9263, K.2014/2571, T.03.04.2014 (KararTek): “*Taşınmaz üzerindeki 21.06.2010 tarih 13420 yevmiye no’lu davalı lehine konulan, “tamamında kat karşılığı inşaat hakkı vardır.” şerhinin silinmesine...*”.

⁴⁵ YÜNLÜ, s.14.

⁴⁶ BÜTÜN YILMAZ Arş. Gör. Derya G., “ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.38, 2019, s.107-130, s.115.

ifade edilmiştir⁴⁷. Yüklenicinin kişisel hakkı tapuya şerh edilmiş de olsa, sözleşmelerin nisbiliği prensibine göre, arsayı satın alan yeni malik aynı zamanda sözleşmenin de tarafı olmak zorunda değildir. Arsayı devralan yeni malik, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin gereklerinin arsasında yerine getirilmesini istemeyebilir. Bu durumda, arsa sahibinin kusurlu davranışı sonucu sözleşmenin yerine getirilmesi yüklenici bakımından bir imkânsızlık teşkil etmektedir. Arsayı üçüncü kişiye devreden arsa sahibi, yükleniciyi zora sokan bu durumdan sorumlu olur⁴⁸. Tapuya şerh edilen “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ile arsa sahibinin sözleşme uyarınca “inşaatın yapılmasını isteme hakkı” kuvvetlendirilmiş olmamaktadır⁴⁹. Şerh ile esas olarak yükleniciyi korumanın hedeflendiği ifade edilmiştir⁵⁰.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nden doğan hakkın şerhi için tarafların ayrıca bir şerh anlaşması yapmaları gerekmeyeceği ifade edilmiştir⁵¹. 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26/7’ye göre “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.*”. Buna göre, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” taraflarından birinin talebi ile sözleşmeden doğan kişisel hakkın tapu siciline şerhi mümkündür. Diğer yandan, öğretide, kişisel hakların şerhi için, taraflar arasında yapılmış, şerhin hukuki sebebini gösterir bir

⁴⁷ YÜNLÜ, s.15.

⁴⁸ ERMAN, s.10; YHGK., E.1997/157, K.1997/444, T.21.05.1997: “*Kat karşılığı inşaat ve satış vaadi sözleşmeleri yürürlükte iken, arsa (iş) sahibinin arsayı 3. kişiye tapuda satış suretiyle temlik etmesi ve yeni malikin ihtarname ile inşaatın durdurulmasını istemesi, davacı müteahhit açısından ifayı imkansız hale getirir ve sözleşme sona erer. Davacı Kooperatifin, sözleşmenin sona ermesinde kusurlu olan akidi ve arsa sahibi davalıdan müsbet ve menfi zararının tazminini talep hakkı doğmuştur. Davalılar arasında yapılan protokolün Davacıyı bağlamaması ve Eser Sözleşmesinin davacı ile Arsa Sahibi arasında yapılmış olması sebebiyle arsayı satın alan 3. kişinin davacı kooperatife karşı bir sorumluluğu yoktur.*” , bkz. YÜNLÜ, s.15.

⁴⁹ BÜTÜN YILMAZ, s.118, 127.

⁵⁰ BÜTÜN YILMAZ, s.118.

⁵¹ BÜTÜN YILMAZ, s.128.

şerh anlaşmasına gerek olduğu, bu anlaşmanın kişisel hakka ilişkin sözleşmede yer alması veya bağımsız olarak yapılması gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir⁵².

III. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, yukarıda açıklanan özellikler doğrultusunda “tam iki tarafa borç yükleyen”, rızai, “çift tipli” ve karma mahiyette, isimsiz sözleşmedir⁵³. Sözleşme taraflarının edimleri yönüyle incelendiğinde hâkim olan görüşe göre sözleşme, “geçici - sürekli karmaşılgı” niteliktedir⁵⁴. Arsa sahibinin borcunu ifası, ancak teslimle gerçekleşir. Diğer yandan yüklenicinin borcu, “edim yükümü” uzun bir süre içinde yayılarak gerçekleşmektedir. Süre zarfında, sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan “eserin” ortaya çıkması için tarafların karşılıklı işbirliği içinde bulunması, “dürüstlük kuralı”na (TMK m.2) uygun biçimde davranmaları esastır.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” nitelik olarak dar kapsamlı eser sözleşmelerinden farklıdır. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ne konu eser, yüklenici için kompleks bir yüküm teşkil etmekte olup gerek İmar Kanunu, gerek Deprem Yönetmeliği ve ilgili diğer yasal mevzuata uygun şekilde yerine getirilmelidir. Yüklenicinin edimini mevzuata aykırı ifa etmesi, kötü ifa teşkil eder.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları gerçek veya tüzel kişiler olabilir. İnşaat yapma edimini üstlenen yüklenici tarafın genellikle limited şirket veya kooperatif şeklinde bir tüzel kişi olduğu görülmektedir. Arsa sahibi ise genellikle gerçek kişi ise de yine bu tarafın da tüzel kişi olmasına bir engel yoktur. Bu noktada yüklenici ile arsa sahibi arasında akdedilen sözleşmenin niteliğinin, 6502 sayılı TKHK⁵⁵ kapsamında

⁵² SİRMEN, s.211-212.

⁵³ KANBER, s.36.

⁵⁴ YİBGK, E.1983/3, K.1984/1, T.25.1.1984

(<http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=5391> Erişim tarihi:20.05.2021); ŞENOCAK, Eser, s.12.

⁵⁵ Bkz. RG. T.28.11.2013, S.28835.

değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine kısaca değinmek gerekir. 6502 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” md.3’e göre “tüketici” kavramı, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,*” ifade etmektedir⁵⁶. Yine kanunun tanımlar kısmında belirtildiği üzere “*gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan eser sözleşmeleri*”, “tüketici işlemi” kapsamındadır⁵⁷. Kanunun 3. maddesi gerekçesinde, eser sözleşmelerine yer verilise dair herhangi bir açıklama yoktur. Kanun sistematliğini dikkate aldığımızda ise, maddede belirtilen eser sözleşmelerinden maksadın, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçlar için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek veya tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır.

Arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilen “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde, tarafların özellikle arsa sahibinin TKHK’da belirtilen tanımlar doğrultusunda tüketici tanımına girip girmediği incelenmelidir. Öncelikle, arsa sahibinin bu sözleşmeyi akdederken güttüğü amacın arsasını değerlendirmek ve inşa edilecek yapıdan gayrimenkul (bağımsız bölüm) elde etmek olduğu söylenebilir. Bu şekilde arsa sahibinin, sözleşme yapmadan önceki haline göre arsasını değerlendirerek kâra geçtiği bir gerçektir. Bu durumda arsa sahibi, basit bir eser sözleşmesi yapma amacıyla değildir. Gerek sözleşmenin mahiyetine bakarak gerek de sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesiyle arsa sahibinin elde ettiği yararları göz önünde tutarak, bu sözleşme ile arsa sahibinin “salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme” amacından fazlasına sahip olduğu anlaşılabılır. Ayrıca, sözleşmenin TKHK kapsamına girmesi için, sözleşmenin konusunun “*konut veya tatil amaçlı bağımsız bölüm yapma*” olması gerektiği ifade

⁵⁶ Bkz. TKHK, Tanımlar-Md. 3: “*k) Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi..*”.

⁵⁷ Bkz. TKHK, Tanımlar-Md. 3: “*(...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 işlemi ...)*”.

edilmiştir⁵⁸. Örneğin arsa sahibinin amacının, miras kalan arsasını kendisi ve yakınları için konut, yazlık amacı ile kullanmak mı, yoksa ticari amaçlı kullanmak mı olduğu değerlendirilmelidir⁵⁹. Dolayısıyla yaygın olarak karşılaşılan uygulamada, arsa sahibinin TKHK doğrultusunda “tüketici” olarak nitelendirilmesi zor görünmektedir. Yargıtay kararlarında da “*arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu*” belirtilmiştir⁶⁰. Yine aynı doğrultuda pek çok kararda, “*kat (arsa payı) karşılığı inşaat sözleşmelerinin amacının konut edinmek değil arsayı değerlendirmek olduğu; 6502 sayılı Kanunun ise salt tüketme ve kullanma amacına yönelik dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği*” belirtilmiştir⁶¹. Gerçekten, “arsa sahibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ile çoğu zaman, konut edinmekten daha fazla yarar elde etmektedir. Bu noktada arsa sahibinin mesleki amaçla hareket ettiği söylenemese de bazı durumlarda ticari amaçla hareket ettiği söylenebilir.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin bir tüketici sözleşmesi ve arsa sahibinin de tüketici olarak nitelendirilmesi halinde, yüklenicinin ayıplı ifası sonucu arsa sahibinin,

⁵⁸ ASLAN Fatma Neslihan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıptan doğan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016, s.8.

⁵⁹ ASLAN, s.8.

⁶⁰ Y. 20.HD., E.2017/6169, K.2017/4421, T.15.05.2017; Y.20.HD., E.2017/5262, K.2017/2746, T.3.4.2017 (Yargıtay Karar Arama Motoru).

⁶¹ Y. 20.HD., E.2017/6566, K.2017/4686, T.29.05.2017; Y. 20.HD., E.2017/5103, K.2017/2506, T.27.03.2017; Y. 20.HD., E.2017/6600, K.2017/4685, T.29.05.2017 (Yargıtay Karar Arama Motoru) : “Dava, gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Asliye Hukuk Mahkemesince, davanın 4077 sayılı Kanun kapsamında kaldığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. ... Tüketici Mahkemesi ise, “Arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin üst düzey teknolojiyi gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 sayılı kanunda kanun koyucunun salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak, araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığı kabulü gerekir. Bu halde, somut uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu” gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. ... Tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde, davacıların “Tüketici” tanımına girmediği anlaşılmakla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunmayan uyuşmazlığın HMK’nın 2. maddesi uyarınca genel hükümlere göre ... Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” ; Ayrıca bkz. ÇEĞİNDİR Semin, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Ve Uygulanacak Hükümler”, İnşaat Sözleşmeleri (Ed.ERKAN Umut Vehbi), Ankara 2021, s.701-702.

TKHK'ya göre tüketicinin sahip olduğu “seçimlik haklar”ı kullanması söz konusu olabilir⁶². TBK m.475'te yer verilen “seçimlik haklar”dan farklı olarak TKHK m.11'de, tüketicinin “ç) *İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme*” seçimlik hakkına sahip olduğu görülmektedir. Kanun düzenlemesine bakıldığında “satılanın” ifadesinin, bu hakkın tüketici işlemlerinden sayılan “*gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan eser sözleşmeleri*”ne uyumu tartışılabilir. Satılan değil; teslim edilen bir eser söz konusu olduğundan bu hak, “*satılanın ayıpsız bir misli ile değişimi*” yerine “*yeni bir eserin imalini isteme*” hakkı şeklinde anlaşılabilir. Bir görüşe göre, dürüstlük kuralı gereği tüketici işlemi olmayan eser sözleşmelerinde de, iş sahibinin eserin yeniden imalini isteme hakkının bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Gerçekten bazı eser sözleşmelerinde, sözleşmeden dönme yerine eserin yeniden imalini isteme hakkı tarafların yararına olur.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin bir tüketici sözleşmesi olduğu varsayımını ele aldığımızda, TKHK'da anılan hakkın “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ne uygulanması, yeni bir yapının inşa edilmesini isteme anlamına gelir. Ancak bu ihtimalde de, kanun maddesinde belirtilen “*İmkân varsa*” şartının gerçekleşmesi zor görünmektedir. Sonuç olarak ayıplı ifası sonucunda arsa sahibinin ayıplı yapının yeni bir yapı ile değiştirmesini isteme imkânı yoktur. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin bir tüketici işlemi sayılması ve TKHK'da öngörülen seçimlik hakların uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygun düştüğü ölçüde TBK m.470-486'nın uygulanacağı ve ileride

⁶² TKHK Md. 11: “(1) *Malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketici; a) Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, b) Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, c) Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, ç) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme, seçimlik haklarından birini kullanabilir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.*”.

⁶³ BÜYÜKAY, s.130.

inceleneceği üzere, ayıplı ifa sonucu arsa sahibinin TBK m.475’te yer verilen “seçimlik haklar” a sahip olacağı söylenebilir.

Diğer yandan, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin ticari bir işlem olup olmadığı kısaca incelenmelidir. “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin tarafları, gerçek veya tüzel kişi tacir olabilir. Taraflardan yalnız birisi de gerçek veya tüzel kişi tacir olabilir⁶⁴. Genellikle yüklenicinin gerçek kişi tacir olduğu veya TTK’da belirtilen ticaret şirketlerinden⁶⁵ biri olduğu görülmektedir. Örneğin yüklenicinin limited şirket şeklinde bir inşaat şirketi olması veya kooperatif şirketi olması mümkündür. Yüklenicinin bu şekilde gerçek veya tüzel kişi tacir olduğu durumda, bunun sözleşmeye olan etkisi üzerinde kısaca durulmalıdır.

Gerçek kişi olan yüklenicinin tacir olması durumu ile tüzel kişi olan yüklenicinin ticaret şirketi olması durumları, “diğer taraf için de sözleşmenin ticari iş sayılması” sonucunu doğurmaktadır. TTK m.3/(1)’e göre “*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir*”. Bu durumda TTK’ya göre ticaret şirketlerini ilgilendiren işlerin de ticari olması asıldır⁶⁶. Zira tüzel kişi tacirin tüm işlemleri, gerçek kişi tacirin aksine ticaridir⁶⁷. Dolayısıyla arsa sahibinin tüzel kişi tacir ile akdettiği sözleşmenin TTK m.19/(2): “*Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*” gereğince ticari iş sayıldığı söylenebilir. Sözleşmenin ticari iş sayılması ve

⁶⁴ TTK- B) Tacir I - Gerçek kişiler: “1. Genel olarak MADDE 12- (1) Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir.”.

⁶⁵ TTK m.124: “(1) Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.”.

⁶⁶ TTK m.16: “(1) Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.”

⁶⁷ Bkz. Ticari iş karinesi TTK m.19: “(1) Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır. (2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.”.

yüklenicinin tacir olmasının birtakım sonuçları vardır. İlk olarak, tacir olan yüklenicinin “*Tacir olmanın hükümleri*”ne tabi olacağı açıktır⁶⁸. Örneğin, yüklenici borçlarından dolayı iflasa tabi olacak, “basiretli bir iş adamı” gibi hareket etmesi gerekecektir.

Sözleşmenin “ticari iş”lerden olmasının en önemli sonuçları ise sözleşme uyumsuzluklarının çözümü ve uygulanacak faiz oranları ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, TTK m.5/A’ya göre “(1) *Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*”denilerek, dava şartı olarak arabuluculuk düzenlenmiştir. Buna göre, arsa sahibinin ayıplı ifa dolayısıyla talep edeceği tazminatlar için veya taraflardan birinin konusu para ödemesi olan alacak hakkı için “dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması” gerekmektedir. Ayrıca TTK m.8’de, “*ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.*” denilerek taraflara sözleşmede faiz oranını serbestçe belirleyebilme imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin ticari bir iş olması halinde bu hükümler uygulama alanı bulur. Bu nedenle sözleşmenin niteliğinin ve özelliklerinin belirlenmesi önem arz eder.

IV. Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinin Kuruluş Şekilleri

Sözleşme serbestisinin bir sonucu olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, aynı ilke çerçevesinde çeşitli şekil ve kapsamlarda gerçekleştirilebilir⁶⁹. Öncelikle, sözleşme farklı şekillerde hazırlanmış olsa da tümünde bulunması gereken birtakım özellikler bulunmaktadır. Taraflar yaptıkları seçimlerle ifa sırasını, ifa zamanını farklılaştırabilirse de her sözleşmede ortak olan unsurlar bulunmalıdır. Başta, “arsa payı

⁶⁸ Bkz. TTK m.18-23.

⁶⁹ KARTAL, s.29; ERMAN, s.11; YAVUZ C., s.581; TOKAT, s.190.

karşılığı inşaat sözleşmesi”nin tarafları açıkça belirtilmeli ve tarafların asli edimleri açık şekilde ortaya konmalıdır. Sözleşmede yüklenicinin inşaat yapma borcunu hangi süre içinde ifa edeceği, sürenin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirtilmesi yerinde olur. Zira yüklenicinin gecikmesinin belirlenmesinde ve istenecek tazminatların hesaplanmasında bu tarihler esas alınır. Ayrıca, gecikmeler için çeşitli müeyyideler öngörülebilir. Örneğin inşaatın gecikmesi halinde ceza koşulu öngörülebilir⁷⁰ veya gecikme sebebiyle mahrum kalınan kira bedellerinin isteneceği belirtilebilir. Bunların yanı sıra, arsanın inşaatla hazır hale getirilmesi için gerekli işlemlerin, örneğin gecekondunun kaldırılması, kiracının tahliyesi gibi işlemlerin kim tarafından yapılacağı, yüklenici tarafından yapılacak ise bunun açıkça belirtilmesi, inşaatın başlamasından bitirilmesine kadar gerekli malzemenin kim tarafından sağlanacağı, sosyal sigortalar kurumu primlerinin, sair harç, masraf ve cezaların, olası kaza ve zararlarda ortaya çıkabilecek maddi, manevi tazminatların kim tarafından ödeneceğinin de belirtilmesi yerinde olur.

Yukarıda belirtildiği gibi, tarafların serbestî içinde olmaları sonucu “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin gerçekleştirilmesi çeşitli şekillerde olmaktadır. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin uygulamada gerçekleştirilen türlerini şu şekilde sıralamak mümkündür⁷¹;

A. Belli Arsa Paylarının veya Arsanın Tamamının Yükleniciye Devri Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Bu sözleşme tarzında arsa sahibi, arsayı veya arsa paylarını geçirme borcunu sözleşmenin kuruluşu sırasında, başta ifa etmektedir. Normalde yüklenicinin inşaatı gereği gibi tamamlayarak teslim etmesinden sonra arsanın veya arsa paylarının devrini

⁷⁰ Bkz. TBK m.179-182.

⁷¹ Ayrıca bkz. KARTAL, s.29-35; ERMAN, s.11-15; YAVUZ C., s.581-583.

istememesi mümkündür. Ancak sözleşmenin bu tarzında, henüz yüklenici borcu adına bir şey yapmamışken alacağını elde etmektedir. Bu durumda yükleniciye devredilen arsa veya arsa payları, avans niteliğinde olup yüklenici, kullanabileceği finansman elde etmesi yönüyle de avantajlı konumdadır. Diğer yandan, bu durumda arsa sahibinin yükleniciye nispeten daha güvencesiz bir konumda olduğu görülmektedir⁷².

Yüklenici ile arsa sahibi arasında gerçekleştirilen sözleşmeye göre, arsanın tamamı veya belli payları “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin yapılmasından önce veya sözleşme sırasında taşınmaz satış sözleşmesine dayalı olarak yükleniciye devredilmektedir⁷³. Taraflar gerçekleştirdikleri hukuki muameleyi satış olarak belirtse dahi devir muamelesinin sebebi, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”dir⁷⁴. Taraflar noterde düzenledikleri sözleşme ile yükleniciye ait olacak mülkiyet payı, kendilerine isabet edecek bağımsız bölümleri, paylaşmanın nasıl yapılacağını, inşaatın teknik nitelikleri ve süresi ve diğer hususlara ilişkin olarak anlaşılmaktadır⁷⁵. Bu halde arsa sahibinin haklarının korunabilmesi adına, devredilen şey üzerinde arsa sahibi lehine ipotek (teminat ipoteği) tesis edilmektedir⁷⁶. İnşaat ilerledikçe veya tamamlandıkça bu ipotek kaldırılmaktadır⁷⁷. Ancak arsa sahibinin haklarının teminat ipoteği yoluyla karşılanamadığı durumlara rastlanmaktadır. Zira yüklenici, ipotek bedelini ödeme veya

⁷² YÜNLÜ, s.23-24.

⁷³ Y. 23.HD., E.2014/10549, K.2016/3292, T.27.05.2016 (KararTek):

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahipleri tarafından tapuda yükleniciye devredilen arsa payları sözleşme konusu inşaatın yapılabilmesi için yüklenicinin inşaatı finans sağlaması amacıyla verilen avans niteliğindedir. Söz konusu arsa payları, inşaatın tamamlanmasından sonra devredilebileceği gibi, İnşaat sırasında veya inşaatı başlanmadan önce de devredilmiş olabilir.”

⁷⁴ YAVUZ C., S.582.

⁷⁵ GÜMÜŞ, s.114.

⁷⁶ KARTAL, s.29; ERMAN, s.11-13; YAVUZ C., s.582; SELİMOĞLU Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi, 2.Baskı, 2015, s.156.

⁷⁷ Y. 14. HD., E.2014/9378, K.2015/1286, T.6.2.2015 (KararTek): *“Asıl dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil, birleştirilen dava ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle teminat amaçlı konulan ipoteğin fekki istemlerine ilişkindir... davacı vekili, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığını ve sözleşme uyarınca arsa payına karşılık taahhüt edilen dairelerin teminatı olarak arsa sahibi ... lehine 250.000.00 TL ipotek tesis edildiğini ve anılan ipotek haklarının 19.02.2009 tarihinde ... tarafından davalı ...'e temlik edildiğini, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaatın tamamlanarak teslim edildiğini, arsa sahibi ...'un ipotek borçlarını ibra ettiğini ileri sürerek ipoteğin fekkini talep etmiştir.”*

kendisine devredilmiş şeyi üçüncü kişilere devretme şeklinde yollara başvurarak ipoteğin yaptırımından kurtulabilmekte ve sonradan inşaatı yarım bırakabilmektedir⁷⁸. Dolayısıyla, arsa sahibi yükleniciye avans olarak devrettiği arsa payları sebebiyle kendini güvence altına almak isterse başka çözümler de belirleyebilir. Örneğin arsa sahibi yükleniciden avans teminat mektubu alabilir⁷⁹.

B. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Aşamalı Devri veya Yükleniciye Yetki Verilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmenin uygulamada gerçekleştirildiği şekillerden bir diğeri, arsa paylarının kısım kısım devredildiği şekildir. Bu şekilde gerçekleştirilen “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde arsa payları, yükleniciye inşaatın belli aşamalara ulaşması durumunda aşamalı olarak (hak ediş) devredilmektedir⁸⁰. Yükleniciye arsa paylarının üçüncü kişilere satışı için yetki (vekâletname) verilmesi de mümkündür⁸¹. Bu ihtimalde taraflar arasında bir satış veya satış vaadinden bahsedilmeksizin hangi mülkiyet payı, kat irtifakı veya bağımsız bölümün kime ait olacağı hususunda anlaşılmakta ve inşaat başlamadan veya inşaat sırasında yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin satışı için yükleniciye yetki verilmektedir. Yüklenici temsil yetkisine dayanarak kabzettiği satış bedeli ile inşaatın yapımına devam etmektedir⁸².

Yukarıda belirtilen şekilde gerçekleştirilen “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde, arsa sahibinin tüm devirleri başta yaptığı sözleşme şekline göre daha

⁷⁸ ERMAN, s.13; YAVUZ C., s.582.

⁷⁹ SELİMOĞLU, s.156.

⁸⁰ ERMAN, s.14; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9.Baskı, 2015., s.220.

⁸¹ KARTAL, s.30; ERMAN, s.14; YAVUZ C., s.583.

⁸² GÜMÜŞ, s.115.

avantajlı konumda olduğu; yüklenicinin ise bu durumda önceki şekle kıyasla daha az avantajlı konumda olduğu söylenebilir.

C. Arsa Paylarının Satış Vaadi Yoluyla Devri ve Yüklenicinin İnşaatı Yapmayı Taahhüt Etmesi

Uygulamada en çok rastlanan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” çeşididir⁸³. Arsa sahibi, taşınmaz satış vaadinde bulunmakta; taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt ettiği eser sözleşmesi bir arada gerçekleştirilmektedir⁸⁴. Tarafların noterde akdettikleri “gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı yapım sözleşmesi” ile arsa sahibi belli arsa payı veya bağımsız bölüme ilişkin taşınmaz satışı sözleşmesi akdetmeyi; yüklenici ise bağımsız bölümler ihtiva eden bir yapı inşa etmeyi taahhüt etmektedir. Arsa sahibi borcu olan taşınmazların devrini resmi şekilde satış sözleşmesi ile gerçekleştirir. Yüklenici ise borcunu, bağımsız bölümlerden oluşan bir yapı meydana getirmesi ile gerçekleştirir⁸⁵. Görüldüğü gibi noterde düzenleme şeklinde gerçekleştirilen “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, hem eser sözleşmesi hem de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümlerini içermektedir.

§2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Sözleşmelerin geçerliliği, “kanunda aksi öngörölmüş olmadıkça”, hiçbir şekle bağılı değildir. Genel kural olan “şekil serbestisi”nin istisnası, kanunda sözleşmeler için öngörölen şekildir. Kanunlarda öngörölen şekil şartı, geçerlilik şeklidir (TBK md. 12). Bu noktada, şekil zorunluluğunun yapılacak sözleşmeye açıklık, kesinlik sağlaması, ispat

⁸³ YAVUZ C., s.583.

⁸⁴ KARTAL, s.31; ERMAN, s.15; YAVUZ C., s. 583.

⁸⁵ GÜMÜŞ, s.114.

güvenliği ve kolaylığı sağlaması yanında tarafları daha iyi düşünmeye sevk etmesi fonksiyonları önem arz etmektedir⁸⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yukarıda yer verilen gerçekleştiriliş şekillerine göre, bazı durumlarda sözleşmenin şekli ile ilgili bir sorun ortaya çıkmamaktadır⁸⁷. Arsa paylarının yahut arsanın tapu ile yükleniciye baştan devredildiği sözleşme tarzında, sözleşmenin şekli noktasında bir sorun bulunmamaktadır⁸⁸. Ancak, sözleşme konusu arsada kat irtifakı kurulmamış ise yahut bağımsız bölümlerin devri inşaatın yapımı şartına bağlı olarak taahhüt edilmiş ise şekil sorunu ile karşılaşılabilir⁸⁹.

Muhteviyatında “eser sözleşmesi” ve “taşınmaz satış vaadi sözleşmesi”ni bulunduran “çift tipli karma sözleşme” tarzında şekil önem arz etmektedir. Eser sözleşmelerinin gerçekleştirilmesi için kanunda herhangi bir şekil şartı yoktur. Diğer yandan taşınmaz satış vaadinin konusunu oluşturan arsanın, arsa paylarının (taşınmazların) satışı için, kanunlarda satış işleminin resmi şekilde yapılması öngörülmüştür (TMK m.706). Bunun sonucunda taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır⁹⁰. Muhteviyatında taşınmaz satışı işlemi bulunan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Bu şart, sıhhat şartı olup hukuki işlemin geçerliliği bir şekil şartına bağlanmıştır. Aynı şekilde taşınmaz satış vaadi de resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmayacaktır (TBK m.237). TMK m.706’ya göre taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına

⁸⁶ Şeklin Fayda ve Sakıncaları için Bkz. EREN, Genel Hükümler, s.279-282.

⁸⁷ KARTAL Bilal, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi Ve Özellikle Biçimi (III), Yargıtay Dergisi, 1983, S.4, C.9, s.551-568, s.551.

⁸⁸ YAVUZ C., s.583.

⁸⁹ YAVUZ C., s.583.

⁹⁰ ERMAN, s.17; EREN, Özel Hükümler, s.596; GÜMÜŞ, s.7; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.500; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.784.

bağlıdır. “Resmi senetlerin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edileceği” 2644 sayılı Tapu Kanunu m.26’da ifade edilmiştir. Noterlik Kanunu m.60’da ise noterlerin “genel olarak yapacakları işler arasında gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılması”, m.89’da, “düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler arasında niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmeler ve gayrimenkul satış vaadi” sayılmıştır. Taşınmazda kat mülkiyeti⁹¹ veya kat irtifakı kurulmadan önce yapılan kat irtifakı veya kat mülkiyeti taşınmaz satış vaadlerinin noterlerce düzenlenmesine bir engel olmadığına, düzenlenen satış vaadlerinin geçerli olduğuna dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı mevcuttur⁹². Anılan kararda, “Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadları gereğince, bir kimsenin, başkasına karşı, malik olmadığı bir taşınmazı iktisap ederek satışını vaad etmesi, malik olduğu bir taşınmazın belirli bir parçasını parselleyip bağımsız bir taşınmaz olarak tapuya tescil edilmesinden sonra satışının vaadi ve iştirak halindeki taşınmazda belli bir payın satışı vaadi sözleşmeleri geçerli sayılmıştır. Bu nedenlerle kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadan ve bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmadan önce de, bir bağımsız bölümün satışı vaadi geçerlidir”. Yargıtay bu kararı ile satış vaadi sözleşmelerinin düzenlenmesine kolaylık getirmiş, sözleşmelerin uygulama alanının genişletmiştir. Böylece bu tarz sözleşmelerin geçersiz sayılmasının önüne geçerek toplum baskılarını da göz önüne almıştır⁹³.

⁹¹ Bkz. RG. 23.6.1965, S.2932, Kat Mülkiyeti Kanunu, A) Kat mülkiyeti ve kat irtifakı: I – Genel kural: Madde 1: “Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir. Yapılmakta veya ileride yapılacak olan bir yapının, birinci fıkrada yazılı nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre irtifak hakları kurulabilir.”

⁹² Bkz. RG, 10.06.1978, S.16312, s.19-22, YİBGK, E.1978/3, K.1978/4, T.24.04.1978: “Özet: 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli bulunduğu hakkında”.

⁹³ YAVUZ C., s.585-587.

Diğer yandan, noter tarafından re'sen düzenlenmeyen, sadece imzaları onaylanan veya haricen düzenlenen inşaat sözleşmeleri geçerli olmaz. Hâkim, şekil eksikliğini yargılamanın her safhasında re'sen (tarafklar ileri sürmemiş olsalar dahi) dikkate alır⁹⁴.

Sözleşmenin öngörülen şekle uygun yapılmaması halinde söz konusu geçersizliğin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur⁹⁵. Bu konuda YİBK gerekçesinde şekil şartının emredici nitelikte olduğunu ve yaptırımının butlan olacağını ifade etmiştir⁹⁶. Buna göre şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olan sözleşmeyi ifadan kaçınmak kural olarak ahlaka aykırılık teşkil etmez. Aynı zamanda bu durumda ifa edilmeyen edimlerin ifası da istenemez⁹⁷.

Diğer yandan haricen yapılan ve şekil şartına uyulmayan bir sözleşmenin tarafları buna rağmen, edimlerini ifa edebilir. Bu durumda tarafların ve özellikle yüklenicinin şekil noksanlığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur⁹⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında belirtildiği üzere taraflardan biri, “teslim borcu”nun büyük bir

⁹⁴ Y. 15.HD., E.2001/3091, K.2001/5233, T.15.11.2001 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası): “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel olarak arsanın (taşınmazın) muayyen bir payının mülkiyeti müteahhit üzerine geçirildiğinden veya geçirilmesi taahhüt edildiğinden Medeni Kanunun 634, Borçlar Kanununun 213, Tapu Kanununun 26, Noterlik Kanununun 60, 89 ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 1, 10 ve 14. maddelerine göre sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir... Somut olayda eser tamamlanmış ve yüklenici edimini yerine getirmiş, davacı arsa sahipleri de tapuda pay devrinde bulunmuş olmadığından sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin hakkın suistimali sayılan hallerden sayılamayacağından ve geçersiz sözleşmenin ifası veya ifa etmeme dolayısıyla uğranılan müspet (olumlu) zararın tazmininin istenmesi söz konusu olamayacağından davacıların sözleşmenin geçersizliğine dayanarak ...*”.

⁹⁵ Bkz. KARTAL, s.56-66; ERMAN, s.22-23; TANDOĞAN, s.29-33.

⁹⁶ YİBK, T.30.9.1988, E.1987/2, K.1988/2 (RG. T.21.12.1988, S.20026, s.25-46): *Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen “butlan” görüşüne karşı son yıllarda “kendine özgü geçersizlik görüşü” de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def’i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hâkim tarafından re’sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir.*”.

