

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN
FESHİ VE SONUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Ece ÇETİNTEPE

Ankara – 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN
FESHİ VE SONUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Ece ÇETİNTEPE

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara – 2020

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

I. SÖZLEŞMENİN SOSYAL VE EKONOMİK KONJONKTÜR ÇERÇEVESİNDE ORTAYA ÇIKMASI	5
II. SÖZLEŞMENİN İSMİ ÜZERİNDEKİ TERMİNOLOJİ SORUNU	5
III. SÖZLEŞMENİN TANIMI.....	7
IV. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI.....	9
A. Taraf İradelerinin Birleşmesi	9
B. Arsa Sahibinin Muayyen Arsa Paylarının Mülkiyetinin Devrini Borçlanması ..	10
C. Yüklenicinin Bina İnşası ile Bağımsız Bölümlerin Teslimini Borçlanması.....	12
V. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	13
A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....	13
B. Çift Tipli Bir Karma Sözleşme Olması	14
C. Sözleşmenin Ani- Sürekli Borç İlişkisi Doğurması Üzerindeki Tartışmalar ile “Ani – Sürekli Borç Karmaşığı” Niteliği Yönündeki Görüş.....	18
D. Sözleşmenin Şerh Edilebilirliği	24
VI. SÖZLEŞMENİN MEYDANA GETİRİLME TİPLERİ	25
A. Arsa Payı Üzerinde Satış Vaadine Karşılık İnşaat Yapma Taahhüdü İçerir Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.....	25

B. Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi	26
C. Arsanın Tamamının Yükleniciye Devri Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi	27
D. Arsa Paylarının İnşaat Aşaması Çerçevesinde Devri Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.....	27
VII. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ.....	28

İKİNCİ BÖLÜM

TARAFLARIN BORÇLARI

I. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI.....	33
A. Arsayı İnşaata Elverişli ve Ayıpsız Olarak Teslim Etme Borcu	33
B. Arsa Payı Devir Borcu.....	43
II. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	48
A. Sözleşmeye Uygun Bina İnşa Etme Borcu.....	49
1. Binayı Şahsen İnşa veya Yönetimi Altında İnşa Borcu.....	50
a. Yüklenicinin Binayı Şahsen İnşası	50
b. Yüklenicinin Binayı Yönetimi Altında İnşası.....	52
c. Kısmi İnşaat İşlerinin Alt Yüklenicilere Devri.....	56
2. Araç – Gereç, Malzeme Sağlama Borcu.....	61
3. İşe Zamanında Başlama ve İşe Devam Etme Borcu	66
4. Sadakat ve Özen Borcu	68
a. Yüklenicinin Sadakat (Bağlılık) Borcu.....	69
b. Yüklenicinin Özen (İhtimam) Borcu	74
B. Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu	83

1. Genel Olarak Teslim Borcunun İfası	85
2. Teslimin Kavramsal Çerçevesi	92
a. Eserin Tesliminin Eserin Tamamlanmasından Ayırt Edilmesi.....	92
b. Eserin Teslim Alınmasının Eserin Kabulünden Ayırt Edilmesi	93
3. Yüklenicinin Bağımsız Bölümleri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü.....	95
a. Yüklenicinin Teslim Borcunu İfada Temerrüdünün Şartları	96
aa. Borcun Muaccel Olması	96
bb. Edimin İfasının Mümkün Olması	96
cc. Borcun İfa Edilmemesi.....	98
dd. Borcun Yerine Getirilmesi Hususunun İhtar Edilmesi	98
b. Yüklenicinin Teslim Borcunu İfada Temerrüdünün Sonuçları	99
C. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu	100
1. Genel Olarak	100
2. Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Doğması için Gerekli Şartlar. 102	
a. Tamamlanmış Bina Çerçevesinde Arsa Sahibine Ait Bağımsız	
Bölümlerin Teslim Edilmiş Olması	102
b. Yapının Ayıplı Olması.....	105
aa. Yapının Sözleşme ile Öngörülen Nitelikleri İçermemesi.....	106
aaa. Yüz Ölçümü Eksikliği Üzerindeki Nitelik Eksikliği	
Tartışması	108
bbb. İskan Ruhsatı (Yapı Kullanma İzni) Alınmaması Üzerindeki	
Nitelik Eksikliği Tartışması.....	110
bb. Lüzumlu Nitelikleri İçermemesi	114
cc. Ayıp Tipleri	115
aaa. Açık Ayıp - Gizli Ayıp	115
bbb. Hukuki Ayıp - Maddi (Fiili) Ayıp	116

ccc. Asli Ayıp - Tali (İkincil) Ayıp.....	116
ddd. Tam Önemli Ayıp – Daha Az Önemli Ayıp.....	117
c. Arsa Sahibince Muayene ve İhbar Külfetlerinin Zamanında Yerine Getirilmesi.....	117
aa. Genel Olarak.....	117
bb. Muayene Külfeti	119
cc. İhbar Külfeti	122
D. Arsa Sahibince Tarafına Yetki Verilmesi ya da Sözleşmede Kayıt Altına Alınması Çerçevesinde Yüklendiği Muhtelif Borçlar	127
1. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 21 Anlamında “Yapı Ruhsatı” ve m.30 Anlamında “Yapı Kullanma İzni” Alınması.....	127
2. Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyeti Kurulması.....	128

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE SONUÇLARI

I. SÖZLEŞMENİN FESHİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME DEN AYIRT

EDİLMESİ	129
A. Fesih (Kündigung) Kavramı	131
B. Dönme (Rücktritt) Kavramı ve Dönmenin Sözleşmeye Etkisi Üzerindeki Teoriler	133
1. Dönme Kavramı.....	133
2. Dönmenin Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi Üzerine Teoriler.....	133
a. Klasik Dönme Teorisi (Dönmenin Dolaysız Gücü).....	133
b. Yasal Borç İlişkisi Teorisi	134
c. Aynı Etkili Dönme (İstihkak) Teorisi	135

d. Yeni Dönme ya da Dönüşüm Teorisi (Dönmenin Dolaylı Gücü)	136
C. Fesih ve Dönme Arasındaki Farklar	139
II. ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE SÖZLEŞMEYİ FESİH	
HALLERİ..... 141	
A. TBK m. 125/2 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi	141
1. Yüklenicinin Temerrüdü Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Fesih Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunsalı	141
2. Yazarların Dönme ve Fesih ile Sonuçları Üzerine Düşünceleri	143
a. Geriye Etkili Dönme Görüşünü Savunan Yazarlar	143
aa. Tandoğan' a Göre	143
bb. Seliçi' ye Göre	144
cc. Öz' e Göre	145
b. İleriye Etkili Fesih Görüşünü Savunan Yazarlar	149
aa. Sungurbey' e Göre.....	149
bb. Serozan' a Göre.....	151
cc. Erman' a Göre	153
dd. Karahasan' a Göre.....	154
3. Sözleşmeden Geriye Etkili Dönme Yönündeki Argümanın Dayanakları	158
a. Sözleşmenin Ani Edimli Olarak Nitelendirilmesi	158
b. Yüklenicinin “Orantılı Ücret Hakkı” Görüşünün Hakkaniyetle Bağdaşmaması	159
c. TBK m. 475/f.1-(2),(3) ve f.3' ün Yüklenicinin İş Yarıda Bırakması Halinde Uygulanmasının Hakkaniyetle Bağdaşmaması	161

d.	Günümüz Anlamında Yüklenicinin Her Koşulda “Emekçi” Olarak Nitelendirilemeyecek Olması ve Ekonomik Olarak Daha Zayıf Olan Arsa Sahibinin Korunması Yönündeki Görüş.....	163
e.	TBK m. 486 Hükmünün Anlamını Yitirecek Olması.....	164
f.	Arsa Sahibinin Aralarındaki Güven İlişkisinin Zedelendiği Yüklenici ile Müşterek Mülkiyete Sahip Olmasının Bir Kısım Sakıncayı da Beraberinde Getirmesi Olasılığı	165
4.	Sözleşmenin İleriye Etkili Feshi Yönündeki Argümanın Dayanakları.....	166
a.	Yapıt Sözleşmelerinde Sürekli Edimli Sözleşmelere İlişkin Kuralların da Dikkate Alınması Gerektiği	166
b.	Yükleniciye “Orantılı Ücret” Ödenmesinin Hakkaniyet Gereği Olduğu.....	166
c.	TBK m. 475/f.1-(2),(3) ve f.3’ ün Yüklenicinin Temerrüdü Durumunda Kıyasen Uygulanabilirliği.....	167
d.	Bir “Emekçi” Olarak Addedilen Yüklenicinin Emeğinin Korunması Yönündeki Görüş	168
e.	TBK m. 475 Hükmünün Uygulanması ile TBK m. 486 Hükmünün Anlamını Yitirmeyeceği.....	168
f.	Kat Mülkiyeti Devrini Mecbur Kılan Kanun Hükümlerinin Varlığı	169
5.	Yargıtay’ ın Görüşü	170
a.	YİBBGK 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. Sayılı Kararı Öncesinde Mevcut Durum	170
b.	YİBBGK 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. Sayılı Kararı ve Sonrasında Mevcut Durum	174

B. TBK m. 473/1 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yüklenicinin Sözleşme Konusu İşin Vadesinde Yetiştiremeyeceğinin Anlaşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi.....	186
1. Genel Olarak	186
2. Uygulanma Koşulları	187
3. TBK m. 473/1 Anlamında Sözleşmeden Dönme ve Sonuçları Üzerine Görüşler.....	189
C. TBK m. 475/1 - (1) Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yapının Ayıplı Olmasından Dolayı Sözleşmeden Dönmesi	191
1. Genel Olarak	191
2. Uygulanma Koşulları	195
a. Ayıbın Ağırlığı.....	195
b. Yapının Sökülmesi ve Kaldırılmasının Yüklenici Aleyhine Oransız Zarar Doğurmaması.....	196
3. TBK m. 475/1 - (1) Hükümü Uyarınca Dönmenin Sonuçları.....	197
D. TBK m. 484 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Tam Tazminat Karşılığı Sözleşmeyi Feshetmesi	201
1. Genel Olarak	201
2. Genel Olarak TBK m. 484 Hükümünün Uygulanma Koşulları	202
a. Sözleşme Konusu İşin Natamam Olması.....	202
b. Fesih Bildiriminde Bulunma.....	203
3. TBK m. 484 Hükümünün Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Kapsamında Uygulanabilirliği	205
4. TBK m. 484 Hükümü Uyarınca Feshin Sonuçları.....	210
a. Yüklenicinin İnşa Ettiği Kısma İlişkin Orantılı Bedel Verilmesi	213
b. Yükleniciye Tazminat Ödenmesi.....	214

III. YÜKLENİCİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE SÖZLEŞMEYİ FESİH

HALLERİ.....	217
A. TBK m. 480/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Öngörülemeyen Haller Dolayısıyla Sözleşmeden Dönmesi.....	217
B. TBK m. 125/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Arsa Sahibinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi	222
C. Yüklenicinin Arsa Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi.....	223

IV. YARGITAY' IN KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN

UYGULAMASI.....	226
A. Sözleşmeden Dönme ve Sözleşmeyi Feshin Ancak Taraf İradelerinin Birleşmesi ya da Mahkeme Kararı ile Mümkün Olacağı	226
B. Sözleşmeden Geriye Etkili Dönme Çerçevesinde Yüklenicinin Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri (TBK m. 77-82) Kapsamında İade Talebinde Bulunabileceği	228

SONUÇ	230
--------------------	------------

KAYNAKÇA.....	236
----------------------	------------

ÖZET	242
-------------------	------------

ABSTRACT	243
-----------------------	------------

KISALTMALAR

BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK	: 3194 sayılı İmar Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK	:2644 sayılı Tapu Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
S.	: Sayı
s.	: sayfa
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri, ve devamı
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Türk Borçlar Hukuku literatüründe “fesih” ve “dönme” kavramları üzerindeki terim kargaşası etkilerini kat karşılığı inşaat sözleşmesi üzerinde bir hayli göstermekte; özellikle Yargıtay kararlarında söz konusu sözleşmeye ilişkin olarak fesih ve dönmenin her ikisinin de fesih olarak adlandırılmasına sıklıkla rastlanılmaktadır. Doktrin ve içtihatlarda esas itibarıyla tartışılan husus yüklenicinin yapıyı zamanında tamamlamaması ya da tamamlayamaması neticesinde işi yarıda bırakması suretiyle teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde somut uyuşmazlıkların dönme ya da fesih hükümlerinin hangisine dayanılarak çözümleneceği noktasında toplanmakta ve içtihatlar çerçevesinde tatbik edilen hükümler uyarınca kararlar “geriye etkili dönme” ve “ileriye etkili fesih” çerçevesinde sözleşmenin sonlandırılmasına göre çeşitlilik arz etmektedir. Buradaki kavram kargaşası da daha çok Yargıtay kararlarındaki “geriye etkili dönme” nin “geriye etkili fesih” ya da “fesih” olacak şekilde adlandırması çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.