⁹⁷ Y. 15.HD., E.2001/3091, K. 2001/5233, T.15.11.2001 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası): “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel olarak arsanın (taşınmazın) muayyen bir payının mülkiyeti müteahhit üzerine geçirildiğinden veya geçirilmesi taahhüt edildiğinden Medeni Kanunun 634, Borçlar Kanununun 213, Tapu Kanununun 26, Noterlik Kanununun 60, 89 ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 1, 10 ve 14. maddelerine göre sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir... Somut olayda eser tamamlanmış ve yüklenici edimini yerine getirmiş, davacı arsa sahipleri de tapuda pay devrinde bulunmuş olmadığından sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin hakkın suistimali sayılan hallerden sayılamayacağından ve geçersiz sözleşmenin ifası veya ifa etmeme dolayısıyla uğranılan müspet (olumlu) zararın tazmininin istenmesi söz konusu olamayacağından davacıların sözleşmenin geçersizliğine dayanarak ... istemlerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kira kaybına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*”.

⁹⁸ EREN, Özel Hükümler, s.597.

kısmını yerine getirdikten sonra karşı taraf, “sözleşmenin şekil eksikliğini” ileri süremez. Şekil eksikliği nasıl resen dikkate alınıyorsa, “şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin dürüstlüğe aykırı yönü” de resen incelenecek konulardandır⁹⁹.

Sonuç olarak, emredici hukuk kuralına rağmen uygulamada sık olarak haricen yapılan sözleşme ile hem taraflar büyük oranda edimlerini ifa etmiş olabilmektedir¹⁰⁰, hem de inşaat ilerledikçe oluşturulan bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılması yoluna gidilmektedir. Bu durumda ifanın varlığı dikkate alınmalıdır. Taraf iradelerinin sözleşmenin ifasına yönelik olmasında, tarafların menfaati kadar kamunun da menfaati mevcuttur¹⁰¹.

⁹⁹ YHGK, E.1983/4-224, K.1983/1276, T.7.12.1983 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası): “...Dava, davalının sözleşme koşullarına aykırı davrandığından ve taahhüdünü yerine getirmediğinden bahisle, iki ihale arasındaki farkın ve ikinci ihale ile katılan giderlerin ödetilmesine ilişkindir. O halde, ihaleyi takiben, taraflar arasında yapılan sözleşmenin yazılı biçimde düzenlenmesi ve noterliğe tasdik ettirilmesi sözleşmenin geçerliği için yeterlidir... Kaldı ki; davalı sözleşme ile yükümlendiği teslim borcunun büyük bir bölümünü yerine getirmiştir. MK.nun 2. maddesi hükmünce, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken afaki iyiniyet kurallarına uymakla yükümlüdür. Bir hakkın sırf gayri izar eden suistimalini Yasa himaye etmeyeceğine göre, sözleşmeye dayanarak mal teslimine başladıktan ve büyük bir bölümü yerine getirildikten ve taraflarca sözleşmeye dayanarak karşılıklı alacak iddia ve davasında bulunduktan sonra, bu yolda bir iddia ve savunmada bulunmadığı halde, Dairece, sözleşmenin düzenleme şeklinde yapılmadığından ve bu itibarla tazmini nitelikte haklar ve borçlar yüklenemeyeceğinden söz edilerek sözleşmenin geçersiz sayılması doğru değildir. **Çünkü, şekil eksikliği nasıl re'sen nazara alınıyorsa, şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin dürüstlüğe aykırı olup olmadığı yönü de re'sen incelenecek konulardandır.** O halde, yukarıda açıklanan nedenlerle işin esasının incelenip sonucu dairesinde bir karar verilmek gerekirken, yerel mahkeme hükmünün bozulması doğru değildir. Bu itibarla, yerel mahkeme kararı doğru olup, işin esasının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir.”

¹⁰⁰ YHGK, E.2012/13-164, K.2012/219, T.21.3.2012 (KararTek): “... Ancak, Yargıtay şekil koşuluna uygun olmadığı için geçersiz olan Arsa Payı Karşılığı İnşaat yapım sözleşmesinin fiilen hayata geçirildiği, tarafların edimlerini ağırlıklı yerine getirdiğinin anlaşıldığı durumlarda bu sözleşmelere geçerlilik tanınmaktadır. Şekil zorunluluğunun birinci istisnası; “sözleşme adi yazılı şekilde olsa bile, yüklenici edimini (bina meydana getirme borcunu) tamamen veya reddolunmayacak oranda yerine getirmişse, Arsa sahibi artık bu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez” kuralıdır. Zira böyle bir davranış, TMK’nun 2.maddesinde tanımlanan “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” kuralına aykırı düşer.”

¹⁰¹ Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ve yüklenici dışında, bunlardan bağımsız bölüm satın alan kişilerin haklarını da etkilemektedir. Doğacak uyuşmazlıkların boyutu nedeniyle kamu düzeninin bozulacağı ve yargının iş yükünün artacağı düşünüldüğünde, her somut olay temelinde şekil şartı dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca bkz. SÜTÇÜ, s.79.

§3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Borçları

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin taraflarından arsa sahibi, arsasının tamamının veya muayyen bir payının mülkiyetini iş sahibine bedel olarak devretmekte veya devir taahhüdünde bulunmakta; karşılığında ise yüklenici bir inşaat (yapı) meydana getirmeyi ve teslim etmeyi taahhüt etmektedir.

I. Arsa Sahibinin Borçları

A. Arsayı Teslim Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulanması için arsa sahibinin öncelikli olarak arsasını yükleniciye teslimi gerekmektedir¹⁰². Arsanın “inşaat yapmaya elverişli” ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gereklidir¹⁰³. Aksi halde arsa sahibi arsayı teslim borcunu yerine getirmiş olmaz. Arsa sahibinin arsayı, inşaat hazır şekilde yükleniciye teslim borcu, arsa üzerindeki binanın yıkımı veya kiracının tahliyesi konusunda yetki içeren vekâletnameyle yükleniciye devredilebilir¹⁰⁴.

İnşaat başlanabilmesi için öncelikle inşaat yapılması kararlaştırılan arsanın, arsa sahibince “inşaat elverişli” ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gerekir. Aksi halde arsayı “inşaat elverişli” ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli borcunu yerine getirmediğinden, ruhsat alınıp inşaat başlanamamasında arsa sahibi kusurlu olacaktır¹⁰⁵.

¹⁰² SÜTÇÜ, s.285.

¹⁰³ ERMAN, s.55; GÜMÜŞ, s.10; DURAK Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnÜHFD, Özel Sayı, C.1, 2015, s.207-252, s.229.

¹⁰⁴ Müteahhide yer teslimi yapılmış olsa dahi, taşınmaz üzerinde sözleşmeye konu inşaat başlanması mümkün olmayabilir. Şöyle ki, inşaat yapılacak taşınmazda bulunan eski binadaki kiracının tahliye edilememiş olması, imar mevzuatına göre gerekli koşulların gerçekleşmemiş olması hallerinde, taşınmazın inşaat elverişli şekilde teslim edilmiş olduğu söylenemeyecektir. Bkz. ERMAN, s.57.

¹⁰⁵ Y. 15.HD., E.2007/3118, K.2008/2682, T.22.4.2008 (Yargıtay Karar Arama Motoru); YKD, 2009/10, s.1924-1925: “Somut olayda, inşaat yapılması kararlaştırılan davalıya ait arsa üzerinde davalıya ait gecekondulu bulunduğu ve sözleşme tarihinde tapu kaydında ipotek şerhi olduğu, davalı yüklenicinin

B. İnşaatın Yapımı Konusunda Vekâlet Verme Borcu

Yüklenicinin yapıyı, “sözleşmeye, fenne ve amacına uygun olarak” meydana getirip arsa sahibine teslim etmesi için belediye, tapu ve resmi-özel dairelerde takip etmesi gereken işler vardır¹⁰⁶. İdari, hukuki işlerin yüklenici tarafından takibi için arsa sahibinin yükleniciye vekâlet vermesi gerekebilir. Örneğin arsa sahibi, ruhsat işlemlerini kendisi takip edebileceği gibi, bu konuda herhangi bir kimseye veya yükleniciye yetki de verebilir¹⁰⁷. Verilecek vekâletname, inşaatın sözleşmeye uygun şekilde teslimine kadar yapılacak iş ve işlemleri kapsamalıdır. Sözleşmenin ifa edilebilmesi adına yerine getirilmesi gereken işlemler arsa sahibi tarafından yapılmıyorsa, yüklenici mahkemeye başvurarak bu işler için kendisine izin verilmesini isteyebilir¹⁰⁸.

C. Arsayı veya Arsa Payını Devir Borcu

“Tam iki tarafa borç yükleyen” “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde yüklenicinin sözleşmeye uygun şekilde inşaat yapma borcunun karşılığı, arsa sahibinin arsayı veya arsa paylarını devretmesidir¹⁰⁹. Eser sözleşmesinde iş sahibinin “bedel

gecekonduyunun yıkılması için arsa sahibine ihtar çekmesine rağmen, arsa sahibinin gecekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek arsayı inşaat elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmedikten, BK’nın 90.maddesi uyarınca temerrüde düştüğü... Esasen sözleşmenin 3.sayfasında bu husus arsa ile ilgili olarak her türlü pürüzler kaldırıldıktan sonra yüklenici şirkete teslim edileceği şeklinde kabul edilmiştir...; DURAK, s.229.

¹⁰⁶ ERMAN, s.57: “İnşaat başlamak ve devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için davalı arsa sahibinin davacı yükleniciye yardımcı olması ve yetki vermesi gerekmektedir.” (Y. 15.HD., 3539/830, T.17.2.1994) ; Y. 23.HD., E.2014/10958, K.2016/3398, T.02.06.2016 (KararTek): “Bu tür sözleşmelerin genellikle yıllara yayılması nedeniyle, sözleşmedeki amaca ulaşılması, ifa süresindeki tek bu ücret ediminin yerine getirilmesi ile mümkün bulunmaz. Bu nedenle iş sahibi tarafından bazı yan borçların da yerine getirilmesi gerekir. Bunlar; üzerinde hukuki ve fiili bir engel bulunmadan arsanın inşaat 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, iskân ruhsatı alımı gibi iş ve işlemler için gerektiğinde yükleniciye vekâletname verilmesi, sözleşmede belirlenen Arsa payının devri gibi yükümlülüklerdir.”.

¹⁰⁷ KOCAAĞA, İlave İş, s.101; GÜMÜŞ, s.10.

¹⁰⁸ ERMAN, s.59; YÜNLÜ, s.47.

¹⁰⁹ ERMAN, s.52-55.

ödeme” borcunu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa paylarının devri borcu oluşturmaktadır. Arsa paylarının veya arsanın devri, yüklenicinin inşaat yapma borcunun karşılığını ve aynı zamanda yüklenici için sözleşmenin amacını oluşturmaktadır¹¹⁰. Taraflar sözleşmenin gerçekleştirilme şekillerine göre, inşa edilecek yapıdaki kat, daire gibi bağımsız bölümlerin ne miktarda ve nasıl paylaşılacağını kararlaştırmış olabilir. Arsa sahibinin asli borcu¹¹¹ niteliğinde olan bu borç, müteahhidin işi tamamlayarak teslim etmesi ile muacceliyet kazanır (TBK m.479 f.1)¹¹².

Uygulamada devir, arsa sahibi tarafından inşaatın tesliminden sonra¹¹³ veya inşaatın geldiği aşamalara bağlı olarak kademeli olarak yerine getirilebilmektedir¹¹⁴. Yüklenici, sözleşmeye, kullanım amacına ve fenne uygun bir yapı inşa ederek teslim ettiğinde, kararlaştırılan arsa paylarına veya bağımsız bölümlere hak kazanacağı kabul edilmektedir¹¹⁵. Uygulamada, arsa sahibinin sözleşmenin kurulduğu aşamada arsa

¹¹⁰ YÜNLÜ, s.44.

¹¹¹ Y. 23.HD., E.2014/10958, K.2016/3398, T.02.06.2016 (KararTek): “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.”.

¹¹² DURAK, s.229; KOSTAKOĞLU, s.929.

¹¹³ Y. 23.HD., E.2014/2193, K.2014/7492, T.21.11.2014 (KararTek):

“Dava, Arsa Payı Karşılığı İnşaat sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK’nın 97., (818 sayılı BK’nın 81.) maddesine göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden kimse sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kural olarak kendi borcunu ifa etmedikçe karşı taraftan edimin ifasını isteyemez. İmar mevzuatına uygun imalat, inşaatın iskân alınabilecek duruma getirilerek fiili ve hukuki yönden eksiksiz olarak arsa sahibine teslim edilmesi anlamını taşır ve sözleşmeye göre iskân alması gereken yüklenici iskânı alınca kendisine düşen bağımsız bölümlerin arsa payının devrini isteyebilir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, ücret, devri kararlaştırılan arsa payıdır (TBK. m. 479). Kural olarak, ücret (arsa payı) sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa (kademeli ferağ öngörülmemişse) işin yapılmasından sonra ödenir (devredilir). Bu durumda, inşaat yapma borcunu yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinden tapu devrini isteyemez (TBK. m. 97).”.

¹¹⁴ Bkz. IV. Sözleşmenin Kuruluş Şekilleri; Arsa veya arsa payının önceden devredilip, üzerine teminat amacıyla arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmesi ve inşaatın teslimi ile ipoteğin tamamen, ya da geldiği aşamaya bağlı olarak kademeli şekilde çözülmesi uygulamalarına da rastlanmaktadır.; ERMAN, s.52; Y. 15.HD., E.2007/1709, K.2008/1486, T.7.3.2008 (Yargıtay Karar Arama Motoru); YKD, 2009/6, s.1109 vd.: “taşınmazın 3.12.1993 tarihinde davacı arsa sahipleri tarafından davalı yüklenici şirkete tapuda satıldığı olayda, daire karşılığı inşaat sözleşmesi 12.10.1993 tarihinde yapılmıştır. ...Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, daire karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra tapuda yapılan devir işlemleri, arsa sahiplerinin edimlerini yerine getirmesi olarak kabul edilmektedir. Davalı yüklenici şirket tarafından aksi kanıtlanmadığından, tapuda bu işlemlerin satış olarak gösterilmesinin bir önemi bulunmamaktadır.”.

¹¹⁵ Y. 14. HD., E.2004/6027, K.2004/6108, T.23.09.2004 (Yargıtay Karar Arama Motoru): 23.09.2004 T: “...Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde eser bedeli kural olarak, taşınmazdaki bir bölüm arsa payının yükleniciye devri suretiyle ödenir. Eser bedeli olarak yükleniciye peşin devir yapılmış olursa

paylarını devrettiği de görülmektedir. Arsa sahibinin inşaatın tesliminden önce yükleniciye arsa paylarını devretmesi, yüklenicinin finansman sağlamasına yönelik bir kredi kullandırma anlamına gelmektedir¹¹⁶. Ancak, kendisine avans olarak arsa payları devredilmiş yüklenicinin inşaatın yapımı sırasında veya teslimden önce (henüz arsa paylarına tam olarak hak kazanmadığı aşamada) arsa paylarını veya bağımsız bölümlerini üçüncü kişilere devretmesi sonucu uygulamada sorunlar ortaya çıkabilmektedir¹¹⁷.

Yüklenicinin tam ve gereği gibi ifası sonucu hak kazanacağı arsa payları, arsa veya bağımsız bölümlerin devri arsa sahibi tarafından yerine getirilmezse, borçlunun

bile, yüklenici bu bedele eserin tesliminde hak kazanır. Zira peşin yapılan devir bir bakıma yükleniciye yapılmış avans ödemesidir. Bir tanımlama yapmak gerekirse eserin teslimi demek; binanın sözleşmesine, arsa sahibinin beklentisine, fen ve sanat kurallarına uygun bir şekilde meydana getirilerek, eserin ifa olarak arsa sahibine arz edilmesi demektir. Yüklenici veya ondan kişisel hakkını devralan üçüncü kişi, ancak edim yerine getirilmişse tescil talebinde bulunabilir. Bu bakımdan, yükleniciden temellük edilen kişisel hakka dayanılarak tescil istemi ile açılan bu gibi davalarda, inşaat sözleşmesinin arsa sahibi olan tarafın da davada yer alması zorunludur. Çünkü arsa sahibi taraf durumunu almadan sözleşmeden kaynaklanan haklarını savunamazlar...” ; ayrıca bkz. YÜNLÜ, s.45, dpn.193; KARADAŞ İzzet, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin (Devir) Temlik İşleminde Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, 2.Baskı, Ankara 2021, s.219, dpn.267.

¹¹⁶ Y. 14. HD., E.2014/11929, K.2014/14766, T.23.12.2014 (KararTek): “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen veya tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması imkânı mevcuttur. Aslında arsa sahibinin kural olarak Borçlar Kanununun 479. maddesi uyarınca eserin tesliminde vermesi gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi, yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere devrederek finans sağlaması, Arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırması demektir.”; KARADAŞ İzzet, Devir, s.219.

¹¹⁷ Y. 14. HD., E.2012/13250, K.2012/14549, T.19.12.2012 (KararTek): “Temlikin konusu yüklenicinin Arsa payı karşılığı arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin kazanmadığı hakkını üçüncü kişiye temlik etmesi arsa sahibi bakımından önemsizdir. Diğer taraftan yüklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi Borçlar Kanununun 81. maddesinden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz.”; Y. 23. HD., E.2015/8887, K.2017/3470 , T.28.11.2017 (KararTek) : “Aynı haklar, illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması mülkiyet hakkının doğumu için yeterli olmayıp, ayrıca geçerli bir hukuksal sebebin varlığı da gereklidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye yapılan tapu devri "avans" niteliğinde olup, yüklenici ediminin kural olarak tamamen ifası sonucu, sözleşme konusu kendisine bırakılan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynı hak sahibi olabilir. ... Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi tarafından kat irtifakı tapu devri sözleşme uyarınca ve edimin ifası amacıyla yapılmaktadır. Yüklenicinin bunları satıp finans temin edeceği açıktır. Avans mahiyetinde yapılan tapu devirlerini yüklenici, sözleşme uyarınca fen ve sanat kurallarına uygun şekilde edimini ifa etmesi halinde şahsi hakka hak kazanır. Böyle bir hakkı yüklenici ya da onun devriyle inşaatı bağımsız bölüm satın alan 3. Kişiler imal ve inşaatı tamamlanmamış bir tapuyu devraldıklarını bilmektedirler. Yüklenicinin edimini ifa etmemesi halinde tapunun elinden alınması riski altındadırlar.”; KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, s.514-516.

temerrüdü söz konusu olacaktır. Yüklenici muaccel olan devir borcu için arsa sahibine karşı tescil davası açabilir¹¹⁸.

II. Yüklenicinin Borçları

A. İnşaatı Yapma Borcu

Yüklenicinin asli edim borcu, inşaatı (eseri) sözleşmede belirtilen biçimde, sözleşmede öngörülen sürede, plan ve projeye uygun olarak meydana getirerek teslim etmektir¹¹⁹. Yüklenicinin inşaatı yapma borcu, bir “iş görme borcu”ndan çok iş görme ile ortaya bir “sonuç” ortaya koyma borcudur¹²⁰.

Yüklenici işi yürütürken, arsa sahibinin “(iş sahibinin) menfaatlerini gözeterek” (TBK m.471), özen ve “sadakat borcu” ile dürüstlük kuralına uygun olarak davranmalıdır¹²¹. Yüklenicinin sözleşmeye ve yasal düzenlemelere uygun bir eser (inşaat) meydana getirmesi¹²² için özenle davranma borcu, gerek işe başlarken hazırlık aşamasında, gerek işin devamı sırasında sürmekte ve eserin tamamlanıp teslim edilmesine

¹¹⁸ ERMAN, s.53; YÜNLÜ, s.46.

¹¹⁹ Öz Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013, s.117; ERMAN, s.33; KARTAL, s.67; KANBER, s.37; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.779; GÜMÜŞ, s.11; TANDOĞAN, s.48; GÜNAY Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.1425; Y. 14.HD., E.2009/2280, K.2009/3839, T.26.03.2009 (Yargıtay Karar Arama Motoru): “Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu, yapıyı sözleşmeye, fenne ve amacına uygun olarak meydana getirip arsa sahibine teslim etmektir. Bu borç, teslimden sonra ayıba karşı tekeffül borcu olarak sürer. Bu nedenle, projeye aykırı olarak yapılan inşaatteki aykırılığın giderilip giderilmediği saptanmalı, sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.”.

¹²⁰ ŞENOCAK, Eser, s.12-13; ACAR, s.1.

¹²¹ Müteahhidin göstereceği özenin tarzı ve derecesi açısından geniş bilgi için bkz. TANDOĞAN, s.48-61; ÖZ, s.117-120.

¹²² Y. 15.HD., E.2007/5546, K.2008/6371, T.28.10.2008: “Yüklenici üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak İmar Kanunu’na uygun yapmakla yükümlüdür. İnşaat tekniğine ve yasalara uygun olarak tamamlanmadıkça yüklenici tapu devrini talep edemez. İnşaat tamamlanmamışsa, yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı ilgili belediyeden sorulur. Yasal hale getirilmesi mümkün ise yükleniciye süre verilir. İnşaatın yasal hale getirilmesi mümkün değil ise yüklenicinin tapu iptali ve tescil davasının reddi gerekir.” denilerek yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa etmedikçe iş sahibi tarafından vaad edilen arsa/arsa payı devrini talep edemeyeceği ifade edilmiştir. Yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa etmesi ise sorumlu bir meslek adamı olarak sözleşmeye ve yasal düzenlemelere uygun olarak bir inşaat meydana getirmesidir.” (GÜNAY, s.1429).

kadar devam etmektedir¹²³. TBK m.471'de ifade edildiği gibi “*yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı*” esas alınır¹²⁴. Yüklenici her konuda basiretli ve tedbirli bir tacir gibi hareket ederek, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmelidir¹²⁵. Yüklenicinin meslek bilgisi itibariyle işin uzmanı sayıldığı, inşaatı tekniğine ve sözleşme koşullarına uygun yapmak zorunda olduğu aksi halde özen borcuna aykırı davranmış olur¹²⁶.

İnşaatın yapımı için “*aksine adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici kullanacağı araç ve gereci kendisi sağlamalı*”¹²⁷ (TBK m.471) ve malzemeyi de sözleşmeye uygun bir yapının imaline yarayacak kalitede seçmelidir¹²⁸. Ancak, malzeme iş sahibi tarafından sağlanmış ise, yüklenici bu malzemeyi de özenle kullanmak ve hesap vermekle yükümlüdür (TBK m.472).

¹²³ TANDOĞAN, s.59; KOCAAĞA, Köksal, Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, C. 6, S. 1, 2004, s.177.

¹²⁴ Yükleniciden beklenen özenin derecesi için bkz. ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.527; Müteahhitliğin, TTK md.12/3'e göre ticari işler arasında olduğu görüşüne göre de müteahhit, TTK' da düzenlenen tacir olmanın sonuçlarına ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Bkz. KARTAL, s.69; KOCAAĞA, Ayıp, s.179; ERMAN, s.40.

¹²⁵ GÜNAY, s.1435.

¹²⁶ Yüklenici kendi ekonomik ve mesleki durumunu değerlendirerek, girdiği işe uygun olup olmadığını değerlendirmelidir, riskleri öngörmelidir. Yoksa yüksek teknolojiye sahip olmadığını, mali dar boğaza düştüğünü ileri sürerek işi geciktirme veya yapamama halinde kusursuzluk iddia edemeyecektir. Bkz. ÖZ, s.120; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.528.

¹²⁷ ŞENOCAK, Eser, s.22-24.

¹²⁸ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.544; ÖZ, s.122-123; Sözleşmede ayrıca belirlenmemişse seçilecek malzeme en azından orta kalitede olmalıdır. İyi cins malzeme, sözleşmeye uygun bir eser meydana getirmeye elverişli olan malzemedir. Ayrıca, inşaat yapılacak arsanın niteliğine, zeminin özelliklerine kullanılacak yapı malzemeleri ve özellikleri değişebilir. Bunun da basiretli bir iş sahibi olan yüklenici tarafından dikkate alınması gerekir. Bkz. ERMAN, s.41.

B. İnşaatı Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin iş görme sözleşmelerinden olması sonucu¹²⁹, yüklenicinin borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmiştir. Buna göre *“yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür; ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir”* (TBK m.471)¹³⁰.

Günümüzde, yüklenicinin inşaatı bizzat yapma borcu, işi idaresi altında yaptırma borcuna dönüşmüştür¹³¹. Zira gelişen teknoloji sonucu, inşaat işlerinde yüklenicinin kişisel becerisi giderek azalmıştır¹³² ve işin niteliği de yardımcı kişi kullanılmasını¹³³ zorunlu kılmaktadır¹³⁴. Bu sebeple, yüklenicinin inşaatı kişisel yönetimi altında

¹²⁹ TBK’ya göre kaide, borcun herkes tarafından ifa edilebilmesidir (TBK m.83); ancak iş görme sözleşmeleri borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının yararı bulunan sözleşmelerdir. Zira bu tür sözleşmelerde, borçlunun şahsına göre değişen bir borç ve taraflar arasında karşılıklı güven esası söz konusudur. Bkz. KILIÇOĞLU Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen veya Kendi İradesi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, 1975, C.32 s.185-186.

¹³⁰ Kişisel özellik ve becerinin önem taşıdığı bir halde, örneğin bir ressama sipariş edilen bir tablonun çiziminde, yardımcı kullanılmaz. Bkz. KILIÇOĞLU, s.189.

¹³¹ KARTAL, s.72; TANDOĞAN, s.71; ÖZ, s.123.

¹³² Günümüzde, inşaatın uzmanlığı gerektiren kısımlarının ayrı kişilerce yapılarak bir bütünün meydana getirilmesi söz konusudur. Ayrıca yardımcı kişilere başvurulmasının bizzat ifa borcunun ihlali sayılmayacağına ilişkin görüş için bkz. KILIÇOĞLU, s.188-189: “... büyük fabrika ve inşaa eserlerinde, işin verimliliği, onun rasyonel bir şekilde parçalara bölünmesi ile artar. Müteahhidin bizzat ifa borcu, yalnız küçük el zanaatları ile ilgili işletmelerde söz konusudur. ... Bizzat borçlu tarafından yalnız başına ifası gerekmeyen bütün borçların ifasında, genellikle yardımcı kullanmak mümkündür. Bugünkü sosyal ve ekonomik gelişmelerden sonra, borçlunun, her zaman borcunu yalnız başına ifa etmesine olanak olmadığı için, yardımcı kişilere başvurusu normal hale gelmiştir. Yani bu gibi hallerde yardımcı kişilere başvurmak şahsen ifa borcunun bir ihlali sayılamaz.”

¹³³ “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” (TBK m.116). Buna göre yüklenicinin de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapacağı bir sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacaktır. Ayrıca yardımcı kişiler dolayısı ile sorumluluk için bkz. KILIÇOĞLU, s.192; ŞENOC AK Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.

¹³⁴ KILIÇOĞLU, s.188; ERMAN, s.44.

yaptırması yaygın; inşaatı bizzat yapması ise istisnadır¹³⁵. Ancak borcun üçüncü kişi eliyle ifa edilmesi, sorumluluğun borçlu yükleniciye ait olmasını ortadan kaldırmaz¹³⁶.

C. İnşaatı Teslim Borcu

1. Genel Olarak

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde yüklenicinin asıl borcu, sözleşmeye, fenne, projeye uygun biçimde bir inşaat meydana getirme ve bu inşaatı arsa sahibine teslim¹³⁷ etmektir¹³⁸. Yüklenicinin teslim borcu, meydana getirme borcunun devamı niteliğinde bir asli edim borcudur¹³⁹. Yüklenici, ayıplı da olsa, inşaatı bitirip iş sahibinin zilyetliğine terk etmedikçe, borcunu ifa etmiş sayılmaz¹⁴⁰.

İnşaat işlerinde teslim, yüklenicinin inşaatın bittiğini¹⁴¹ iş sahibine bildirdiği¹⁴² ve iş sahibinin, yükleniciye tarafından bu yükümlülüğün yerine getirildiğine dair kabul

¹³⁵ Yüklenici işi bizzat yürütürken, yardımcı kişilerden yararlanabileceği gibi; işi kendi yönetimi altında, alt yüklenicilere yaptırması da mümkündür. Alt yüklenici veya alt müteahhit, asıl yüklenicinin sözleşmeden doğan eser meydana getirme borcunun ifasını yaptığı bir eser sözleşmesi ile kendilerine bıraktığı ifa yardımcılarıdır. Bunlar işçi statüsünde veya alt yüklenici statüsünde olabilir yahut yüklenicinin yetki çerçevesi dışında faaliyette bulunabilir; ancak bunlar daima TBK m.116 bakımından ifa yardımcıları sayılacaktır. Asıl yüklenici, ifa yardımcılarının işi yürüttükleri sıradaki fiillerinden sorumlu olacaktır. Bkz. ÖZ, s.124.

¹³⁶ KILIÇOĞLU M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22.Bası, Ankara 2018, s.723.

¹³⁷ Teslim ve tesellüm, aynı olayı “iş sahibine eser üzerinde fiili hâkimiyet sağlanmasını” ifade etmek için kullanılmaktadır. Eserin teslimi yüklenici açısından olayı niteleyen bir kavram iken; tesellüm ise iş sahibi açısından aynı olayı niteleyen bir kavramdır. Bkz. ŞENOCAK, Eser, s.80-81.

¹³⁸ KOSTAKOĞLU, s.447.

¹³⁹ ŞENOCAK, Eser, s.26; KANBER, s.37; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.512-513.

¹⁴⁰ ÖZ, s.141.

¹⁴¹ Yüklenici eseri tamamlayıp meydana getirdikten sonra, teslim borcunu ifa etmek adına arazideki inşaat atıklarını araziden uzaklaştırmalı, araç gereçlerini kaldırmalıdır. Yüklenicinin inşaat alanında, inşaatın yapımına hizmet etmiş araç ve gereçlerini araziden uzaklaştırmaması, teslim borcunun ihlali olarak nitelendirilebilecektir. Bkz. ACAR, s.7, dpn.22; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.518; ŞAHİNİZ, s.12.

¹⁴² ŞENOCAK, Eser, s.27; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.518; ŞAHİNİZ, s.11-12.

beyanı ile tamamlanır¹⁴³. Teslim borcunun ifa yeri, inşaatın bulunduğu yer olarak kabul edilir¹⁴⁴.

Bir görüşe göre ise “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri”nde inşaat, iş sahibinin arazisinde yapıldığı için, teslim fiiline gerek yoktur; aksine yüklenici iş sahibine bildirim yaparak teslim fiilini gerçekleştirmiş olur¹⁴⁵. Diğer yandan, iş sahibine sadece bildirim yapılması ancak binanın (inşaatın) fiili egemenliği sağlanmaması, ifa kabul edilmez¹⁴⁶.

Taraflar aksini kararlaştırmamış ise, oturma (iskân) izninin arsa sahibi tarafından alınacağı ifade edilmişse de¹⁴⁷; “anahtar teslim” “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri”nde, yüklenici oturma (yapı kullanma izin) belgesini almak zorundadır¹⁴⁸. Arsa sahibi, ruhsatı alınmamış yapı veya bağımsız bölümleri teslim almaya zorlanamaz¹⁴⁹.

2. Zamanında Teslim Borcu

Teslimin yapılacağı tarih, sözleşmede gösterilebilir yahut süre belirtilmemiş veya “objektif ölçülere göre kesinlikle belirtilmesi mümkün olamıyorsa” kesin teslim tarihi belli değildir. Bu halde teslim tarihini işin mahiyetine ve tarafların iradesine göre

¹⁴³ TURANBOY Asuman, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, 1990, C. 41, S.1, s. 154; KANBER, s.38; AYAN Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s.52.

¹⁴⁴ KANBER, s.38; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.520; AYAN, s.52; DURAK, s.226.

¹⁴⁵ ACAR Faruk, Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi (www.e-akademi.org), 2013, s. 134.

¹⁴⁶ DURAK, s.224.

¹⁴⁷ GÜMÜŞ, s.34.

¹⁴⁸ Y. 23.HD., 2015/2306 E., 2016/1487 K., T.10.03.2016 (KararTek); Y. 14.HD., E.2014/1424, K.2014/5071, T.15.4.2014 (KararTek): “... davalı arsa sahibinin yüklenicinin edimine karşılık tapudan devretmiş olduğu arsa payları da değerlendirilerek ayrıca İnşaat sözleşmesinde eserin “anahtar teslimi” yapılacağı öngörüldüğünden ve anahtar tesliminin iskan izni (oturma ruhsatı) şartını kapsadığı da göz önüne alınarak...”.

¹⁴⁹ GÜMÜŞ, s.34.

belirlemek gerekir¹⁵⁰. İşin niteliği gereği, sözleşmenin kurulduğu anda teslim borcunun muaccel olacağı düşünülemez; işinin uzmanı ve deneyimli bir yüklenicinin, kullanacağı araç, gereç, işgücü doğrultusunda işe zamanında başlaması halinde harcayacağı makul bir süre, hayatın olağan akışına uygun olarak önüne alınır¹⁵¹.

Yapının olağan meydana getirilme süresinin sonu, teslim borcunun muacceliyet anını oluştursa da, yapının meydana getirilme sürecinde tarafların hâkimiyet alanında ortaya çıkan olay ve durumlar göz önüne alınacaktır. Yapının tamamlanması ve teslimini engelleyen ve geciktiren olaylar meydana gelebilir. Bu durumda, geciktirici sebeplerin, hangi tarafın risk alanına dahil olduğu, süre uzatıma karar verilip verilmeyeceğini belirler¹⁵².

Arsa sahibinin riziko alanında gerçekleşen olay, durumlar ve yine arsa sahibi ile yüklenicinin riziko alanı dışındaki beklenmedik olaylar nedeniyle yapının tamamlanma süresindeki gecikmelerin, olağan tamamlanma süresine ekleneceği ifade edilmiştir¹⁵³. Örneğin inşaatı başlanabilmesi için arsa üzerindeki eski yapının yıkılması veya kiracının tahliye edilmesi için arsa sahibi tarafından yükleniciye verilmesi gereken vekâletnamenin geç verilmesi sonucu işlere geç başlanabilmesi durumunda arsa sahibine yüklenebilen gecikme süresi, inşaatın olağan tamamlanma süresine eklenir.

3. Ayıpsız Teslim Borcu

Yüklenicinin eseri tamamlamasıyla ortaya çıkan sonuç, arsa sahibine teslim edilir. Arsa sahibine, sözleşme ile anlaşılan bağımsız bölüm, dükkân, ofis gibi kat mülkiyetine konu yer teslim edilir. Teslim edilen eserin incelenmesi ile fark edilen ayıpların varlığı,

¹⁵⁰ KARTAL, s.74; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.519.

¹⁵¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.519.

¹⁵² KURT LEYLA MÜJDE, Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.27, S.1, 2011, s. 157 - 206, s.157.

¹⁵³ GÜMÜŞ, s.35.

sözleşmede anlaşılan hususlardan sapma olarak nitelendirilebilecek durumlar¹⁵⁴, yüklenicinin inşaatı ayıpsız yapma ve ayıpsız teslim borcuna aykırıdır ve sorumluluğunu doğurur. Aykırılıkların türü ve muhtevası ayrıntılı incelenecektir.

D. Diğer Borçlar

Yüklenicinin, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nden doğan ve yukarıda sayılanlardan başka borçları da bulunabilir. *“Taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”* (TBK m.26-27).

Yüklenicinin, eser sözleşmesinin düzenlendiği hükümlerden doğan diğer borçları, işe zamanında başlaması ve yürütmesi¹⁵⁵ (TBK m.473), malzemenin veya arsanın ayıplı olduğunu ve işin gereği gibi yerine getirilmesine engel olabilecek durumları bildirme borçları (TBK m.472) ile ortaya koyduğu eserin ayıpsız olmasını sağlama¹⁵⁶ borçlarıdır (TBK m.474-475). Yüklenicinin asli edimini ifa etmesinde, eseri “sözleşmeye, fenne ve amacına uygun olarak meydana getirip tesliminden sonra” sonra TBK madde 474’de düzenlenen ayıp sebebiyle sorumluluğu başlar¹⁵⁷. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Ayrıca Kat Mülkiyeti Kanununda yapılan son değişiklikler ile inşa edilip tamamlanmış bir binada kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulması işleminin, yüklenici tarafından talep edilmesi halinde yapılacağı düzenlenmiştir¹⁵⁸. Bunun anlamı, kat irtifakı

¹⁵⁴ Kararlaştırılan asgari kalitenin altında yapılan imalatlar borca aykırılık teşkil eder. Bkz. KANBER, s.37.

¹⁵⁵ ŞENOCAK, Eser, s.24; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.547.

¹⁵⁶ ŞENOCAK, Eser, s.30.

¹⁵⁷ Y. 14.HD., E.2009/2280, K.2009/3839, T.26.03.2009 (Yargıtay Karar Arama Motoru); GÜNAY, s.1425.

¹⁵⁸ Bkz. KMK, m.10: (Değişik dördüncü fıkra: 15/2/2018-7099/4 md.) “Kat mülkiyetinin tescili, tapu memurunca düzenlenen resmî senet uyarınca veya aşağıdaki fıkralara göre yapılabilir. (Ek fıkra: 15/2/2018-7099/4 md.) Hak sahiplerine isabet eden bağımsız bölümlerin belirlenmiş olması şartıyla arsa maliki ile yüklenici arasında düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesi, kat karşılığı temlik sözleşmesi ve bağımsız bölümlerin taksimine ilişkin noterlik sözleşmesine istinaden inşa edilecek olan binaya ilişkin cins değişikliği, kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesisi işlemi, yüklenici tarafından talep edilmesi halinde ilgili idare tarafından yapılır. Tapuya tescil işlemlerinde elektronik ortamda düzenlenen ve ilgili idare tarafından

ve kat mülkiyeti kurma borcunun sözleşmede yükleniciye açıkça yüklenmediği hallerde dahi, yüklenicinin kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurulması işlemlerini gerçekleştirebileceği düzenlenmiştir. Kanımızca bu düzenleme, yüklenicinin arsa paylarını veya bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devrettiği yapıda kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulması işlemlerinin zorlaştığı durumlarda, bunu yükleniciye gerçekleştirme imkanı vermesi açısından önemlidir.

onaylı mimari proje ile yönetim planı esas alınır. Mimari proje ile yönetim planında malik imzası aranmaz.”.

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPLI İFADAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

§ 1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Ayıplı İfa

Yüklenicinin (müteahhitin) sözleşmeden doğan inşaatı yapma ve teslim etme borcunun devamı ayıba karşı tekeffül borcudur¹⁵⁹. Yüklenicinin bu borcu, öğretide ayıba karşı tekeffül, ayıbı üstlenme, ayıp sebebiyle sorumluluk olarak da adlandırılmaktadır¹⁶⁰. Tezimizde ise yüklenicinin sorumluluğu için ayıplı ifadan sorumluluk ifadesi tercih edilmiştir. Yüklenicinin sözleşmeden doğan edimini tam ve gereği gibi yerine getirmemesi hallerinden biri olan, yapının ayıplar ile birlikte teslimi bu bölümde incelenecektir. İnşa edilen yapının, sözleşmeye, kullanım amacına, teknik kurallara ve Deprem Yönetmeliği gibi yasal düzenlemelere uygun olmaması sebebiyle ayıplı olması sonucu ortada ayıplı bir ifa mevcut olacaktır. Ayıplı ifanın ne anlama geldiği ve ayıplı ifa ile yakın olarak kullanılan ancak farklı olan durumlara da değinilecektir. Daha sonra ise yüklenicinin ayıplı ifa dolayısıyla sorumluluğu için bulunması gereken şartlar incelenecektir.

¹⁵⁹ KANBER, s.37.

¹⁶⁰ Bkz. farklı isimlendirmeler için KANBER, s.37; UÇAR; s.35 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.551; KOCAAĞA, s.138; USTA Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara 2017, s.66.

I. Ayıplı İfa

Öncelikle ifa kavramına bakılacak olursa, “*ifa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir*”¹⁶¹.

Diğer bir deyişle tarafların edimlerine uygun davranışlarıdır¹⁶². Ancak tam ve doğru bir ifa ile borç sonlanır; alacaklı tatmin olur; borçlu borçtan kurtulur¹⁶³. Borcun, borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak “tam ve doğru şekilde” yerine getirilmemesi hali için kullanılan terim ise kötü ifadır¹⁶⁴. Kötü ifada, borç görünüşte yerine getirilmişse de edimin nitelikleri eksik, kötü ve ayıplıdır¹⁶⁵. Kötü ifa, ifa sayılamayacağından, borç ilişkisi sona ermiş olmaz; sorumluluk devam eder.

Yüklenicinin borcunu, tam anlamıyla ve gereği gibi ifa edebilmesi için, iş sahibine teslim edeceği eserin, sözleşmede öngörülen niteliklere ve kullanma amacına uygun olması şarttır¹⁶⁶. Teslim edilen eserde aranan uygunluk, yüklenicinin iş sahibine karşı gerek aralarındaki sözleşmeden, gerek dürüstlük kuralından¹⁶⁷ gerekse de ticari doğruluğun uygulanmasından doğmaktadır. Arsa sahibinin nasıl bir “eser” beklemekte haklı sayılacağı, sözleşmenin muhtevasına ve dürüstlük kurallarına bakılarak ve karşılaştırma yapılarak tespit edilir. Örneğin, yüklenici bir rezidans yapmayı taahhüt etmiş ise, kullanılacak malzemenin ve imalatların birinci kalitede olmasının beklenmesi haklı sayılırken; şayet taahhüt edilen inşaat veya bağımsız bölümler normal bir “sosyal

¹⁶¹ EREN, Genel Hükümler, s.928.

¹⁶² ERDOĞAN İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2017, s.170.

¹⁶³ Geniş bilgi için bkz. SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 7.Bası, İstanbul 2016, s.6 vd.; ERDOĞAN, s.173.

¹⁶⁴ CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara 2017, s.302-303.

¹⁶⁵ EREN, Genel Hükümler, s.1069.

¹⁶⁶ KARTAL, s.77.

¹⁶⁷ Gerçekten TMK m.2'ye göre, herkes borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Buna göre yüklenici, inşaat yapma borcunu yerine getirirken dürüst davranma ilkesine de uygun hareket etmelidir.

mesken” ise ve ancak bunun karşılığı ödenmişse, artık lüks kalitede inşaat beklemek ve orta kalite malzeme ve inşaatı itiraz etmek dürüstlük kuralına aykırı olur¹⁶⁸.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde, inşaatın ayıplı olması ile yüklenicinin ayıplı ifası bir görüşe göre iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki; sözleşmeye uygun olmayan bir eserin teslimi halidir. Yüklenicinin “*sözleşmede taahhüt ettiği niteliklerin inşaatı bulunmaması veya bulunmayacağının anlaşılması hali*”nde ayıplı bir ifa söz konusudur. Ayıplı ifanın söz konusu olacağı diğer halde ise; taraflarca kararlaştırılmasa da dürüstlük kuralından ve ticari doğruluğun gereği inşa edilen yapıdan beklenen yararı gerçekleştirmeye elverişsizlik hali ayıplı ifadır¹⁶⁹. Ortada ayıplı bir ifanın var olabilmesi için inşa edilen yapının ayıplı olması gerekir.

A. Ayıp Kavramı

Ayıp, teslim edilen eserin niteliklerinde, “sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına göre” teslim edilmesi gereken eserin özellikleriyle karşılaştırıldığında ortaya çıkan, her türlü farklılık, “sapmadır”¹⁷⁰. Yani teslim edilen eserde, “sözleşme ile üzerinde anlaşılan” veya “*işin mahiyeti icabı*” olması gereken özelliklerin (vasıfların) bulunmaması ayıp halidir¹⁷¹.

TBK Özel Borç İlişkileri kısmı, satış sözleşmesi hükümlerinde satıcının ayıptan sorumluluğu¹⁷², kira sözleşmesi hükümlerinde kiraya verenin kiralananın ayıplarından

¹⁶⁸ KANBER, s.37; ÖZ, s.191.

¹⁶⁹ ÖZ, s.190-191.

¹⁷⁰ YAVUZ Nihat, Ayıplı İfa, 5.Baskı, Ankara 2016, s.767.

¹⁷¹ TANDOĞAN, s.161; DURAK, s.225.

¹⁷² Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur (TBK md. 219). ; Y. 13.HD., E.2013/8200, K.2014/7246, T.13.3.2014 (KararTek): “*Borçlar Kanunu’na göre; bir maldaki ayıp; satıcının zikir ve vaad ettiği vasıflarda veya niteliği gereği malda bulunması gereken lüzumlu vasıflarda eksiklik olmak üzere iki türde ortaya çıkabilecektir. Ayıp; maddi, hukuki ya da ekonomik eksiklik şeklinde ortaya çıkabilir. Maddi ayıp; bir malda madden hata bulunmasıdır (Örn: Malın yırtık, lekeli olması gibi hallerde). Hukuki ayıp;*

sorumluluğu ve son olarak 6502 sayılı TKHK'da¹⁷³ ayıplı mala ve ayıba ilişkin sorumluluk düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi hükümlerinde ise eserin ayıplı olması halinde “*yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu*” TBK m.474-478 arasında düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerden hareketle ayıp, şeyin nitelik veya niceliğine aykırı olan, o şeyden beklenen faydanın elde edilmesine engel olan ya da bu faydayı önemli ölçüde azaltan, bulunmaması gereken, bulunması halinde sorumluluk oluşturan ekonomik, maddi veya hukuki durumdur.

B. Ayıbın Türleri

Ayıbın türlerine ilişkin çeşitli sınıflandırmalar mevcuttur. Bu sınıflandırmalardan başlıcaları; önemli-önemsiz ayıp, maddi-ekonomik-hukuki ayıp, açık-gizli ayıp şeklindedir.

1. Maddi ve Ekonomik Ayıplar

Maddi ayıplar, öncelikle sözleşme konusu olan şeyin maddi yapısını etkileyen, “bu şeyin kullanılmasını, normal ve sağlıklı işlemlerini sağlayan” ve son olarak da “bu şeye değer kazandıran” özelliklerde mevcut eksikliklerdir. “Sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralına göre beklenen”, kendisine değer katan özelliklerin eserin mevcut halinde eksik olması maddi ayıptır¹⁷⁴. Maddi ayıplara örnek olarak, eserin yırtık bozuk olması, gümüş yerine metal olması verilebilir.

malın kullanımının hukuken sınırlandırılmasıdır (Örn: Malın üzerinde takyitler bulunması gibi hallerde). Ekonomik ayıp ise; malın iktisadi vasıflarında eksiklik olmasıdır.”.

¹⁷³ Bkz. RG. T.28.11.2013, S.28835.

¹⁷⁴ YAVUZ N., s.768.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde, yüklenicinin taahhüt ettiği kalitede malzemeler kullanmaması, birinci sınıf yerine ikinci sınıf kapı, pencere, parke vs. kullanması inşaatın veya bağımsız bölümlerin değerini düşüren maddi ve ekonomik ayıplardır¹⁷⁵.

2. Hukuki Ayıp

Hukuki ayıp, teslim edilen “eserin yürürlükteki hukuk kurallarına herhangi bir şekilde aykırı olması” sebebiyle ortaya çıkan ayıptır¹⁷⁶. Örnek olarak sözleşme konusu arsanın kamulaştırılması, sözleşme konusu malın ithalat veya ihracat kısıtlamalarına uğraması verilebilir.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde, yapı kullanma izninin alınmaması yapı tekniğine aykırılık teşkil eder. Yapı kullanma izni mecburi olup İmar Kanunu m.30’a göre “Mal sahibinin müracaatı üzerine” gerekli tespitlerin yapılacağı ifade edilmiştir¹⁷⁷. Aynı zamanda, sözleşmede kararlaştırılmamış ise de bağımsız bölümlerin oturulabilir şekilde, “anahtar teslim” olarak teslimi gerekmektedir¹⁷⁸.

Yapı kullanma izni alınmayan inşaat ile daire, büro, dükkân gibi bağımsız bölümler ayıplı sayılır¹⁷⁹. Oturma izni alınması işlemi sözleşme ile yükleniciye bırakıldıysa, bu izni almadan yüklenicinin inşaatı teslim ettiği hallerde hukuki ayıp mevcuttur¹⁸⁰.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde yapı kullanma izin belgesinin alınmamış olması çeşitli ihtimallerle gerçekleşebilir. Yapının bitmiş olduğu ve

¹⁷⁵ KANBER, s.39.

¹⁷⁶ YAVUZ N., s.769.

¹⁷⁷ DURAK, s.228.

¹⁷⁸ KOSTAKOĞLU, s.929.

¹⁷⁹ KANBER, s.39; Noksan iş görüşü için bkz. KOSTAKOĞLU, s.929.

¹⁸⁰ ŞENOCAK, Eser, s.103; KOCAĞA, İnşaat, s.141; ÖZ, s.148-149.

yükleniciye gerekli belgelerin de verilmiş olduğu ihtimalde, yapının projesine aykırı olması vb. sebeplerle oturma izni/iskân alınamıyorsa, yüklenicinin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğu gündeme gelir¹⁸¹. Diğer ihtimalde, yapı bitmiş ve izin almaya da hiçbir engel yok iken yüklenici bu izni almıyor ise bu durumda da hukuki bir ayıp vardır ve yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu söz konusu olur.

3. Açık ve Gizli Ayıplar

Ayıba dair sınıflandırmalardan önemli olan diğer bir sınıflandırma açık-gizli ayıp şeklindedir. Ayıp, eserin tesliminden sonra basit bir muayene ile fark edilebiliyorsa veya ortaya çıkarılabiliyorsa açık ayıp olarak nitelendirilir. Örneğin inşaatta veya daire, dükkân gibi bağımsız bölümlerde badana ve boyanın adi kalitede olması, işçiliklerin birinci sınıf olmaması usulüne göre incelemeye fark edilebilecek açık ayıplara örnektir¹⁸². Buna karşılık, teslim sırasında göze çarpmayan ve TBK m.474/1'e göre yapılacak "özenli bir incelemeye de tespit edilemeyen ancak zaman içerisinde inşaat kullanılırken ortaya çıkan ayıplar", gizli ayıp olarak nitelendirilir¹⁸³. Gizli ayıp genellikle yüklenicinin, fenni

¹⁸¹ ÖZ, s.148-149; Y. 23.HD., E.2015/9751, K.2018/101, T.18.1.2018 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası): "Davacılar vekili, davalı yüklenicinin taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve projesine aykırı olarak mesken yerine apart otel yapması sebebiyle yapı kullanma izni alınamadığını, ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ... esas sayılı dosyasında alınan raporda yapının kaçak olduğunun belirtildiğini, mesken yerine otel yapılmasına muvafakat etmediklerinden ve tadilat projesi ile de yasal hale getirilmesi mümkün olmadığından imar mevzuatına göre yıkılmasının gerektiğini ileri sürerek, kaçak binanın yıkılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir."

¹⁸² Y. 15.HD, 267/300, T.20.2.1978 (Bkz.: DUMAN, s.802): "Doğramaların, badana ve boyanın, sıvaların birinci sınıf işçilik ve malzemeden olmadığı olgusu, bilerek saklanan ve yöntemine göre gözden geçirmede fark edilemeyecek kusurlardan veya sonradan ortaya çıkabilen ve olağan bir gözden geçirme ile görülmesi ve bilinmesi olanaksız gizli ayıplardan değildir."; Y. 13. HD., E.2013/8200, K.2014/7246, T.13.3.2014 (KararTek): "dairedeki interkom sistemi görüntüsünün karlı olması ve balkon zemininde suyun göllenmesinin açık (görünür) ayıp olduğu...".

¹⁸³ ERMAN, s.125; KOCAAĞA, İnşaat, s.141; YAVUZ N., s.768; Y. 15.HD., E.2017/809, K.2017/2159, T.22.05.2017 (Yargıtay Karar Arama Motoru): "Açık ayıp, eserde dikkatli bir inceleme sonunda görülebilen ve anlaşılabilen bozuklukları, gizli ayıp ise dikkatli bir inceleme ile ortaya çıkmayan ve sonradan kullanılmakla ortaya çıkan ayıpları ifade eder."; YHGK, E.2003/15-474, K.2003/545, T.08.10.2003; Y. 15. HD., E.2014/873, K.2014/7072, T.22.05.2017: "Gerçekten de gizli ayıp, eserin teslimi sırasında ilk bakışta görülemeyen, muayene ile hemen anlaşılabilen, sonradan kullanılmakla veya somut uyuşmazlıkta görüldüğü gibi deprem ve benzeri bir olay vesilesiyle ortaya çıkan ayıptır." DUMAN, s.790; YHGK, 832/34, 28.1.2009: "Davacılar ait bağımsız bölümlerin zemininde (parke altında) bulunan kalorifer tesisatının kusurlu imal edilmesi nedeniyle, teslimden sonra ve kullanım sırasında sızıntı yapması gizli bozukluk niteliğindedir."

koşullara uymamasından ve yeterli malzemem kullanılmamasından kaynaklanır¹⁸⁴. Örneğin inşaatta demirin ve çimentonun gereğinden az kullanılması halinde, bu ayıp muayenede anlaşılamayabilirse de zaman içinde meydana gelen olaylarla kolon çatlaması ve sair şekilde ortaya çıkar¹⁸⁵.

II. Ayıplı İfadan Farklı Kavramlar

Uygulamada birçok uyuşmazlık, somut olaydaki durumun hukuki nitelendirmesi etrafında toplanmaktadır. İnşaat sözleşmelerinde ve yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, işin bitmemiş olması ile ayıplı olması arasındaki ayrım önem arz eder¹⁸⁶. Yargıtay'ın da kararlarında ifade edildiği gibi kavramların yerinde kullanılması uyuşmazlığın çözümünde ve ulaşılabilecek sonuçta kritik rol oynamaktadır¹⁸⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde eser, genellikle arsa sahibinin arsası üzerinde inşa edildiği için, yapı tamamen yıkılmaya mahkûm olmadıkça arsa sahibi tarafından reddedilemez¹⁸⁸. Yüklenici tarafından inşa edilen yapıdaki uygunsuzluğun, ayıp mı yoksa bitmeme hali olan eksiklik mi olduğu yüklenicinin temerrüdüne ilişkin sonuçlara yahut ayıptan sorumluluğuna mı gidileceği noktasında önemlidir¹⁸⁹. Yapıda uygunsuzluk durumu, ayıplı ifa dışında uygulamada karşımıza eksik ifa, ek iş yapılması ve aliud teslimi şeklinde çıkmaktadır.

¹⁸⁴ KOSTAKOĞLU, s.451.

¹⁸⁵ KOSTAKOĞLU, s.451.

¹⁸⁶ ÖZ, s.147.

¹⁸⁷ Y. 13.HD., E.2013/8200, K.2014/7246, T.13.3.2014 (Yargıtay Karar Arama Motoru): “Uyuşmazlık; dava konusu olayda “ayıplı ifa” mı, yoksa “eksik ifa”nın mı söz konusu olduğu; burada varılacak sonuca göre satıcının sorumluluğuna gidilebilecek ihbar ve zamanaşımı süreleri ile talep hakkının kapsamının ne olduğu noktalarında toplanmaktadır.”.

¹⁸⁸ Arsa sahibi, inşaat sözleşmeleri bakımından özel bir ağırlığa sahip önemli bir ayıp bulunmadıkça ifayı reddedemez. Zira arsa sahibinin taşınmazı üzerinde inşa edilen şeyin sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğurabilir, kanunda bu halde dönme hakkının kullanılamayacağını düzenlemiştir (TBK m.475). Ayrıca bkz. ÖZ, s.147-148.

¹⁸⁹ ÖZ, s.148.

A. Eksik İfa

Yüklenicinin sözleşmeyle vaad ettiği inşaat yapma borcunu gereği gibi ifa etmemesi, yapması gereken işlerin bir kısmını yapmaması, noksan bırakması halinde eksik ifa söz konusu olur¹⁹⁰. Eksik ifada hiç yapılmayan iş vardır¹⁹¹. Ayıplı ifada ise iş tamamlanmış, ancak yapılan iş sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun değildir.

Tamamlanmış bir eser, sözleşme ile taahhüt edilen tüm hususları kendinde ihtiva eden eserdir. Bir eserin bitmiş sayılması, müteahhidin tüm işlerini tamamlamış olmasıdır¹⁹². Tamamlanmamış bir eserin ayıplı olduğu daha doğrusu, ifa oluşturduğu söylenemez¹⁹³. Böyle bir eserde, noksan işlerin niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı üzerinde durulamaz. Çünkü yapılmayan bir işin sözleşmeye uygunluğunun test edilmesi imkânı yoktur. Örneğin, inşaatı asansörün sadece ray ve halatlarının takılıp geri kalanın yapılmaması, kaloriferlerin takılmaması halleri eksik işlerdendir¹⁹⁴. Bu örneklerdeki işler yapılmış olsaydı, örneğin asansör takılmış olsaydı ancak sık sık arıza verseydi, eksik iş değil; ayıplı bir iş söz konusu olurdu.

¹⁹⁰ ŞENOCAK, Eser, s.106; KOSTAKOĞLU s.447-448.

¹⁹¹ Y. 13.HD., E.2013/8200, K.2014/7246, T.13.3.2014 (Yargıtay Karar Arama Motoru): “Ayıp kavramı ile eksik iş birbirinden farklıdır. Ayıp; yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olmasıdır. Eksik iş ise; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır. Öteki deyişle, hiç yapılmayan iştir.”; Y. 15.HD., E.2017/809, K.2017/2159, T.22.05.2017 (Yargıtay Karar Arama Motoru): “Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması gerektiği halde yapılmayan (noksan bırakılan) işleri ifade eder.”

¹⁹² YAKUPPUR Sendi, Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2010, s.66.

¹⁹³ TANDOĞAN, s.160; Eserin eksik teslimi halinde hukuki anlamda teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorununun ayrıntılı incelemesi için bkz. ŞENOCAK, Eser, s.87-91; ŞAHİNİZ, s.55-68; GÜMÜŞ, s.29-31; Henüz tamamlanmamış bir inşaatın (yapının) kullanılmaya başlanması, iş sahibinin tamamlanmamış inşaatın ifa olarak kabul edildiği anlamına gelebilirse de; iş sahibi zorunluluktan, örneğin kiradan bir an önce çıkıp kendi evinde oturmak için tamamlanmamış yapıya taşınmış ise, bu yapının ifa olarak kabul edildiği anlamı çıkarılmamalıdır. Bu halde yüklenici, eksik işler dolayısıyla sorumlu olmaya devam edecektir ve temerrüde düşürebilmelidir. ÖZ, s.147; YAVUZ N, s.766; YAKUPPUR, s.66-69.

¹⁹⁴ KOCAAĞA, İnşaat, s.142.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde çoğu kez, yapı kullanma/oturma izni alınmasının sözleşme ile yükleniciye bırakıldığı görülmektedir¹⁹⁵. Arsa sahibinin borçları arasında sayılan yükleniciye yetki veya vekâletname verilmesi borcunun yerine getirilmiş olması halinde, yüklenicinin yapı kullanma iznini alması gerekir. Bu durumda yapı izninin alınmamış olması çeşitli ihtimaller sonucu gerçekleşebilir¹⁹⁶. Yapı henüz bitmediği için kullanma izni alınamadığı ihtimalde, yüklenicinin eksik işleri sebebiyle izin alınamamıştır. Bu durumda eksik ifa mevcuttur, alınmayan izin ve eksik işler sebebiyle yüklenicinin sorumluluğu söz konusudur¹⁹⁷. Yüklenicinin tamamladığı bir yapı için iskan ruhsatı almamış olması da, sözleşmeyle üstlendiği bir işi yapmaması olduğundan eksik ifa söz konusudur¹⁹⁸. Buna karşılık, yapı bitmiş ve izin almaya hiçbir engel de yok iken yüklenici bu izni almıyor ise, bu durumun hukuki bir ayıp teşkil ettiği ve yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğunun olduğu da ileri sürülmüştür¹⁹⁹.

Uygulamada, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde bağımsız bölümlerin kararlaştırılardan küçük yapılması haline de rastlanılmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılan büyüklükte yapılmayan inşaat, daire vb. için yüklenicinin daha az malzeme ve işçilik kullanması sonucu mesaha (yüzölçümü) noksanlığının eksik iş olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁰⁰. Diğer yandan, eserin ölçüsünün sözleşme ile taahhüt edilen vasıflardan olduğundan bahisle, yüzölçümü eksikliğinin ayıp olarak değerlendirilmesi

¹⁹⁵ ÖZ, s.148; Yapı kullanma izninin alınmaması, teslimi önleyen bir unsur olarak da kabul edilir. Bu durumda yasal bir teslimden söz edilemeyeceği ve eksik iş bedelinin talep edilemeyeceği özellikle anahtar teslim sözleşmelerde oturma (iskân) izni alınmadan zamanaşımı süresinin işlemeyeceğine dair bkz. GÜMÜŞ, s.31.

¹⁹⁶ Yapının bitmiş olduğu ve yükleniciye gerekli belgelerin de verilmiş olduğu ihtimalde, yapının projesine aykırı olması vb. sebeplerle izin alınamıyorsa, yüklenicinin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğu gündeme gelir. Bkz.ÖZ, s.148-149.

¹⁹⁷ ÖZ, s.148.

¹⁹⁸ KURT Leyla Müjde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s.74; KOSTAKOĞLU, s.447-448: “*Taşınmaz başında yapılan keşifte binanın tamamlandığı ve kullanılmakta olduğu belirlenmiştir. Ancak; yüklenici sözleşmeye uygun olarak binayı tamamlamasına rağmen, yine sözleşmeye göre iskan ruhsatını alma borcunu yerine getirmemiştir. Bu durumda edimini tam olarak yerine getirdiğinin kabulü mümkün değildir. Sözleşme koşullarına göre fiili ve hukuki bitmişlik birlikte aranmalıdır.*” (Y.14.HD., 2002/2697-3044, T.19.04.2002).

¹⁹⁹ ÖZ, s.148-149.

²⁰⁰ KOSTAKOĞLU, s.489.

gerektiği de ileri sürülmüştür²⁰¹. Bu halde uyuşmazlığın “eksik iş” mi, yoksa “ayıp” durumunda mı kaynaklandığı noktasında çelişkili kararlar ortaya konulmuşsa da, eksik iş olduğunun kabulü daha tutarlı görülmektedir²⁰². Yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediği bu durumlarda, yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu değil; “borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi” ile ilgili varsa sözleşmedeki hükümler; sözleşmede hüküm yoksa TBK’nın ilgili hükümleri (m.112 vd.) uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir²⁰³.

B. Ek (İlave) İş

Uygulamada karşılaşılan bir diğer durum, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılmış olmamasına rağmen ek işler (ilave işler) yapmasıdır. Sözleşmede kararlaştırılmamış olmasına rağmen yüklenicinin yaptığı “ilave işler ve ilave bağımsız

²⁰¹ KURT Leyla Müjde, Teslim Borcunda Temerrüd, s.73.

²⁰² YHGK, E.2000/15-1134, K.2000/1191, T.27.9.2000 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası): “ÖZET: Bağımsız bölümde mesaha noksanlığı, diğer bir anlatımla, sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibarıyla noksan ifası, hukuki tanımı ile ayıp değil eksik iştir. Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanacak yasa maddeleri borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerdir. Ayıplı iş vasfı noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. md. 96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden yahut sözleşmenin müsbet ihlalinden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır.” ; YHGK, E.1992/15-649, K.1992/732, T.09.12.1992 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): “... Kararlaştırılan edimlerin sözleşmedeki koşullara uygun biçimde yerine getirilmesi “ahde vefa” (pakta suntserventa) ilkesi gereğidir. Dürüstlük ve doğruluk kuralına uyulmuş olması da noksanz işayla gerçekleşir. ... Davacıya ait bağımsız bölümün yüzölçümünü cm²'sine değin hesapla işe başlamış sonuçta ise 75.62 m² yerine 58 m²'lik dükkân teslim etmiştir. Bu haliyle akdın ihlal edildiği ve gereği gibi yerine getirilmediği açıktır. ... Eksik işte, noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığı hususunda öğretide hemen görüş birliği bulunması bir yana, kararlılık kazanmış yargısal kararlar da bu yöndedir. Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün noksanlığı satıma hasren vasfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde uygulanması gerekmez. Hukuk Genel Kurulu’nun 13.11.1957 gün, 4/80 Esas, 77 Karar sayılı ilamında da, “...Satılan bir gayrimenkulün yüzölçümünün eksik çıkması durumunun, vasıfla ilişkisi bulunmaması dolayısıyla aslında malın vasfındaki ayıp halindeki tekeffüle ait hükümlerle bir ilgisinin bulunmaması gerekirdi” denilmekle, genelde yüz ölçüsündeki noksanlığın ayıp sayılamayacağı görüşü benimsenmiştir.”; Ayrıca bkz. ŞAHİNİZ, s.50-54; Yapı alanının kararlaştırılardan az olmasını eksik ifa değil; ayıplı ifa olarak kabul eden görüş için bkz. GÜMÜŞ, s.29.

²⁰³ KURT Leyla Müjde, Teslim Borcunda Temerrüd, s.75-76.

bölümler”, yüklenicinin ifa etmekle yükümlü olduğu edimlerin dışında kalmaktadır²⁰⁴.