Çalışma nezdinde arsa sahibi ve yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde fesih ve dönme hakkını kullanabileceği durumların; ileriye etkili fesih hakkının tanındığı haller ile kural olarak dönme hakkının tanınmasına rağmen, “TBK m. 125/2 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi” halinin fesih olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında doktrinde tartışma konusu olan geriye etkili dönme (ex tunc) ve ileriye etkili fesih (ex nunc) görüşleri temelinde ileriye etkili fesih hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olabileceği haller çerçevesinde ele alınması yoluna gidilmiştir. Bununla birlikte, TBK m.475/f.3 hükmünün yüklenicinin teslim borcunun temerrüdü durumunda kıyasen, doğrudan doğruya ya da evleviyetle uygulanıp uygulanmayacağı hususunun anılan tartışma çerçevesinde tutmuş olduğu geniş alanın göz önünde bulundurulması suretiyle kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde nadir

uygulama alanı bulan ve doktrinde baskın görüş uyarınca yeni dönme teorisinin sonuçlarını bünyesinde barındıran “TBK m. 475/1 - (1) Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yapının Ayıplı Olmasından Dolayı Sözleşmeden Dönmesi” halinin de çalışma kapsamında ele alınması yoluna gidilmiştir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kural olarak dönme hakkı tanınmasına rağmen ileriye etkili fesih hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olabileceği kriterlerin belirlenmesinde Yargıtay’ ın içtihatlarının önemi muazzamdır. YİBBGK’ nin çalışma konumuz sözleşmenin yüklenicinin teslim borcunda kusuruyla temerrüde düşmesi üzerine sonlandırılmasına ilişkin olarak, somut durumda kural olarak TBK 125/2 madde hükmünün ele alınması gerektiği ve fakat somut durumun özelliğinin anılan madde hükmüne başvurulmasını haklı kıldığı haller için TMK m. 2/2 hükmünden faydalanması yoluna gidilmesi suretiyle sözleşmenin ileriye etkili fesih hükümleri uygulanarak sonlandırılmasının imkan dahilinde olduğu yönündeki 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı içtihatı birleştirme kararı bu kriterler açısından adeta bir dönüm noktası olmuştur.

Yargıtay ilgili özel dairelerinin bugün süregelen kararlarında yüklenicinin teslim borcunda temerrüdüne ilişkin sözleşmelerin fesih hükümleri uyarınca sonlandırılması için kabul ettiği inşaat tamamlanma oranı % 90 ve bu oranın üzerindeki rakamlar olarak belirlenmiş olup; bu seviyenin altında yer alan rakamlar çerçevesinde geriye etkili dönme hükümlerinin uygulanacağı içtihat edilmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay’ ın ileri etkili fesih hükümlerinin uygulanması için belirlediği % 90 ve üzeri inşaat tamamlama oranının yanında inşaat çerçevesinde eksik kalan işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmaması yönünde kriter belirlediği yönünde kararının da bulunduğu gözlemlenmektedir. Çalışma kapsamında güncel tarihli yargı kararlarının seçilmesine özen gösterilmiştir.

Tezin, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Çerçevesi”, “Tarafların Borçları” ve “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları” ana başlıkları çerçevesinde üç bölüme ayrılması söz konusudur.

Birinci bölüm, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Çerçevesi” başlığında sözleşmenin sosyal ve ekonomik konjonktür çerçevesinde ortaya çıkış süreci, sözleşmenin ismi üzerindeki terminoloji sorunu ve sözleşmenin “tanımı, unsurları, hukuki niteliği, meydana getirilme tipleri“ ve “şekli” inceleme konusu yapılmıştır.

İkinci bölüm olan “Tarafların Borçları” çerçevesinde; *arsa sahibinin*, “arsanın inşaata elverişli ve ayıpsız bir şekilde yükleniciye teslim borcu” ve sözleşme nezdinde kayıt altına alınan arsa paylarının yükleniciye devir borcu şeklindeki iki asli borcu ile *yüklenicinin* “Sözleşmeye Uygun Bina İnşa Etme Borcu”; “Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu”; bina ve bağımsız bölümleri teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğinde olan “Ayıba Karşı Tekeffül Borcu” ve “Arsa Sahibince Tarafına Yetki Verilmesi ya da Sözleşmede Kayıt Altına Alınması Çerçevesinde Yüklendiği Muhtelif Borçları“ üst başlıklarında yüklenicinin borçlarının ele alınması yoluna gidilmiş ve anılan asli borçların arasında yer alan “Sözleşmeye Uygun Bina İnşa Etme Borcu” kapsamında, “Yüklenicinin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altına Yaptırma Borcu”, “Araç – Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu”, “İşe Zamanında Başlama ve İşe Devam Etme Borcu” ve “Sadakat ve Özen Borcu” detaylı olacak şekilde incelenmiştir.

Üçüncü bölüm çerçevesinde “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları” başlığında öncelikle fesih ve dönme kavramlarının birbirlerinden ayırt edilmesine ilişkin bir kısım açıklamada bulunulmuş; bunu müteakip arsa sahibi ve yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yukarıda açıkladığımız doğrultuda fesih ve dönme hakkını kullanabileceği hallerin irdelenmesi yoluna gidilmiştir. Arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde fesih ve dönme hakkını kullanabileceği haller çerçevesinde “TBK m. 125/2 Çerçevesinde Arsa Sahibinin

Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi”, “TBK m. 473/1 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yüklenicinin Sözleşme Konusu İşi Vadesinde Yetiştiremeyeceğinin Anlaşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi”; “TBK m. 475/1 - (1) Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yapının Ayıplı Olmasından Dolayı Sözleşmeden Dönmesi” ve “TBK m. 484 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Tam Tazminat Karşılığı Sözleşmeyi Feshetmesi” başlıklarının madde hükümlerinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde uygulanma koşulları ve hükmün sonuçlarına ilişkin görüşlerin detaylı bir şekilde incelenmesi yoluna gidilirken; yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde fesih ve dönme hakkını kullanabileceği haller çerçevesinde “TBK m. 480/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Öngörülemeyen Haller Dolayısıyla Sözleşmeden Dönmesi”, “TBK m. 125/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Arsa Sahibinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi”, “Yüklenicinin Arsa Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi” başlıkları irdelenmiştir. Son olarak Yargıtay’ ın kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bir kısım uygulaması ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

I. SÖZLEŞMENİN SOSYAL VE EKONOMİK KONJONKTÜR ÇERÇEVESİNDE ORTAYA ÇIKMASI

Hızlı artan nüfus, büyük şehirlerde vaki konut açığı ve bireylerin konut ve kullanılır işyerlerine daha rahat imkanlarla sahip olma istekleri çerçevesinde, Borçlar Hukukuna hakim sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde tezahür eden tip serbestisi prensibinin bir sonucu olacak şekilde; bir eser sözleşmesi ve bir satış sözleşmesi ya da satış vaadi sözleşmesine ait iki farklı sözleşme unsurunun Kanunun öngörmediği bir şekilde birleştirilmesi sonucu, uygulamada “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, “kat yapımı sözleşmesi” gibi çeşitli şekillerde ifade olunan bir sözleşme türü doğmuştur.¹

II. SÖZLEŞMENİN İSMİ ÜZERİNDEKİ TERMİNOLOJİ SORUNU

Mevzuatımızda ilk olarak TMK m. 1009 içeriğinde “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” terimi kullanılmış olup; kanunda tanım, unsur ve hükümlerine ilişkin hiçbir düzenleme yer almayan anılan sözleşme çerçevesinde doğan hakların tapu kütüğüne şerh edilebilirliği hususu kayıt altına alınmıştır. Aynı şekilde, Tapu Kanunu 26’ ncı

¹ Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2010, s. 555; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt II, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 113; Turgut Uygur, **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaacılık, 1993, s. 601.

madde hükmüne 15.01.2009 tarih 5831 sayılı Kanun ile yapılan bir ekleme ile şerhin usulü üzerinde bir düzenleme yapılması söz konusu olmuştur. Keza, Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/1-(c) nezdinde “arsa payı karşılığı inşaat hakkı” terimine yer verilerek, “*Kişisel hakların, şerhler sütununa kaydı için, arsa payı karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenen sözleşme aranır.*” şeklinde sözleşmenin şerhine ilişkin bir başka düzenlemeye yer verilmesi söz konusu olmuştur.²

Doktrinde kimi yazarlarca, Yargıtay tarafından genellikle tercih edilen “kat karşılığı inşaat” teriminin terk edilerek, Türk Medeni Kanunu ve Tapu Kanunu çerçevesinde ismen yer verilmiş olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” teriminin kullanılması gerektiği yönünde terim sorunu üzerinde eleştirilerde bulunmaktadır.³

Türk Medeni Kanunu, Tapu Kanunu ve Tapu Sicil Tüzüğü’ nün şerhe ilişkin ilgili hükümlerinde anılan sözleşme “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” terimi ile ifade olunmuşsa da; gerek uygulama gerekse doktrinde, daha kısa bir terim olan ve sözleşme gereği inşa edilecek apartmanların muhtelif katlarına tekabül eden bağımsız bölümlerin taraflar arasında paylaşılması eyleminden esinlenen “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” terimi de kullanılmaktadır. Pek tabii, bu terim, bünyesinde, hiçbir şekilde, sözleşme ile

² Etem Saba Özmen, Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2013, C. 87, S. 1, s. 45; Güler Gümüşsoy Karakurt, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 16, S. 2, s. 769-771; Turgut Öz, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, 2017, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’ a Armağan**, s. 497.

³ **Özmen/Karaman**, s. 48.

paylaşılabacak yapı bağımsız bölümlerinin apartman katları olması gerektiği anlamını barındırmamaktadır.⁴

III. SÖZLEŞMENİN TANIMI

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, 818 ve 6098 sayılı Kanunlar çerçevesinde tanımı bulunmamakla birlikte; anılan sözleşme için sözleşme taraflarına yüklenen edimlerin göz önünde bulundurulması suretiyle bir kısım tanımlamalar yapılmaktadır.⁵

Anılan sözleşme, arsa sahibi ve yüklenici arasında akdedilen, konusunu *yüklenicinin*, arsa payı karşılığında arsa sahibine ait taşınmazda bağımsız bölüm ve bina inşası ile arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin devri borcunu üstlenmesi ve buna karşılık *arsa sahibinin*, kendisine ait arsa paylarının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye ya da üçüncü kişilere devir borcunu üstlenmesi çerçevesinde tarafların anlaşmasından alan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bünyesinde düzenlenmemiş, geçerliliği şekle bağlı ve ani borç ilişkisi doğuran⁶ çifte tipli karma bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır.⁷

⁴ **Öz**, Şekil Sorunları, s. 497.

⁵ Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2010, s.1; **Özmen/Karaman**, s. 45.

⁶ Anılan sözleşme, tanımlarının çoğunda “ani edimli” şeklinde nitelendirilse de sözleşmenin ani ya da sürekli ya da ani-sürekli edimli karmaşığı olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Hususa ilişkin açıklamalar “Sözleşmenin Hukuki Niteliği” başlığı çerçevesinde ele alınmaktadır.

⁷ **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 113; Pervin Ayazlı, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Uysurları – Hukuki Özellikleri – Şekil Sorunu)”, Marmara Üniversitesi

Söz konusu sözleşmeye ilişkin yapılan tanımlamalardan bir kısmı ise aşağıda takip eden paragraflarda yer aldığı şekilde sıralanabilir.

“Yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık, bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir.”⁸

“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir.”⁹

“Türk Hukuk uygulamasında sık karşılaşılan bir sözleşme türü olarak arsa payı karşılığı yapı (inşaat) sözleşmesi, yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı ve/veya bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşa etme borcu; arsa (iş) sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli bir payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği sözleşmedir.”¹⁰

“Eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin, bir arsanın (bir taşınmazın) muayyen bir payının veya tümünün bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi taahhüt

Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S.1, s. 43; **Uygur**, s. 601; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri s. 555-558.

⁸ Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993, s. 15.

⁹ **Erman**, s. 1.

¹⁰ **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 113.

ettiği, geçerliliği şekle bağlı, kural olarak ani edimli tam olarak iki tarafa borç yükleyen çift tipli bir karma sözleşmedir."¹¹

Tüm tanımlamalar, sözleşme taraflarının edim yükümlülükleri noktasında toplanmakta ve söz konusu edim yükümlülükleri ise bu sözleşmenin unsurlarını oluşturmaktadır.

IV. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bünyesinde, *tarafların sözleşme konusu ile şartları çerçevesinde anlaşması, arsa sahibinin arsasının paylarından muayyen bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devretmeyi borçlanması ve yüklenicinin bina inşası ile bağımsız bölümleri devir borcu altına girmesi* şeklinde üç tane unsur yer almaktadır.¹²

A. Taraf İradelerinin Birleşmesi

Anılan sözleşme, "sözleşmenin hukuki niteliği" başlığı altında ayrıca inceleneceği üzere her iki tarafa, birbirine karşı asli birer edim ve asli birer borç yükleyen ve edimler arasında karşılıklı ilişkisinin var olduğu bir borç sözleşmesine işaret etmektedir. Bu çerçevede, arsa sahibi ve yüklenici bu sözleşmede hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahip olmaktadır. Arsa sahibi, sözleşme ile kayıt altına alınan kendisine ait bağımsız bölümlerin inşa ve teslimi mukabilinde yükleniciye arsa paylarının devrini borçlanması üzerine bağımsız bölümlerinin inşası ile teslimini istemesi yönünden alacaklı, arsa paylarını devir yönünden borçlu sıfatlarını elinde bulundururken; yüklenici, tüm arsa payları üzerindeki bağımsız bölümlerin inşası ve arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin

¹¹ **Uygur**, s. 601.