“İşin veya edimin kapsamı” dışında kalan işlerin farklı doğuş sebepleri olabilir²⁰⁵.

Yüklenicinin ediminin genişlediği veya değiştiği durumlarda, iş değişikliğinden bahsedilir²⁰⁶. İş değişikliği, işin eksiltilerek veya artırılarak yapılması halinde ortaya çıkabilirse de uygulamada sözleşme konusu işle bağlantılı olarak meydana getirilen “ek iş” ile karşılaşılır²⁰⁷. Sözleşmede yer almayan ve sözleşmenin yorumu ile sözleşme kapsamına dâhil edilemeyen işler, ek işlerdir²⁰⁸. Yüklenici ek işleri, kendisine kalacak bağımsız bölümlerde, ortak yerlerde²⁰⁹ veya arsa sahiplerinin payına düşen bölümlerde gerçekleştirmiş olabilir. Yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan edimden, başka bir edim (iş) ifa edemeyeceği gibi, arsa sahibi de farklı bir edimi (iş) kabul etmek zorunda değildir. Örneğin, arsa sahibinin rızası olmaksızın imar durumu uygun diye inşaat alanının yatay veya dikey genişletilmesi sözleşmenin ihlali anlamına gelir²¹⁰. İmar durumu uygun diye bağımsız bölümlerin alanının genişletilmesi veya sözleşmede öngörülenden fazla sayıda bağımsız bölüm yapılmasına da uygulamada rastlanmaktadır²¹¹. Bu durumlarda, öğreti ve

²⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARIDEMİR GENÇ Arzu, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukuki Durum, Ankara 2004, s.449-474; KOCAAĞA Köksal, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, TBB Dergisi, S.85, 2009, s.86 vd.

²⁰⁵ GÖKYAYLA Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s.43-67; KOSTAKOĞLU, s.931.

²⁰⁶ GÜMÜŞ, s.31.

²⁰⁷ GÜMÜŞ, s.31.

²⁰⁸ GÜMÜŞ, s.31.

²⁰⁹ Ortak yerler için bkz. KMK, m.4: “Ortak yerlerin konusu sözleşme ile belirtilebilir. Aşağıda yazılı yerler ve şeyler bu Kanun gereğince her halde ortak yer sayılır. a) Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırlık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar, b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri, c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri. Yukarıda sayılanların dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (Ortak yer) konusuna girer.”

²¹⁰ KOCAAĞA, İlave İş, s.87.

²¹¹ KOSTAKOĞLU, s.931.

Yargıtay’a göre, taraflar arasında kabul edilen paylaşım oranı esas alınarak ek bağımsız bölümlerin paylaştırılacağı ifade edilmiştir²¹². Yargıtay’ın istikrarlı içtihatları uyarınca, “*arsa sahibinin bağımsız bölümlerine yapılan ilave işler yönünden, yüklenicilerin, kendilerine ait bağımsız bölümlere de yapmak suretiyle yarar sağladığı imalat türleri için ilave iş bedeli talebinde bulunmalarının mümkün olmadığı, keza aynı ilkeden hareketle, tüm tarafların yarar sağlayacağı ortak alanlarda yapılan işler yönünden de, ilave iş bedeli istenemeyeceği*” belirtilmiştir²¹³. İlave işlerin yapılması nedeniyle inşaatın tamamlanması ve teslimi kararlaştırılan süreyi aşmış ise bu sebeple arsa sahibinin cezai şart, gecikme tazminatı istemesi mümkündür.

İlave işler ve ilave bağımsız bölümlerin yapılması, yapının değerini olumsuz etkileyen ayıp kavramına dâhil edilemez. Bu durumda daha çok, yüklenicinin inşaat fazladan yaptığı katkılar sebebiyle değer artışlarını arsa sahibinden isteyip isteyemeyeceği veya mevcut halde paylaşımın nasıl yapılacağı sorunları söz konusu olmaktadır. İlave işler yapılması sonucu müteahhit taleplerini “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ne dayandırarak arsa sahibine ileri süremez; meğer ki “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde “müteahhitin yapacağı ilave işler için bedele vs. hak kazanacağı” kararlaştırılmış olsun²¹⁴. Sözleşme dışında ve arsa sahibinin talep ve haberi olmaksızın yapılan yararlı, fazla iş halinde, bu işin bedelinin, TBK m.529 uyarınca yapıldığı tarihteki rayiç bedel üzerinden talebi mümkündür²¹⁵. TBK “İşin işsahibinin menfaatine yapılması hâlinde” başlıklı madde 529: “*İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle*

²¹² GÜMÜŞ, s.32; AYAN, s.124, dpn.133.

²¹³ Y. 23. HD., E.2013/8950, K.2014/1938, T.14.03.2014 (KararTek).

²¹⁴ ARIDEMİR, s.454.

²¹⁵ KOSTAKOĞLU, s.930-931; Y. 15.HD., 986/1841-987/474, T.12.2.1987 (KOSTAKOĞLU, s.931): “*Bedelin ödenmesinde uyumsuzluk bulunan işler hakkında, taraflar arasında bir sözleşme bulunmaması, işin bedelinin ödenmesine engel değildir. Bu durumda, BK.nun 413. maddesindeki (vekaletsiz tasarruf) koşullarının varlığı halinde, iş sahibi yararına faydalı bulunan iş için, müteahhidin yaptığı zaruri bütün masrafları ile faizi ve müteahhit kârının ödenmesine karar verilmelidir.*”.

ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, iş yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır. İşgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir.”. Buna göre, arsa sahibinin haberi olmaksızın yapılan yararlı ilave işlerin bedeli, TBK m.529 uyarınca bu işlerin yapıldığı tarihteki rayiç bedel üzerinden talep edilebilir.

Tarafların “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde kararlaştırıp yer vermediği hususlara, ilave işlere arsa sahibi muvafakat etmiş ise, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin yanında “eser sözleşmesi” kurulmuş olacağı da ileri sürülmüştür. Buna göre, ilave işler sebebiyle ortaya çıkan hukuki problemlerin, eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümleneceği ifade edilmiştir²¹⁶.

Arsa (iş) sahibinin talebi üzerine veya taraflardan bağımsız olarak ek iş yapılması gerekebilir²¹⁷. Arsa (iş) sahibinin talebi ile ek iş yapılması durumunda ve yine idari otoriteler, hava şartları gibi harici sebeplerden kaynaklanan değişikliklerde, işin olumsuz sonuçlarına arsa (iş) sahibinin katlanması gerektiği belirtilmiştir²¹⁸. Diğer yandan, ek işin yapılması hem arsa sahibine hem de yükleniciye isnat edilebilecek sebeplerle yapılmış ise ücretin hesaplanmasında farklılıklara gidilir²¹⁹.

Sonuç olarak, ilave iş yapılması durumunda, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ne aykırılık mevcut ise de ayıplı bir ifanın bulunduğu söylenemez.

²¹⁶ ARIDEMİR, s.457.

²¹⁷ GÖKYAYLA Emre, s.57-63; AYAN, s124-125; Y. 15.HD, E.2007/7145, K.2008/406, T.25.01.2008 (KOSTAKOĞLU, s.937-938): “Yanlar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalandığı tarihte mevcut imar uygulamalarına göre inşaatın bodrum katında sığınak yapılması zorunluluğunun dava tarihinden sonra belediyece getirildiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin akdi sırasında öngörülmesi mümkün olmayan bu masraflara yüklenicinin katlanması düşünülemez. Tarafların sonradan ortaya çıkan sığınakla ilgili bu masraflara sözleşmedeki paylaşım oranında katılmaları gereklidir.”.

²¹⁸ GÖKYAYLA Emre, s.57, 63.

²¹⁹ GÖKYAYLA Emre, s.57.

C. Aliud Teslim

Aliud, Latince kökenli bir kavram olup “başka şey” anlamında²²⁰ ve borçlunun borçlanılan edimden başka bir şeyi teslim etmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır²²¹. Borçlu sözleşmede kararlaştırılandan tamamıyla farklı bir edimde bulunduğu takdirde; “borcun gereği gibi ifa edilmemesi” değil, borcun kesin ifa edilmemesi söz konusu olur²²². Borçlu ancak tam ve gereği gibi bir ifa ile borcundan kurtulur. İfa edilen edimin, borçlanılan edime uygun olmadığı hallerden, ayıplı ifa ile “aliud”un sınırları dikkatle çizilmelidir²²³. Uygulamada bir aliudun var olup olmadığını tespit etmenin, çoğu zaman oldukça güç olduğu ifade edilmiş; örneğin satım sözleşmesinde, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmeyen veya zamanaşımı süresini kaçıran, bu nedenlerle ayıptan sorumluluk hükümlerine dayanma imkanını kaybedebilen alıcıların, TBK m.112 vd. hükümlerine dayanabilmek için teslim edilen malın aliud teslim oluşturduğunu iddia edilebilmektedir²²⁴.

Yüklenicinin oluşturduğu eser, sözleşmede kararlaştırılan eserden tamamen farklı ise 'aliud' söz konusu olur²²⁵. Yüklenicinin, bir düğün salonu yapmakla yükümlüyken, su temizleme tesisi yapması durumunda, eserin sözleşmede kararlaştırılandan tamamen farklı nitelikte olması söz konusudur. Bu durum “ayıplı ifa” olmayıp; borcun hiç ifa

²²⁰ ATAŞLAR Abdullah Serkan Türk Hukuku ve Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Satış Sözleşmesinde Aliud, Ankara 2020, s.18.

²²¹ ŞENOCAK, Eser, s.105; ACEMOĞLU Kevork, “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu, İÜMHAD, 2011, S.6, s.19; ESEN Emre, Satış Sözleşmesinde Aliud Teslim, 2020, s.13.

²²² ŞENOCAK, Eser, s.105; Ayıplı ifade ayıba rağmen bir ifa bulunduğu halde; bir “aliud” tesliminde, ifanın olmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre borçlanılan edimin ayıplı olarak yerine getirilmesi halinde, edimin nasıl ifa edildiği sorunu olan ayıplı ifa söz konusu olacakken; borçlanılandan başka bir şeyin teslim edilmesi halinde, neyin verildiği sorunu ortaya çıkacak, ifa gerçekleşmeyecektir. *Örneğin, “orijinal Van Gogh’un (tablosunun) mu; yoksa sahte bir Van Gogh’un mu, bir dürbünün mü; bir fotoğraf makinesinin mi verildiği meselesi, borçlanılanın nasıl ifa edildiği sorunu olmayıp neyin verildiği meselesidir. Bu durumda söz konusu olan, borçlanılandan farklı bir şeyin, bir aliud’un verilmesidir; artık bir ifa söz konusu olamaz.”* Bkz. ACEMOĞLU, s.19; CANSEL/ÖZEL, s.305; ATAŞLAR, s.65.

²²³ ŞENOCAK, Eser, s.105-106; ESEN, s.15.

²²⁴ ESEN, s.14.

²²⁵ YAVUZ N., s.767.

edilmemesi hali olan aliud halidir²²⁶. Satım sözleşmesinde de “teslim edilen malın” kararlaştırılan çeşitten farklı olması halinde, “satılanın” teslim edilmesi söz konusu değildir²²⁷.

Arsa sahibinin arsasına bağımsız bölümlerden oluşan bir bina yapmayı üstlenen yüklenicinin, arsaya bir cami inşa etmesi durumunda borcun yerine getirilmesi değil; bir aliudun teslim edilmesi söz konusu olur. Uygulamada karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi hallerinde de “değişik eser”in (aliud) varlığı söz konusudur. Bu durumlarda “borcun ifasına (ifa edilmemesine) dair” genel hükümlere başvurulur²²⁸.

§2. Yüklenicinin Ayıplı İfadan Sorumluluğunun Maddi Şartları

I. İnşaat Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olmalıdır

Tamamlanmamış eserin ayıplı olduğu iddia edilemez²²⁹. Eser tamamlandıktan sonra ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidilmesi için öncelikle “eserin teslim edilmiş olması” gerektiği TBK md.474/1 ‘eserin tesliminden sonra’ denilmiş olmasından da anlaşılmaktadır²³⁰.

Eserin hangi koşullarda teslim edilmiş sayılacağı, taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilir²³¹. Örneğin, teslim borcunun yerine getirilmiş olduğuna dair bir bilirkişinin vereceği olumlu rapor veya iskan ruhsatının alınmış olması gibi şartlar taraflarca kararlaştırılmış olabilir²³². İnşaatın tamamlanmış sayılması için sadece arsa sahibine kalacak bağımsız bölüm veya bölümlerin bitmiş olması yeterli olmayıp, inşaatın

²²⁶ DUMAN, s.789; ŞENOCAK, Eser, 105.

²²⁷ ESEN, s.15.

²²⁸ GÜMÜŞ, s.55; YHGK, E.1992/15-649, K.1992/732, 09.12.1992.

²²⁹ KANBER, s.38; ACAR, s.5; KOCAAĞA, İnşaat, s.139; YAVUZ N., s.766; USTA, s.66.

²³⁰ SÜTÇÜ, s.697.

²³¹ YAKUPPUR, s.67.

²³² YAKUPPUR, s.67.

ortak alanları ile birlikte tümünün bitmiş olması²³³ ve hatta inşaatla kullanılan araç, gereç vesairenin de inşaat alanından uzaklaştırılmış olması gereklidir. Örneğin, iskelenin sökülmesi, artan çimentonun arsadan uzaklaştırılması ve inşaatın teslim hazırlanması gereklidir.

Teslim, “tamamlanmış eserin sözleşmenin ifası amacıyla maddi olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına geçirilmesi”dir²³⁴. Arsa sahibinin, kendi arsası üzerine yapılmış bir eseri henüz tamamlanmadan kullanmaya başlaması da “teslim” anlamına gelmeyecektir²³⁵. Zira arsa sahibi zorunluluk sebebiyle tamamlanmamış yapıyı kullanmaya başlamış olabilir²³⁶. Örneğin, kira sözleşmesi sona erdiği için veya başka kalacak bir yeri olmadığı için tamamlanmamış inşaatla yaşamaya başlayan iş sahibinin bu davranışı, eseri eksik haliyle kabul ettiği anlamına gelmez²³⁷.

Teslim fiiline bağlanan hukuki sonuçlar vardır. Teslim fiili, eserin kabulünde, ayıpların tespiti için yerine getirilmesi gerekli gözden geçirme ve bildirim külfetleri ve zamanaşımı, hak düşürücü sürelerin başlangıcında önem arz eder.

II. Eser Ayıplı Olmalıdır

Yüklenicinin, eseri tamamlayıp iş sahibinin hâkimiyet alanına geçirmesi ile eserde inceleme ile fark edilecek ya da kullanma ile ortaya çıkacak bozukluklar eserin ayıplı olduğuna işaret eder. Taraflar önceden eserin niteliklerini belirlemelerine rağmen, eser, “*vaad edilen*”, “*bulunması zorunlu veya lüzumlu olan*” özellikler ile “*dürüstlük kuralının*

²³³ GÜMÜŞ, s.117. Yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerdeki eksiklikler, ancak arsa sahibinin bağımsız bölümlerine ilişkin kullanımını etkilediği ölçüde ayıptan dolayı sorumluluğa yol açar. Bkz. GÜMÜŞ, s.117.

²³⁴ ŞENOCAK, Eser, s.80.

²³⁵ Bir eserin tamamlanmış sayılması için sözleşme ile vaad edilen tüm hususların eserde kaim olması gerekir. Buna göre, inşaatla tamamlanmamış işlerin bulunduğu eksik ifa halinde teslimin gerçekleşmeyeceğine dair görüşler için bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.552; GÜMÜŞ, s.29-31; ŞAHİNİZ, s.55-68; KOCAĞA, İnşaat, s.139; DUMAN, s.796-797.

²³⁶ DUMAN, s.797.

²³⁷ YAKUPPUR, s.67.

ve ticari doğruluğun gereği olarak taşınması gereken özellikleri” taşıyorsa veya objektif olarak, “sözleşmeden beklenen menfaati” gerçekleştirmeye elverişli değilse ayıplıdır²³⁸. Başka bir deyişle, olması gereken vasıflar ile mevcut vasıfların karşılaştırılması sonucu ortaya çıkan farklar ayıplı bir eserin varlığına işaret etmektedir²³⁹.

Teslim edilen eserdeki uygunsuzluğun nitelik olarak ayıp mı olduğu yoksa ayıp sayılmayan diğer durumlara mı girdiği yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda incelenmeli, ayıp ile diğer durumlar ayrıştırılmalıdır.

III. Ayıp Arsa Sahibine Yüklenememelidir

Teslim edilen inşaatla fark edilen ayıplar, arsa sahibine yüklenebiliyor ise; yüklenicinin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğuna gidilemez²⁴⁰. Gerçekten TBK m.476’da belirtildiği gibi, yüklenicinin açıkça ihtarına rağmen, “iş sahibinin verdiği talimattan veya iş sahibine yüklenebilecek diğer bir sebepten” ayıp doğmuş ise arsa sahibi seçimlik haklarını kullanamaz. İnşaatla mevcut ayıplar, arsa sahibinin talimatından²⁴¹, arsanın ayıplı olmasından veya arsa sahibi tarafından temin edilen araç, gereç, malzemenin kaynaklanıyor olabilir. Bu durumda, yüklenicinin sorumluluktan kurtulması, malzemenin veya arsanın ayıplı olduğunu derhal arsa sahibine bildirmesine bağlıdır²⁴². Yüklenicinin

²³⁸ YAVUZ N., s.767.

²³⁹ GÜMÜŞ, s.51; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.762; DUMAN, s.798; ÖZ, s.197; KOCAAĞA, İnşaat, s.140.

²⁴⁰ KOCAAĞA, s.143; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.763; ŞAHİNİZ, s.124; Ayıbın iş sahibine yüklenebileceği hallerin ayrıntılı incelemesi için bkz. KOCAAĞA, İnşaat, s.144-149.

²⁴¹ Sadece öneri ve tavsiye niteliğindeki bağlayıcı olmayan yönlendirmeler talimat sayılmaz. Zira işinin uzmanı yüklenicinin basiretli davranması ve bu tarz bağlayıcı olmayan yanlış yönlendirmeleri kendisi değerlendirerek kararlarını vermelidir. Bağlayıcı ve emredici nitelikteki talimatlar karşısında ise, yüklenicinin uyarma yükümlülüğü vardır. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.554; ŞAHİNİZ, s.126-127; KOCAAĞA, İnşaat, s.145-146.

²⁴² KOCAAĞA, İnşaat, s.148; YHGK, E. 2000/15-1134, K. 2000/1191, T. 27.9.2000 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); “Taraflar arasındaki 30.12.1993 günlü sözleşmenin 17. maddesine göre ... nolu bürolar davacılar a ait olacak ve 33. maddeye göre de, bürolar, içten net 25 m2 olarak inşa edilecektir. Davalı yüklenici şirket ise, arsadaki kusur nedeniyle büroların küçük yapıldığını savunmuştur. BK.nun 357/III. maddesine göre, iş sahibinin gösterdiği arsanın kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yüklenici, iş sahibini bundan derhal haberdar etmek, aksi takdirde sonuçlarına katlanmak zorundadır. Yüklenici, yan borçlarından olan bu genel ihbar mükellefiyetini yerine getirdiğini dosya kapsamına göre kanıtlamamıştır.”.

arsayı veya malzemeyi gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğü, özen yükümlülüğünün de bir sonucudur. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hak kaybına yol açar.

IV. Arsa Sahibi İnşaatı Kabul Etmemiş Olmalıdır

Yüklenicinin eseri tesliminden sonra, arsa sahibinin inşaatın sözleşmeye uygun, tam ve noksansız olduğunu bildirmesi, eserin kabul edildiğine ilişkin irade beyanıdır²⁴³. Kabul, “tek taraflı bir irade beyanı” olup yüklenicinin buna muvafakati gerekmez. Ayrıca, kabul beyanından, irade sakatlıkları hallerinden biri bulunmadıkça, dönülemez. Arsa sahibinin, inşaatı kabulü “açık veya örtülü bir irade beyanı” ile gerçekleşebilir²⁴⁴. Örneğin, ayıplı olduğu fark edilen inşaatın ihtirazı kayıt ileri sürülmeden teslim alınarak kullanılmaya başlanması veya kanunda öngörülen gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmemesi hallerinde, eser kabul edilmiş sayılır²⁴⁵. Ancak, bağımsız bölümlerin “fiilen teslim alınmış olması”, her zaman eserin kabul edildiğini göstermez. Bazı durumlarda teslim yapılsa bile hukuki sonuç doğurmayacağından eser de kabul edilmiş sayılamaz²⁴⁶. Örneğin, zorunluluk nedeniyle inşaat kullanılmaya başlanmışsa, yapının bu haliyle kabul edildiği sonucu çıkarılamaz.

Eserin kabulünden sonra, yüklenici ayıp sebebiyle sorumluluktan kurtulur. Şu kadar ki, muayene ile tespit edilemeyecek nitelikte “gizli ayıplar” ve yüklenici tarafından “kasten gizlenen ayıplar” için, yüklenicinin sorumluluğu devam eder²⁴⁷.

²⁴³ KOCAAĞA, İnşaat, s.150; DUMAN, s.800; Eserin kabulü ile tesellüm kavramları birbirinden farklı olup karıştırılmamalıdır. Tesellüm, yüklenicinin teslim fiilinin arsa sahibi nezdindeki görünümüdür. Eserin kabulü ise, arsa sahibinin eseri sözleşmeye uygun bulduğuna ilişkin ayıplı ifadan dolayı sahip olduğu hakları düşüren bir irade beyanıdır. Bkz. ŞENOCAK, Eser, s.81.

²⁴⁴ EREN, Özel Hükümler, s.640.

²⁴⁵ UÇAR, s.254; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.554; ŞAHİNİZ, s.124; KOCAAĞA, İnşaat, s.151.

²⁴⁶ DURSUN, s.1851.

²⁴⁷ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.555; ŞAHİNİZ, s.124; KOCAAĞA, İnşaat, s.150; DUMAN, s.800.

V. Ayıp Sebebiyle Sorumluluktan Doğan Haklar Zamanaşımına Uğramamış Olmalıdır

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, eserin niteliği ve çeşitli olasılıklar gözetilerek ayrı ayrı zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir²⁴⁸. TBK m. 478'te "*yüklenicinin ayıplı ifası sebebiyle açılacak davaların, eserin teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı*" düzenlenmiştir. "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi", eser ve satım sözleşmelerinden unsurlar içeren bir karma sözleşme olduğundan, yüklenicinin ayıplı ifadan doğan sorumluluğu TBK m.478 hükmüne tabi olacaktır.

Zamanaşımı süreleri, yüklenici tarafından inşaatın bittiği arsa sahibine bildirilerek inşaatı onun hâkimiyetine terk ettiği ifa zamanından yani teslimden itibaren başlayacaktır²⁴⁹.

Arsa sahibinin ayıplı ifa dolayısıyla sahip olduğu hakların tabi olduğu süre, Türk Borçlar Kanunu'nda niteliği itibarıyla açıkça zamanaşımı süresi olarak düzenlenmiştir ve doktrinde de bu süreler zamanaşımı süresi olarak kabul edilmektedir. (TBK m.478)²⁵⁰. ŞENOCAK'a göre, kanun yenilik doğuran bir hakkı zamanaşımına tabi tutmuşsa, yenilik doğuran hakkı değil, bu hakkın kullanılmasından doğan alacak hakkını zamanaşımına tabi tutmuştur²⁵¹.

²⁴⁸ KOCAAĞA, İnşaat, s.152;

²⁴⁹ ÖZ, s.224.

²⁵⁰ Bu hakların hak düşürücü süreye değil de zamanaşımına tabi kılınmasının pratik yararları da bulunmaktadır. Örneğin bunlardan ilki, zamanaşımı sürelerinin durması (TBK m.153) ve kesilmesi (TBK m.154) hükümlerine tabi olan seçimlik haklar, hak düşürücü süreye tabi olsalardı hiçbir gerekçeyle durmadan ve kesilmeden işleyen süreler sonucu kullanılamayabilirdi. İkincisi, hak düşürücü süreleri hâkim resen göz önüne alacakken; zamanaşımı ancak defî olarak yüklenici tarafından ileri sürüldüğünde göz önüne alınabilecektir. Bkz. ÖZ, s.222; ŞAHİNİZ, s.217.

²⁵¹ Bkz.ŞENOCAK, Eser, s.227.

Yüklenicinin borçları arasında sayılan eseri teslim etme borcunun usulüne uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Daha önce yer verildiği üzere, henüz tamamlanmamış, eksik bir yapının arsa sahibinin kullanımına sunulması veya üçüncü kişilere satılması hukuki anlamda teslim fiilini oluşturmaz. Hukuken teslim edilmemiş bir taşınmaz için tarafların seçimlik haklarını ve dava haklarını kullanmalarında dikkate alınacak zamanaşımı süresi başlamaz. Ancak sözleşmede teslim için bir tarih belirlenmişse, bu tarihin geçmesiyle yüklenicinin teslim borcu muaccel olacağından arsa sahibinin haklarını kullanması için öngörülen zamanaşımı süresi başlar. Bu durum, yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmeden dönme halinde önem arz eder. Yüklenicinin edimini ayıplı olarak meydana getirdiği durumda, eser tamamlanarak teslim edilmiştir.

Yüklenicinin teslim ettiği eserde var olan ayıplar sebebiyle ağır kusuru varsa, daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu halde gerek taşınırlar, gerekse taşınmaz eserlerde dava hakları yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar²⁵² (TBK m.478). Yüklenici ağır kusuru ile ayıbı gizlediği takdirde, ayıbın uzun yıllar sonra ortaya çıkmış olması yükleniciyi sorumluluktan kurtaramayacaktır. Taşınmaz inşaat eserlerde ayıpların varlığı, jeolojik ve hava şartlarına dayanıklılık bakımından durumları uzun zaman sonra ortaya çıkacaktır²⁵³. Bu sebeplerle, uzun zamanaşımı süreleri hem arsa sahibi için güvence oluşturmakta; hem de yüklenicinin sorumluluğuna gidilmesi bakımından yüklenici için caydırıcı bir etki oluşturmaktadır.

VI. Ayıptan Sorumluluğu Kaldıran Anlaşmalar Yapılmamış Olmalıdır

Yüklenici genel olarak, sözleşmeye, kanuna, dürüstlük kuralına aykırı her türlü işinden mesuldür. Yüklenicinin “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin gereklerine

²⁵² DUMAN, s.937.

²⁵³ ŞAHİNİZ, s.218.

aykırı, olması gereken niteliklere aykırı bir eser teslimi halinde ayıptan sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu kaldıran anlaşma yapılması yolu ile sorumluluğunun sınırlandırılması söz konusu olabilir. Sorumsuzluk anlaşması bir sözleşme olup, geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır²⁵⁴. Sorumsuzluk anlaşmasının 818 sayılı eski Borçlar Kanunu md.99, 100²⁵⁵ ile TBK m.114, 115 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. “Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı” düzenleyen TBK m.114’e göre: *“Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.”* ve “Sorumsuzluk anlaşması” başlıklı TBK m.115; *“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”*. Buna göre, esas olan, borçlunun kusurlu her türlü davranış, eylem veya ihmalinden sorumlu olmasıdır. Ancak kanun, borçlunun sorumluluğunun önceden

²⁵⁴ DUMAN, s.825-826.

²⁵⁵ “Mesuliyetten beraet şartı” başlıklı 818 sayılı BK, m.99 şöyledir: *“Hile veya ağır kusur halinde düçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart, batıldır. Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir.”*. Yine “Muavin şahısların mesuliyeti” başlıklı 818 sayılı BK m.100: *“Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir. Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.”*.

yapılan anlaşma ile sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına imkan vermiştir. Şu kadar ki, tarafların yapmış olduğu herhangi bir sorumsuzluk anlaşması, her halükarda geçerli olmayacaktır. TBK m.115 uyarınca, “borçlunun ağır kusuru”, kastı veya ağır ihmali halinde, önceden yapılmış bir anlaşma kesin olarak hükümsüz olacaktır²⁵⁶. Diğer yandan, müteahhidin hafif kusur veya ihmalden sorumlu olmayacağının kararlaştırılması mümkündür²⁵⁷. Böyle bir durumda, müteahhidin eserin ayıplarından sorumluluğu sınırlanabilir veya ortadan kalkabilir. Bu nedenle, yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu için, yüklenici müteahhit ile arsa sahibi arasında, yüklenicinin hafif kusur veya ihmal ile yol açtığı ayıptan sorumluluğu için sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar yapılmamış olmalıdır. Ağır kusur, ağır ihmal veya kast halinde sorumsuzluk anlaşması yapılmış olmasının bir önemi yoktur²⁵⁸. Yüklenicinin yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda ise, TBK m.116 geçerlidir. TBK m.116’ya göre; “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.*”. Böylece, TBK m. 116/f.2’ye göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk yardımcı kişinin her türlü kusurundan dolayı ortadan kaldırılabilir. Ancak, yine TBK m.116/f.3’e göre; “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*”. Buna göre yüklenicinin uzmanlığı gerektiren bir meslek sahibi olması

²⁵⁶ BAŞALP Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2009, s.274.

²⁵⁷ BAŞALP, s.275.

²⁵⁸ DUMAN, s.826.

dolayısıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapacağı bir sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacaktır²⁵⁹.

§3. Yüklenicinin Ayıplı İfadan Sorumluluğunun Şekli Şartları

Arsa sahibinin, yüklenicinin ayıplı ifası dolayısıyla kanundan doğan haklarını kullanabilmesi bazı şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Kanunda düzenlenen ve külfet olarak arsa sahibine yüklenen eseri gözden geçirme ve ayıp varsa bunu bildirme (ihbar etme) yükümleri hiç veya süresinde yerine getirilmez, ihmal edilirse, örtülü kabul durumu oluşur (TBK m.477/II-III)²⁶⁰. Öğretide eserin gözden geçirilmesi ve ayıp ihbarında bulunulmasını, “*hakkı doğuran bir vakıa*” olarak kabul etmek yerine; bunların yerine getirilmemesini “*hakkı sona erdiren bir olgu*” olarak kabul etmek gerektiği ifade edilmiştir²⁶¹.

I. Arsa Sahibi İnşaata Gözden Geçirme (Muayene) Külfetini Yerine Getirmiş Olmalıdır

Gözden geçirme, tamamlanarak teslim edilen eserin tüm yönleriyle sözleşmeye uygun olarak yapılıp yapılmadığının araştırılıp tespit edilmesini ifade eder²⁶². Arsa sahibi, eserin tesliminden sonra, “*işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz*” inşaatı gözden geçirmek külfeti altındadır. Kanun koyucu eseri gözden geçirmenin süresi için

²⁵⁹ Yardımcı kişiler dolayısı ile sorumluluk için bkz. KILIÇOĞLU, s.192; ŞENOC AK Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.

²⁶⁰ GÜMÜŞ, s.565; ERMAN, s.126; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.558; TANDOĞAN, s.168; KOCAAĞA, s.153.

²⁶¹ BUZ Vedat, “Mağdur Edilen Alıcı-Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK.202/II (Art. 205/II OR) ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları, “Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s.158; Kanunda öngörülen ve alıcıya yahut (eser sözleşmesinde) iş sahibine yüklenen külfetlerin yorumlanmasında katı davranılması sonucu bu kişilerin mağdur olabileceğine dikkat çekilmiştir. Geniş bilgi için bkz. BUZ, Külfet, s.145-178.

²⁶² EREN, Özel Hükümler, s.642.

hak kaybına sebep olabilecek kesin ve kısa süreler belirtmekten kaçınmakta, “*işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz*” ölçütü ile teamüle yollama yapmaktadır²⁶³. Gözden geçirme süresinin belirlenmesinde, inşaatın niteliği, özellikleri ve arsa sahibinin deneyimi olup olmadığı da dikkate alınarak makul bir süre kabul edilmelidir²⁶⁴. Gözden geçirme, özenli şekilde gerçekleştirilmelidir, zira ancak yükleniciye bildirilen ayıplar için seçimlik haklar kullanılabilir²⁶⁵. Gözden geçirmenin yeri, işin niteliği gereği inşaatın bulunduğu ve teslim edildiği yerdir.

İnşaat işlerinin teknik yapısı ve arsa sahibinin genellikle müteahhit olmaması dikkate alındığında gözden geçirmenin gereği gibi yapılamaması söz konusu olabilir. Bu durum dikkate alınmış olacak ki, “*taflardan her birinin giderini karşılayarak, inşaatın bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebileceği*” düzenlenmiştir (TBK m.474). Ayıpların varlığı tespit edildiğinde, tazminat istemi ile birlikte inşaatın uzmanına incelenmesi için yapılan masraflar da istenebilecektir.

II. Arsa Sahibi Ayıbı Bildirme (İhbar) Külfetini Yerine Getirmiş Olmalıdır

İş sahibi, “*eserin ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır*”. Kanunda düzenlenen ve külfet olarak iş sahibine yüklenen ihbarın yerine getirilmemesi halinde, “*eser kabul edilmiş sayılır ve yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur*” (TBK m.477).

²⁶³ ŞENOCAK, Eser, s.110; GÜMÜŞ, s.56; KOCAAĞA, İnşaat, s.154.

²⁶⁴ TANDOĞAN, s.169; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.556; Arsa sahibinin tacir olmadığı, yeterli deneyiminin bulunmadığı hallerde özenli bir gözden geçirme için mümkün olduğu kadar geniş davranılması hakkaniyete uygun olur. Bkz. TANDOĞAN, s.170; KOCAAĞA, İnşaat, s.155; Öte yandan, yüklenicinin de durumdan en kısa zamanda haberdar olma noktasında menfaati bulunması yönüyle iki tarafın menfaatleri arasında denge kurulmalıdır. Bkz. ŞENOCAK, Eser, s.110.

²⁶⁵ KOCAAĞA, İnşaat, s.155.

Ancak teslimden sonra normal bir gözden geçirmeyle ortaya çıkmayan ayıplar yahut yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder²⁶⁶. Zımni kabul, gizli ayıpları ve kasten saklanan açık ayıpları kapsamaz. Kabul karinesinin kapsamı içinde bu tür ayıplar yer alamaz²⁶⁷. Nitekim TBK m.477/III’de iş sahibinin sonradan ortaya çıkan ayıplar için de gecikmeksizin ihbarda bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

Ayıp ihbarı ayıbı tam olarak anlatmalı ve yeterli ayrıntı, bilgi içermelidir²⁶⁸. Genel manada memnuniyetsizlik içeren ifadeler ve tavırlar ayıp ihbarı olarak değerlendirilemez. Ayıp ihbar süresi için “*uygun bir süre içinde*” ve “*gecikmeksizin*” ifadelerini kullanarak hak kaybına sebep olabilecek kesin ve kısa süreler çizmemiş; bunun yerine hakkaniyete ve hayatın olağan akışına uygun süreler seçmiştir.

İhbar süreleri usulüne uygun yapılan bir teslimden sonra başlayacaktır²⁶⁹. Ayıp ihbarının geçerliliği herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır²⁷⁰. İş sahibi, ihbarı yüklenicinin haberi olacak şekilde herhangi bir biçimde, “*sözlü, yazılı, e-posta veya telefonla*”

²⁶⁶ GÜNAY, s.1426; Y. 15.HD., E.2008/2466, K.2008/4205, T.24.06.2008 (Yargıtay Karar Arama Motoru): “*Ayıp, eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır. Eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve kusurları varsa açık ayıpları yükleniciye derhal bildirmek zorundadır. Ayıp, sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmek zorundadır. Açık veya gizli ayıp ihbarında bulunulduğu takdirde eser sahibi, Borçlar Kanunun 360.maddesinde düzenlenen hakları kullanabilir.*”

²⁶⁷ KARTAL, s.81; GÜNAY, s.1452: “*dava, eser sözleşmesine dayalı eksik ve kusurlu işler bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasında eser sözleşmesinin bir türü olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi bulunmaktadır. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibi eseri teslim aldıktan sonra muayene edip derhal ayıbı yükleniciye bildirmemesi halinde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak, yüklenicinin sakladığı gizli kusurlar bakımından sorumluluğu devam eder. Sonradan ortaya çıkan gizli kusurlar da derhal bildirilmezse yüklenici yine sorumluluktan kurtulur. Olayda, dava konusu inşaat iskan izni alınarak davacılar teslim edildiği anlaşılmakla birlikte davacılar açık ayıplı işleri ihbar ettiklerini kanıtlayamamıştır. Eksikler; teslim tarihinden sonra makul süre sonra istenebileceğinden, gizli kusurlar ise tespitle öğrenildiğinden ve ancak bu tarihten sonra istenebileceğinden eksik işlerin teslim tarihi rayiçleriyle, gizli kusurların ortaya çıktığı yılın rayiçlerinin tutarı hesaplattırılarak karar verilmelidir.*” (Y. 15.HD., E.2004/6065, K.2005/4764, T.19.9.2005).

²⁶⁸ EREN, Özel Hükümler, s.644.

²⁶⁹ TURANBOY, s.137.

²⁷⁰ KARTAL, s.81.

yapabilir²⁷¹. Yüklenicinin öğrenebileceği herhangi bir yolla ihbarın yapıldığı, tanık dâhil her türlü delille ispat olunabilir²⁷².

Eserde mevcut ayıpların niteliğinin, eserin teslim tarihinin ve ihbarın yapılmış olup olmadığını, yapılmış ise ne zaman yapıldığının tespiti son derece önemlidir. Arsa sahibinin ayıplı ifa sebebiyle kanundan doğan haklarını kullanmak adına mahkemeye başvurması halinde, yukarıda belirtilen hususların bilirkişi vasıtasıyla tespiti ve ortaya konması aranır²⁷³.

²⁷¹ YAVUZ N., s.770.

²⁷² Y. 23.HD., E.2015/5300, K.2015/78831716, T.4.12.2015: “Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanıyla dahi kanıtlanabilir. (YHGK’nın 02.02.1979 gün ve 1977/11-393 E., 1979/80 K. sayılı ve Dairemizin 16.01.2013 tarih ve 2012/5835 E., 2013/129 K. ve 24.11.2014 tarih ve 9519 E., 7529 K. sayılı ilamlarında bu ilke ve esaslar ayrıntıları ile açıklanmıştır.)”.

²⁷³ Y.13. HD., E.2015/22997, K.2016/21865, T.24.11.2016 (KararTek): “O halde öncelikle, mahkemece talep edilen hususların açık ayıp, gizli ayıp, eksik iş ayrımının somutlaştırılması ve 818 sayılı BK. 198. maddesi gereğince, gizli ayıplar yönünden, bu ayıpların kullanım ve mevsimlerdeki yağmur, kar, güneş ve ısı durumları dikkate alınarak ne zaman oluştuğu yada oluşacağı ve bunu normal vasıflardaki tüketicinin ne zaman farkedebileceği ile bağımsız bölümün teslim tarihi ve ihbar tarihi de göz önünde bulundurularak, ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığı hususunda tarafların delil ve karşı delilleri sorulmalı, toplanan delillere ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir.”.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA SAHİBİNİN AYIPLI İFA DOLAYISIYLA SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Arsa sahibinin ayıplı yapıyı tesellümden kaçınmayıp teslim alması sonucu, sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun bir edim elde edememesi halinde, edimin gereği gibi ifasını talep hakkı devam eder²⁷⁴. Yüklenicinin ayıplı ifası dolayısıyla arsa sahibine kanunda tanınan seçimlik haklar ile edimin gereği gibi ifasını talep hakkı sağlanmıştır.

Yüklenicinin ayıplı ifası sonucu arsa sahibinin sahip olacağı haklar; “kūlfetlerin yerine getirilmiş olması”, “ayıbın arsa sahibine yüklenemiyor olması” ve “teslimden itibaren zamanaşımı süresinin geçmemiş olması” ve “sorumluluğu ortadan kaldıran veya sınırlandırıcı anlaşmanın yapılmamış olması” şartlarının bulunması halinde arsa sahibi tarafından kullanılabilir. Yüklenicinin arsa sahibine teslim ettiği inşaatın arsa sahibi tarafından “işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz” gözden geçirilmesinden ve fark edilen ayıpların gecikmeksizin yükleniciye bildirilmesinden sonra, arsa sahibinin sahip olduğu birtakım haklar mevcuttur. Arsa sahibinin seçimlik hakları, TBK m.475’te düzenlenmiştir. Buna göre, “*eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde arsa sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir*”:

“1.Eser, arsa 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.

²⁷⁴ ŞENOCAK, Eser, s.40.

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

Ayrıca, arsa sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır”²⁷⁵.

Arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar birbiriyle alternatif bir yarışma ilişkisi içerisindedir²⁷⁶. Kanunda düzenlenen bu haklar, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut dengenin, yüklenicinin ayıplı ifası ile bozulması sonucu taraflar arasında tekrar sağlanması içindir²⁷⁷. Bu nedenle de, seçimlik hakların kullanılması için yüklenicinin kusurlu olması aranmaz. Seçimlik haklardan her biri ile birlikte tazminat talep edilebilirse de²⁷⁸; seçimlik hakların kullanılmasından farklı olarak, tazminat istemi için yüklenicinin kusurlu olması şarttır²⁷⁹.

Seçimlik haklar yenilik doğurucu nitelikte olup, geçerlilik şekline sahip olmayan açık veya örtülü irade beyanı ile yükleniciye ulaşması sonucu kullanılmış olur²⁸⁰. Seçimlik haklardan her biri kullanılmakla tükenir ve kural olarak kullanılan hakkın geri alınması mümkün değildir²⁸¹. Kanunda düzenlenen haklar incelenecek olursa, bu hakların ilki sözleşmeden dönme hakkıdır.

²⁷⁵ Bu hükümden hareketle, ayıplı ifa dolayısıyla arsa sahibinin uğramış olduğu ayıptan doğan veya ayıplı takip eden zararlarının giderimi adına tazminat isteminin kanunda düzenlenen üç seçimlik hak yanında dördüncü bir seçimlik hak olarak tanındığı görüşü de mevcuttur. Bkz. ŞAHİNİZ, s.137; Ayıplar bildirilirken veya seçimlik haklardan biri kullanılırken arsa sahibinin tazminat talebini ileri sürmemiş veya saklı tutmamış olması, bu istemden vazgeçildiği anlamına gelmemektedir. Bkz. ERMAN, s.142.

²⁷⁶ Bkz. ŞENOCAK, Eser, s.33.

²⁷⁷ ŞENOCAK, Eser, s.33.

²⁷⁸ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.559.

²⁷⁹ ŞENOCAK, Eser, s.33; ÖZ, s.204; ŞAHİNİZ, s.138; KOCAAĞA, İnşaat, s.160.

²⁸⁰ ŞENOCAK, Eser, s.34; ŞAHİNİZ, s.138; KOCAAĞA, İnşaat, s.160.

²⁸¹ ŞENOCAK, Eser, s.34; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.559; KOCAAĞA, İnşaat, s.160.

§1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

I. Genel Olarak

Eserin, “*arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağı*” kanunda düzenlenmiştir (TBK m.475/I). Kanunda tanınan dönme hakkının kullanılabilmesi için, yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu için gerekli şartların yanında, inşaatın “kullanılamayacak” veya “kabule zorlanamayacak” ölçüde ayıplı olması şeklinde özel şartlar mevcuttur²⁸². İnşaat, kanunda öngörülen ölçüde ayıplı değil ise dönme hakkı kullanılamayacaktır. Dönme hakkının kullanılması için kanunda aranan bu ölçüler ile yüklenicinin de korunmaya çalışıldığı görülür. Zira arsa sahibi kadar yüklenicinin de sözleşmeden beklediği güvenin boşa çıkmaması adına korunması gerekmektedir.

II. Sözleşmeden Dönme Kavramı, Hakkın Niteliği ve Amacı

Sözleşmeden dönme hakkı, tarafların serbest iradeleriyle bir araya gelerek oluşturduğu sözleşme ilişkisinde, taraflara kanunen tanınmış bir haktır. Sözleşme ilişkisinin kuruluşu ile edimlerin ifası sürecinde, hatta edimlerin ifasından sonra belli zaman diliminde meydana gelebilecek gelişmeler sonucunda taraflar sözleşme ile bağlı kalmak istemeyebilir. Bozulan çıkar dengesi ile karşılıklı güvenin sarsılması sonucu “haklı” ve “yerinde” görülen hallerde, tarafların sözleşmeden dönme hakkına başvurması mümkündür²⁸³. Dönme hakkı, sözleşme ilişkisine ve tarafların edimlerine olan etkileri

²⁸² KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, s.482; KOCAAĞA, İnşaat, s.161; ŞAHİNİZ, s.142.

²⁸³ SEROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, 2.Baskı, İstanbul 2007, SUNUŞ.

bakımından “çözücü yenilik doğuran hak” olarak nitelenmiştir²⁸⁴. Dönme hakkı öğretide “olumsuz yenilik doğurucu hak”, “bozucu yenilik doğuran hak” olarak da nitelenmektedir²⁸⁵.

Sözleşmeden dönme hakkı işlev olarak, sözleşmede başta mevcut olan “edimler arası denge”nin bozulması sonucu edimler arası dengeyi sağlama, sözleşme edimlerini geri sağlama ile oluşan “zarar”ları gidermeyi amaçlamaktadır²⁸⁶. Bu bakımdan dönme hakkı, sözleşmeye kati ve ağır bir müdahale teşkil etmektedir²⁸⁷. Hakkın kullanılması ile tarafların edimleri geri verme yükümlülükleri ortaya çıkmakta; ancak hakkın kullanılması ile edimlerin iade edilmesi sonucu tarafların sözleşme öncesi durumlarına geri döndüğü savunulamaz. Diğer bir deyişle, dönme hakkı “sözleşmeyi hukuk evreninden silip süpürecek bir güce” sahip değildir²⁸⁸.

Sözleşmeden dönme hakkı, “tek taraflı bir irade beyanının karşı tarafa ulaşması” ile kullanılır. Kural olarak dönme beyanının geçerliliği için bir şekil şartı bulunmamakla birlikte, her iki tarafın tacir olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme beyanının yapılmasında, 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.*” dikkate alınır. Buna göre tarafların tacir olması halinde, sözleşmeden dönme beyanını yukarıda yer verilen yöntemlerden biri ile gerçekleştirmeleri gerekmektedir.

²⁸⁴ SEROZAN, Dönme, s.59: “*Pacta sunt servanda*” (sözleşmelere sonuna dek bağlı kalınmalıdır) buyruğunu, somut olayda adaleti tesis edecek biçimde esnekletiren ve sözleşme ilişkisini çözen yönüyle dönme hakkı, “çözücü yenilik doğuran hak” olarak nitelenmiştir. Bir başka tanımla Serozan; “*Somut sözleşme adaletinin bekçisi kimliğinde hukuk sahnesine çıkan bir “sözleşmeyi çözme yetkisi*” olarak ifade etmiştir.

²⁸⁵ Dönme hakkının geçmişe etkili bozucu değil; geleceğe etkili yenilik doğuran bir hak olduğu görüşü için bkz. EREN, Özel Hükümler, s.649; SEROZAN, Dönme, s.59; UÇAR, s.173.

²⁸⁶ UÇAR, s.174.

²⁸⁷ SEROZAN, Dönme, s.58; UÇAR, s.174.

²⁸⁸ SEROZAN, Dönme, s.67.

“Statik, soyut çözücü yenilik doğuran hakk”ın bir irade bildirimi ile dış âleme yansıtılması sonucu olumsuz nitelikte bir tasarruf işlemi gerçekleştirilir²⁸⁹. Dönme hakkının diğer seçimlik haklar gibi kural olarak dava yoluyla kullanılması gerekmesi²⁹⁰ de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeden dönme beyanının, aynı etkileri bulunduğu gerekçesiyle mutlaka dava yoluyla kullanılması gerektiği kabul edilmektedir²⁹¹. Hakkın dava yoluyla kullanılması gereği kabul edilse dahi, dönme beyanının aynı nitelikte etkiler doğurduğu hususu tartışmalıdır. Bu noktada dönme hakkının niteliği ve dönme teorileri kısaca incelenmelidir.

Dönme hakkının niteliğini açıklayan çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bu teorilerden ilki ve en eskisi “klasik dönme teorisi”dir²⁹². “Klasik dönme teorisi”ne göre dönme hakkı, sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldıran ve sözleşmeden doğan tüm hak ve

²⁸⁹ SEROZAN, Dönme, s.59.

²⁹⁰ SEROZAN, Dönme, s.59.

²⁹¹ Y.15. HD., E.2019/3262, K.2020/2059, T.06.07.2020 (KararTek): “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, tapuda pay devrini de içerdiğinden, tarafların tek taraflı irade beyanı ve bunun karşı tarafa ulaşmasıyla feshi mümkün değildir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ancak mahkeme kararıyla ya da tarafların fesih iradelerinin birleşmesi ile feshedilebilir. Dosya kapsamında, taraflar arasındaki 05.02.2013 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin bir mahkeme kararı sunulmamış, davacılar ... Noterliği’nin 09.07.2015 tarihli ihtarnamesi ile sözleşmeyi feshettiklerini beyan etmişlerdir. Sözleşmenin usulüne uygun geriye etkili feshi ile tarafların verdiklerini geri isteyebileceği, yükleniciye avans olarak verilen bağımsız bölüm tapularının da geçerli bir fesihden sonra iptâlinin istenebileceği kuşkusuzdur.”; Y.23. HD., E.2014/238, K.2014/3841, T.15.5.2014 (KararTek): “Kural olarak eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri” bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, TMK’nın 706, 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 İnşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin 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 feshi karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri Karşılığı İnşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri fesihte birleşmediği sürece ancak haklı sebeplerin bulunması halinde mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır.”; YHGK, E.2010/15-193, K.2010/235, T.28.04.2010 (KararTek): “Arsa payı karşılığı İnşaat sözleşmesi, arsa ya da arsa payının devrini de içermesi sebebiyle, karşı tarafın kabulü yoksa tek taraflı fesih olunamaz ve feshi hâkim karar verir.”; BÜYÜKAY Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2.Baskı, Ankara 2007, s.132, dpn. 323; Ayrıca bkz. AYAN, s.252; Y. 23.HD., E.2016/6950, K.2017/1157, T.18.04.2017 (KararTek): “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme veya fesihle sona erdirilmesi için, ya tarafların iradelerinin bu konuda birleşmesi, ya da feshin mahkeme kararıyla hüküm altına alınması gerekmektedir.”.

²⁹² YÜNLÜ, s.111.

borçları ortadan kaldıran bir haktır²⁹³. Klasik dönme görüşü doğrultusunda, sebepsiz zenginleşme görüşü ve aynı etkili dönme görüşleri bulunmaktadır²⁹⁴. Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, baştan itibaren hükümsüz kalan sözleşme uyarınca ifa edilen borçların iadesi hususunda sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanacağı ifade edilmiştir²⁹⁵. Aynı etkili dönme görüşünde ise, “bozucu yenilik doğuran” dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ancak sebepsiz zenginleşme görüşünden ayrılarak, yapılmış tasarruf işlemlerinin de bundan etkileneceği ve bunların geçersiz, hükümsüz hale geldiği ileri sürülmüştür²⁹⁶.

“*Kanuni borç ilişkisi*” görüşüne göre²⁹⁷ ise, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi ortadan kaldırır. Ancak geri verme taleplerinin hukuki temeli TBK m.125/III’dür; yani bu hükme dayalı olarak taraflar arasında ortaya çıkan kanuni borç ilişkisidir.

“*Yeni dönme teorisi*”ne göre dönme hakkının kullanılması, sözleşme ilişkisini tasfiye ilişkisi haline getirir ve sözleşmeden doğan borçlar, sözleşmeye dayanan akdi borçlar olarak iade edilir²⁹⁸. Yani, sözleşme ilişkisi dönme hakkının kullanılması ile ortadan kalkmış değildir²⁹⁹; sözleşme ilişkisinin edimleri değişmiştir³⁰⁰. Dönme hakkının kullanılması ile tarafların daha önce ifa edilmiş edimleri geri verme yükümlülükleri ortaya çıkar³⁰¹. Verme edimleri, geri verme edimlerine dönüşür³⁰². Yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi, sözleşmeye dayanan bir istemdir; haksız zenginleşme istemi

²⁹³ UÇAR, s.175.

²⁹⁴ AYAN, s.266-267.

²⁹⁵ SEROZAN, Dönme, s.60; UÇAR, s.175; AYAN, s.266.

²⁹⁶ AYAN, s.267.

²⁹⁷ TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Servet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993, s.968.

²⁹⁸ UÇAR, s.177; SEROZAN, Dönme, s.68: Dönme yetkisinin kullanılması ile ortaya çıkan sonuç, sözleşmenin hükümsüz olması anlamına da gelmemektedir. Sözleşme ilişkisi, tersine dönmüş bir içerikle, akdi tasfiye ilişkisine dönüşmektedir; ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10.Baskı, Ankara 2014, s.380.

²⁹⁹ BÜYÜKAY, s.133.

³⁰⁰ SEROZAN, s.68.

³⁰¹ BÜYÜKAY, s.132; KOCAAĞA, İnşaat, s.162.

³⁰² TURANBOY, s.170.

değildir³⁰³. Dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi ise henüz ifa edilmemiş edimlerin ortadan kalkmasıdır³⁰⁴. Diğer bir deyişle, ifa edilmiş edimlerin iadesi noktasında yeni dönme teorisi uyarınca dönme hakkı değiştirici yenilik doğuran; henüz ifa edilmemiş edimler bakımından ise bozucu yenilik doğuran niteliktedir³⁰⁵.

Son olarak, bu iki görüşü uzlaştıracı mahiyette diğer bir görüşe göre; henüz ifa edilmemiş edimler için yükümlülüklerin klasik dönme teorisine uygun olarak kendiliğinden sona ermesi, ifa edilmiş edimlerin iadesi konusunda ise sözleşmeye dayanan (akdi) bir iade talebinin söz konusu olmasıdır³⁰⁶.

Yüklenicinin ayıplı bir eser meydana getirmesi sonucu, ayıplı yapının arsa sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması ve eseri kabule zorlanamaması nedenleriyle, söz konusu dönme hakkı geriye etkilidir³⁰⁷. Yüklenicinin temerrüdü halinden farklı olarak, inşaatın tamamlanmış kısmının arsa sahibinde kalması ve bunun için bir bedel ödenmesi şeklinde ileriye etkili fesih, ayıplı ifadan dolayı kullanılan dönme hakkında söz konusu değildir³⁰⁸.

³⁰³ SEROZAN, Dönme, s.71; CANBOLAT Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009, s.120.

³⁰⁴ AYAN, s.268; Dönmenin hukuki sonuçları için bkz. AYAN, s.254 vd.; Dönmenin geçmişe etkili sonuçlar doğurmadığı görüşü için bkz. EREN, Özel Hükümler, s.649.

³⁰⁵ AYAN, s.268.

³⁰⁶ YAVUZ C., s.596; BÜYÜKAY, s.133; CANBOLAT, s.120.

³⁰⁷ BÜYÜKAY, s.132.

³⁰⁸ ERMAN, s.146; Yargıtay'ın "ileriye etkili fesih" içtihadının burada uygulanmayacağı, zira işin büyük kısmının yapılmış olmasının arsa sahibi için, ne bir değeri ne de bir anlamının olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ÖZ, s.216; BÜYÜKAY, s.132; Dönme hakkının kullanılması ve hükümleri ile ilgili doktrinde kabul edilen görüşler için bkz. ŞAHİNİZ, s.158-163; KOCAAĞA, İnşaat, s.162; Yargıtay'ın "ileriye etkili/geriye etkili fesih" ayrımına dair bir kararı ise şöyledir: Y.23. HD., E.2014/432; K.2014/4157; T.29.05.2014 (KararTek) : "Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da tarafların sözleşmenin yükümlerinden kurtulmaları, başka bir anlatımla, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi gerekir. Geriye etkili fesihte alacaklı BK'nın 108/I maddesine dayanarak yükleniciye veya onun halefi durumundaki kişilere verdiği tapuları geri isteyebilir. Geriye etkili feshin 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 fesihte yükleniciye inşaatın fesih tarihindeki fiziki durumuna uygun bağımsız bölüm verilmez. Feshin geriye etkili olacağı konusunda taraf iradelerinin uyuşmaması halinde mahkemece ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Fesih ileriye etkili sonuçlar yaratacak şekilde yapılmış veya bunun koşulları oluşmuş ise, feshin doğal sonucu olarak yapılacak tasfiye işleminde yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölüm tapusunun devrini isteyebilir. Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farz edilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini

İş sahibinin teslim aldığı eseri geri vermesi; yüklenicinin aldığı ücreti geri vermesi anlamına gelen dönme hakkının kullanılması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde nasıl gerçekleştirilir? Kanunda düzenlenmeyen bu sözleşme türüne, Borçlar Kanunu'nun eser ve taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin hükümleri kıyas yoluyla ancak somut olaya uygun düştüğü ölçüde, hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınarak uygulanır³⁰⁹. İnşaatın arsa sahibinin arsası üzerinde yapıldığı bu sözleşmede, dönme hakkının kullanılması, arsa üzerindeki inşaatın kaldırılması ve enkazının alınması anlamına gelir³¹⁰. İnşaatın yıkılması ve enkazının arsadan uzaklaştırılması masraflarına ise ayıplı ifası ile sözleşmeden dönmeye sebebiyet veren yüklenici katlanır; burada korunması gereken arsa sahibi, masrafa katlanacak olan taraf değildir³¹¹.

Yüklenicinin iade borcu kapsamında, ücret yerine aldığı arsa payları veya arsanın geri verilmesi söz konusudur. Arsa veya arsa payları yüklenicinin mülkiyetine geçirilmiş ise tapuda terkinin yapılması ve arsa paylarının arsa sahibi adına tescili ile iade gerçekleşir³¹².

sebeatsız zenginleşme hükümlerince geri alabilir. Örneğin, avans niteliğinde bir miktar arsa payı devredilmiş ise arsa payının adına tescili arsa sahibince; yasaya uygun bir kısım imalât gerçekleşmiş ise bunun bedeli de yüklenici tarafça istenebilir. Oysa ileriye etkili fesihte sonuç farklıdır. Burada arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği İnşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararların ödenmesini de ister. Öncelikle inşaatın seviyesi (tamamlanma oranı) belirlenmeli, davalı yüklenicinin hak ettiği arsa payı ile arsa sahiplerine bağımsız bölüm ve bırakılacak pay oranı, inşaatın bitirilmiş olması durumunda yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölüm (ve arsa payı) oranına kıyas yolu uygulanmalı, böylece yüklenicinin yaptığı kısmi ifanın aynı olarak karşılığı tespit edilmeli, aynı olarak bağımsız bölüm verilmesi mümkün olmadığı takdirde yapılan iş ve bağımsız bölümlerin saptanacak değerlerine göre ivaz ilavesi suretiyle tasfiye gerçekleştirilmeli, mevcut işe göre geri alınması icap eden bağımsız bölüm (arsa payı) mevcut ise bunların yükleniciye ait olduğu belirlenmelidir. Diğer anlatımla, ileriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalatın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir.”.

³⁰⁹ AYAN, s.251.

³¹⁰ ŞAHİNİZ, s.167; TURANBOY, s.170.

³¹¹ ŞAHİNİZ, s.169.

³¹² AYAN, s.266.

III. Dönme Hakkının Kullanılabileceği Durumlar

A. Eserin Arsa Sahibince Kullanılamayacak Olması

Eserin arsa sahibi tarafından kullanılamayacak derecede ayıplı olması veya dürüstlük kuralına göre yapılan değerlendirme sonucunda önemli ölçüde ayıplı olduğunun anlaşılması halinde sözleşmeden dönülebilir. Bu durum TBK m.475'te “*Eser işsahibinin kullanamayacağı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa...*” şeklinde ifade edilmiştir. Maddede dönme hakkının kullanılması için, eserin “kullanılmaz olması” kriterine yer verilmiş olup bu “kabul edilemezliğin” özel bir görünümüdür³¹³. Buna göre, madde metninde de belirtildiği gibi kullanılamamazlık, *işsahibi* (arsa sahibi) için kullanılamamayı ifade etmekte olup herkes için her koşulda geçerli olması gereken bir kriter değildir³¹⁴. İş sahibi tarafından kullanılmama kriteri; sözleşme yapılırken iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati karşılayıp karşılamadığına göre belirlenir³¹⁵.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ne göre inşa edilen yapıda mevcut ayıbın, sözleşmeden dönmeye izin verecek ölçüde ayıplı olup olmadığı her somut olay bazında değerlendirilmelidir. Örneğin yalıtımın yetersiz ve bozuk olması sebebiyle duvarların rutubetlendiği bir yapı, yalıtımın iyileştirilme imkânı olmadığı takdirde, kabule zorlanamayacak derecede ayıplı sayılabilir³¹⁶. Yine, ısıtma tesisatı onarılamayacak derecede hatalı yapıldığından yapının ısınmaması halinde, kullanılmaz derecede ayıplı bir yapının bulunduğu kabul edilebilir³¹⁷. Bu noktada devreye tam önemli-az önemli ayıp

³¹³ DUMAN, s.856.

³¹⁴ YÜNLÜ, s.114.

³¹⁵ SIRATAŞ Burcu, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara Üniversitesi, YLT., 2010, s.62; DUMAN, s.856.

³¹⁶ DUMAN, s.856.

³¹⁷ ÖZ, s.213; ŞAHİNİZ, s.143.

ayrımı girmektedir. Yapının arsa sahibi tarafından kullanılamayacak ölçüde ayıplı olması şartı, tam önemli bir ayıbın varlığı halinde sağlanır. Aksi halde, az önemli ayırım olarak değerlendirilen ayıp için arsa sahibi dönme hakkını kullanamayacaktır. Nitekim az önemli bir ayıbın varlığı halinde sözleşmeden dönülmesi hakkaniyetle ve dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır.

İnşaatın kabule zorlanamayacak veya kullanılamayacak derecede ayıplı olup olmadığı, hâkim tarafından tarafların menfaatleri, bedelden indirim ile ayıbın onarımının arsa sahibinin işine yarayıp yaramayacağı, dönmenin arsa sahibine sağlayacağı yarar ile yükleniciye vereceği zarar gözetilerek belirlenir³¹⁸.

B. Arsa Sahibinin Hakkaniyet Gereği Yapıyı Kabule Zorlanamayacak Olması

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceği durumlardan bir diğeri, TBK m.475'te "*Eser işsahibinin ... hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aykırı olursa*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre yapı, "*arsa sahibi tarafından hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde*" ayıplı ise sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Ayrıca sözleşmede açıkça belirtilen hususlara aykırı inşa edilen yapı da TBK m.475/I hükmüne girer. Örneğin lüks bir semtte inşa edilmiş ve lüks yapılacağı kararlaştırılmış yapıda, düşük kalite dolapların, kapıların vb. mobilyanın kullanılması sonucu, yapının sözleşmede belirtilen kurallara aykırı olduğu kabul edilir. Ayrıca ticari doğruluğun gereği olarak da yapının kabulü beklenemeyecek derecede ayıplı olduğu söylenebilir³¹⁹. Ancak yüklenicinin düşük kalitede malzeme ile tamamladığı inşaat, dolap, kapı ve benzeri mobilyaların, armatürlerin değiştirilmesi ile

³¹⁸ ERMAN, s.144; KOCAAĞA, s.162.

³¹⁹ ŞAHİNİZ, s.144.

yapı lüks bir hale getirilebilecek ise, sözleşmeden dönme, menfaat dengeleri açısından hakkaniyete uygun olmayabilir³²⁰. Yapının hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde veya aynı ölçüde sözleşme kurallarına aykırı olması halinde “yaratılan değerlerin korunması” şeklindeki bir ilkedен bahsedilemeyecektir³²¹.

IV. Dönme Hakkının Kullanılamayacağı Durumlar

TBK m.475’te “*Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, arsa sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için maddede yer verilen “*eserin işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması*” şartlarına ek olarak, son fıkrada olumsuz bir şart düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, yapının arsa sahibinin “*kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması*” yetmemekte, TBK m.475 son fıkrada belirtilen şartın da mevcut olması aranmaktadır. Böylece dönme hakkının kullanılması zorlaştırılmıştır.