¹² **Ayazlı**, s. 43-45; **Erman**, s. 2-4; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 15-21; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 555.

teslimi noktasında borçlu, sözleşme çerçevesinde kararlaştırılan ve tarafına ait olacak arsa paylarının, arsa sahibinden kendisine devrini istemesi bakımından ise alacaklı sıfatını elinde bulundurmaktadır.¹³

Karşılıklı olarak yüklenilen söz konusu edimler arasında doğuş ve görev açısından bir bağıllık söz konusu olmakla birlikte¹⁴, tüm sözleşmelerde olduğu gibi, bu sözleşmenin de hüküm doğurabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurları, konusu ve koşulları üzerinde tam mutabakat sağlamaları gerekmektedir.¹⁵

B. Arsa Sahibinin Muayyen Arsa Paylarının Mülkiyetinin Devrini Borçlanması

Öncelikle arsa sahibinin yükleniciye karşı arsa paylarını devir borcu ile sözleşme çerçevesinde inşa edilecek binanın yapılması için arsa sahibinin arsayı yükleniciye teslim etmesinin farklı olgular olduğunun altını çizmek gerekmektedir.¹⁶

Sözleşmenin tanımlanmasında belirtildiği üzere kat karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme taraflarına yüklenen edimler çerçevesinde bir *eser sözleşmesi* ve bir *satış ya da satış vaadi sözleşmesine* ilişkin iki farklı sözleşme unsurunun birleştirilmesi sonucu meydana gelmekte ve bu noktada, yükleniciye yüklenen *arsa payı karşılığında arsa sahibine ait taşınmazda bağımsız bölüm yapılması kanalıyla bütün bir bina meydana*

¹³ **Erman**, s. 3-4; Fikret Eren, 6098 Sayılı **Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 211; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 559.

¹⁴ **Ayazlı**, s. 44.

¹⁵ **Erman**, s. 3; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s.556.

¹⁶ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 21.

getirme borcu kat karşılığı inşaat sözleşmesinin eser sözleşmesi unsurunu oluşturmaktadır.

Bu noktada, kimi yazarlar¹⁷, kat karşılığı inşaat sözleşmesini bir eser sözleşmesi olarak ele alarak; Türk Borçlar Kanunu' nun "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" tanımlaması (470' inci madde) (*ve eser sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olup; karşı edimin para ile sınırlandırılmaması*¹⁸) karşısında; kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin, bütünlük taşır bina meydana getirme borcu karşılığında, arsa sahibinin, arsasının paylarından bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devretmeyi borçlandığını ifade etmektedir.¹⁹

Diğer taraftan, çalışma konusu bu sözleşmenin çift tipli karma sözleşme niteliği göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmenin bütün olarak ele alınması söz konusudur.²⁰

Burada, arsa sahibi, tarafına sözleşme çerçevesinde teslim edilecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını uhdesinde bırakmak suretiyle, sözleşme çerçevesinde yükleniciye verilmesi kayıt altına alınan bağımsız bölümlere denk gelen arsa paylarını yükleniciye devretmeyi borçlanmaktadır.²¹

Arsa sahibi tarafından belirli arsa paylarının yükleniciye devredilmesi borcu, işin başında ya da inşaatın yapılma aşaması paralelinde peyderpey yerine getirilebilmektedir. İlk durumda, arsa sahibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yükleniciye verilmesi kayıt altına alınan arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmekte ve

¹⁷ **Kartal**, Kat Karşılığı, s.19,20.

¹⁸ **Tandoğan**, Cilt II, s. 24,28.

¹⁹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 20; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s.555, 556.

²⁰ **Ayazlı**, s. 45.

²¹ **Ayazlı**, s. 44, **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s.555, 556.

sözleşme çerçevesinde inşa edilerek tarafına teslim edilecek bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarının mülkiyetini elinde bulundurmaya devam etmekte olup; yüklenici, tarafına devrolunan arsa payları için nakdi bir bedel ödemeyerek gerek devre konu arsa payları gerekse sözleşme çerçevesinde teslim edeceği bağımsız bölümlere denk gelen arsa payları üzerinde bağımsız bölümler inşa etme yapımı ile borçlanmaktadır. İkinci durumda ise, arsa sahibi, inşaatın başında sözleşme ile yükleniciye verilmesi kayıt altına alınan arsa paylarının tümünün devrini gerçekleştirilmeyip, inşaatın seviyesine ve ilerleme aşamasına göre kademeli bir şekilde arsa paylarını devretmekte yoluna gitmektedir.²²

C. Yüklenicinin Bina İnşası ile Bağımsız Bölümlerin Teslimini Borçlanması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile, yüklenici, sözleşme ile tarafına verilen arsa payı ve arsa sahibine ait olan arsa payları üzerinde bütünlük taşıyan bir bina yapmak; arsa sahibine ait bağımsız bölümleri arsa sahibine devretmek şeklinde birbirine bağlı iki edim ile borçlandırılmaktadır.²³

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde ulaşılmak istenen amaç kat mülkiyetinin kurulmasıdır. 634 sayılı Kanunun kat mülkiyetinin, tamamlanmış ve tümü kargir olan binalarda kurulabileceğine ilişkin m.1/f.1 ve m.50/f.2 hükümleri ile ana taşınmazın tümünün mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmeksizin taşınmazın bir ya da birkaç bölümü üzerinde kat mülkiyeti kurulamayacağına ilişkin m.10/f.2 hükmü çerçevesinde yüklenicinin borcunun ifası için salt arsa sahibinin bağımsız bölümlerini

²² **Ayazlı**, s. 44-45; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 21.

²³ **Ayazlı**, s. 44-45.

tamamlaması ile teslim etmesi değil bütünlük taşıy biçimde tüm ana taşınmazı inşa etmesi gerekmektedir.²⁴

Kartal, anılan hususu; “*Sözleşme ile amaçlanan husus, yalnız iş sahibine ait bölümlere ilişkin dairelerin yapılması değil, yüklenicinin ücretine karşılık olarak aldığı arsa paylarına bağlı bölümlerin de tamamlanıp bütünlük taşıyan ana yapının ortaya çıkarılmasıdır.*” şeklinde ifade etmektedir²⁵:

V. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Edim ilişkisine göre borç sözleşmelerinin tasnifinde yerini alan iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” ve “*eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” olmak üzere iki alt başlığa ayrılmakta ve tarafların yükledikleri edimlerin birbirleri ile mübadele edilmesi amacını taşıyıp taşıyamaması noktasında bu iki sözleşme birbirlerinden ayrılmaktadırlar.²⁶

“*Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*”, sözleşmenin her iki tarafının da borçlu ve alacaklı sıfatlarını taşıdığı; tarafların birbirine karşı asli birer edim yüklediği ve bu edimlerin arasında tam anlamıyla bir karşılıklı ilişkisinin bulunduğu; bir başka ifade ile edimlerin birbirleriyle mübadele edildiği bir borç sözleşmesi türüdür. Bu sözleşmenin

²⁴ **Erman**, s.3; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 44; Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 257-258.

²⁵ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 18.

²⁶ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Cilt 1 – 2, (Çeviren: Cevat Edege), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 140; **Eren**, Borçlar Genel s. 210, 211.

amacı, iki edimin mübadelesi olup; edimlerin birbirleriyle olan bu değişim ilişkisi, müşterek hukukun Yunancadan aldığı “synallagmatiques” terimi ile ifade olunmaktadır.²⁷

Konumuz olan sözleşme çerçevesinde arsa sahibinin yükleniciye muayyen arsa paylarının devri, yüklenicinin de tüm bağımsız bölümleri tamamlayarak bağımsız bölümleri teslim borcu ile yüklenmesi, bir yandan, arsa sahibinin sözleşme ile kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin inşa ve teslimi açısından, yüklenicinin de sözleşme ile tarafına verilmesi kararlaştırılan arsa paylarının devrini arsa sahibinden istemesi açısından alacaklı sıfatına sahip olmaları ile mübadele içerisinde olduğundan ve böylelikle her iki tarafın alacaklı ve borçlu sıfatlarını ellerinde bulundurmalarından dolayı anılan sözleşme “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme*” olarak nitelendirilmektedir.²⁸

B. Çift Tipli Bir Karma Sözleşme Olması

Kanun koyucunun malzemesini geçmişten alması, hayatın süregelen ihtiyaçları ve ekonomik meselelerinde geri kalınmasını gündeme getirmekte²⁹ ve bu noktada kişilere sözleşme serbestisi sınırları çerçevesinde kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden kısmen ya da tamamen ayrılabilme özgürlüğü tanınarak Borçlar Hukukunda kanunen düzenlenmiş olup olmamalarına göre iki büyük grup içerisinde bir sözleşme ayrımı yapılması yoluna gidilmektedir.³⁰ Bu kategorideki “*isimsiz sözleşmeler*”, içerdikleri *esaslı unsur ve asli edimlerin, isimli (tipik) yani kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait*

²⁷ **Eren**, Borçlar Genel s. 211; **Von Tuhr**, s.140, dn. 38.

²⁸ **Erman**, s. 4; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 559.

²⁹ **Von Tuhr**, s. 242, dn. 5.

³⁰ Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1971, s. 9 - 10.

olup olmamalarına göre kendi içerisinde tasnif edilmektedir.³¹ Kimi yazarlarca³² bu tasnif, “*kendine has tabiatı olan*”, “*karışık muhtevalı*”, “*bileşik*” sözleşmeler olmak üzere üç ana başlık altında yapılırken; bileşik sözleşmelerin isimsiz sözleşmeler arasında dahil edilip edilmeyeceği hususu üzerinde tereddütler bulunmakta³³ ve doktrinde isimsiz sözleşmelerin “*kendine has tabiatı olan (sui generis)*” ve “*karışık muhtevalı (karma)*” sözleşmeler olmak üzere iki büyük gruba ayrıldığı kabul görmektedir.³⁴

“*Kendine has tabiatı olan sözleşmeler*”, bünyesinde tipik bir sözleşmeye ilişkin hiçbir unsur barındırmayan bir sözleşme türüne işaret etmektedir.³⁵

İsimsiz bir sözleşme olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalı olan *bileşik sözleşmeler*, birden çok ve bağımsız sözleşmenin niteliklerine hanel gelmeksizin kendilerine özgü nitelik ve unsurları sabit kalmak ve sözleşmelerin varlık ve geçerlilikleri

³¹ **Eren**, Borçlar Genel s. 207, Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 22.

³² Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 56; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, 4. Basıdan 7. Tıpkıbası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 54 vd.; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s.11.

³³ **Aral/Ayrancı**, s. 56.

³⁴ **Eren**, Borçlar Özel s. 22,23; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, 1989 Yılı Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 12; **Kuntalp**, s. 13.

³⁵ **Kuntalp**, s. 10.

birbirine bağılı olmak üzere tarafların iradeleri ile birleştirilmesi çerçevesinde oluşurlar.³⁶ Bu sözleşme içerisinde yer alan sözleşmelerin bağımsızlıklarını korumaları, sözleşmeden doğan sorunlara bağımsız sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanmasını gündeme getirir.³⁷

Karışık muhtevalı (karma) sözleşmeleri ise, Kuntalp, “*Karışık muhtevalı akit, tipleri, edimin muhteva veya yüklenilme biçimine bağılı akitlerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir akittir.*” şeklinde tanımlamaktadır.³⁸ Kuntalp’ in bu tanımına dayanak değerlendirilen görüşlerin, doktrinde söz konusu sözleşmenin tanımının temelini oluşturan Hoeniger ve Schreiber’ in görüşleri olduğu belirtilmektedir.³⁹ Anılan sözleşmeye ilişkin Hoeniger’ in “*Karışık muhtevalı akit, kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurların kanunun öngörmediği bir biçimde birleşmelerinden meydana gelir.*” ve Schreiber’ in “*Karışık muhtevalı akit, Alman Borçlar Hukukuna ait olan kanuni akit tiplerini, bu tiplere tam uymaksızın, kısmen ya da tamamen ihtiva eden akittir.*” tanımları ve tanımlardaki farklılıklar irdelendiğinde karışık muhtevalı sözleşmenin üç unsurunun bulunduğu görülmektedir.⁴⁰ Bu unsurlar; *tek bir sözleşmenin mevcudiyeti; sözleşmenin, bünyesinde, kısmen ya da tamamen kanuni sözleşme tiplerinin unsurlarını bir bütünlük içerisinde*

³⁶ **Eren**, Borçlar Özel s. 35-36; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1974, s. 9,10; **Kuntalp**, s.103; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 11

³⁷ Emre K. Gökyayla, Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2018, s. 21.

³⁸ **Kuntalp**, s. 102.

³⁹ **Kuntalp**, s. 26.

⁴⁰ Nakleden **Kuntalp**, s. 26 vd.