Hükmün getirilişindeki temel amacın “yaratılan değerlerin korunması” ilkesi, “ekonomik açıdan değerli malların olanak ölçüsünde korunması” gerekliliği³²² olduğu ileri sürülmüştür. Böylece hükmün fonksiyon olarak, sözleşmeden dönülmesi yüzünden yüklenicinin aşırı zarara uğramasını önlediği ifade edilmiştir³²³. Bir görüşe göre, teslim

³²⁰ Gerçekten de bazen basit ve hemen giderilebilecek bir bozukluk bile yapıyı kullanılamaz hale sokabilir. Bu sırada yapının kullanılamaz olduğuna bakılarak, söz konusu ayıbın sözleşmeden dönmeye izin verecek ağırlıkta sayılmaması gerekebilir. Örneğin, basit bir elektrik arızası yüzünden elektriksiz kalan yapıda veya basit bir proje değişikliği ile oturma izninin alınabileceği yapıda ayıp sözleşmeden dönmeye müsait ağırlıkta sayılmamalıdır. Dürüstlük kuralına göre de yapılan değerlendirme sözleşmeden dönmeye müsaade etmeyecektir. Bkz. ÖZ, s.213; YÜNLÜ, s.117; İnşaat sözleşmelerinin niteliği gereği teslimden sonra ayıplar dolayısıyla sözleşmeden rücu etme yoluna pek başvurulmadığı ifade edilmiştir. Bkz. TURANBOY, s.170.

³²¹ YÜNLÜ, s.116.

³²² DUMAN, s.869.

³²³ ERMAN, s.145.

aşamasına gelmiş inşaatın sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracağından “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri”nde, “ayıp hükümleri içinde kalarak” sözleşmeden dönmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir³²⁴. Ancak yapı, “hiçbir şekilde kullanılamaz veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak derecede” ayıplı ise, dönme hakkı sınırlanmamalı ve yüklenici açısından aşırı zarara yol açacak da olsa sözleşmeden dönülebilmesi gerekir³²⁵. Zira dönme hakkının kullanılmasının engellendiği bir durumda, ayıplı inşaatın daha büyük zararlara yol açabileceği de göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, yasal olarak yıkılması zorunlu bir yapı, insan sağlığı ve hayatı için yüksek riskli ise, arsa sahibi sözleşmeden dönebilmelidir³²⁶. Ayrıca arsa sahibinin kabulü beklenemeyecek derecede ayıplı bir yapı sebebiyle arsasını kullanamayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Somut olayda, ayıplı yapı arsayı daha değersiz kılan bir nitelikte ise veya tehlike arz ediyorsa sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının daha faydalı olduğu kabul edilmelidir³²⁷.

Son olarak, ayıplı ifanın ortaya çıkmasında arsa sahibine yüklenebilecek sebepler mevcut ise, örneğin arsanın ayıplı olması, arsa sahibi tarafından temin edilen malzemenin ayıplı olması veya arsa sahibinin bağlayıcı talimatı sonucu inşaat ayıplarla meydana getirilmiş ise, arsa sahibi kendisine yüklenebilen kusurlar sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. Yüklenicinin ayıplı ifa sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için

³²⁴ SÜTÇÜ, s.743; Sözleşmeden dönme için ayıpların kabule zorlanamayacak derecede önemli olması ile yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı zarar doğurmaması şartlarının aranması sebebiyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönebilmesinin hemen hemen mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ERMAN, s.143.

³²⁵ ŞAHİNİZ, s.149; DUMAN, s.869.

³²⁶ ŞAHİNİZ, s.149; Ayrıca ruhsatsız, kaçak yapıların da yaratılmış ekonomik değer olarak kabul edilemeyeceği Yargıtay kararlarında ifade edilmiştir: Y.14.HD., E.2016/14559, K.2017/8666, T.21.11.2007 (KararTek): “Ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılan bina veya bağımsız bölümler yasaya uygun hale getirilmezse yıkılacağından, yıkılacak yerlerle ilgili olarak yaratılmış ekonomik değerlerin korunması söz konusu olmayacağından, bu tür yerlerin aynının paylaştırılması paylaşım sonucu da bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışı veya satış vaadi sözleşmesine konu yapılması yasalara uygun düşmez. Esasen, imara aykırı-kaçak ve yıkılması yasa buyruğu olan bir yapıda bağımsız bölüm satışına değer tanımak yasa aykırılığın hukuk düzeni tarafından korunması anlamına gelir.” ; DUMAN, s.869.

³²⁷ YÜNLÜ, s.119.

gerekli şartlar arasında bu durum belirtilmiş olup böyle bir durumda arsa sahibi yüklenicinin sorumluluğuna gidemeyecek ve seçimlik haklarını kullanamayacaktır.

V. Dönme Hakkının Kullanılması Sonucu Üçüncü Kişilerin Durumu

Yüklenici, arsa sahibi ile paylaşımlarını gerçekleştirdikleri, daire, dükkân ve ofis gibi bağımsız bölümlerden kendisine ait olanları veya arsa sahibine ait olup da temsil ve satış konusunda yetkilendirilmiş olduğu bağımsız bölümlerin satışını veya üçüncü kişilere devrini gerçekleştirebilir. Yüklenicinin satış yetkisine veya arsa sahibini temsil yetkisine sahip olduğu durumda, bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılarak elde edilen para ile inşaaata devam edilmesi uygulamasına sık rastlanmaktadır³²⁸. Başka bir durum ise, yükleniciye sözleşmenin kurulduğu sırada devredilen ve “avans”³²⁹ niteliğinde olan arsa paylarının yüklenici tarafından üçüncü kişilere satışdır. Satış işlemi, taşınmaz satış vaadi şeklinde de olabilir yahut tapuda arsa paylarının veya kat irtifakı paylarının üçüncü kişilere devri şeklinde de olabilir³³⁰. Bu işlemler kat irtifakı kurulduktan önce veya sonra gerçekleştirilebilir.

Bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satıldığı durum, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nden dönme hakkının kullanıldığı durumda özellik arz etmektedir. Yüklenicinin sözleşmede anlaşılan niteliklere aykırı veya dürüstlük kuralları ile ticari doğruluğu aykırı bir yapı meydana getirerek arsa sahibine teslim etmesi sonucu sözleşmeden dönme durumu ortaya çıkabilir. Bu durumda sözleşmeden dönme hakkının

³²⁸ KOSTAKOĞLU, s.1101; KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, s.514.

³²⁹ Yükleniciye sözleşmenin kurulduğu sırada devredilen arsa paylarının, yükleniciye verilen avans niteliğinde olduğu Yargıtay’ın kararlarında ifade edilmiştir: Y. 23.HD, E.2016/1583, K.2017/1640, T.01.06.2017 (KararTek): “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, henüz işin başında yükleniciye bir kısım tapu paylarının devredilmesi avans niteliğindedir.*”. ; Y. 15.HD, 2004/3299-2005/1234, T.04.03.2015 (KOSTAKOĞLU, s.1197-1198).

³³⁰ KOSTAKOĞLU, s.1100, 1112; KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, s.514.

kullanılması sonucu yıkılarak arsadan kaldırılacak inşaatın daire edinen üçüncü kişilerin durumu ne olacaktır³³¹?

Yüklenici, arsa sahibi ile aralarındaki sözleşmeye göre edimini tam ve gereği gibi yerine getirdiğinde kazanacağı arsa paylarını, inşaatın tesliminden önce üçüncü kişilere devretmektedir³³². Yüklenici, inşaatı maddi ve hukuki olarak tamamlayarak teslim ettiği takdirde, arsa paylarının devrini talep edebilecek konuma gelecek ve arsa paylarının tescilini isteyebilecektir. Diğer bir deyişle yüklenicinin sözleşmeden doğan alacağı şahsi nitelikte bir hak olup, edimini yerine getirmesi koşuluyla talep ve dava edilebilir³³³. Ancak, yüklenici şahsi nitelikteki alacak hakkını, üçüncü kişilere alacağın temlik hükümlerine göre devretmektedir³³⁴. Alacağın temlik hükümlerine uygun şekilde yapılan harici satış işlemleri³³⁵ ve sonrasında tapuda yapılan işlemler sonucu üçüncü kişiler inşaatı bağımsız bölüm edinmektedirler³³⁶. Burada üçüncü kişiler TMK m.1023'e göre "iyiniyetli" oldukları varsayımıyla mülkiyet hakkını kazanmışlar mıdır³³⁷? Yoksa yüklenicinin henüz kazanmadığı haklarını devralan üçüncü kimseler, bu durumu bilerek hareket ettiklerinden veyahut hukuki sebebin sonradan geçersiz olmasından mülkiyet hakkını kazanamamışlar mıdır³³⁸? Yargıtay bu durumda, üçüncü kişilerin iyiniyet

³³¹ Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. KOSTAKOĞLU, s.1099 vd.: "Kat Karşılığı Yapılan İnşaatın Bağımsız Bölüm Satın Alan Üçüncü Kişilerin Hakları".

³³² KOSTAKOĞLU, s.1112.

³³³ KOSTAKOĞLU, s.1109.

³³⁴ Y. 23.HD, E.2015/7018, K.2017/3714., T.13.12.2017 (KararTek): "Mahkemeye yapılan nitelendirmenin aksine Yargıtay'ın kararlılık kazanmış içtihatlarında da belirtildiği üzere yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat Sözleşmesi uyarınca ileride hak edilecek bağımsız bölümün devrini içeren hukuki işlemler alacağın temlik hükümlerine tabi olup, bunun için de, adi yazılı şekil geçerlilik açısından yeterlidir. Ancak davacının dava konusu bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması nedeniyle bu bağımsız bölümün tescilini talep edebilmesi için yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini yerine getirmesi gereklidir."; YAVUZ C., S.596; KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, s.509; KARADAŞ İzzet, Devir, s.218-220.

³³⁵ ÇELİK Hülya, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.42.

³³⁶ Alacağın devri hükümlerine göre bağımsız bölüm hakkını devralan üçüncü kişilerin arsa sahibine karşı talep ve dava hakkını da yükleniciden temlik işlemi ile almış olup olmadıkları, diğer bir deyişle üçüncü kişilerin yüklenicinin halefi konumuna gelip gelmedikleri de ayrı bir konudur. Ayrıca bkz. ÇELİK, s.53 vd.

³³⁷ Tescilin Olumlu Hükümüne dair bkz.: SİRMEN Lale, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019, s.202 vd.; KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, s.514-516.

³³⁸ SİRMEN, s.206-207.

kuralından faydalanamayacaklarını ifade etmiştir³³⁹. Gerekçede ise, üçüncü kişilerin kaba inşaatın bağımsız bölüm edinmeyi amaçladıkları sırada arsanın müteahhite ait olmadığını bildikleri; müteahhitin ediminin yerine getirmemesi halinde arsa payları ile bağımsız bölümlerde hakkının doğmayacağını bilmekte oldukları ifade edilmiştir. Dolayısı ile üçüncü kişiler arsa malikinin arsa paylarını yükleniciye geçirmeyeceği yahut iptal edebileceği riskini bilerek bağımsız bölüm edinmektedirler. Bu nedenlerle üçüncü kişilerin TMK m.1023'e göre iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı Yargıtay içtihatlarında yer almıştır³⁴⁰. Diğer bir görüşe göre, yükleniciye başta devredilen arsa paylarının inşaatı finanse etmesi için verilen "avans" niteliğinde olduğu, devir sebebinin ortadan kalkması ile bu payların arsa sahibi tarafından geri istenmesinin mümkün olduğu ve bu sebeple üçüncü kişilerin TMK m.1023'e korunamayacağı ifade edilmiştir³⁴¹. Yine aynı şekilde, yükleniciye arsa sahibi tarafından vekâlet verilmiş olması halinde de amacın finans kolaylığı sağlamak olduğu, bu sebeple arsa sahibinin vekili

³³⁹ Y. 23. HD, E.2013/7927, K.2014/1544, T.03.03.2014 (KararTek): "Dava, dava dışı yükleniciden haricen satın alınan ve davalılar murisi arsa sahibi adına kayıtlı daireye ilişkin tapu kaydının iptali ve tescil istemine ilişkindir... Diğer taraftan yüklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi BK.m 81'den yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz. Öncelikle yüklenicinin edimini (eseri meydana getirme ve teslim borcunu) sözleşme ve eklerine, tasdikli projesine, imara, fen ve tekniğine uygun biçimde yerine getirip getirmediğinin, açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. ... Oysa davacı üçüncü kişinin kaba İnşaat aşamasında bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Davacı üçüncü kişi, 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 bilincindedir. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmedeği 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 getirmedeğinden aynı Yasanın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı açık olup, bu nedenle davacı üçüncü kişinin, davalılar adına kayıtlı olan tapu paylarının iptali talebinin reddi gerekir. ... Dava dışı yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı imara, projesine uygun ve ruhsatlı olarak yapması, edimlerini yasal şekilde ve tam olarak yerine getirmesi zorunludur. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmedeği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları ve iyiniyetli kabul edilmeleri mümkün değildir."

³⁴⁰ KOSTAKOĞLU, s.1112.

³⁴¹ COŞKUN Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Durumu, Ankara 2010, s.132; KOSTAKOĞLU, s.1112.

olarak hareket eden yükleniciden pay satın alınmış olmasının durumu değiştirmeyeceği söylenebilir³⁴².

Öte yandan, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunamayacağı doğrultusunda verilmiş bir Yargıtay kararının muhalefet şerhi dikkate değerdir. Yükleniciden arsa hissesi veya bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin, TMK m.1023 gereğince tapu kaydına güvenerek edindiği kazanımın korunması gerektiği, zira tapu kaydının yüklenici adına olduğunu araştıran ve tespit eden üçüncü kişinin ancak “kötü niyetli olduğunun” ispat edilmesi halinde bu ilkeden vazgeçilebileceği ifade edilmiştir³⁴³. TMK m.3’de de “kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda aslolanın iyiniyetin varlığı” olduğu belirtilmiştir.

Esasen konu mülkiyet hakkının geçişini incelemek olmayıp “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ne göre inşa edilen yapının ayıplı olması sonucu sözleşmeden dönme

³⁴² COŞKUN, s.139.

³⁴³ Y. 23. HD., E.2016/1583, K.2017/1640, T.01.06.2017 (KararTek): “MUHALEFET ŞERHİ: Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispat etme yükü, iddia eden tarafa aittir. Ancak iyiniyetin olmadığını kanıtlamak zor olduğundan bunu iddia eden bazı fiili karinelere dayanarak yararlanabilir. Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldıktan sonra yüklenici henüz edimlerini yerine getirmeden; arsa sahibi, arsa veya kat irtifak tapularını veya bir kısmını yüklenici adına tescil ettirmekte ve yüklenici finans ihtiyacını karşılamak için devredilen bağımsız bölüm veya arsa hisselerini üçüncü kişilere satmaktadır. Arsa payı veya bağımsız bölümlerin satılmasından sonra yüklenici edimlerini yerine getirmediği için sözleşmenin geriye etkili feshedildiği bir realitedir. Yükleniciden arsa hissesi veya bağımsız bölüm satın alan iyi niyetli üçüncü kişinin TMK’nın 1023. maddesine istinaden “tapuya güven ilkesi” gereğince iktisabının korunması gerekir. Bu ilkeden ancak üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunun ispatlanması halinde vazgeçilebilir. Yüklenici adına yapılan tescil işlemi her halde “yolsuz tescil” kabul etmek, toplumda onarılmaz zararlara sebep olmakta ve adalet duygusuna zarar vermektedir. Yaptığı araştırmada tapu kaydının yüklenici adına olduğunu tespit eden birinin -aksi ispat edilmedikçe- iyi niyetli olmadığını söylemek mümkün olmadığı için “tapuya güven ilkesine” istinaden mülkiyet kazanımının korunması TMK’nın 1023. maddesi ve hakkaniyet gereğidir. Her Arsa Payı Karşılığı İnşaat sözleşmesine istinaden tapu intikali yapılan yükleniciden tamamen iyi niyetli olarak Arsa Payı veya bağımsız bölüm irtifak tapusu satın alanın bu iktisabını geçersiz saymak TMK’nın 1023. maddesi karşısında açıkça Kanuna aykırı davranmak olacaktır. Arsa sahibi iyi niyetli ve risk almak istemiyorsa; tapu devrinin, sözleşme nedeniyle yapıldığını tapunun beyanlar hanesine şerh vermek suretiyle üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını bertaraf edebilir. Tapu siciline basit bir şerh vermekten kaçınan Arsa sahibinin tamamen iyi niyetli üçüncü kişiler karşısında ve onların zararına sebep olacak şekilde korunması menfaatler dengesine aykırı olduğu gibi, taşınmaz hukukunun temeli olan “tapuya güven ilkesine” de açıkça aykırıdır. Davalılar uzun süreden beri satın aldıkları bağımsız bölümlerinde oturur vaziyettedir. Hal böyle olunca yukarıda izah edilen temel ilkeler gereğince tüm davalıların TMK’nın 1023. maddesi çerçevesinde “tapuya güven” ilkesinden yararlanmaları kanuni zorunluluktur. Bu nedenle asıl ve birleşen davada, davalılara yönelik tapu iptali tescil isteminin kabulüne yönelik yerel mahkeme kararının bozulması gerekirken MK’nın 1023. maddesi göz ardı edilerek kötüniyetli oldukları ispatlanmayan tüm davalıların iktisaplarının geçersiz sayılması sonucunu doğuran Sayın çoğunluğun kararına muhalifim.”.

hakkının kullanılması halinde yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin durumuna değinmektedir³⁴⁴.

Tapu kaydının açıklığı ve tapu kaydına güven ilkeleri doğrultusunda, arsa paylarının yükleniciye geçirilmiş olduğu bir durumda, tapu kaydına güvenerek yükleniciden bağımsız bölüm edinen üçüncü kişilerin tapu kaydının iptali riskini göze aldığını söylemek kamu düzenini de etkileyen hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Diğer yandan, arsa paylarının veya kat irtifakı paylarının yüklenici tarafından üçüncü kişilere devri sırasında yüklenicinin tasarruf işlemini etkileyen hukuki sebep (“arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nden kaynaklanan alacak) mevcuttur. Yani, üçüncü kişilerin payları devralması sırasında işlemi yolsuz hale getiren bir sebep yoktur. Üçüncü kişinin yüklenicinin bu andaki tasarruf yetkisini biliyor olması ve işleme güvenmesi gerekir. Üçüncü kişinin yüklenicinin kişisel bir borcu olduğunu bilmesi ve buna göre hareket etmesinin beklenmesi, “alacak hakkının nisbiliği” ilkesine terstir³⁴⁵. Hukuki işlem güvenliğinin korunması ve alışveriş hayatının işleyişinin etkileneceği göz önünde tutulmalıdır³⁴⁶. Ayrıca, yükleniciye devredilmiş; yüklenicinin de üçüncü kişilere devretmiş olduğu arsa paylarının iadesinin nasıl yapılacağı yahut neye dayanılarak isteneceği sorunu söz konusudur³⁴⁷. Bu durumda hakkaniyete uygun olan, arsa sahibinin yükleniciden uğradığı zararları tazmin etmesi; üçüncü kişinin ise mülkiyet hakkının etkilenmemesidir³⁴⁸.

Yapının sözleşmeye aykırı olması ve dönme hakkının kullanılması sonucu yıkılacak olması durumunda ise üçüncü kişilerin zararları için yükleniciye başvurmaları

³⁴⁴ Sözleşmenin haklı olarak arsa sahibince feshedilmesi durumunda inşaattan bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin haklarına dair ayrıntılı inceleme için bkz.: KOSTAKOĞLU, s.1111; Sözleşmenin feshinin geriye etkili veya ileriye etkili sonuç doğurması ayrı olarak incelenmelidir. bkz.: KOSTAKOĞLU, s.1111-1112.

³⁴⁵ COŞKUN, s.144; Tam tersi görüşte KOSTAKOĞLU, s.1112.

³⁴⁶ COŞKUN, s.144.

³⁴⁷ AYAN, s.274.

³⁴⁸ COŞKUN, s.146; AYAN, s.273.

yerinde olur. Üçüncü kişiler verdikleri bedelin iadesini ve diğer giderlerini isteyebilecekleri gibi sözleşme ilişkisinin bozulmasından dolayı uğradıkları zararların tazminini de isteyebilir.

§2. Bedelden İndirim İsteme

I. Genel Olarak

İnşa edilen yapıda mevcut ayıplar sebebiyle arsa sahibinin başvurabileceği seçimlik haklarından ikincisi, bedelden indirim hakkıdır. TBK m.475’de “*Eseri alıkoyup ayıp oranında indirim isteme.*” şeklinde düzenlenen bu hakka göre, eser alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim istenebilir. Buna göre arsa sahibi, yapı tamamlanıp teslim edildikten sonra yapıda bulunan ayıpların karşılığı olarak bedelden indirim isteyebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel unsuru olarak arsa payları veya arsa söz konusu olduğundan bedel indirimi olarak bunların tenzilinin anlaşılması gerekir³⁴⁹.

Bedelden indirim hakkı, “*yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracağı*” ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı haller ile aşırı bir masraf gerektirdiği için eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkının da kullanılamayacağı hallerde tercih edilebilir (TBK m.475). Bedelden indirim hakkının kullanılması için kanunda herhangi bir şart öngörülmemişse de, doktrinde hakkın kullanılması için iki özel şartın bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, eserde mevcut bir değer azalmasının meydana gelmiş olması, diğeri ise ayıba rağmen eserin değerini tamamen kaybetmemiş olmasıdır³⁵⁰. Eser ayıplı olmasına rağmen, değerinde hiçbir azalma olmasa dahi, örneğin sözleşmede kararlaştırılardan farklı renkte duvar boyasının kullanılmış

³⁴⁹ ŞİMŞEK, Ayşenur, “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu (TBK M.474–478)”, İnşaat Sözleşmeleri (Ed.ERKAN Umut Vehbi), Ankara 2021, s.185.

³⁵⁰ ŞENOCAK, Eser, s.58; ŞAHİNİZ, s.172.

olması gibi hallerde de, bedelden indirim hakkının kullanılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda dahi iş sahibinin menfaati bulunabileceğinden bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi gerekir³⁵¹. Ancak diğer bir görüşe göre, kararlaştırılardan farklı malzeme kullanılan veya farklı planda inşa edilen binada herhangi bir değer kaybı yok ise, malzemenin sökülüp değiştirilmesi ve binanın plana uydurulması “aşırı masraf”a yol açıyorsa, bu durumda hem bedel indirimi istenemeyeceği hem de ücretsiz onarım istenemeyeceği ifade edilmiştir³⁵².

Yapı mevcut ayıplar sebebiyle değerini tamamen kaybetmiş ve yapının arsa sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek ise sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi incelenmiştir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için kanunda aranan şartların mevcut olduğu bir halde, sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilmesi gibi, diğer bir seçimlik hak olan bedelden indirim hakkı da arsa sahibi tarafından kullanılabilir. Nitekim sözleşmeden dönme hakkının sözleşmeye en katı müdahale olduğu düşünüldüğünde arsa sahibinin seçimlik haklarından bedelden indirim hakkını kullanması, dönme hakkı ile kıyaslandığında yüklenicinin lehine bir seçim olacaktır.

Arsa sahibi, seçimlik haklarından biri olan bedel indirimi isteme hakkını “tek taraflı bir irade beyanı” ile kullanır. İrade beyanının karşı taraf olan yükleniciye ulaşması ile herhangi bir kabul beyanına ihtiyaç olmaksızın hak kullanılmış olur. İrade beyanının ne şekilde yapılacağı konusunda herhangi bir sınırlama da bulunmamaktadır. Arsa sahibi, bedel indirimi istediği, bedelden indirim talep ettiği şeklindeki irade beyanını sözlü, yazılı, posta, mail vb. yollar ile yükleniciye ulaştırarak kullanabilir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde de herhangi bir şekil şartının bulunmadığı ancak tarafların her ikisinin de tacir olduğu halde, TTK m.18 doğrultusunda sözleşmeden dönme

³⁵¹ Bkz. ŞAHİNİZ, s.173.

³⁵² ÖZ, s.208, dpn.89.

beyanının kanunda yer verilen şekillerden biri ile yapmasının gerektiği ifade edilmişti. TTK m.18’de “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin*” irade beyanlarının, devamında yer verilen şekilde yapılması gerektiği belirtilmiş; sözleşmede bedelden indirim istemeye ilişkin irade beyanlarının kullanılması noktasında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Böylece, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından farklı olarak; bedelden indirim hakkının tarafları tacir olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de şekil şartı aranmaksızın kullanılabileceği anlaşılr³⁵³. Öte yandan, bedelden indirim hakkının kullanılması da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı ve doğabilecek uyumsuzluklar göz önüne alınarak ispat kolaylığı açısından belirli şekil şartlarına tabi kılınabilir.

Bedelden indirim hakkı, “değiştirici yenilik doğuran bir hak” niteliğindedir³⁵⁴. Hakkın kullanılması, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça geri alınamaması sonucunu doğurur. Yani, arsa sahibi kanunda sayılan seçimlik haklarından birini kullanmakla bunu tüketir ve diğer seçimlik haklarını kullanamaz. Ancak tarafların anlaşması durumunda, hakkın kullanılmamış sayılması veya geri alınması mümkün olabilecektir³⁵⁵.

Bedelden indirim hakkının amacı, ayıplı ifa sonucu bozulan, eser ile bedel arasındaki değer eşitliğini tekrar kurmaktır³⁵⁶. Diğer bir deyiş ile değişen hal ve şartlar karşısında sözleşmenin muhafaza edilmesi, ayakta tutulması amaçtır. Mevcut ayıplar, eseri tamamen değersiz hale getiriyorsa veya aykırılıklar giderilemeyecek durumda ise bedelden indirim hakkının kullanılması, arsa sahibi açısından anlamsız olur³⁵⁷. Nitekim

³⁵³ YÜNLÜ, s.122.

³⁵⁴ ŞENOCAK, Eser, s.57.

³⁵⁵ ŞENOCAK, Eser, s.58.

³⁵⁶ Bkz. ŞENOCAK, Eser, s.57; ERMAN, s.148.

³⁵⁷ Y.23.HD., E.2015/10136, K.2017/3776, T.18.12.2017 (KararTek): “*binanın zemin katında projeye aykırı değişiklikler nedeniyle inşaatın arsa sahibince kullanılıp kullanılamayacağı, imara ve projeye uygun hale getirmenin mümkün olup olmadığı, inşaatın statüğünde projeye aykırılık bulunup bulunmadığı, bu şekilde bir aykırılık varsa güçlendirme ile giderilip giderilemeyeceği, güçlendirme bedelinin ne olduğu hususları üzerinde durularak, gerek proje, gerekse imara aykırılıklar giderilebilecekse bunların giderilme bedeli, statüğe aykırılık bulunması halinde güçlendirme bedeli yapı maliyetinden düşürülerek belirlenecek*

doktrinde, bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için eserin değerini tamamen kaybetmemiş olması gerektiği ifade edilmiştir. Eser, ayıplar sebebiyle kullanılamayacak veya kabule zorlanamayacak ise sözleşmeyi ayakta tutmak için bedelden indirim hakkının kullanılması anlamsız bir tercih olacak; indirilecek bedel, eserin tüm değerine eşit olacaktır. Böyle bir durumda bedelden indirim hakkı değil; sözleşmeden dönme hakkı kullanılır.

Bedelden indirim hakkı ile eserde meydana gelen kıymet noksanı oranında, ücretten indirim istenir³⁵⁸. Eserdeki kıymet noksanı kısaca, teslim edilen “eserin ayıplı halinin değeri ile ayıpsız olsaydı sahip olacağı değer” arasındaki farktır³⁵⁹. Kıymet noksanının belirlenmesinde eserin teslim anındaki ve yerindeki kıymeti ve rayiçler göz önünde tutulur. Teslimin hukuki önemi, yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğunun başlamasında da bedel indirimi için yapılacak hesaplamada da ortaya çıkmaktadır.

Genel olarak “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri”nde, yapıdaki ayıplar sebebiyle yapının değerini tamamen kaybetmesi güçtür; meğerki bozukluk binanın yıkılmasını gerektirecek nitelikte olsun³⁶⁰. Daha önce belirtildiği gibi, bedelden indirim isteme hakkı, sözleşmeden dönme hakkı için aranan özel şartlar yerine gelmediğinde veyahut dönme hakkı kullanılabilecek ise de bunun tercih edilmemesi sebebiyle kullanılabilir. Amaç, sözleşme edimleri arasındaki dengenin ayıplı ifa sebebiyle bozulmuş olması ve bu dengenin tekrar kurulmak istenmesidir. Bu doğrultuda, eser sözleşmesindeki ücret unsurunun yerini tutan arsa paylarından indirim söz konusu olacaktır. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin tercih edilen gerçekleştirilme şekillerine göre, arsa payları veya arsa sözleşme kurulduğu sırada yükleniciye

bedele hükmedilmesi, proje ve imara aykırılıklar veya statığe aykırılık giderilemeyecek mahiyette ise bu durumda yapılan inşaatın arsa sahipleri açısından maddi bir değeri olamayacağından davanın reddedilmesi gerekirken...”.

³⁵⁸ KOSTAKOĞLU, s.453.

³⁵⁹ ŞENOCAK, Eser, s.60.

³⁶⁰ ŞENOCAK, Eser, s.58; ERMAN, s.148; ŞAHİNİZ, s.172.

devredilmiş olabilir veya yüklenicinin edimi olan inşaatın (yapının) ilerleme ya da bitme durumuna göre vaad edilen arsa paylarının yükleniciye tescili gerçekleştirilir. Ayıplı bir ifanın varlığı halinde ise, baştan tescili gerçekleştirilmiş arsa paylarının iadesi istenir. Arsa sahibinin sözleşmeden doğan bir alacak hakkı doğar³⁶¹. İade talebinin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine değil; sözleşmeden kaynaklanan bir iade borcuna dayanacağı belirtilmiştir³⁶². Bu alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresi ise TBK m.147/b.6’da yer alan “*Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar*” hükmü doğrultusunda beş yıldır³⁶³. Zamanaşımının başlangıcı olarak, yüklenicinin bedelden indirim seçimlik hakkını kullandığını yükleniciye bildirdiği tarih esas alınır.

Bedelden indirim alacağı, tazminat alacağı değildir. Arsa sahibi bu alacağını müteahhide borcu ile takas edebilir, ödemekten kaçınabilir veya ifada bulunulmuş ise bunların iadesini isteyebilir³⁶⁴. Diğer bir deyişle yüklenici inşaatın ilerleme durumuna göre arsa paylarına hak kazanacak ise (hak ediş), ayıplı ifası sebebiyle hak kazanacağı arsa paylarında bir azalma olacaktır. Bu doğrultuda, ücret olarak kararlaştırılan bağımsız bölümlerden yüklenicinin payına düşecek olan bağımsız bölüm sayısında da azalma anlamına gelir³⁶⁵.

³⁶¹ ŞENOCAK, Eser, s.57; ÖZ, s.204.

³⁶² ŞENOCAK, Eser, s.57; ÖZ, s.204.; ŞAHİNİZ, s.176; ŞİMŞEK, s.184.

³⁶³ ŞAHİNİZ, s.176; Diğer bir görüşe göre, söz konusu alacak, zamanaşımı konusunda TBK m.478’e tabidir. Bkz. ŞENOCAK, Eser, s.227; ŞİMŞEK, s.184.

³⁶⁴ BÜYÜKAY, s.131.

³⁶⁵ Müteahhidin ücret talebinin, eserdeki kıymet noksanı ile daha düşük miktara ineceği belirtilmiştir. Bkz.ŞENOCAK, Eser, s.57-58; ŞİMŞEK, s.185.

II. İndirilecek Bedelin Hesaplanması

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ne göre inşa edilen yapının teslim anındaki değeri, ayıplar sebebiyle olması gerekene göre azalmıştır. Bunun üzerine arsa sahibi eserde meydana gelen kıymet noksanına göre bedel indirimi hakkını kullanabilir. Yapıda meydana gelen kıymet noksanının hesaplanması hakkın kullanılması için önem arz etmektedir; ancak kanunda bedel indiriminin hangi usul ve yöntemle yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada somut olay özelliklerine göre hesaplama için başvuru alan değişik yöntemler mevcuttur. Bunlar tazminat yöntemi (nesafet³⁶⁶ farkı), mutlak yöntem, nispi yöntem ve maliyete göre hesaplama yöntemi olarak sıralanabilir³⁶⁷.

Mahkeme kararlarında yer verilen ve bilirkişilerce de hazırlanan raporlarda başvuru alan yöntem, tazminat yöntemidir. Buna göre, eserde giderilebilecek ayıplar için gerekli masraflar hesaplanarak bu miktarda bedel indirimi yapılır. Ayıbın giderilmesi için gerekli “malzeme ve işçilik masrafları” ile diğer tüm masraflar göz önüne alınmakta ve bedel buna göre indirilmektedir³⁶⁸. Ayrıca eserin objektif değerinde bir azalma olmasa dahi ayıplı sayıldığı hallerde, örneğin karşılaştırıldan farklı renk boya kullanılması durumunda, ayıbın giderilmesi için indirilecek bedel hesaplaması bu yöntemle göre yapılacaktır³⁶⁹. Yani, ayıbın giderilmesi için gerekli masraflar (örneğin, boya, işçilik) esas alınarak hesaplama yapılır. Tazminat yönteminin niteliğinden anlaşılabileceği gibi, yapıdaki ayıpların giderilebilir olması gerektiği söylenmiştir. Ancak düzeltilmesi

³⁶⁶ Kavramın “nesafet” olarak kullanılması gerektiği; “nefis olma” anlamındaki “nefaset” kavramının kullanımının yanlış olduğu ifade edilmiştir. Bkz. BÜYÜKAY, s.132.

³⁶⁷ ÖZ, s.206.

³⁶⁸ ÖZ, s.206.

³⁶⁹ ŞAHİNİZ, s.173.

mümkün olmayan imalatlar için de nesafet farkının talep edildiği Yargıtay Kararlarında yer almıştır³⁷⁰.

Hesaplama yöntemleri arasında en az tercih edileni ise mutlak yöntemdir. Mutlak yönteme göre, yapının ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer ile ayıplı halinin değeri arasındaki fark bedelden indirilir. Örneğin, yapıdaki bozukluk sebebiyle 200.000 TL ancak değeri bulunan bağımsız bölüm, ayıpsız olsa idi 250.000 TL değerinde olacak idiyse, belirlenmiş olan 180.000 TL'lik bedelden 50.000 TL (250.000-200.000 TL) indirim yapılarak indirilmiş bedel 130.000 TL olarak hesaplanacaktır. Bu yöntem, eserin ayıplı ve ayıpsız değerini takdir etmedeki güçlük sebebiyle olsa gerek, tercih edilmemektedir.

Doktrinde hâkim olan görüş, inşaatta meydana gelen değer eksikliği oranında (nispi yöntem) bedel indiriminin hesaplanmasıdır³⁷¹. Değer eksikliği, sübjektif manada arsa sahibine göre değer düşmesini değil; piyasa şartlarına göre eserin değerindeki ticari azalmayı ifade eder³⁷². Yapının teslim anında ayıplı değeri ile ayıpsız olsaydı sahip olacağı değerın oranlanması sonucu elde edilen oran, sözleşmede belirlenen ücrete uygulanır ve böylece indirilmiş bedel hesaplanır. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde bedel indiriminin arsa paylarının veya bağımsız bölümlerin paylaşım oranına uygulanacağı söylenebilir. Ancak arsa sahibi tarafından bedelden indirim hakkının kullanılması ile arsa paylarından mı indirim yapılacağı yoksa arsa sahibinin

³⁷⁰ Y. 23.HD., E.2015/8932, K.2017/3277, T.16.11.2017 (KararTek): “Davacı vekili, taraflar arasında ... Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ve aynı tarihli protokol düzenlendiğini, davalı yüklenicinin ... sayılı taahhütname ile de müvekkillerine kalacak dairelerin seramiklerini sökerek Seramiksan marka 1. sınıf seramikle değiştirmeyi, ayrıca Brage marka kapıları ve mutfak dolaplarını yaptırmayı taahhüt etmesine rağmen teknik şartnameye aykırı imalatlar yapıldığını, eksik ve ayıplı imalatların düzeltilmediğini, bu nedenle daireleri teslim almadıklarını ileri sürerek, taahhütname ile yüklenilen imalatların davacı tarafından aynen ifası ile eksik ve ayıplı imalatların düzeltilmesine, bu aşamada düzeltilmesi mümkün olmayan imalatlar için Nefaset Farkı talep hakkının saklı tutulmasına, mahkemece tespit edilecek eksik ve ayıpların giderilmesine karar verilmesi halinde giderilme bedeli belirlenerek yükleniciye kalacak bir veya iki dairenin satış yetkisinin müvekkiline verilerek eksik ve ayıpların bu bedel ile giderilmesine karar verilmesini istemiştir.”

³⁷¹ KOCAAĞA, İnşaat, s.163; Bedelden indirilecek tutarın hesaplanması için bkz. ÖZ, s.206-207; ŞAHİNİZ, s.177-184; ARAL/AYRANCI, s.381.

³⁷² ŞENOCAK, Eser, s.59; ŞAHİNİZ, s.173; KOCAAĞA, İnşaat, s.163; ARAL/AYRANCI, s.381.

değer düşüklüğünü para olarak mı talep edebileceği hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür³⁷³. Bize de isabetli gelen, bedel borcunu arsa payları teşkil ettiğinden, değer düşüklüğü oranında yükleniciye bırakılacak arsa payları ve bağımsız bölüm sayısında indirim yapılması şeklinde hakkın kullanılmasıdır³⁷⁴. Örneğin, sekiz daireden üçünün yükleniciye bırakılmasının kararlaştırıldığı bir halde, yapıda mevcut ayıplar sebebiyle değer düşüklüğü sonucu yeni durumda ancak iki dairenin yükleniciye bırakılması gerekebilir. Bu durumda, yükleniciye devredilecek bağımsız bölümlerin parasal değeri üzerine kıymet noksanı oranının uygulanması ve indirilmiş bedelin kaç bağımsız bölüme tekabül ettiğinin hesaplanması ile bedelden indirim hakkı kullanılır. Örneğin, yüklenicinin hak kazanacağı dairelerin parasal olarak değeri 500.000 TL iken, eserde mevcut ayıplar sebebiyle kıymet noksanı oranı %20 ise bu oranın uygulanması ile 500.000 TL'den 100.000 TL indirim yapılarak yüklenicinin hak kazanacağı değer 400.000 TL olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu örnekte, dairelerin her biri 100.000 TL değerinde ise bedel indirimi sonucu yüklenicinin 5 daireden 4'üne hak kazanacağı sonucuna rahatlıkla ulaşılabilir. Değer eksikliğinin çoğu zaman olduğu gibi tam bir veya birkaç bölümün değerine denk gelmediği hallerde ise bağımsız bölümlerde arsa sahibi ile yüklenicinin paydaş olması durumu gündeme gelebilir. Yukarıda hesaplama yapılan örnek üzerinden devam edilirse, dairelerin her biri 250.000 TL değerinde ise, yüklenici 2 daireden birine tam olarak hak kazanacak iken, diğer dairede 150.000 TL'lik bir hisse sahibi olması gibi bir durum meydana gelebilir. Bu durumda, söz konusu daire üstünde arsa sahibi ile yüklenicinin paydaş olması mümkündür³⁷⁵. Yahut yüklenicinin bağımsız

³⁷³ ERMAN, s.149-150. Değer düşüklüğünün para olarak talep edilebileceği görüşünün yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Bedel borcunu arsa payı/payları teşkil ettiğinden, arsa paylarının indirilmesi söz konusu olacaktır. Bkz. ERMAN, s.149; ŞAHİNİZ, s.174-175; ERKAN, s.185.

³⁷⁴ ŞAHİNİZ, s.174.

³⁷⁵ Ancak böyle bir durumda, zaten ayıplı ifa sebebiyle araları bozuk olan yüklenici ile arsa sahibinin bir takım sorunlar yaşayabileceği göz önünde tutularak bir bağımsız bölümde ortak yapılmamasına dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ŞAHİNİZ, s.175.

bölümlerin değerini aşan kısımlar için arsa sahibine para ödemesi de mümkündür³⁷⁶. Yani, kendisine devredilmesi beklenen dairelerin kendisinde kalması ancak bedel indirimi sonucu aşkın kısmı para olarak iade etmesi de mümkündür.

Maliyete göre hesaplama yöntemi ise, tazminat yöntemi ile nispi yöntemin karması olarak nitelendirilmiştir. Bu yöntemde göre, inşaatın yapılması için tüm maliyet (malzeme, işçilik) hesaplanmakta; inşaatteki ayıbın giderilmesi için gereken masraf ile oranlanmakta ve elde edilen orana göre bedel indirilmektedir³⁷⁷. Örneğin sözleşmede bedel olarak 300.000 TL belirlenmiş olup; eserin meydana getirilmesi için 200.000 TL harcanmış ve ayıbın giderilmesi için ise 100.000 TL masraf yapılması gerekli ise; $200.000/100.000 = 1/2$ oranında sözleşmedeki bedel indirilerek $300.000 * 1/2 = 150.000$ TL olarak indirilmiş bedele ulaşılır.

Bedel indirimini hesaplamak için kullanılan yöntemlerden nispi yöntemin, taraf menfaatlerini daha iyi dengelediği söylenebilir. Zira bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması ile sözleşme edimleri arasında bozulan dengenin kurulması amaçlanmaktadır. Sonuç olarak nispi yöntemde, “ayıplı yapının değeri ile ayıpsız olsaydı sahip olacağı değer” birbirine oranlanarak, bu orana göre bedel indirimi tutarı hesaplanmaktadır.

§3. Ücretsiz Onarım İsteme

I. Genel Olarak

Ayıplı inşa edilen yapının teslimi sonucu arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklardan sonuncusu ücretsiz onarım hakkıdır. Arsa sahibi kanunda sayılan dönme hakkı

³⁷⁶ ŞAHİNİZ, s.174-176; ÖZ, s.205.

³⁷⁷ ÖZ, s.206-207; ŞAHİNİZ, s.181.

ile bedelden indirim isteme hakkını şartları oluşmadığı için kullanamadığı veya kullanmayı tercih etmediği hallerde ücretsiz onarım hakkını kullanabilir. Ayrıca diğer seçimlik hakların kullanılması ile istenebilecek olan tazminat, ücretsiz onarım hakkının kullanılması ile de istenebilir. Yine diğer seçimlik hakların kullanılmasında olduğu gibi, ücretsiz onarımın istenmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmemektedir.

Arsa sahibi, *“aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere”*, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkına sahiptir. TBK m.475’de *“Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.”* şeklinde ifade edilmiş olan ücretsiz onarım isteme hakkı, *“aşırı masrafı gerektirmeme şartı”*na bağlanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nu m.360’da ise *“eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise müteahhidi tamire mecbur edebilir”* şeklinde onarım hakkı düzenlenmişti. Ancak metindeki düzenlemeden de görüleceği üzere, ücretsiz onarım hakkının kullanılması durumunda onarıma ilişkin masraflara kimin katlanacağı 6098 sayılı kanundaki düzenleme gibi açık değildir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.475’de *“bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere”* denilerek bu husus kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir.

Kanunda yer verilen *“seçimlik haklar”*ın *“yenilik doğurucu haklar”* olduğu kabul edilmektedir. Nitekim arsa sahibinin sahip olduğu son seçimlik hak olan ücretsiz onarım hakkının da yenilik doğurucu bir hak olduğu söylenebilir. Ücretsiz onarım isteme hakkının, diğer seçimlik haklar gibi *“yenilik doğurucu haklar”*dan olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir³⁷⁸. Diğer bir görüş ise, ücretsiz onarım hakkı, *“yenilik doğuran bir hak”* olmayıp bir alacak hakkıdır³⁷⁹. Yüklenicinin zaten *“ayıpsız ifa borcu”* olduğu için,

³⁷⁸ ŞENOCAK, Eser, s.38; ŞAHİNİZ, s.189.

³⁷⁹ ÖZ, s.208; Bu hakkın edimin ifasına yönelik bir alacak hakkı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s.765.

“onarım talebi” de buna ilişkin bir özel hüküm olup bu hakkın seçilmesinin diğer seçimlik hakları kesin olarak düşürmeyeceği ifade edilmiştir³⁸⁰. Diğer bir deyişle yüklenicinin zaten ayıpsız bir yapı meydana getirme borcu olduğu için yapıdaki ayıpların giderilmesi isteminin yüklenicinin asli ediminin yerine getirilmesi yönünde bir talep olduğu söylenmektedir. Talebe rağmen, yüklenicinin onarımı yapmayacağı anlaşılıyorsa arsa sahibi diğer seçimlik haklarından birini kullanabilir³⁸¹.

Ücretsiz onarım hakkının kullanılması da tek taraflı bir irade beyanı ile olur. Arsa sahibi, yükleniciye ulaşması gerekli bir irade beyanı ile seçimlik haklarından hangisini kullanmak istediğini bildirir. Bu irade beyanı ile seçimlik hakkını kullanmış olur ve diğer seçimlik haklarını kullanması artık mümkün değildir; meğerki aksi kararlaştırılmış olsun. Ücretsiz onarım hakkının kullanılmasına ilişkin irade beyanının yükleniciye ulaşması sonrasında onarıma başlama ve onarım için makul bir sürenin de gerekeceği göz önünde tutularak yükleniciye zaman tanınır³⁸². Yüklenici uygun zamanda onarıma başlayarak bozukluğu giderirken başka yerlerin tahribine yol açmaktan kaçınmalı, böyle bir duruma yol açmış ise onarım borcu çerçevesinde bunları da düzeltmelidir³⁸³. Örneğin tesisat ile ilgili bir onarım yapılmışsa, kırılan fayanslar veya duvarlar, onarım borcu kapsamında eski haline getirilmelidir.

³⁸⁰ ÖZ, s.208.

³⁸¹ ŞENOCAK, Eser, s.39; ERMAN, s.154; ÖZ, s.209.

³⁸² GÜMÜŞ, s.68.

³⁸³ ÖZ, s.208; ŞİMŞEK, s.188.

II. Ücretsiz Onarımın Şartları

A. Ayıbın Giderilmesinin “Objektif Olarak Mümkün Olması”

Arsa sahibinin ücretsiz onarım hakkını kullanabilmesi için iki şart aranmaktadır. Bunlardan birincisi, yapının onarılabilir durumda olmasıdır. Yani yapıda mevcut ayıplar, onarım ile giderilebilir mahiyette olmalıdır. Diğer bir deyişle, inşaatın onarımının objektif olarak mümkün olması gerekmektedir³⁸⁴. Onarımın mümkün olması şartı, kanundaki düzenlemenin lafzından olmasa da ruhundan anlaşılabilir³⁸⁵. Genellikle uygulamada ayıbın giderilmesinin tamamen mümkün olmadığı hallere pek rastlanmayacağı ifade edilmiştir³⁸⁶. Eserdeki ayıbın kısmen giderilmesinin mümkün olduğu haller ise söz konusu olabilir. Kısmi imkânsızlık hallerinde, eser tam manasıyla sözleşmeye uygun hale getirilemese de onarım sonrasında sözleşmeye daha uygun hale gelmektedir. Bu tür durumlarda, arsa sahibi ücretsiz onarımın yanında ücretten indirim isteyebilir yahut bu iki hakkını “kümülatif olarak kullanmak” yerine sözleşmeden dönme veya tek olarak ücretten indirim hakkını kullanmak isteyebilir³⁸⁷. Örneğin, inşa edilen yapıda mimari proje ile uyumsuzluklar sebebiyle giderilebilen ayıplar ve giderilemeyen cinsten ayıplar bir arada bulunabilir. Bu durumda mimari projeye uygun hale getirilebilecek olan örneğin kapı, pencere genişliklerinin uyumsuz olması gibi ayıplar onarım ile giderilebilir ise de yapıda kararlaştırılardan daha az demir, beton, malzeme kullanılmış olması durumunda buna karşılık yüklenicinin arsa paylarından indirime gidilmesi veya para iadesini alınması gündeme gelebilir.

³⁸⁴ ŞENOCAK, Eser, s.37; ERMAN, s.152; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.765; KOCAAGA, İnşaat, s.164.

³⁸⁵ ŞENOCAK, Eser, s.148; GÜMÜŞ, s.67.

³⁸⁶ ŞENOCAK, Eser, 148.

³⁸⁷ ŞENOCAK, Eser, 149.

B. Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Masrafı Gerektirmemesi

Ücretsiz onarım hakkının kullanılması için aranan şartlardan ikincisi ise; ayıpların giderilmesi için gerekli onarımın aşırı masrafı gerektirmemesi şartıdır. Bu şart, kanundaki düzenlemede “*aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde*” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Onarımın aşırı masrafı gerektirip gerektirmediğinin tayini konusu önemlidir. Kısaca arsa sahibinin “onarım ile elde edeceği yarar” ile yüklenicinin “onarım masrafları” arasında açık bir dengesizlik mevcut ise, onarımın “aşırı masraf”ı gerektirdiği kabul edilir³⁸⁸. Başka bir deyişle, elde edilecek yarar ile yapılacak masraf arasında *açık bir oransızlık* varsa, aşırılık şartının gerçekleştiği kabul edilir³⁸⁹. Somut olayda hal ve şartlara göre makul kabul edilemeyecek masraflar aşırı sayılabilir. Bu durumda, arsa sahibi ücretsiz onarım hakkı ile ayıbın giderilmesini istemiş olsa bile yüklenici ayıbı gidermekten kaçınabilir. Uyuşmazlığın mahkemede çözülmesi gündeme geldiğinde ise, hâkim TMK m.4’e göre takdir hakkını kullanarak oransızlığın aşırı olup olmadığına karar verebilir.

Doktrinde onarım masraflarının aşırı olarak kabul edilmesi için oransızlığın fahiş olmasının gerekmediği ifade edilmiştir³⁹⁰. Ayıbın giderilmesi için gerekli masraf, yüklenici ayıpsız bir eser meydana getirecek olsaydı üstleneceği masraf tutarını aşmıyorsa veya eserdeki kıymet noksanını aşmıyorsa, aşırı olarak kabul edilmez. Masrafların eserdeki değer noksanını aştığı ancak, ayıplar sebebiyle eserin kullanım elverişliliği ortadan kalkmış yahut ayıplı haliyle eserin arsa sahibinin ve üçüncü kişilerin mal ve can güvenliği için tehlike oluşturuyor olduğu durumda ise masrafların aşırı olduğu itirazı ileri sürülemez. Yani böyle bir durumda yüklenici, ücretsiz onarım talebini aşırılık şartı gerekçesiyle reddedemez. Ayrıca yüklenici eserde belli bir özelliğin (niteliğin)

³⁸⁸ ERMAN, s.153; ÖZ, s.207.

³⁸⁹ ŞENOCAK, Eser, s.149; ŞAHİNİZ, s.191.

³⁹⁰ ŞENOCAK, Eser, s.150; GÜMÜŞ, s.68; ŞAHİNİZ, s.191.

bulunacağını taahhüt etmiş veya açıkça garanti etmiş ise bu durumda da ayıbın giderilmesi için masrafların aşırı olmaması şartı aranmaz³⁹¹.

Aybın giderilmesi için gerekli masrafların belirlenmesinde, yapılacak esas işlemin veya işin masrafları yanında, bu işin yapılması öncesinde gerekli hazırlık faaliyetleri ile işin yapılması sonrası eski hale getirme masraflarının da göz önünde tutulması gerekir³⁹². Örneğin, ısıtma sistemi ayıplı olan bir dairede ücretsiz onarım doğrultusunda değişmesi gerekli kombi tesisatı ise, yeni bir kombi masrafı yanında kombinin değişimi için yapılan işlemler, boruların değişmesi, fayansların kırılması ve yeni fayansların yapılması masraflarının da hesaplanması gerekir³⁹³. Ayrıca muhtemel masraflar hesaplanırken arsa sahibinin elde edeceği maddi yararların yanında maddi olmayan yararlar da hesaba katılır³⁹⁴. Maddi yararlar, eserin kullanım amacını, ekonomik değerini etkileyen ayıpların giderilmesi ile eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi ile elde edilecek yararlardır. Örneğin, bağımsız bölümlerin büyüklüğü, dış cephe mantolamada kullanılan malzemelerin kalitesi maddi yararlar bakımından göz önüne alınır³⁹⁵. Maddi olmayan yararlar ise, eserin değerini objektif olarak etkilemeyen, bu durumda sözleşmeden dönme ve ücretten indirim hakkının kullanılmadığı ancak giderilmesinde iş sahibinin menfaati bulunan ayıplarda söz konusudur. Örneğin, bina dış cephesinin yahut bağımsız bölümlerin farklı renk tonunda boyanması durumlarında, ayıpların giderilmesinde maddi nitelik taşımayan yarar söz konusudur³⁹⁶. Ancak doktrinde diğer bir görüşe göre, sözleşmede kararlaştırılandan farklı malzeme kullanılan veya farklı planda inşa edilen binada herhangi bir değer kaybının da olmadığı durumda, malzemenin sökülüp değiştirilmesi ve binanın plana uydurulması “aşırı masraf”a yol

³⁹¹ ŞAHİNİZ, s.192.

³⁹² ŞAHİNİZ, s.192.

³⁹³ ŞİMŞEK, s.187.

³⁹⁴ ŞENOCAK, Eser, s.151.

³⁹⁵ ŞENOCAK, Eser, s.151.

³⁹⁶ ŞENOCAK, Eser, s.151-152.

açıyorsa, hem bedel indirimi istenemeyeceği hem de ücretsiz onarım istenemeyeceği ifade edilmiştir³⁹⁷. Yapıda kabul edilemeyecek derecede ayıp da bulunmadığından sözleşmeden de dönülemeyecektir. Bu durumda, çözüm olarak arsa sahibinin beklentisinin boşa çıkması sebebiyle uğradığı “*hayal kırıklığı ve mutsuzluk*” yaptırım gerektirecek ölçüde ise, yapının kullanım memnuniyetindeki azalma zarar sayılarak tazminata hükmedilebilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁹⁸.

Yüklenicinin ekonomik olarak zor durumda bulunması, onarım istenmesine engel değildir³⁹⁹. Ücretsiz onarım hakkının kullanılması sonucu yüklenici onarımın aşırı masraf gerektirdiği itirazında bulunabilir. Ancak, onarımın aşırı masraf gerektirdiğini ispat etme yükü yükleniciye aittir⁴⁰⁰. Ücretsiz onarım süresince bağımsız bölümün kullanılmaması sebebiyle uğranılan kira geliri kaybı da yüklenicinin kusurlu olması halinde istenebilir⁴⁰¹.

III. Sonuçları

Onarım hakkının kullanılması, “tek taraflı bir irade beyanı” ile olur. Bu hakkın kullanılması ile yüklenicinin ayıbın giderilmesine ilişkin borcu doğar. Bu borç hakkında, eser sözleşmesinin özel hükümlerine girmediği ölçüde, borçların ifasına ve ifa edilmemesine dair TBK genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir⁴⁰².

Ücretsiz onarım yapılması sonucu arsa sahibi, başta kendisine ayıpsız bir ifa yapılmış olsaydı ne durumda olacaksa, onarım sonrası o durumdan ne daha iyi ne de daha kötü durumda olmalıdır⁴⁰³. Dolayısıyla yüklenici, eser sözleşmeye nasıl uygun hale getirilecek ise o doğrultuda çalışmalar yapacaktır. Arsa sahibinin bu noktada,

³⁹⁷ ÖZ, s.208, dpn.89.

³⁹⁸ ÖZ, s.208, dpn.89.

³⁹⁹ KOCAAĞA, İnşaat, s.164.

⁴⁰⁰ ŞENOCAK, Eser, s.154; ŞAHİNİZ, s.192.

⁴⁰¹ ÖZ, s.210; YÜNLÜ, s.133.

⁴⁰² ŞENOCAK, Eser, s.155; ŞAHİNİZ, s.193.

⁴⁰³ ŞENOCAK, Eser, s.156.

sözleşmeden sapma anlamına gelebilecek değişiklikler, örneğin kararlaştırıldan daha farklı ve pahalı bir malzeme isteme hakkı yoktur. Yüklenici ise onarım masrafları doğrultusunda eserin tesliminden sonra meydana gelen rizikoları örneğin ekonomik sıkıntılara bağlı olarak meydana gelen masraf artış rizikosunu da taşır⁴⁰⁴. Ayıbın giderilmesi için yürütülecek çalışmaların, tür, kapsam ve yönteminin belirlenmesi kural olarak yüklenicinin inisiyatifindedir⁴⁰⁵.

İnşaatin ayıplı olarak onarılması durumunda ise, arsa sahibi yine gözden geçirme ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi halinde TBK m.475'te yer verilen seçimlik haklarına sahip olur⁴⁰⁶.

A. Yüklenicinin Onarımdaki Temerrüdü

Arsa sahibinin onarım talebi sonucu yüklenici derhal, bir görüşe göre ilk uygun zamanda onarıma başlamalıdır⁴⁰⁷. Onarım çalışmalarının normal bir yükleniciden beklenecek süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekir. Onarım talebi kendisine ulaşan yüklenici haklı gerekçelerle buna karşı çıkmaz ve makul süre içerisinde ayıpları gidermez ise arsa sahibinin ihtar ile temerrüde düşer⁴⁰⁸. Yükleniciye tanınan açık bir süre var ise, bu sürede onarım gerçekleştirilmez ve buna yönelik bir çalışma yapılmazsa yüklenici arsa sahibinin ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşer⁴⁰⁹. Bu durumda arsa sahibi TBK m.125⁴¹⁰ gereğince, aynen ifayı ve gecikme tazminatını isteyebilir veya bundan

⁴⁰⁴ ŞENOCAK, Eser, s.156; ŞAHİNİZ, s.184.

⁴⁰⁵ ŞAHİNİZ, s.184.

⁴⁰⁶ KOCAAĞA, İnşaat, s.165.

⁴⁰⁷ Bkz. ÖZ, s.209; KOCAAĞA, İnşaat, s.165; ARAL/AYRANCI, s.383.

⁴⁰⁸ ARAL/AYRANCI, s.383; YÜNLÜ, s.139; ŞİMŞEK, s.187.

⁴⁰⁹ ARAL/AYRANCI, s.383; ŞİMŞEK, s.187.

⁴¹⁰ Bkz. TBK md.125: “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.

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

vazgeçtiğini derhal bildirerek şartları varsa sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir, zararlarının tazminini isteyebilir⁴¹¹. Ayrıca yüklenicinin, onarımı hiç veya gereği gibi veya süresinde yapmayacağı anlaşılıyorsa arsa sahibi, herhangi bir süreyi beklemezsizin diğer haklarını kullanabilir. Arsa sahibinin “onarım talebi” ile birlikte, ayıp giderilmezse hangi hakkını kullanacağını belirten bir ifade, örneğin “ayıp giderilmezse, sözleşmeden döneceğim” gibi, kullanılmış olabilir. Bu durumda, onarım yapılmadığında başka bildirim ihtiyacı olmaksızın ifade edilen bu alternatif hak kullanılabilir⁴¹². Seçimlik hakların kullanılması için yine kanunda aranan şartların yerine gelmiş olup olmadığı kontrol edilmelidir.

B. Arsa Sahibinin M.473/2 Hükümünü Kullanması

TBK m.475’te düzenlenen seçimlik hakların arsa sahibi tarafından kullanılabilmesi için ayıplı bir ifanın yapılmış olması gerektiğinden ve yüklenicinin sorumluluğuna gitmek için aranan şartlardan önceki bölümde bahsedilmiştir. Buna göre, yüklenicinin ayıplı ifası karşısında arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanılabilmesi için öncelikle yapının teslim edilmiş olması gerekmektedir. Yapı henüz bitirilmemiş ve teslim edilmemiş iken ayıplı bir ifadan bahsedilmez. Bu durumda, henüz inşaat devam ederken yapının, “ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak” meydana getirileceği anlaşılıyorsa arsa sahibi kanunda m.473/2’de düzenlenen hakkına başvurabilir.

TBK m.473/2’ye göre arsa sahibinin başvurabileceği diğer bir yol kanunda şöyle ifade edilmiştir; “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi*

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.”

⁴¹¹ARAL/AYRANCI, s.383; GÜMÜŞ, s.68; ŞİMŞEK, s.188.

⁴¹²ÖZ, s.209.

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 ihtar da bulunabilir.”.

Böylece, arsa sahibine yapının tamamlanmasını beklemeden işe müdahale etme ve önlem alma imkânı sağlanmıştır⁴¹³. Eski BK. m. 358/II’de ise, “*imal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebiyle ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını kat’iyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği hâlde hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalâta devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir*” şeklinde bu hakka yer verilmiştir. Böylece arsa sahibine yapının tesliminden önce bazı hukuki imkânlar tanınmış olmaktadır⁴¹⁴.

Arsa sahibi tarafından m.473/2 hükmünün kullanılması belli şartlara bağlanmıştır. İlk olarak, eserin ayıplı şekilde inşa edileceği önceden kesin şekilde tahmin edilebilmelidir⁴¹⁵. Yüklenici tarafından kötü veya eksik malzeme kullanılması durumunda inşaatın ayıplı olarak meydana getirileceği önceden anlaşılabilir. Örneğin, gerekenden az miktarda demir veya çimento kullanılması halinde yapının sağlamlığı konusunda kesin olarak şüpheye düşülebilir. İkinci olarak ise, yapının henüz tamamlanmamış olması gerekir. Arsa sahibi yapının ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak tamamlanacağını işin devamı sırasında tahmin etmelidir⁴¹⁶. Bundan sonra ise, inşaatta meydana geleceği öngörülen ayıplar ve sözleşmeye aykırılıklar, yüklenicinin kusurlu davranışları sebebiyle ortaya çıkmalıdır; yani yükleniciye isnat edilebilmelidir⁴¹⁷.

⁴¹³ ŞENOCAK, Eser, s.31; YÜNLÜ, s.142.

⁴¹⁴ KOCAAĞA, Ayıp, s.180.

⁴¹⁵ KOCAAĞA, Ayıp, s.181-182.

⁴¹⁶ KOCAAĞA, Ayıp, s.183.

⁴¹⁷ ŞENOCAK, Eser, s.200.

İnşaatın, yükleniciye isnat edilebilecek sebeplerle ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak tamamlanacağı öngörüldüğünde arsa sahibi öncelikle bu durumu yükleniciye bildirmeli, ayıp veya aykırılıkların giderilmesini istemelidir. Bunların giderimi için yükleniciye makul bir süre tanınmalıdır. Ayrıca tanınan süre içerisinde bunların giderilmemesi halinde tüm hasar ve masrafların yükleniciye ait olarak işin başkasına yaptırılacağı ihtar edilmelidir⁴¹⁸. İşin başkasına yaptırılması için kural olarak hâkimden izin alınması gerekmediği belirtilmiştir⁴¹⁹. Diğer yandan, taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmamışsa, kural olarak TBK m.113/1 gereği hakimden izin alınması gerektiği de ifade edilmiştir⁴²⁰. Ancak, bizce de, TBK m.473/2'ye dayanan yüklenici, TBK m.113'den farklı olarak hakimden izin almaya gerek olmaksızın işi başkasına yaptırabilir⁴²¹. Zira kanun koyucunun, TBK m.113 varken iş sahibini ayrıca TBK m.473/2 ile korumak ve hakim iznine gerek olmaksızın işi başkasına yaptırabilme imkanını sağlaması, eser sözleşmesinin yapısından kaynaklanmaktadır⁴²². Gerçekten de, yapının kusurlu ve ayıplı yapılması, işe bu şekilde devam edilmesi halinde daha büyük problemlerin ortaya çıkabilecek olmasına, daha önce yapılmış işin bozulmasına, süregelen işlerin aksamasına yol açabilecektir⁴²³. Tüm bu nedenlerle TBK m.473/2 hükmü ile iş sahibinin zarar katlanmadan hakim iznine gerek olmaksızın eserin yapımına müdahale etme imkanı getirdiğini söylemek mümkündür⁴²⁴.

Arsa sahibi TBK m.473/2 hükmündeki imkanı kullanarak “*işin bir kısmını veya tamamını*” “*masraflı yükleniciye masrafları ait olmak üzere*” başkasına yaptırabilir.

⁴¹⁸ ŞENOCAK, Eser, s.189.

⁴¹⁹ ŞENOCAK, Eser, s.191; KOCAĞA, İnşaat, s.164-165; GÜNDOĞDU Fatih, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m.473 f.2), 1.Baskı, İstanbul 2019, s.142.

⁴²⁰ BÜYÜKAY, s.129; ŞİMŞEK, s.188.

⁴²¹ GÜNDOĞDU, s.142.

⁴²² GÜNDOĞDU, s.145. Ayrıntılı açıklamalar için bkz.: GÜNDOĞDU, s.142 vd.

⁴²³ GÜNDOĞDU, s.145. Örneğin, elektrik veya su tesisatının tamiri için inşaat duvarlarına yapılmış sıvanın bozulması, döşenmiş fayansların kırılması gerekmesi gibi, yapıdaki ayıbın giderilmesi başka zararlara da yol açması sebepleriyle aciliyet arz etmektedir. GÜNDOĞDU, s.145.

⁴²⁴ GÜNDOĞDU, s.145.