*birleştirmesi ve tipi, edimin içeriği ile yüklenme şekline bağlı sözleşmelerin asli unsurlarını kanun çerçevesinde öngörülmeyen şekilde birleştirmesi suretiyle meydana gelmesi olarak belirtilebilir.*⁴¹

Karma sözleşmelerin bir türü olan “**ift tipli karma sözleşmeler**” ise, farklı sözleşme tiplerine ait edimlerin mübadele içerisinde olduğu bir sözleşme tipine işaret etmektedir.⁴² Bu sözleşme tipi çerçevesinde, taraflarca, farklı sözleşme tiplerine ait asli edimlerin karşılıklı mübadelesi üstlenilmektedir.⁴³ Burada, taraflar, isimli iki sözleşmenin asli edimlerini kanunda öngörülmeyen şekilde karşılıklı olarak yüklenmekte ve her bir tarafın yüklendiği asli edim, hem isimli bir sözleşmenin asli edimini hem de tarafların birbirlerine karşı yüklendikleri edimleri ihtiva etmektedir.⁴⁴

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi de *ift tipli karma sözleşme* niteliğindedir.⁴⁵ Anılan sözleşme çerçevesinde, arsa paylarının mülkiyetinin devri ile eseri meydana getirme ve bağımsız bölümlerin teslimine ilişkin yükümlülükler karşılıklı olacak şekilde bir mübadele ilişkisindedir.⁴⁶

Bu hali ile tarafların yüklendiği borçlar yönünden iki sözleşme bir araya gelmekteyse de, sözleşme sonuç itibarıyla ne tamamen eser sözleşmesi ne de tamamen

⁴¹ **Kuntalp**, s. 61-66.

⁴² **Tandoğan**, Cilt I, s. 69; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s.12.

⁴³ **Aral/Ayrancı**, s. 58.

⁴⁴ **Eren**, Borçlar zel, s. 24- 25.

⁴⁵ **Aral/Ayrancı**, s. 58; **Eren**, Borçlar zel, s. 25; **Erman**, s. 6; **Gökyayla/Zevkliler**, s. 18; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 25-26; **Tandoğan**, Cilt I, s. 71; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku zel Hükümler**, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 8.

⁴⁶ **Erman**, s. 6; **Gümüş**, Borçlar zel Cilt I, s. 8.

taşınmaz satışı ya da satış vaadi sözleşmesi olarak nitelendirilmekte; anılan sözleşmelere ilişkin kurallar birebir sözleşme bileşenlerine uygulanmamaktadır.⁴⁷ Bu noktada ise, Yargıtay’ın kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde *edimlere tabi olduğu sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanması* yönünde verdiği kararlar⁴⁸ karma sözleşmelerin tabiatı ile bağdaşmadığı noktasında yazarlarca eleştirilmektedir.⁴⁹

C. Sözleşmenin Ani- Sürekli Borç İlişkisi Doğurması Üzerindeki Tartışmalar ile “Ani – Sürekli Borç Karmaşığı” Niteliği Yönündeki Görüş

Konumuz olan sözleşmenin, ani ya da sürekli edimli bir borç ilişkisi doğurup doğurmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışma, söz konusu sözleşme çerçevesinde yüklenicinin teslim gününde yapının tümünü bitirmekte temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi tarafından sözleşmenin sonlandırılmasını müteakip sözleşme hükümlerinin ileri ya da geriye etkili olup olmayacağı noktasında belirleyici olmasından dolayı yüksek önem taşımaktadır.⁵⁰ Bu noktada, “sözleşmenin feshi” ve “sözleşmeden dönme” kavramları üzerinde ilerideki bölümlerde ayrıca detaylıca durulacağını belirtmek isteriz.

⁴⁷ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 26.

⁴⁸ Yargıtay 15. HD, 25.12.1975 tarih, 4714-5159 (www.kazanci.com). Ayrıca **Kartal**, Kat Karşılığı, s.27, dn. 45; Yargıtay 15. HD, 05.12.1974 gün 974/1249-2188; 22.10.1976 gün 976/2015-3345 sayılı kararları.

⁴⁹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 27; **Ayazlı**, s. 45.

⁵⁰ **Ayazlı**, s. 45-46; **Erman**, s. 8; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 24; Yasemin Durak, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, C.1, Özel Sayı, s. 212; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s.558.

Borç sözleşmeleri zaman kıstası yönünden incelendiğinde; borçlu tarafından asli edim yükümlülüğünün zaman içerisinde tek seferde yerine getirmesi halinde “ani sözleşme”; asli edim yükümlülüğünün ifası ile zaman arasında borç ilişkisinin süreklilik arz etmesi halinde “sürekli sözleşme” şeklinde nitelendirilerek karşımıza çıktığı görülmektedir.⁵¹

Ani edimli borç ilişkisi çerçevesinde edimin ifa anı ve borcun sona erme anı birdir. Sürekli borç ilişkilerinde ise edimin zaman çerçevesinde kısımlar halinde yerine getirilmesi ve bunu müteakip bütünlük arz eden bir sonuç meydana gelmesi söz konusudur.⁵²

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve bununla birlikte eser sözleşmesinin zaman kıstası yönünden hukuki niteliği üzerinde doktrinde yer alan görüşlere aşağıda ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir. Bununla birlikte, yukarıda değinildiği gibi sözleşmenin feshi çerçevesinde anılan görüşlerin detaylı açıklamalarına ilgili bölümlerde ayrıca yer verilecektir.

Kartal, **kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde** edimlerin zaman süreci içerisinde kısımlar halinde sonucu meydana getirecek şekilde ifa edilmesi çerçevesinde bu sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olduğunu öne sürmektedir. Bunun nedeni olarak da, arsa sahibinin, eserin bir bütün olarak tamamlanmaksızın inşaatın belirli kesimlerinin yapılması çerçevesinde yükleniciye belirli bağımsız bölümlerin mülkiyetini devretmesi ve bununla birlikte daha önce arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmesi halinde söz konusu ipoteğin inşaatın ilerleme aşaması uyarınca peyderpey çözümlenmesini göstermektedir.⁵³

⁵¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 213; **Eren**, Borçlar Özel, s. 16.

⁵² **Erman**, s. 8, dn. 18.

⁵³ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 25.

Serozan, **eser sözleşmelerinde**, işin sonucu olan eserin meydana getirilme yönetiminin hukuken önem taşıdığını, yüklenicinin işinin borçlanılan edimin tümünden dışında kalan “hazırlayıcı bir faaliyet” olarak ele alınamayacağını ve bu nedenle eserin ücretine hazırlayıcı ve işi sonuca taşıyan eylemlerin de karşılığı olduğunu; bu noktada eser sözleşmesinin, hiçbir şekilde sürekli sözleşme ilişkisi niteliği taşıyamayacağı yönünde görüş öne sürmenin doğru kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.⁵⁴ Serozan, eser sözleşmesinin sürekli-geçici (ani) karmaşığı bir sözleşme niteliği taşıdığını ifade etmektedir.⁵⁵

Erman da, **konumuz olan sözleşmesinin** ani edimli borç ilişkisi doğurduğunun kabul edilemeyeceği; sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğunun da kabulünün gerektiğini belirtmektedir.⁵⁶

Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları adlı eserinde, “*Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi*” başlığı altında yaptığı karar incelemesi çerçevesinde yer alan “İsviçre – Türk Hukukunda baskın ve **doğru olan görüşe göre sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere vergi kurallarının da göz önünde tutulması gereken eser sözleşmesinde, iş sahibi, eski hale getirmeyi amaçlayan dönme hakkını kullanamaz. Böylece, dönmenin sonucu olarak geleneksel dönme kuramına göre yalnızca nedensiz zenginleşme, yeni dönme kuramına göre de eserin tamamlanan bölümünün değerini ödeyerek sözleşmeden kurutulamaz. İş sahibi, sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak bozacağını bildirebilir. Bundan dolayı, Borçlar Kanunu’ nun eserdeki ayıplara**

⁵⁴ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 173-174.

⁵⁵ **Serozan**, Dönme, s. 184.

⁵⁶ **Erman**, s. 9.

ilişkin 360. Maddesi (TBK m.475), müteahhidin borçlu temerrüdüne düşmesi durumuna da kıyas yoluyla uygulanmak gerekip, iş sahibi, sözleşme ile kararlaştırılan ücretten ancak bir indirim (ve gecikme tazminatı) isteyebilir. Başka deyişle, eser hangi oranda tamamlanmışsa, sözleşme ile kararlaştırılan ücreti de aynı oranda ve aynen (dava konusu olaydaki gibi arsa payı olarak kararlaştırılmışsa gene arsa payı olarak) ödemek zorundadır.“ şeklindeki aynen açıklamaları ile **eser sözleşmesinin** sürekli borç ilişkisi içerdiği yönündeki görüşü benimsediğini göstermektedir.⁵⁷

Tandoğan, **eser sözleşmesinin** sürekli borç ilişkisi içermediği; ayrıca anılan sözleşmenin İsviçre Hukuku öğretisinde baskın olan görüşe göre de sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak nitelendirilmediğini bildirmektedir.⁵⁸ Tandoğan’ ın atıf yapılan makalesinin ilgili bölümündeki açıklamalar aynen şu şekildedir: “*Peter Gauch’ a göre eser sözleşmesi sürekli değildir. Çünkü bu sözleşmede tipik edim borcu belli bir sonuca yönelmektedir. Bu sonuç, ister objektif olarak gözlenebilen maddi veya maddi olmayan bir sonuç; isterse maddi bir şey üzerindeki çalışma sonucu olarak kabul edilsin, her halde bir kezde gerçekleşmekte, sonuç gerçekleşince de karakteristik borç ortadan kalkmaktadır. Bu borç, devam eden bir ifaya değil, ifayla sona ermeye dayanmaktadır.*”⁵⁹ Tandoğan, aynı şekilde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi üzerine sözleşmeden dönmenin sonuçlarını incelediği ilgili bölümde, kendisi ve Seliçi’ nin dönmenin geriye etki edeceği

⁵⁷ İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları**, Dördüncü Cilt, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 466.

⁵⁸ Haluk Tandoğan, “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1981, C. 11, S. 1, s. 28,34.

⁵⁹ **Tandoğan**, Orantılı Ücret, s. 29.

ve kusurlu yüklenicinin ancak sebepsiz zenginleşme ya da yaptığı iş bedeline oranla objektif değer üzerinden bir para isteyebileceği görüşünü savunarak doktrindeki sözleşmenin niteliği üzerindeki tartışma çerçevesinde de sözleşmenin ani edimli olduğu ve bu çerçevede sonuç doğuracağı hususunu zımnen vurgulamaktadır.⁶⁰

Seliçi, edim sonucunun eserin teslimi çerçevesinde bir anda gerçekleşmesinden bahisle **eser sözleşmesinin** ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğunu belirtmektedir. Yazar, bu hususa, sözleşmeye borçlunun “edim fiili” açısından bakıldığında, yüklenicinin ediminin vakit alıcı nitelikte gözüktüğü ve yüklenicinin edim sonucunu hazırlamak adına pek çok faaliyette bulunacağı ve kanun koyucunun bu nedenle eser sözleşmesi çerçevesinde borçlunun edim fiilini düzenlemesi sırasında “sürekli borç ilişkilerine” has kuralları göz önünde bulundurduğu noktasında bir kısım eklemeler yapmaktadır.⁶¹

Ayazlı, konusu iş görme olan sözleşmelerde edimin meydana getirilmesinin zaman alacağı ve fakat üzerinde durulması gerekli noktanın edimin yerine getirilmesinin bir anda yahut zamana yayılı bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği olduğunu belirtmekte ve **konumuz olan sözleşmeyi** ani edimli nitelendirmektedir.⁶² Aynı düşünceye sahip bir diğer yazar Yavuz’dur.⁶³

Uygur, hazırlık faaliyetlerinin ifaya hazırlık çalışmaları olduğundan bahisle **konumuz olan sözleşmeyi** ani edimli nitelendirmektedir.⁶⁴

⁶⁰ **Tandoğan**, Cilt II, s. 147 vd.

⁶¹ Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 26.

⁶² **Ayazlı**, s. 46.

⁶³ **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 558.

⁶⁴ **Uygur**, s. 601-602.

Eren, yüklenicinin borçlandığı edimin ifasının sürekli olacak şekilde zamana yayılmamış olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, borçlanılan eserin ifasının uzun zaman gerektirmesinin sözleşmenin niteliğini etkilememesinden dolayı **eser sözleşmesini** ani edimli olarak nitelendirmektedir.⁶⁵ Aral, Altaş, Buz, Gümüş, Zevkliler ve Gökyayla da aynı görüşe sahiptir.⁶⁶

Konumuz olan sözleşmenin ani ya da sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu noktasındaki doktrinde yer alan argümanlar bu şekildedir. Hal böyle iken, YİBBGK' nın 25 Ocak 1984 gün, 1983/3 E., 1984/1 K. numaralı kararı, doktrinde anılan sözleşmenin ani-sürekli karmaşığı olarak nitelendirilmesini gündeme getirmiştir.⁶⁷

Söz konusu YİBBGK kararı, inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin teslim gününde yapıyı bitirmemesi ve kendi kusuru ile temerrüde düşmesi durumunda; somut durumun niteliğinin haklı kıldığı hallerde BK m. 360 (TBK m. 475)' ın kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı noktasındaki uyuşmazlık çerçevesinde toplanmaktadır. Anılan karara dayanak uyuşmazlık Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin mevcut durumlara BK m. 360 (TBK m.475)' ın kıyas yolu ile uygulanacağı yönündeki görüşü ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun yüklenicinin kusuru ile temerrüde düşmesi halinde uyuşmazlığın sadece BK 106-108 (TBK 123 -125) madde hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerektiği ve BK m. 360 (TBK m.475)' ın kıyasen uygulanamayacağı şeklindeki görüşü arasındaki çatışmadan öte gelmektedir. Anılan karar ile olayın niteliğinin haklı kıldığı durumlarda

⁶⁵ **Eren**, Borçlar Özel, 582-583.

⁶⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 360; Hüseyin Altaş, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. m. 368)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 50; Vedat Buz, “İş Sahibinin BK m. 369’ a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2001, C. 21, S. 2, s. 223; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 2, **Gökyayla/Zevkliler**, s. 467.