Böylece, işin kendisine tevdi edildiği üçüncü kimse ile “*hasar ve masrafların yükleniciye ait olduğu*” yeni bir eser sözleşmesinin kurulduğu görülür. Böylece, ikinci yüklenicinin ifası, ilk yüklenicinin ifasını oluşturmaktadır⁴²⁵. Yüklenici için belirlenen bedel, ona ödenecek ücret, işin başkasına yaptırılmasından etkilenmeyecektir⁴²⁶.

§4. Tazminat

Yüklenicinin ayıplı ifası sonucu arsa sahibi tarafından TBK m.475’te sayılan seçimlik haklar kullanılabilir. Bunun yanında aynı maddede “*İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.*” denilerek ayrı bir hüküm olarak tazminat hakkı düzenlenmiştir. TBK m.475’te eski BK’dan⁴²⁷ farklı olarak tazminat talebi, seçimlik hakların tamamlayıcısı olarak değil; ayrı bir fıkra olarak ve seçimlik hakların her biri ile veya ayrı olarak istenebilecek şekilde düzenlenmiştir⁴²⁸. Böylece arsa sahibi TBK m.475’teki düzenleme ile ister seçimlik haklarından biri ile ister seçimlik haklarını kullanmadan zararları için “genel hükümler”e göre (TBK m.112) tazminat talep edebilir⁴²⁹.

Arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanması için yüklenicinin kusuru gerekmemektedir. Ancak seçimlik haklardan biri ile veya tek olarak tazminat istemi için yüklenicinin kusurlu olması gerekir⁴³⁰. Yüklenicinin tazminat sorumluluğu genel

⁴²⁵ GÜNDOĞDU, s.261.

⁴²⁶ GÜNDOĞDU, s.262.

⁴²⁷ Bkz. Eski BK m.360: “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.*”

İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir. Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar.”.

⁴²⁸ DUMAN, s.888.

⁴²⁹ ÖZ, s.218.

⁴³⁰ ERMAN, s.158.

hükümlere göre (TBK m.112) belirlendiğinden, bu sorumluluk kusur sorumluluğu olarak nitelendirilebilir⁴³¹. Buna göre, yapıyı inşa ederken göstermesi gereken özen ve dikkati göstermeyen, sözleşmeye aykırı şekilde ihmali veya icrai davranışlarda bulunan yüklenici yapının ayıplı hale gelmesinde kusurlu sayılır. Tazminat talebinde bulunan arsa sahibi yüklenicinin kusurunu ispat yükü altında olmayıp, yüklenici kusursuz olduğunu ispat etmelidir⁴³². Kusurlu yüklenici, sözleşmeden dönme, bedelden indirim veya ücretsiz onarım yaptırımlarından biri ile karşılaşmanın yanında kusuru sebebiyle ortaya çıkmasına sebep olduğu zararları da tazmin eder. Ancak yüklenicinin kusuru yok ise, arsa sahibi yalnızca seçimlik haklarından birini kullanabilir; tazminat isteyemez. Yüklenicinin ifa yardımcıları inşaatta ayıplı bir ifaya yol açmış ise, bu durumda TBK m.116 gereğince yüklenicinin kusursuz sorumluluğu söz konusudur⁴³³.

Arsa sahibi seçimlik haklarından biri ile birlikte yahut seçimlik haklarını kullanmaksızın tek olarak tazminat talebinde bulunabilir. Bunun için yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu için sayılan genel şartlardan, ayıbın ihbar edilmiş olması gerekliliği ile arsa sahibinin ayıbın meydana gelmesinde kusurlu olmaması gerekliliğinin tazminat talebi için de aranacağı ifade edilmiştir⁴³⁴. Ancak arsa sahibi yükleniciye ayıpları bildirirken veya seçimlik haklarından birini kullanılırken tazminat talebini ileri sürmemiş veya saklı tutmamış ise bu durum tazminat isteminden vazgeçildiği anlamına gelmemektedir⁴³⁵. Zira ayıplı ifadan dolayı talep edilen tazminata genel hükümlerden TBK m.112 uygulanmaktadır. KOCAAĞA'ya göre, TBK m.112'de gözden geçirme ve ihbar külfetleri yer almadığından, bu külfetler yerine getirilmemiş olsa dahi tazminat talep etmek mümkün olur⁴³⁶.

⁴³¹ KOCAAĞA, İnşaat, s.169.

⁴³² KOCAAĞA, İnşaat, s.169; DUMAN, s.889.

⁴³³ KOCAAĞA, İnşaat, s.169; DUMAN, s.889.

⁴³⁴ EREN, Özel Hükümler, s.652.

⁴³⁵ ERMAN, s.142.

⁴³⁶ KOCAAĞA, İnşaat, s.168.

Öğretide seçimlik hakların kullanılması ile giderilemeyen zararlar için tazminat istenebileceği ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, tazminat istemi ile sadece ayıp sonucu zararın veya “ayıbı takip eden zararın” tazmininin istenebileceği ifade edilmiştir⁴³⁷. Zira seçimlik hakların kullanılması ile ayıbın inşaatla yol açtığı zararların tazmin edilmiş olacağı, ancak ayıbı takip eden zararlar için tazminat talebinde bulunulabileceği belirtilmiştir⁴³⁸.

Ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar kavramları farklıdır. Ayıp zararı, teslim edilen eserdeki ayıp sebebiyle meydana gelen kıymet noksanından ibarettir⁴³⁹. Ayıbı takip eden zarar ise ayıbın daha sonraki sonucu olarak ortaya çıkan, ayıplı inşaatla ilgili eksikliğinden başka her türlü zarardır⁴⁴⁰. Ayıbı takip eden zararlar, yapıdaki ayıp sebebiyle telef olan eşyalar, bedensel zararlar veya kaçırılan ticari iş sebebiyle uğranılan kazanç kaybı olabilir⁴⁴¹. Örneğin, su borularının arızası sebebiyle evi su basmış ve mobilyalar zarar görmüşse, bu zararların karşılanması için tazminat talebi mümkündür⁴⁴². Ayrıca inşaatla ilgili ayıbın uzman bir kişiye incelenmesi için yapılan masraf, inşaatla ilgili giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı, ayıbı takip eden zararlardandır⁴⁴³. Seçimlik haklardan birinin kullanılması sırasında örneğin, onarım çalışmaları sırasında arsa sahibinin bazı değerleri zarara uğramış olması halinde de bu tür zararlar için TBK m.112 gereğince tazminat istenebilecektir⁴⁴⁴.

Tazminatın kapsamı, kullanılan seçimlik hakkın türüne veya tazminatın seçimlik haklardan bağımsız olarak istenmesine göre farklı olacaktır⁴⁴⁵. Sözleşmeden dönme

⁴³⁷ ŞENOCAK, Eser, s.65; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.765; KOCAAĞA, İnşaat, s.166.

⁴³⁸ KOCAAĞA, İnşaat, s.166.

⁴³⁹ ŞENOCAK, Eser, s.65.

⁴⁴⁰ KOCAAĞA, İnşaat, s.166.

⁴⁴¹ ÖZ, s.218; KOCAAĞA, İnşaat, s.167; DUMAN, s.889.

⁴⁴² ÖZ, s.207; DUMAN, s.888.

⁴⁴³ AYDOĞDU/KAHVECİ, s.765; KOCAAĞA, İnşaat, s.166; DUMAN, s.889.

⁴⁴⁴ ÖZ, s.209.

⁴⁴⁵ KOCAAĞA, İnşaat, s.166.

hakkının kullanılması ile edimlerin iadesi gerçekleşir ve arsa sahibi devrettiği arsa paylarının veya arsanın iadesini isteyebilir. Bunun yanında sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle (TBK m.125/3⁴⁴⁶) dolayı uğradığı menfi zararını talep edebilir⁴⁴⁷.

Bedelden indirim veya ücretsiz onarım seçimlik haklarını kullanan arsa sahibi, bu hakların kullanılmasıyla giderilemeyen müspet zararlarını yükleniciden talep edebilir⁴⁴⁸. Örneğin, ücretsiz onarım sebebiyle bağımsız bölümünü bir süre kullanamayan arsa sahibi bu sebeple başka bir daireye kira ödemek zorunda kalmışsa veya onarım süresince dairesini kiraya veremediği için kira bedeli kaybına uğramışsa bu zararlarını isteyebilir. Ayrıca, arsa sahibi yapıdaki ayıplar sebebiyle tazminat veya ceza ödemek zorunda kalmış ise bunları da yükleniciden tazmin edebilir. Ancak, bedelden indirim ve onarım hakkının kullanılması ile giderilen değer düşüklüğünü veya onarım masraflarını isteyemez⁴⁴⁹. Zira seçimlik hakların kullanılması ile bu zarar kalemleri giderilmiş olur.

Tazminat talepleri için hangi zamanaşımı süresinin geçerli olacağı önemlidir. Öğretideki bir görüşe göre, genel hükümlere göre istenen tazminat taleplerinin tabi olacağı zamanaşımı süresi TBK m. 478'e göre değil, genel hükümlerdeki TBK m.147/6'ya göre belirlenir⁴⁵⁰. Diğer yandan, TBK m.478'in "*Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar*" lafzı ve özel düzenleme gereği, ayıp sebebiyle açılacak tüm davalar ve tazminat davalarında dahi TBK m.478'in uygulanması

⁴⁴⁶ TBK m.125/3: "*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.*"

⁴⁴⁷ KOCAAĞA, İnşaat, s.167.

⁴⁴⁸ KOCAAĞA, İnşaat, s.167.

⁴⁴⁹ KOCAAĞA, İnşaat, s.167.

⁴⁵⁰ TBK m.147- "*Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır:*

6. *Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.*"

TBK m.478- "*Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*"; ŞAHİNİZ, s.209; KOSTAKOĞLU, s.1239.

gerekmektedir⁴⁵¹. Bize göre, eser sözleşmesinden doğan alacaklara uygulanan beş yıllık zamanaşımı süresi, tazminat talepleri için de uygulama alanı bulmalıdır. TBK m.478’de de yüklenicinin meydana getirdiği ayıplı eser dolayısıyla açılacak davalarda, taşınmaz yapılarda 5 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşa edilen eser taşınmaz niteliğinde olduğundan zamanaşımı bakımından bu iki hüküm (TBK m. 147/6 ve TBK m. 478) arasında fark bulunmayacaktır⁴⁵². Ancak, tazminat taleplerine genel hükümlerde yer alan m.147/6’nın uygulanmasının ortaya çıkaracağı tek fark, m.148 gereğince⁴⁵³ zamanaşımı süresini uzatan veya kısaltan sözleşmelerin geçersiz sayılmasıdır⁴⁵⁴. Yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde zamanaşımı süresi ise TBK m. 478’e göre, yirmi yıldır.

⁴⁵¹ ŞENOCAK, Eser, s.75: “Ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini talep hakkı da ayıplı ifa halinde BK m.360’da iş sahibine tanınan seçimlik haklarla aynı şartlara tabi olup ... zamanaşımına (BK m.363) ilişkin hükümler, ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini için de geçerlidir.”, s.227: “...iş sahibinin bir alacak hakkı niteliğinde olan ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep hakkı da BK m.363’de öngörülen zamanaşımı süresine tabidir.” ; ŞİMŞEK, s.190.

⁴⁵² ŞAHİNİZ, s.221.

⁴⁵³ TBK m.148: “Bu ayırimda belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez.”.

⁴⁵⁴ KOCAAĞA, İnşaat, s.168.

SONUÇ

Ekonomik-sosyal ihtiyaçlar ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin sonucunda uygulamada “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” veya “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” şeklinde çeşitli isimlerle adlandırılan sözleşmeler ortaya çıkmıştır. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, tarafların ihtiyaçlarına cevap veren, uygulama ve Yargıtay kararlarında önemli bir yer tutan sözleşmedir.

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde, arsa sahibi arsasının veya belli arsa paylarının yükleniciye devrini taahhüt etmekte; yüklenici bunun karşılığında arsa üzerinde bir yapı ve bağımsız bölümler inşa etmeyi üstlenmektedir. Böylece, arsa sahibi arsasını değerlendirerek daire sahibi olmaktadır. Yüklenici ise sermayesinin büyük payını arsa temin etmek için harcamaktan kurtularak iş yapma fırsatı elde etmektedir. Tarafların her ikisi de bu sözleşmede avantajlı konumdadır. Sözleşme gereği gibi ifa edildiğinde her iki taraf da kâr elde etmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin edimi taşınmaz satış sözleşmesine ilişkindir; diğerinin edimi ise eser sözleşmesine ilişkindir. Bu nedenle sözleşme, karma bir niteliktedir. Taşınmaz satışı ve eser sözleşmesine ilişkin hükümler “niteliğine uygun düştüğü ölçüde” arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanır. Sözleşme, “tam iki tarafa borç yükleyen”, “sürekli-ani edimli karışığı”, “ıvazlı”, “rızaî” bir sözleşme olma özelliklerine sahiptir. Ayrıca, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, TMK m.1009 uyarınca tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bu şekilde, arsanın devredilmesi halinde yeni malike karşı sözleşmenin ve sahip olunan hakların ileri sürülmesi söz konusu olabilir.

Yüklenicinin sözleşme hükümlerine, yasal düzenlemelere uygun bir inşaat meydana getirip teslim etme yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğü niteliğindedir. Yüklenicinin tamamlayarak teslim ettiği bir inşaatın sözleşmeye, yasal düzenlemelere ve

dürüstlük kurallarına aykırı meydana getirilmesi halinde ayıplı bir ifa söz konusu olur. Ayıplı ifanın incelenmesinde, ayıp kavramı üstünde ve bu kavramın diğer durumlardan farkı üzerinde durulmalıdır. Ayıp kavramından ve ayıplı ifa halinden farklı olarak uygulamada, “eksik iş” yapılması (eksik ifa), “ilave iş” (ek iş), yapılması veya “aliud teslim” durumları ile karşılaşılabilir. Uyuşmazlığın çözüme ulaştırılmasında yukarıda anılan durumlar arasındaki sınırlar belirlenmelidir.

Yüklenicinin edimlerinin gereği gibi yerine getirmediği hallerde, tam anlamıyla bir ifa yapılmış olmaz ve borçtan sorumluluk devam eder. İnşaatın ayıplı olarak meydana getirilmesi durumunda, yüklenicinin ayıplı ifa dolayısıyla sorumluluğu söz konusu olur. Ayıplı ifadan dolayı yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesi için, birtakım şartlar ve arsa sahibinin yerine getirmesi gereken muayene ve ihbar külfetleri bulunmaktadır. Arsa sahibinin külfetlerini yerine getirmemesi halinde eserin kabulü sonucu ayıplı ifadan doğan haklarının kullanılamaması söz konusu olur. Yine, arsa sahibine yüklenebilen bir sebeple ayıp meydana gelmiş ise ve inşaatın tesliminden sonra zamanaşımı süreleri dolmuş ise yüklenicinin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak şartların bulunması ile yüklenicinin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğu ve bunun sonucunda arsa sahibinin kullanabileceği seçimlik hakları söz konusu olur.

Arsa sahibi, yüklenicinin ayıplı bir inşaat meydana getirmesi sonucunda kanunda düzenlenmiş seçimlik haklara ve bu haklara ilaveten tazminat hakkına sahiptir. Kanunda düzenlenen seçimlik haklar, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut dengenin yüklenicinin ayıplı ifası ile bozulması sonucu tekrar sağlanması içindir. Seçimlik hakların kullanılması için yüklenicinin kusuru bulunması gerekmez iken, tazminat isteminde yüklenicinin kusurlu olması aranır.

“Seçimlik haklar”ın ilki olan dönme hakkı, yapı *“arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde”* ayıplı veya sözleşme

hükümlerine aykırı olması halinde kullanılabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme hakkının ancak dava yoluyla kullanılması gerektiğine ilişkin kararlar verilmektedir. Buna göre ya tarafların iradesi dönme noktasında birleşmelidir yahut mahkeme kanalı ile sözleşmeden dönme hükümlerinin uygulanacağına karar verilmelidir. Dönme hakkının ileriye dönük olarak borçtan kurtarıcı etkisi, geçmişe yönelik ise edimlerin iadesi etkisi bulunmaktadır. Sözleşmeden dönme hakkı yüklenici için, kabule zorlanamayacak ve kullanılamayacak derecede ayıplı inşaatın yıkılması ve arsa üzerindeki enkazının alınması anlamına gelmektedir. Arsa sahibi için ise, arsa payları devredilmemiş ise dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi ile devir borcu ortadan kalkmakta; arsa payları devredilmiş ise, arsa sahibine edimlerin iadesi kapsamında, tapu iptal ve tescil davası ile arsa paylarının veya arsanın adına tescilini isteme hakkı vermektedir.

İnşa edilen yapıda mevcut ayıplar sebebiyle bir değer azalması meydana gelir. Değer azalması sonucunda, arsa sahibi bedelden indirim isteme hakkına sahiptir. Bedelden indirim isteme hakkının kullanılması için, eserin ayıplarına rağmen değerini kaybetmemiş olması gerekir. Zira eserin değerini tamamen kaybettiği hallerde, sözleşmeden dönme hakkı kullanılır. Eserde değer azalmasının hesaplanması nisbi yöntemle göre yapılır. “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nde değer azalması ile orantılı olarak bedelden indirim hakkı, yükleniciye devredilen veya devredileceği taahhüt edilen arsa payları ile bağımsız bölümlerin sayısının azaltılması suretiyle yerine getirilir. Değer azalmasının tam bir veya birden fazla bağımsız bölüme denk gelmediği hallerde, bağımsız bölümde arsa sahibi ile yüklenicinin paylı mülkiyet sahibi olması gündeme gelebilir.

İnşa edilen yapıdaki ayıpların giderilmesi, aşırı masraf gerektirmedikçe ve objektif olarak mümkün olduğu sürece arsa sahibi ücretsiz onarım isteyebilir. Bu hakkın kullanılması, aşırı masraf gerektirmemesi şartına bağlanmıştır. “Ücretsiz onarım hakkı”nın da diğer “seçimlik haklar” gibi “yenilik doğuran haklar”dan olduğu ağırlıklı

olarak kabul edilmiştir. Diğer bir görüşe göre ise bu hak ayıpsız bir ifayı talep etme hakkının devamı niteliğinde bir alacak hakkıdır. Ücretsiz onarım hakkının kullanılması ile yüklenicinin işlerin olağan akışına göre fırsat bulur bulmaz onarım çalışmalarına başlaması gerekir. Yüklenici, onarım çalışmaları sırasında diğer yerlere zarar vermemek, çalışma sırasında bozulan yerleri eski haline getirmekle yükümlüdür. İnşaatın, yükleniciye isnat edilebilecek sebeplerle ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak tamamlanacağı öngörüldüğünde arsa sahibi, yapının tamamlanmasını beklemeden işe müdahale etme ve önlem alma imkânına sahiptir. TBK m.473/2 hükmü ile yüklenicinin onarım çalışmalarının devamında yapının, “ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak” meydana getirileceği anlaşıyorsa “*işin bir kısmını veya tamamını*” “*masrafı yükleniciye masrafları ait olmak üzere*” başkasına yaptırabilir.

Son olarak, arsa sahibinin seçimlik hakları yanında veya ayrı olarak tazminat istemesi mümkündür. Seçimlik hakların kullanılması için yüklenicinin kusuru gerekmez iken; tazminat için yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Tazminat talebi TBK genel hükümler arasında yer alan m.112’ye ilişkin olup kusur sorumluluğudur. Seçimlik hakların kullanılması ile ayıptan doğan zararlar giderilirken, ayıbı takip eden zararların giderilmesi tazminat istemi ile mümkün olur. Ayıbı takip eden zararlar, eserde ayıp nedeniyle meydana gelen değer düşmesi dışındaki zararlar, örneğin su borusunun patlaması nedeniyle arsa sahibinin mobilyalarının zarar görmesi gibi zararlar tazmin edilebilir. Tazminatın kapsamı, seçimlik haklardan hangisinin kullanıldığına göre veya tek başına tazminat talebinin bulunmasına göre değişir. Arsa sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan menfi zararlarını isteyebilir; bedelden indirim veya onarım hakkını kullanması halinde ise müsbet zararlarının tazminini isteyebilir. Tazminat taleplerine uygulanacak zamanaşımı süresi konusunda farklı bir görüş olmakla birlikte, tazminat istemi, TBK m.478

hükümünün lafzı gereğince de, bu hüküm doğrultusunda 5 yıl olacaktır. Yüklenicinin ağır kusurunun bulunduğu hallerde ise zamanaşımı, TBK m.478 doğrultusunda yirmi yıldır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada devam eden uyuşmazlıkları ile önemini korumaktadır. Uyuşmazlıkların adil şekilde sonuca ulaştırılması ve yargısal yükün azaltılması için sözleşmenin kendine ait problemleri dikkatlice değerlendirilmelidir. Sözleşmenin nitelik olarak tüketici sözleşmesi veya taraflar için ticari iş sayılıp sayılamayacağı, sözleşmenin şekil şartına uyulmaksızın gerçekleştirilmiş olması ve edimlerin ifa edilmiş olması halinde şekil eksikliğinin söz konusu edilip edilemeyeceği; yüklenicinin meydana getirdiği eserin nitelik olarak ayıplı ifa kapsamına girmesi için nelere dikkat edilmesi gerektiği; ayıplı ifadan farklı halleri oluşturan ve uygulamada karşımıza çıkan eksik ifa, aliud teslim ve ilave (ek) iş halleri; yine arsa sahibinin seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde yükleniciden pay veya bağımsız bölüm edinmiş üçüncü kişilerin durumu sözleşmenin ayrık problemlerindendir. Bu noktalarda, problemin doğru nitelendirilmesi ile hukuki temelinin ayrıntılı gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR Faruk** Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi (www.e-akademi.org), 2013, s.1-24.
- ACEMOĞLU Kevork** “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu, İÜMHAD, 2011, S.6, s.19-29.
- AKDAŞ Hüseyin** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Ve Sözleşme Taraflarının Vergi Yükümlülükleri, YLT., 2010.
- ALTINKAN Onur** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde 3. Kişinin Hukuki Durumu, YLT., 2015.
- ARAL Fahrettin** Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10.Baskı, Ankara 2014.
- ARIDEMİR GENÇ Arzu** Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukuki Durum, Ankara 2004, s.449-474.

ASLAN Fatma Neslihan

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde
Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu,
YLT., 2016.

ATAMULU İsmail

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin
Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona
Ermesi, YLT., 2011.

ATAŞLAR Abdullah Serkan

Türk Hukuku ve Viyana Satım Sözleşmesi
(CISG) Uyarınca Satış Sözleşmesinde
Aliud, Ankara 2020.

AYAN Serkan

İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin
Temerrüdü, Ankara 2008.

AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalân

Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri
(Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş
ve Yenilenmiş 4.Bası, Ankara 2019.

BAŞALP Nilgün

Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel
Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul
2009.

BUZ Vedat

Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden
Dönme, Ankara 1998. (Dönme)

BUZ Vedat

Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1,
Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin
Tasfiyesi, İstanbul 2010, s.611-662.
(Tasfiye)

BUZ Vedat

Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin
Armağan, "Mağdur Edilen Alıcı

	Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK.202/II (Art. 205/II OR) ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları ", Ankara 2004, s.145-178. (Külfet)
BÜTÜN YILMAZ Derya G.	"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.38, 2019, s.107-130.
BÜYÜKAY Yusuf	Eser Sözleşmesi, 3.Baskı, Ankara 2013.
CANBOLAT Ferhat	İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.
CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara 2017.
COŞKUN Gürkan	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak kazanan Üçüncü Kişinin Durumu, Ankara 2010.
ÇELİK Hülya	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, YLT., İstanbul 2010.
DEMİR Mustafa Duhan	Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, YLT., 2016.

DURAK Yasemin	Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnÜHFD, Özel Sayı, C.1, 2015, s.207-252.
DUMAN İlker Hasan	İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8.Baskı, Ankara 2016.
DURSUN AKSOY Sanem	“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İfadan Farkları”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 9, S. 101, Mayıs 2011, s. 1845-1860.
ERDOĞAN İhsan	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2017.
EREN Fikret	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Baskı, Ankara 2014. (Genel Hükümler)
EREN Fikret	Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4.Baskı, Ankara 2017. (Özel Hükümler)
ERKAN Vehbi Umut	İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 2021.
ERMAN Hasan	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3.Basım, İstanbul 2010.
ERZURUMLUOĞLU Erzan	Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 4.Baskı, 2014.
ESEN Emre	Satış Sözleşmesinde Aliud Teslim, 2020.
GÖKYAYLA Emre	Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.
GÜMÜŞ Mustafa Alper	Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 3.Bası, 2014.

GÜNAY Cevdet İlhan

Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

GÜNDOĞDU Fatih

Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İşi Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m.473 f.2), 1.Baskı, İstanbul 2019.

KANBER Kemal

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaattaki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, ABD, S. 3, 1997, s.36-47.

KANETİ Selim/SUNGURBEY İsmet

Topraktan Kat Satışı ve Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı, Makaleler, 1.Baskı, İstanbul 2011, s.589-599.

KAPLAN İbrahim

İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.

KARADAŞ İzzet

Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin (Devir) Temlik İşleminde Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, 2.Baskı, Ankara 2021. (Devir)

KARADAŞ İzzet

Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 3.Baskı, Ankara 2013. (Eser)

KARAMAN Şeyma

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, YLT, Ankara 2009.

KARTAL Bilal

Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi Ve Özellikle Biçimi (III), Yargıtay Dergisi, 1983, S.4, C.9, s.551-568.

KARTAL Bilal

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

KILIÇOĞLU M. Ahmet

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı,
Ankara 2020. (Özel Hükümler)

KILIÇOĞLU M. Ahmet

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Genişletilmiş 22. Bası, Ankara 2018.
(Borçlar)

KILIÇOĞLU M. Ahmet

Müteahhidin Eseri Şahsen veya Kendi
İradesi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD,
1975, C.32, s.185-199. (

KIRMIZI Mustafa

Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı
İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014.

KOCAAĞA Köksal

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında
Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız
Bölüm” Sorunu, TBB Dergisi, S.85, 2009,
s.86-104. (İlave İş)

KOCAAĞA Köksal

Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen
Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya
Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağının
Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m.
358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar,
DEÜHFD, C. 6, S. 1, 2004, s.177-201.
(Ayıp)

KOCAAĞA Köksal

İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014. (İnşaat)

KOSTAKOĞLU Cengiz

İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı
İnşaat Sözleşmeleri, 9.Baskı, 2015.

KURT Leyla Müjde

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri

	Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012. (Teslim Borcunda Temerrüd)
KURT Leyla Müjde	Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.27, S.1, 2011, s. 157 - 206. (Süre Uzatım)
MUTLU Kıymet	Eser Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül, Bahçeşehir Üniversitesi, YLT., 2010.
ÜNSAL Ayşe Hatipoğlu	Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İş Sahibi Ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları, Çankaya Üniversitesi, YLT., 2009.
OKTAY Saibe	İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFM, C. LV, 1996, s.263-296.
OZANOĞLU Hasan Seçkin	Yargıtay Uygulamasında TKHK'un Uygulanma Alanı Bakımından İsimsiz Sözleşmeler, ABD, 2000, S.3, s.53.
ÖCAL Şebnem Akipek/ KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan	Sözleşmeler Rehberi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2002.
ÖZ Turgut	İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013.
ÖZMEN Etem Saba/ VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah	Kat İrtifakı, 3.Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

PANAYIR Mehmet Gökberk	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik Ve Ayıplı İşten Sorumluluğu, Çağ Üniversitesi, YLT., 2017.
SARIYILDIZ Mehmet Emre	Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Ve İş Sahibinin Hakları, Gazi Üniversitesi, YLT., 2014.
SELİMOĞLU Yaşar Engin	Eser Sözleşmesi, 2.Baskı, Ankara 2015.
SEROZAN Rona	Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, İstanbul 2007. (Dönme)
SEROZAN Rona	Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 7.Bası, İstanbul 2016. (İfa)
SEROZAN Rona	Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol-İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağan Cilt-2, İstanbul 2002, s. 1223-1232. (Atipik)
SIRATAŞ Burcu	İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara Üniversitesi, YLT., 2010.
SİRMEN Lale	Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019.

SÜTÇÜ Nezh

Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C.I, 5.Baskı, Ankara 2016.

ŞAHİN Turan

Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.2, 2011, s.135-157.

ŞAHİNİZ Cevdet Salih

Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014.

ŞEN Mustafa Serhan /

ŞEN Mustafa Kamil

Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Ankara 2015.

ŞENOCAK Zarife

Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995. (İfa)

ŞENOCAK Zarife

Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002. (Eser)

ŞEREMET Melis

“İnşaat sözleşmeleri ve “FIDIC””, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, 2006.

ŞİMŞEK Ayşenur

“İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu (TBK M. 474–478)”, İnşaat Sözleşmeleri (Ed.ERKAN Umut Vehbi), Ankara 2021.

TANDOĞAN Haluk

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II,
5.Tıpkıbasım, İstanbul 2010.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Servet/

BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atila

Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
7.Baskı, İstanbul 1993.

TOKAT Hüseyin

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde
Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği
Çeşitli İhtimaller, SÜHFD, C.24, S.1, 2016,
s.181-245.

TURANBOY Asuman

Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin
Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve
Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti,
AÜHFD, 1990, C. 41, S.1, s. 151-189.

UÇAR Ayhan

İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba
Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.

USTA Oğuz

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

YAKUPPUR Sendi

Borçlar Kanunu'na Göre Eser
Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim
Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları,
İstanbul 2010.

YAVUZ Cevdet

Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler,
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre

- Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15.Baskı,
İstanbul 2018. (Kısaltılmışı: YAVUZ C.).
- YAVUZ Nihat** Ayıplı İfa, 5.Baskı, Ankara 2016.
(Kısaltılmışı: YAVUZ N.).
- YENER Mehmet Deniz** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde
Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, 2011.
- YÜCER Zeynep İpek** Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden
Geçirme Ve Bildirim Külfetleri, Ankara
Üniversitesi, Doktora Tezi, 2012.
- YÜCESOY Ebru** Eser Sözleşmesinde İşin Kabulü Ve
Yüklenicinin Sorumlulukları, Çankaya
Üniversitesi, YLT., 2011.
- YÜNLÜ Semih** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde
Ayıp, İstanbul Üniversitesi, YLT., 2014.
- ZEVLİLER Aydın/**
- GÖKYAYLA Emre** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,
18.Bası, Ankara 2018.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

ANKARA ÜNİVERSİTESİ AKADEMİK

ARŞİV SİSTEMİ

<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/> (Erişim

Tarihi: 11.12.2020).

KARARTEK

KararTek TBB İçtihat Bilgi Bankası
(KararTek).

KAZANCI

(Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

YARGITAY

Yargıtay Emsal Karar Arama Motoru.

ÖZET

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ayıplı ifa, tezimizin konusunu oluşturmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, karma bir sözleşmedir. Bu sözleşmede, müteahhit sözleşmeye, kanuna ve dürüstlük kuralına uygun bir eser meydana getirmeyi garanti eder; bunun karşılığında işsahibi arsa veya arsa paylarının devrini vaat eder. Eğer müteahhit sözleşmeye, kanuna ve dürüstlük kuralına uygun olmayan, bir inşaat meydana getirirse bu durum ayıplı ifayı oluşturur.

Tez çalışmamız, üç bölümden oluşmakta olup birinci bölümde genel olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve özellikleri ele alınmıştır. İkinci bölümde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ayıplı ifa ve yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu incelenmiştir. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu ve bu sorumluluğun şartları üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde, arsa sahibinin ayıplı ifa dolayısıyla sahip olduğu haklar incelenmiştir. İş sahibi, kanunla düzenlenmiş sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesini, ayıbın giderilmesini talep etme ve tazminat isteme haklarını kullanabilir.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı, İnşaat Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi, Ayıp

ABSTRACT

This thesis is about “Defective work in a construction contract in return for land share”. Construction in return for a land share contract is a kind of a contract of work regulated under article 470 and cont. of the Turkish Code of Obligations numbered 6098. In that contract, the contractor guarantee to build a proper structure, in exchange, the employer commits to transfer parcel or parcel share. If the contractor builds a construction against the contract, law, and honesty rule, this work is considered defective and imperfect. This thesis examines “Defective work in a construction contract in return for land share” in three parts.

Our thesis consists of three parts. In the first part, there is a general evaluation of the construction contract in return for land share and general characteristics of the contract. The second part of our thesis examines the defective work and the condition of the liability of the contractor. There are explanations of the liability of the contractor and its requirements. The third part of our thesis examines the rights of the owner in the situation of defective work. The owner can use rights provided by law which are the elimination of the contract, asking for a repair, a decrease of the contract price, and a claim for indemnification.

Key Words: Land Share, Construction Contract, Defect