⁶⁷ **Erman**, s. 9.

TMK m. 2/2 göz önünde bulundurularak sözleşmenin ileriye etkili (ex nunc) fesih hükümleri çerçevesinde sonuç doğurabileceği kabul edilmiştir.⁶⁸

D. Sözleşmenin Şerh Edilebilirliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde, yüklenici lehine doğan kişisel hakkın TMK m. 1009 uyarınca tapu siciline şerh edilmesi mümkün olup; TK 26/f.7 hükmü kapsamında şerh için bir şerh anlaşmasının varlığına gerek duyulmamakta ve yüklenicinin anılan yöndeki tek taraflı istemi yeterli gelmektedir.⁶⁹ Bir başka ifadeyle, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, bünyesinde şerh hususunda mutabık kalınan ayrıca bir hüküm olmaksızın, sadece sözleşmenin yüklenici tarafından tapu siciline ibraz edilmesi ile tapu siciline şerh edilebilecektir.⁷⁰ Şerhin süresi azami beş yıl ile sınırlıdır.⁷¹

Anılan sözleşmenin şerhi, arsa sahibinin eserin meydana getirileceği taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda yükleniciye bir kısım haklar tanınmasını gündeme getirmektedir. Bu çerçevede, yüklenici sözleşme ile tarafına verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlere denk gelen arsa paylarının devrini yeni malikten talep edebilecektir.⁷²

Anılan sözleşmenin şerhi, aynı zamanda yükleniciden arsa payı alan üçüncü kişilerin TMK m. 1023 hükmünün koruyuculuğundan yararlanmasını engellemektedir.⁷³

⁶⁸ www.kazanci.com

⁶⁹ **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 113.

⁷⁰ **Öz**, Şekil Sorunları, s. 502.

⁷¹ **Öz**, Şekil Sorunları, s. 502; Tapu Kanunu m. 26/f. 8.

⁷² **Erman**, s. 10; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 113.

⁷³ **Erman**, s. 10-11.

VI. SÖZLEŞMENİN MEYDANA GETİRİLME TİPLERİ

Belirli bir sayı ile sınırlandırma olanağı olmamakla birlikte, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin farklı tiplerde ve aşağıda sıralanan üst başlıklar çerçevesinde yapıldığı gözlemlenmektedir.⁷⁴

A. Arsa Payı Üzerinde Satış Vaadine Karşılık İnşaat Yapma Taahhüdü İçerir Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Arsa sahibinin arsa payı üzerinde satış vaadinde bulunduğu; yüklenicinin ise bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt ettiği bu tip sözleşmeler, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin pratikte en fazla karşılaşılan şeklini oluşturmaktadır.⁷⁵

Bu sözleşme, arsa paylarının satış vaadini içerir *taşınmaz satış vaadi sözleşmesi* ve inşaat yapımını öngören *eser sözleşmesinin* unsurlarını içermekte; sözleşmenin şekli hususundaki sorunlar kendini en çok bu meydana getirilme tipinde göstermektedir.⁷⁶ Sözleşmenin şekli hususu, takip eden paragraflarda ayrıca incelenecektir.

⁷⁴ **Durak**, s. 214-216; **Erman**, s. 11-15; **Kartal**, Kat Karşılığı, 29 -31; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 559 – 561.

⁷⁵ **Durak**, s. 214; **Erman**, s. 15; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 31; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 561.

⁷⁶ Bilal Kartal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (III)”, **Yargıtay Dergisi**, 1983, C. 9, S.3, s. 551.

B. Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Sözleşmenin anılan tipinde, arsa sahibi, tarafına ait ve üzerinde kat irtifakı tesis edilmiş arsasının ileriki aşamalarda bağımsız bölümlere tahsis edilecek olan belirli paylarının mülkiyetini bir satış sözleşmesine dayanarak yükleniciye devretmektedir. Bu taşınmaz mülkiyet devrine ek olacak şekilde, arsa sahibi ve yüklenici noter nezdinde düzenleme şeklinde bir eser sözleşmesi yapılması suretiyle yüklenici tarafından inşa edilecek yapının teknik nitelikleri, inşaat başlama ve bitirme süresi, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin özellikleri, cezai şart vb. koşulları kayıt altına almaktadır.⁷⁷

Bu sözleşme tipinde, taşınmaz mülkiyeti devrinin dayanağı olarak satış sözleşmesinin gösterilmesi söz konusu olmakta ise de, taşınmaz mülkiyet devrinin dayanağının taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi olduğunun göz önünde bulundurulması ve devir işlemi ve eser sözleşmesinin bu çerçevede bir bütün halinde değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷⁸

Arsa sahibinin, bu sözleşme tipinde, arsa paylarını işin başında yükleniciye devretmesi, onu, devrettiği paylar üzerinde pratikte “teminat ipoteği” adı verilen bir lehine ipotek tesis etmeye sevk etmektedir. İnşaatın belirli seviyelere ulaşması halinde ipoteğin peyderpey kaldırılması söz konusu olsa da; yüklenicinin tarafına devredilen arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesi ya da bu kişilere bu payların satışını vaat etmesi ile hususun tapu siciline şerhi ve bununla birlikte yüklenicinin inşaatı yarım bırakarak gitmesi hallerinde bu ipotek tesisinin arsa sahibinin haklarını güvenceye aldığından bahsedilemeyecektir.⁷⁹

⁷⁷ **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 115; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 29.

⁷⁸ **Erman**, s. 13; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 115.

⁷⁹ **Erman**, s. 12-13; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 29.

C. Arsanın Tamamının Yükleniciye Devri Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Bu sözleşme, bünyesinde arsa paylarının satışını içerir *taşınmaz satış sözleşmesi* ve inşaat yapımını öngören *eser sözleşmesinin* unsurlarını barındırmaktadır. Arsa sahibi, tarafına ait ve üzerinde kat irtifakı kurulmamış olan arsanın tüm paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmekte ve bu taşınmaz mülkiyet devrine ek olacak şekilde, arsa sahibi ve yüklenici noter nezdinde düzenleme şeklinde bir eser sözleşmesi yapılması suretiyle arsa sahibi ve yükleniciye ait olacak mülkiyet payı, yüklenici tarafından inşa edilecek yapının teknik nitelikleri, inşaat başlama ve bitirme süreleri, cezai şart ve diğer bir kısım koşulları kayıt altına almaktadır. Taşınmaz mülkiyeti devrinin dayanağı olarak satış sözleşmesinin gösterilmesine rağmen, gerçekte bir satış söz konusu olmayıp, yüklenicinin görünüşteki satış bedeli ödeme borcuna karşılık mülkiyeti devredilen taşınmaz üzerinde, arsa sahibi lehine inşaat yapımına paralel olacak şekilde çözülmek üzere ipotek tesis edilmektedir.⁸⁰

D. Arsa Paylarının İnşaat Aşaması Çerçevesinde Devri Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Bu sözleşme tipi, görünürde bir taşınmaz satışı ya da taşınmaz satış vaadi unsuru içermemekte olup; sözleşmenin tarafları noterde resmi şekilde düzenledikleri bir sözleşme ile hangi pay ya da bağımsız bölümün arsa sahibi ve yükleniciye ait olacağı hususunda anlaşmaktadır. Bu sözleşme ile iş sahibi, aynı zamanda, inşaatın belirli seviyelere ulaşması halinde yükleniciye bıraktığı arsa paylarının, yükleniciye, tapuda devredileceği ya da bu payların satışı için yükleniciye vekalet verileceği taahhüdünde

⁸⁰ **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 114; **Kartal**, Kat Karşılığı, s.30.

bulunmakta ve dolayısıyla sözleşme içeriğinde yer almasa da tarafların amaçladıkları hukuki sonuç uyarınca ve en nihayetinde sözleşmenin biçim olarak doğru yapılması halinde sözleşmenin bir gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi olarak yorumlanmasına yol açmaktadır.⁸¹

Bu sözleşme tipi, henüz inşaat başlamaksızın ya da inşaatın belirli aşamalarında yükleniciye kalan bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere devrini sağlamak için yine yükleniciye bir doğrudan temsil yetkisi verilmesi ve böylelikle yüklenicinin, iş sahibi adı ve hesabına sattığı bağımsız bölümün satış bedeline, temsil yetkisine dayanarak el koyması noktasında, isabetsiz bir sözleşme olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁸² Arsa sahibinin, arsa paylarını, yükleniciye devretmemesi ve uhdesinde tutması, kendisine bir kısım güvence sağlayabilecektir.⁸³

VII. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Konumuz olan sözleşmenin, *eser sözleşmesi* ile *taşınmaz satışı* veya *taşınmaz satış vaadi* sözleşmelerini içeriğinde barındıran çift tipli karma nitelikli bir sözleşme olmasından dolayı, hangi şekle tabi olacağı sorunsalı unsurlarını oluşturan ve kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşmeler uyarınca belirlenmek durumundadır.⁸⁴ Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmelerinin kurulmasında bir geçerlilik şekli öngörülmemekle

⁸¹ **Durak**, s. 215-216; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 29-30; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 560.

⁸² **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 115.

⁸³ **Erman**, s. 14-15.

⁸⁴ **Erman**, s. 17; **Öz**, Şekil Sorunları, s. 499.

birlikte; taşınmaz satışı ile satış vaadi sözleşmelerinin resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmayacağı hususu, TBK m.237/f.1-2 çerçevesinde hüküm altına alınmıştır.⁸⁵

TBK m. 237/f.1 çerçevesinde, “taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şart” olup; TBK’ nın ilgili hükmü, “taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olmasının resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlı” olduğunu düzenler TMK m.706 ile uyumludur. Buradaki “resmi şekil” geçerlilik şartı olup; Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde tanımlanmamış olan bu tabir ile hukuki işlem veya sözleşmenin, devletin görevlendirdiği bir kişi tarafından (tapu memuru, noter vd.) kanunlarca öngörülen usul ve şartlar çerçevesinde yapılması kastedilmiştir. Taşınmaz satımına ilişkin sözleşmenin hangi memur tarafından düzenleneceği Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde düzenlenmiş olmamakla birlikte, 1934 yılına değin uygulamada süregelen bu sorunu, 2644 sayılı Tapu Kanunu’ nun m. 26/f. 1 hükmü ortadan kaldırmış; bu özel hükme göre taşınmaz satış sözleşmelerini yapmaya da kural olarak ve kaynak İsviçre Hukukundan ayrılmak üzere tapu sicil memurları yetkili kılınmıştır.⁸⁶

Diğer taraftan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini yapma yetki ve görevi, 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60/f.3 çerçevesinde noterlere bahşedilmiş ve anılı kanunun 89. maddesi uyarınca resmi şeklin düzenleme şeklinde olacağı kayıt altına alınmıştır.

Niteliği üzerinde farklı görüşler olsa da, baskın görüş Türk Hukukunda taşınmaz satış vadinin bir “ön sözleşme (sözleşme yapma vaadi)” olduğu yönündedir.⁸⁷ Bu

⁸⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

⁸⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 283; **Esener/Güven**, s. 187-188; **Öz**, Şekil Sorunları, s. 498; TBK m. 237/1, TMK m. 706, TK m.26.

⁸⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 309; **Esener/Güven**, s. 193; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü”, **Ankara Üniversitesi**

noktada, “taşınmaz satışı sözleşmesinin” TK 26’ ncı maddesi uyarınca tapu sicil müdürlüğünde resmi şekilde düzenlenmesi ve buna karşılık “taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin” NK 60/3; 89’ uncu maddeleri uyarınca noter nezdinde düzenleme şeklinde resmi şekilde gerçekleştirilmesi, TBK 29/2 hükmüne bir istisna getirdiği yönünde eleştirilmektedir.⁸⁸ Nitekim, 6098 sayılı TBK m.29/2, 818 sayılı BK m.22/2’ den farklı olacak şekilde “kanunda öngörülen istisnalar dışında” ön sözleşmenin geçerliliğini ileride kurulacak sözleşmenin geçerliliğine bağlamıştır.⁸⁹

Doktrinde bazı yazarlar, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu sicil müdürleri ve/veya görevlilerince de yapılabileceklerini savunmakta⁹⁰; savlarını TK m. 26/f.1 bünyesindeki *mülkiyete mütedair* ifadesinden tapu sicil memurlarının taşınmaz satış vaadi sözleşmesini de yapmaya yetkili oldukları anlamı çıktığı hususuna dayandırmaktadır.⁹¹

Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, 2017, s. 390; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 103; Mustafa Çenberci, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s.15; **Öz**, Şekil Sorunları, s. 499; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2013, s. 98; Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 1971, s. 129; karşı görüş için **Tunçomağ**, Cilt II, s. 172-173; **Kartal**, Kat Karşılığı, s.33.

⁸⁸ **Öz**, Şekil Sorunları, s. 499; Safa Reisoğlu, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2007, C. 24, S. 2, s. 10.

⁸⁹ **Öz**, Şekil Sorunları, s. 499.

⁹⁰ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 361; **Ozanoğlu**, s. 390; **Öz**, Şekil Sorunları, s. 500; **Tunçomağ**, Cilt II, s. 174.

⁹¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 103; **Tekinay**, s. 129-130.

Bu görüşe göre, tapu sicil memurlarınca gerek taşınmaz satışı gerekse taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini; noterler ise salt taşınmaz satış vaadi resmi senetlerini düzenleyebileceklerdir.⁹² Yine, bir yukarıdaki paragrafta bahsedildiği üzere taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ön sözleşme niteliğinde olması ve asıl sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesinin şekline uygun kurulması gerekliliğine dayanarak bu sözleşmenin tapu sicil müdürlüklerinde yapılabileceği argümanı savunulmaktadır.⁹³

Bu görüş karşısında olan yazarlar ise⁹⁴, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisinin tamamıyla noterlere ait olduğu görüşünü savunmakta olup; söz konusu argümanlarını, TK 26/f.7 maddesi⁹⁵ çerçevesinde sınırlayıcı olacak şekilde *noterler tarafından düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin* taraflardan birisinin istemi halinde tapu siciline şerh edilebileceği hususuna dayandırmaktadır.⁹⁶

TK m.26/f.7; “*Noterlik Kanunu*’ nun 44 üncü maddesinin (B) bendi⁹⁷ mucibinde *noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri* (Ek ibare: 5831-15.01.2009/m.1) ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de *taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.*” şeklindedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisinin tamamıyla noterde olduğunu savunan yazarlara göre, gayrimenkul siciline şerh düşülmesi, ancak kanunun özel izin verdiği hallerde olanaklı olup; Tapu Kanunu m. 26/f.7 çerçevesinde tapuda düzenlenmiş gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerine şerh imkanı tanınmamakta ve kanun koyucunun noterde düzenlenen satış

⁹² **Esener/Güven**, s. 194.

⁹³ **Ozanoğlu**, s. 390, 391; TBK m. 29/f.2.

⁹⁴ Bkz. **Çenberci**, s.110

⁹⁵ 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26/f.7.

⁹⁶ **Esener/Güven**, s. 194; **Çenberci**, s. 110.

⁹⁷ 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60/f.3.

vaadinin şerhine izin verirken, tapuda yapılan satış vaatlerini bu imkandan özellikle yoksun kılmasının düşünülmesi mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, Noterlik Kanunu m.89 çerçevesinde, gayrimenkul satış vaadinin anılan Kanunun öngördüğü hükümler çerçevesinde düzenlenmesi karşısında, tapu sicil görevlilerinin bu hükümler uyarınca gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi düzenlemeleri kanun koyucunun amacı dışında kalmaktadır.⁹⁸

Doktrinde yaygın olarak, sözleşmenin taraflarından birisinin ediminin resmi şekle tabi olmasının, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de bu şekle uyularak yapılmasını gerektirdiği görüşü savunulmaktadır.⁹⁹

⁹⁸ **Çenberci**, s. 110-111.

⁹⁹ **Ayazlı**, s. 47-48; Cengiz Kostakoğlu,“Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil”, **Yasa Hukuk Dergisi**, 1984, C. 7, S. 7, s. 928-929; **Erman**, s. 17; **Özmen/Karaman**, s. 53; **Reisoğlu**, Arsa Payı s. 10; **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 561-564.

İKİNCİ BÖLÜM

TARAFLARIN BORÇLARI

I. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

A. Arsayı İnşaata Elverişli ve Ayıpsız Olarak Teslim Etme Borcu

6098 sayılı TBK' nın karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifadaki sırayı düzenler, “*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*” şeklindeki 97. maddesi çerçevesinde **yer teslimi** arsa sahibinin öncelikli edim borcunu oluşturmakta; yüklenicinin inşaata başlaması, arsa sahibinin üzerine bina inşa edilecek arsasının, **inşaata elverişli** ve **ayıpsız** bir şekilde yükleniciye teslim edilmesini gerekli kılmaktadır.¹⁰⁰

Burada, *inşaata elverişli* ibaresinden kasıt, arsanın imar plan ve projesine uygun olması gerektiğidir.¹⁰¹ Belediyeden imar durumu temini çerçevesinde inşaatın teknik açıdan hazırlığı başlamakta; imar durumunun alınmasını müteakip arsanın imar durumuna uygun olarak projelendirilmesi ve arsa üzerinde oluşturulan bu plan ve projenin belediye onayına sunulduktan sonra inşaat ruhsatının alınması şeklinde devam etmektedir.¹⁰² Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde inşa edilecek binalara ilişkin 3194 sayılı İmar Kanunu' nun 21. maddesi çerçevesinde yapı ruhsatı alınması bir

¹⁰⁰ Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2015, s. 261.

¹⁰¹ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 262, 263; **Kartal**, Kat Karşılığı, s.105, 106.

¹⁰² **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 262.

zorunluluk olup¹⁰³; ilgili Kanunun 22. maddesi uyarınca yapı ruhsatını almaya yapı sahipleri ya da kanuni vekilleri yetkili kılınmaktadır.¹⁰⁴ Bu çerçevede, arsa sahibinin arsayı teslim etme borcu, *arsanın imara uygun yapı ruhsatı ile birlikte yükleniciye teslimi* olarak yorumlanmalıdır.¹⁰⁵ Kural bu olmakla birlikte, uygulamada çoğunlukla konumuz olan sözleşme bünyesine, arsa sahibi tarafından yükleniciye inşaatla ilgili resmi işlemleri yürütebilmesi adına vekaletname verilmesi hususunu kayıt altına alır bir madde eklenilmesi suretiyle, inşaatla dair proje hazırlanması, onay sürecinin tamamlanması, iskan ruhsatının teminine ilişkin yükümlülüklerinin yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmaktadır.¹⁰⁶ Bu durumda da, arsa sahibinin söz konusu resmi işlemleri yürütülebilmesi adına yükleniciye vekalet verilmesi suretiyle yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir.¹⁰⁷

Bununla birlikte, yükleniciye teslim edilecek arsa üzerinde hukuki bir ayıbın bulunmaması da gerekmektedir.¹⁰⁸ Hususa ilişkin Yargıtay içtihatları bu doğrultudadır.¹⁰⁹

¹⁰³ 3194 sayılı İmar Kanunu' nun 21. maddesi uyarınca aynı Kanunun 26. Maddesinde ifade olunan istisnalar haricinde tüm yapılar için belediye ya da valiliklerden yapı ruhsatı alınması zorunludur.

¹⁰⁴ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 106; 3194 sayılı İmar Kanunu.

¹⁰⁵ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 106.

¹⁰⁶ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 263.

¹⁰⁷ **Erman**, s. 56 - 57; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 106.

¹⁰⁸ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 106; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 261.

¹⁰⁹ “*Taraflar arasında düzenlenen 28.7.2006 tarihli arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde, 15 daireden ibaret inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 15 aylık sürede tamamlanacağı, çevre düzenlemesi için 1 aylık ek süre tanınacağı kararlaştırılmıştır. Davalı, inşaatla başlamak üzere ruhsat başvurusunda bulunduğu anda arsanın komşu*

parsele tecavüzlü bulunduğu anlaşılmış, Kadıköy Kadastro Müdürlüğü'nce düzenlenen aplikasyon krokisinde bu tecavüz 15.3.2010 tarihinde giderilebilmiştir. Bilirkişi raporuna göre bu tarihten itibaren ruhsat alımı için 3 aylık süre gerektiği saptanmış olduğundan inşaatın başlama tarihi 15.6.2010 olmaktadır. Eldeki dava, 23.6.2010 günü açıldığına göre, inşaat süresinin henüz başlangıcında davanın açılmış olduğu görülmektedir. 818 Sayılı Borçlar Yasası'nın 355 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimler içerip, kendi edimini yerine getirmeyen taraf, karşı taraftan ediminin ifasını isteyemez (B.K. m. 81). Arsa sahibinin edimi, inşaat yapılacak arsayı, inşaat yapımına uygun biçimde (ayıpsız) teslim etmektir. Somut olayda, arsaya komşu parselin tecavüzü sebebiyle inşaat yapımına uygun bulunmadığı görülmüştür. Arsadaki bu ayıp giderilmeden yüklenicinin inşaatı başlaması beklenemeyeceği gibi yasal olarak da mümkün olmadığından gecikmede kusurun varlığından söz edilemez. İnşaat yapım süresi ancak arsadaki kusurun giderilmesiyle başlar. Nitekim, komşu parsel tecavüzü önlendikten sonra makul sürede ruhsat alınarak inşaatı başlanmış ve yargılama aşamasında inşaat büyük oranda tamamlanmıştır. Kaldı ki, fesih davası devam ettiği sürece yüklenicinin inşaatı devam zorunluluğu da yoktur. Buna rağmen inşaatı devam edilmiş bulunması ve inşaatın yasaya aykırılığı da iddia edilmediğine göre, yüklenicinin kusurlu olduğu kabul edilemez. O halde açıklanan sebeplerle davanın reddine karar verilmelidir.” –

Yargıtay 15. HD, 17.06.2013 tarih, 2013/2750 E., 2013/3905 K. sayılı karar (www.kazanci.com); **“Yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaatı başlanabilmesi için öncelikle arsanın inşaatı elverişli bir şekilde ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gerekir. Davalı yüklenici plan ve projeleri tasdik ettirmesi ne ve noterden keşide ettiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektrik ve su**

aboneliklerini iptal ettirip gecekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek davacı arsa sahibi arsayı inşaata elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK'nın 90. maddesi uyarınca temerrüde düştüğü ve bu suretle ruhsat alınıp inşaata başlanamamasında arsa sahibi kusurlu olduğundan birleşen fesih davasının reddi gerekir. ... Somut olayda inşaat yapılması kararlaştırılan davalıya ait arsa üzerinde davalıya ait gecekondunun bulunduğu ve sözleşme tarihinde tapu kaydında ipotek şerhi olduğu anlaşılmaktadır. Yüklenici 04.12.2003 tarihli ihtarla ipoteğin kaldırılmasını talep etmiş, 09.12.2003 günü ipotek terkin edilmiş, yüklenici 26.03.2004 tarihinde plan ve projeleri belediyeye tasdik ettirdikten sonra 30.04.2004 tarihli ihtarla inşaata başlayabilmek için arsa üzerindeki gecekondunun yıkılmasını talep etmiş, gecekondunun yıkılmadığı gibi 04.05.2004 tarihinde arsa sahibi, yüklenici ve temsilcisini vekaletten azletmiştir. Belediye yazısından da, elektrik ve su abonelikleri iptal edilmeden gecekondunun yıkım ruhsatının ve gecekondunun yıkılmadan da inşaat yapım ruhsatının verilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı yüklenici plan ve projeleri tasdik ettirmesi ne ve noterden keşide ettiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektrik ve su aboneliklerini iptal ettirip gecekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek davacı arsa sahibi arsayı inşaata elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK'nın 90. maddesi uyarınca temerrüde düştüğü ve bu suretle ruhsat alınıp inşaata başlanamamasında arsa sahibi kusurlu olduğundan birleşen fesih davasının reddi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” – Yargıtay 15. HD, 22.04.2008 tarih, 2007/3118 E., 2008/2682 K., Diğer bir karar için bkz. Yargıtay 15. HD, 09.04.1990 tarih, 1989/3976 E., 1990/1715 K. (www.kazanci.com)

Arsa üzerinde hukuki bir ayıbın mevcut olduğuna yüklenici tarafından vakıf olunması halinde, TBK m. 472/3 hükmü gereğince durumun derhal arsa sahibine bildirilmesi gerekmekte olup; yüklenicinin derhal bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde sorumluluk hükümlerinden kurtulması söz konusu olacaktır.¹¹⁰

Bu hususlara ek olacak şekilde, sözleşmeye konu arsa üzerinde yapılacak inşaat çerçevesinde sözleşme yapılma anında bir imkansızlık mevcut ise TBK 27/1 uyarınca sözleşme, başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüz sayılacaktır.¹¹¹ Burada dikkat edilmesi gereken husus, salt belirli bir borçlu için subjektif imkansızlığın (*öznel ifa güçsüzlüğü*) baştan imkansızlık butlanına yetmemesi, başlangıçtaki imkansızlığın butlana yol açabilmesi için bu imkansızlığın objektif ve mutlak nitelikte olması gerektiğidir.¹¹²

İmkansızlığın sözleşmenin meydana getirilmesinden sonra ortaya çıkması halinde ise somut uyuşmazlık uyarınca TBK m. 112 ya da 136 hükümlerinin uygulanması yoluna gidilebilecektir.¹¹³

Arsa sahibinin, arsa teslim borcu çerçevesinde ele alınacak bir diğer husus, yüklenicinin *işe başlama ve işi bitirme zamanı* kapsamında, yapı ruhsatı alınmaksızın işe başlamasının söz konusu olmaması ve arsanın parselasyonu adına geçen sürenin sözleşme çerçevesinde kararlaştırılan ve işi tamamlaması için öngörülen süreye eklenmesi gerektiğidir.¹¹⁴

¹¹⁰ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 107.

¹¹¹ **Erman**, s. 55; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 108.

¹¹² Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 164.

¹¹³ **Erman**, s. 56.

¹¹⁴ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 107.

Bu noktada, uygulamada sık rastlanılan bir sorun, arsa sahibinin, yapı ruhsatı alınması adına yükleniciye vekalet vermemesi ya da yükleniciyi vekaletten azletmesi suretiyle yasal prosedürlerin yerine getirilmesine engel olması noktasında toplanmaktadır.¹¹⁵ Bu halde, sözleşme süresinin işlemeye başladığı ve devam ettiğinden de söz edilemeyecektir.¹¹⁶

Buna karşılık, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yetkilendirilen yüklenici tarafından temel ruhsatının alınmasını müteakip belirli bir süre sonra bitirilmesinin kararlaştırıldığı hallerde ve yüklenicinin işi geciktirmesi durumunda, yapı ruhsatının alınma tarihinin kesin olarak belirtilmemesi nedeniyle yüklenicinin temerrüdünün kendiliğinden TBK m. 124 çerçevesinde oluşmayacağı ve arsa sahibinin TBK m.117/1 hükmü uyarınca ayrıca ihtar keşide etmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir.¹¹⁷ Ve fakat, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında, *sözleşme üzerinden yaklaşık dört yıl geçmesine karşın ruhsat almayan ve inşaatı başlamayan yüklenicilerin kendilerine tanınan hakkı kötüye kullanmalarının iyiniyetle bağdaşmadığı ve gecikmenin haklı ve makul bir nedeninin bulunmadığı; gecikmenin salt yüklenicilerin kusuruna dayandığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin yüklenicilerin temerrüde düşürülmemesinden bahisle inşaat süresinin başlamadığı yönündeki gerekçesini reddederek arsa sahiplerinin kat karşılığı inşaat sözleşmesini feshetmekte haklı oldukları yönünde bir içtihatla bulunmuştur.*¹¹⁸

¹¹⁵ **Erman**, s. 58.

¹¹⁶ **Erman**, s. 58.

¹¹⁷ **Durak**, s. 229; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 107-108.

¹¹⁸ *“Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine karar verilmesi istemine ilişkindir. Davalı yükleniciler, inşaat ruhsatı alabilme durumuna henüz gelebildiklerinden, inşaat yapım süresi de ruhsattan başlayacağından davanın reddini savunmuşlardır.*

*Mahkemece, davacıların inşaat ruhsatı almaları konusunda yüklenici davalıları temerrüde düşürmedikleri böylece inşaat süresi başlamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Taraflar arasında akdedilen düzenleme şeklindeki 19.10.1998 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahiplerine ait 30 ve 31 no'lu parsellerin tevhidinden sonra, imar durumuna uygun proje çizileceği, ruhsat alındıktan itibaren de 25 ay içinde anahtar teslimi inşaatın tamamlanacağı kararlaştırılmıştır. Tevhid işleminden sonra oluşan 135 parselin imar durumunun alınması için yüklenici, 20.8.1999 tarihli dilekçesiyle belediyesine başvurmuş, harcını yatıramadığından imar durumu düzenlenememiş, daha sonra 12.6.2000 tarihinde yatırıldıktan sonra düzenlenebilmiştir. Ancak yükleniciler, bu tarihten sonra ruhsat için başvuruda bulunmamışlar, 22.3.2002 tarihinde mahallinde yapılan tespit de, arsa üzerinde fiilen bir inşaata başlanılmadığı gibi başlama hazırlığının da bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu tespit raporu, davalı yüklenicilere tebliğ edilmiş, itirazları olmamıştır. Her ne kadar sözleşmede, ruhsat alımı için bir süre öngörülmemiş ise de, yukarıda açıklandığı üzere, davalılar harç ödemediklerinden yaklaşık 1 yıl sonra imar durumu alınabilmiştir. 2 yıla yakın bir süre geçmesine karşı henüz ruhsat alınamamış, yargılama aşamasında dahi alınmış değildir. **Bütün bu olgular birlikte değerlendirildiğinde davalı yüklenicilerin temerrütlerinin varlığı ortadadır. Sözleşme tarihine göre 4 yıla yakın süre geçmiştir. Arsa sahiplerinin tahammül süreleri fazlasıyla aşılmıştır. Yüklenicilerin kendilerine tanınan hakkı kötüye kullanmaları iyiniyetle bağdaşmaz (MK.2.md). Gecikmenin haklı ve makul bir nedeni yoktur. Tamamen davalıların kusuruna dayalıdır. O halde fesih davacı arsa sahiplerinin haklı olduklarının kabulüyle sözleşmenin feshi yerine yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru olmamıştır. Karar bu nedenlerle bozulmalıdır.***

– Yargıtay 15. HD, 06.10.2003 tarih, 2003/1390 E., 2003/4548 K.

Sözleşme çerçevesinde inşaat süresinin temel üstü ruhsat tarihinden itibaren başlayacağını kabul edilmesi halinde, geciken ruhsat alımında yüklenicinin ihmal ve kusurunun bulunmaması durumunda ise, sözleşme çerçevesinde yüklenicinin işe başlama süresinin gecikmeli olarak temin edilen temel üstü ruhsat tarihinden itibaren hesaplanması gerekmektedir.¹¹⁹

¹¹⁹ “Taraflar arasındaki 8.12.1977 tarihli sözleşme ile 18.10.1982 tarihli ek sözleşmede davalının yapımını üstlendiği inşaatın süresi, temel üstü ruhsatının alındığı tarihten itibaren 36 aydır. Her ne kadar sözleşmede anılan ruhsatın 30.11.1982 tarihine kadar alınması öngörülmüş ise de, bu tarihin temerrüt için yeterli bir sebep sayılması olanaksızdır. Çünkü inşaat ruhsatı imar mevzuatı gereğince idari işlem sonucuna bağlı olduğundan bunun belli bir süre içinde alınması zorunluluğu müteahhide yükletilemez. Diğer bir deyimle, inşaat ruhsatının alınması idari formaliteler ve imar mevzuatından kaynaklanan gecikmelere uğraması mümkündür. Bundan da yüklenicinin sorumlu tutulması düşünülemez. O halde mahkemece yapılacak iş, temel üstü ruhsatının alındığı tarihi belediyeden sormak suretiyle saptamak; bu tarihe, sözleşmede tanınan 36 aylık inşaat süresi eklenmek ve varsa davacının kusuruna bağlı gecikmeler ilave edilerek, böylece inşaatın ikmal ve teslim tarihi saptandıktan sonra dava tarihlerine gere bir gecikme varsa sözleşmede öngörülen ifaya eklenen cezadan davacılara isabet eden miktar ile teslim süresinin sona ermesine rağmen oturma izninin alınmamasından dolayı inşaatla mevcut hukuki ayıp nedeniyle davaya konu edilen değer farkının ödetilmesine karar vermek olmalıdır. Aksi durumda, yani sözleşmeye konu edilen eser için esasen inşaat ruhsatının verilemeyeceğinin anlaşılması halinde, imar mevzuatının emredici hükümleri ve kamu düzeni ile ilgisi nedeniyle davalı, inşaatı yapmaya zorlanamayacağından davanın tümünün reddine karar verilmelidir. Diğer bir

Yüklenici, yapı ruhsat alınmaksızın hiçbir şekilde imar mevzuatına aykırı olacak şekilde inşaaata başlamaya zorlanamaz.¹²⁰ İmar Kanunu m. 42 çerçevesinde imar mevzuatına muhalefet oluşturacak şekilde ruhsatsız ya da ruhsata aykırı bina yapımı yapı sahibi ve yüklenici açısından ayrı ayrı yaptırımlara bağlanmıştır.¹²¹ Yargı kararlarında da imar mevzuatına aykırılık oluşturacak şekilde bina inşası gerçekleştiren yüklenici ve arsa sahiplerinin “imar suçu” işlediği kabul edilmekte ve yasaya aykırı taleplerin hukuken dinlenilemeyeceği hususu kayıt altına alınmaktadır.¹²² Bununla birlikte, 3194 sayılı

durumda inşaat ruhsatının alınması mümkün olmakla beraber yüklenicinin ihmalden kaynaklanan bir gecikmenin varlığından söz edilebilir. Burada inşaat ruhsatının objektif ölçüler içinde ne kadar zamanda alınabileceği bilirkişiler aracılığıyla tesbit edilmeli, bu sürenin bitiminden sonra 36 aylık inşaat süresine eğer varsa arsa sahiplerinin kusurlarından doğan gecikmeler de eklenmeli ve yukarıda açıklandığı üzere sonucuna uygun bir karar kurulmalıdır.”- Yargıtay 15. HD, 07.03.1989 tarih, 1988/2231 E., 1989/1061 K. sayılı kararı, Kostakoğlu, Kat Karşılığı İnşaat, s. 303.

¹²⁰ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 105; 3194 sayılı İmar Kanunu m. 21, 32, 42.

¹²¹ 3194 sayılı İmar Kanunu m. 42.

¹²² “İmar Kanunu'nun hükümleri emredici nitelikte olup, herkesi bağlar ve mahkemelerce de re'sen göz önünde tutulur. Kanununun 42. maddesi, ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina yapımını "imar suçu" olarak kabul etmiş; hem yüklenici ve hem de arsa sahibi yönünden cezai yaptırımlar getirmiştir. Yasaları uygulamakla görevli olan mahkemeler de, imar suçu işleyen yükleniciler ile onların bu eylemlerinden yararlanmak isteyen arsa sahiplerinin yasaya aykırı talepleri doğrultusunda karar veremezler.” - **Yargıtay 15. HD, 04.01.1999 tarih, 1999/2019 E., 1999/3893 K. sayılı kararı, Kostakoğlu, Kat Karşılığı İnşaat, s. 276-277.**

Kanuna 18.05.2018 yürürlük tarihli 7143 sayılı Kanun ile eklenen Geçici 16. madde çerçevesinde imar mevzuatına aykırı yapılarla ilgili olmak üzere yeni bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiş, imara aykırılığın giderilmesi adına 31.12.2017 tarihinden önce imar mevzuatına aykırı olacak şekilde inşa edilen yapılar için yapı kayıt belgesi verilme imkanı ve verilme koşulları kayıt altına alınmış olup; ilgili Kanunun geçici 16. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir¹²³:

“Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir. Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedilir.”

Yargıtay son güncel içtihatlarında, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde ilgili madde hükmünün mevcut uyuşmazlıklarda uygulanıp uygulanmayacağıının öncelikli olarak değerlendirilmesi yönünde görüş bildirmektedir.¹²⁴ Yüksek mahkemenin anılan kararı çerçevesinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında inşa edilen imar

¹²³ İmar Kanunu geçici 16. maddesi.

¹²⁴ Yargıtay 15. HD, 25.10.2018 tarih, 2018/1235 E., 2018/4073 K., Yargıtay 15. HD, 11.07.2018 tarih, 2018/1759 E., 2018/3022 K., Yargıtay 15. HD, 09.07.2018 tarih, 2018/1125 E., 2018/2952 K. sayılı kararlar.

mevzuatına aykırı yapıların öncelikli olarak madde kapsamına tabi tutulup tutulmayacağıının değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.¹²⁵

B. Arsa Payı Devir Borcu

Sözleşme çerçevesinde arsa sahibinin iki adet asli borcu bulunmakta olup; bunlardan ilkini yukarıda değinildiği üzere arsanın inşaata elverişli ve ayıpsız bir şekilde yükleniciye teslim borcu; ikincisini ise sözleşme ile kayıt altına alınan arsa paylarının yükleniciye devir borcu oluşturmaktadır.¹²⁶

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, öncelikle yüklenici tarafından sözleşmeye uygun olacak şekilde eser meydana getirilmeli, daha sonra arsa sahibinin pay devri edimini yerine getirmesi talep edilmelidir.¹²⁷ Bu noktada, arsa sahibinin, arsa payı devretme borcunun yüklenicinin binayı tamamlayarak bağımsız bölümleri kendisine teslimi ile muacceliyet kazanması söz konusu olacaktır.¹²⁸ Arsa sahibi, arsa payı devri edimini sözleşme çerçevesinde kararlaştırılan arsa paylarının inşaatın tamamen

¹²⁵ “3194 Sayılı Kanun'a eklenen geçici 16. madde, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış imara aykırı ve kaçak yapılar için uygulanacağından içeriği itibarıyla geriye etkili olarak uygulanması öngörölmüş bir düzenlemedir. Usulü kazanılmış hakkın istisnası olan geriye etkili bir kanuni düzenleme olması sebebiyle anılan hükmün mahkemelerce eldeki davalar için de uygulanması gerektiği gibi, yeni düzenlemenin temyiz aşamasında Yargıtay'ca da gözetilmesi gerekir.” - Yargıtay 15. HD, 25.10.2018 tarih, 2018/1235 E., 2018/4073 K. sayılı karar (www.kazanci.com)

¹²⁶ **Erman**, s. 52-59; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 105-109.

¹²⁷ YHGK, 24.02.2016 tarih, 2014/23-724 E., 2016/168 K. sayılı karar. (www.kazanci.com)

¹²⁸ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 109.

bitirilmesi ile yükleniciye devretmek suretiyle yerine getirebileceği gibi inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli olarak tapu devri şeklinde de yerine getirebilmektedir.¹²⁹ Yüklenicinin gerek binanın tamamını gerekse kademeli olacak şekilde belirli bölümlerini inşa etmesini müteakip arsa payı devrini talep edebileceği yönündeki bu kural, eser sözleşmelerinde bedelin muacceliyetini kayıt altına alır TBK m. 479 hükmünün kat karşılığı inşaat sözleşmelerine kıyasen uygulanmasından kaynaklanmaktadır.¹³⁰ Bu kural, aynı şekilde, TBK m.97' nin zorunlu bir sonucudur.¹³¹ Sözleşmenin her iki tarafa borç yükleyen niteliğinden dolayı, ifa sırası öncelikli olarak tarafına teslim edilen arsa üzerinde öncelikli bina yapma yükümlülüğü bulunan yüklenicidir.¹³²

Kural bu olmakla birlikte, sözleşmede pay devri için spesifik bir tarih ya da inşaat seviyesinin belirlenmesi halinde, anılan tarih ya da inşaat seviyesi itibarıyla arsa sahibinin pay devrini gerçekleştirilmesi söz konusu olacaktır.¹³³

Yargıtay, *sözleşme çerçevesinde avans niteliğinde aşamalı pay devrinin kabul edilmiş olması halinde dahi inşaatın imar mevzuatına riayet edilmeksizin yapılması durumunda arsa sahibinin arsa payı devri yönündeki edimini ifaya zorlanamayacağını* içtihat etmektedir.¹³⁴

¹²⁹ YHGK, 24.02.2016 tarih, 2014/23-724 E., 2016/168 K. sayılı karar.

¹³⁰ **Durak**, s. 229; **Erman**, s. 54; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 109.

¹³¹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 109.

¹³² YHGK, 24.02.2016 tarih, 2014/23-724 E., 2016/168 K. sayılı karar

¹³³ **Erman**, s. 52.

¹³⁴ *“Taraflar arasında biçimine uygun düzenlenen sözleşmenin 9. maddesinde, sözleşme tanziminden itibaren 28 ay içinde inşaatın tamamlanarak anahtar teslimi arsa sahiplerine bağımsız bölümlerinin verilmesi kararlaştırılmıştır. Yüklenici inşaatı tamamladığını savunmakta ise de belediyesinden alınan cevabi yazıda, mevcut*

Yargıtay' ın yerleşik kararları uyarınca, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin yüklenicinin kusuru ve temerrüdü üzerine arsa sahibi tarafından feshedilmesi halinde, feshin ileriye etkili sonuç doğurabilmesi için inşaat tamamlanma seviyesinin % 90 oranı ve üzerine ulaşması ve kalan eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi gerekmekte olup; fesih anında inşaatın ifade olunan orana tekabül etmesi halinde yüklenicinin inşaatı getirdiği seviyeye denk düşecek şekilde arsa payı devri talep etmesi söz konusu olabilmektedir.¹³⁵

imalâtın imara uygun olmadığı bildirilmiştir. Kural olarak yüklenicinin bedel olarak kararlaştırılan tapu payını isteyebilmesi için inşaat projesine ve yasa hükümlerine uygun tamamlaması zorunludur (BK. 364. maddesi). Sözleşmede avans niteliğinde aşamalı pay devri kabul edilse dahi inşaatın imar planına ve yasaya aykırı olması durumunda arsa sahibi devirle yükümlü tutulamayacağından devir yapmaması halinde edimini ifaya zorlanamaz.” - Yargıtay 15. HD, 16.10.2008 tarih, 2007/6493 E., 2008/6078 K. (www.kazanci.com)

¹³⁵ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 710,711; **Erman**, s. 117; “Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da tarafların sözleşmenin etkisinden kurtulmaları, başka bir anlatımla, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi gerekir. 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.** Arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru sebebiyle uğradığı zararların ödenmesini de ister. İnşaatın seviyesi (tamamlanma oranı) önce 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, 25.01.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ileriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalatın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir. **Sözleşmenin feshinin ileriye mi yoksa geriye mi etkili fesih olacağı hususu inşaatı yargılama safhasındaki son durumu itibari ile belirlenmelidir. Sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilebilmesi için inşaat seviyesinin %90 oranının üzerinde ve kabul edilebilir nitelikte olması gerekir.**” – Yargıtay 23. HD, 21.05.2018 tarih, 2015/5183 E., 2018/3243 K. (www.kazanci.com); “... Mahkemece mahallinde uzman bilirkişi refakatinde keşif ve inceleme yapıp, inşaat seviyesi araştırılmalı, 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK' nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla **gerek 15. HD' nin ve Dairemizin gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında inşaatın % 90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli ve buna göre davacının dava konusu talepleri ilke olarak hak ettiği kabul edilmeli ve sözleşme hükümleri de incelenerek talepler karara bağlanmalı, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının olduğu sonucuna varılmalı ve şimdi olduğu gibi***

*davanın reddine karar verilmelidir.” – Yargıtay 23. HD, 05.02.2013 tarih, 2012/5310 E., 2013/523 K. (www.kazanci.com); “Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup yüklenici Ramazan tanınan ek süreye nazaran inşaatı tamamlayamamış ve borçlu temerrüdüne düştüğünden arsa sahibinin akdin feshini isteme hakkı doğmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporu ile diğer raporda inşaatın seviyesi açısından belirgin çelişki vardır. Ek sözleşmedeki "inşaatın süresinde bitmemesi halinde devredilmeyen bağımsız bölümlerin arsa sahibine kalacağına dair hüküm" inşaatın getirildiği seviye nazara alındığında cezai şart olarak tacirin iktisaden mahvına sebep olacak nitelikte bulunup geçersiz sayılmıştır. **Bu durumda akdin 25.1.1994 tarih ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ileriye ya da geriye etkili biçimde feshinin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ve davacı Mustafa'nın 4 nolu daire ile ilgili tapu iptal talebinin kabulüne ve yine 3 nolu daire ile ilgili mahkemece belirlenen bedele hükmedilmeli ve böylece akit ileriye etkili şekilde fesih ve tasfiye olunmalıdır. Alınacak raporda belirlenecek inşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede olmadığı takdirde ise akdin geriye etkili feshine ve yükleniciden daireleri satın alan davacı Mustafa'nın yüklenicinin akdi yerine getirmemesi ve tapuyu hak kazanmaması nedeniyle kendisinin de 4 nolu dairenin tapusunun iptalini ve tescilini talep edemeyeceği kabul edilerek 4 nolu dairenin tapusunun iptali istemi red edilmelidir.” - Yargıtay 15. HD, 04.02.2005 tarih, 2004/7507 E., 2005/505 K. (www.kazanci.com).***

II. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin eser meydana getirme ve meydana getirilen eserin maddi bir şekilde tezahür etmesi halinde onu teslim etme şeklinde *iş görme ve teslim* üst başlıklarında iki asli borcu ve bu asli borçların sözleşmeye uygun ifasını sağlar gerek TBK çerçevesinde yer alan gerekse işin niteliği itibarıyla ortaya çıkan bir kısım yan borcu bulunmaktadır.¹³⁶ Yüklenicinin eser sözleşmesi çerçevesinde yan borçlarının bir kısmı iş görme ediminin ifasına bir kısmı ise eserin teslimine yönelik olup; yüklenicinin iş görme ediminin ifasına yönelik yan borçları; *işi sadakat ve özen çerçevesinde yapma, işin tarafınca yapılması ya da gözetim altındaki kişilere yaptırılması, araç, gereç ve malzeme çerçevesinde borçları, genel ihbar külfeti, işe zamanında başlama ve devam etme* şeklinde; teslimine yönelik tezahür eden yan borcu ise *ayıba karşı tekeffül hükümleri* şeklinde sıralanmaktadır.¹³⁷

Eren' e göre yüklenicinin eser sözleşmesinde yer alan asli borçları, eser meydana getirme, teslim ve özen borçlarından oluşmaktadır.¹³⁸

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde ise, bazı yazarlarca¹³⁹ yüklenicinin eser sözleşmesi çerçevesindeki asli ve yan borçlarının kıyasen uygulanması yoluna gidilmiş ve fakat bununla birlikte kat karşılığı inşaat sözleşmesine has uygulama ve yargı içtihatlarında yerleşik hale gelen hususlar da borç kapsamında ele alınmıştır. Bazı yazarlar¹⁴⁰, sözleşme çerçevesindeki yüklenici borçlarını daha dar bir kategoriye tabi

¹³⁶ **Tandoğan**, Cilt II, s. 48.

¹³⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 48-233.

¹³⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 602.

¹³⁹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 67-85.

¹⁴⁰ **Erman**, s. 33-59.

tutmuş ve yüklenicinin eser sözleşmesindeki asli borçları çerçevesinde bir ayırım yapma yoluna gitmişlerdir.

Bu çerçevede, doktrinde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borçları hususunda üzerinde mutabık kalınan tam bir kategori ayırımı bulunmamakla birlikte; sözleşmenin tanımında yer alan yüklenici asli edim borçları çerçevesinde ve bu asli edimlerin bu sözleşme türüne uygun yan borçları ile en nihayetinde yargı içtihatları da göz önünde bulundurulmak üzere yüklenicinin borçları aşağıda yer aldığı şekilde incelenmiştir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmenin tanımı göz önünde bulundurulduğunda, yüklenicinin sözleşme çerçevesinde;

- Arsa sahibince sözleşme gereği tarafına devredilecek olan arsa paylarına karşılık arsa üzerinde bütünlük taşıy bir bina inşa etmek,
- İnşa ettiği bina çerçevesinde, sözleşme ile arsa sahibine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmek,

şeklinde asli iki borcu bulunduğu gözlemlenmektedir.¹⁴¹ Yüklenicinin bu iki asli borcu dışında sözleşme çerçevesinde özellik arz eden başkaca borçları da bulunmaktadır.¹⁴²

A. Sözleşmeye Uygun Bina İnşa Etme Borcu

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde, yüklenicinin öncelikli işinin, sözleşmede belirtildiği ve plan ve projelere uygun olacak şekilde ve yine sözleşme çerçevesinde belirlenen süre dahilinde binayı inşa ederek, arsa sahibine bağımsız

¹⁴¹ **Ayazlı**, s. 45.

¹⁴² **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 67.

bölümleri teslim etmek¹⁴³ olduğu yukarıdaki paragrafta belirtilmişti. Yüklenicinin, bu sonucu gerçekleştirebilmesi için belirli aşamalardan geçilmesi gerekmektedir.¹⁴⁴

1. Binayı Şahsen İnşa veya Yönetimi Altında İnşa Borcu

a. Yüklenicinin Binayı Şahsen İnşası

Bir borç ilişkisinde, borçlunun borcunu şahsen ifada yükümlü olup olmadığı hususu TBK. m. 83 çerçevesinde belirlenmektedir. Anılan kanun maddesi ile “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*” denilmek suretiyle borcun bizzat borçlu tarafından ifası bir istisna kabul edilmektedir.¹⁴⁵

Bununla birlikte TBK m. 471/3 (BK m. 356/2) hükmünde “*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.*” denilmektedir. Anılan çerçevede yüklenicinin borcunun kişisel niteliği karine kabul edilmektedir.¹⁴⁶

Anılan madde hükmü ile TBK m. 83’ ün aksine yüklenicinin şahsen ifasının kaide kabul edilirken eserin üçüncü bir kişi tarafından meydana getirilmesinin istisna kabul edildiği; işin niteliği göz önünde bulundurulduğunda yüklenicinin kişisel becerisinin

¹⁴³ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 67.

¹⁴⁴ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 67.

¹⁴⁵ Ahmet Kılıçoğlu, “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1975, C. 32, S. 1, s. 185.

¹⁴⁶ **Tandoğan**, Cilt II, s. 72.

mühim bulunmadığı hallerde, eserin alt yüklenici vasıtasıyla meydana getirilmesinin ise bu istisnanın bir istisnası olarak ele alınabileceği öne sürülmektedir.¹⁴⁷ Buna göre, yüklenicinin eserin meydana getirilmesini alt yüklenicilere devretme yetkisi bulunması halinde TBK m. 83' de yer alan genel kuralın uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁴⁸

TBK m. 471/3'e hakim *yüklenicinin borcunun kişisel niteliği* karinesinin, iş bölümüne dayalı modern ekonominin gereklerini uymadığı çerçevesinde eleştirildiği görülmektedir.¹⁴⁹

Gelişen teknolojik süreç nezdinde inşaat işlerinde yüklenicinin kişisel becerisinin öneminin gitgide azaldığı gözlemlenmekte¹⁵⁰; genel yüklenicinin eseri tek başına fiziki gücüne dayalı bir şekilde meydana getirmesi kendisinden beklenilmemektedir.¹⁵¹ Binanın bir bütün olarak meydana getirilmesinde uzmanlık gerektirir cam, doğrama, demir, sıva ve benzeri işlerin ifasının yapı teknik kuralları uyarınca birbirlerine eklenmesi söz konusudur.¹⁵² Bahsedilen uzmanlık gerektirir işleri yüklenen alt yüklenici açısından dahi ifanın tek kişi olarak yerine getirilmesinden bahsedilemeyecektir.¹⁵³

¹⁴⁷ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 188.

¹⁴⁸ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 188.

¹⁴⁹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 71; **Tandoğan**, Cilt II, s. 72.

¹⁵⁰ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 72.

¹⁵¹ Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 24; Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 123.

¹⁵² **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 72; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 24.

¹⁵³ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 24.

Buna ek olacak şekilde, büyük inşaat yüklenicilerinin ticaret ortaklığı şeklinde var olmaları karşısında da yüklenicinin bizzat ifasından bahsedilememektedir.¹⁵⁴ Bu noktada, yüklenicinin eseri şahsen yapma borcunun, kural olarak, eseri kendi idaresi altında yapma borcu haline dönüşmesinden bahsedilecektir.¹⁵⁵

Tarafların, eser sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin yükümlülüklerini TBK m. 471/3 hükmünün aksi olacak şekilde kararlaştırmalarının mümkün olup, bu çerçevede, sözleşmede kişisel bir becerisi gerekmesee dahi yüklenicinin işi bizzat yapması ya da idaresi altında yaptırması ya da tüm bunların aksi olacak şekilde, işin ifası için yüklenicinin kişisel becerisinin gerektirdiği hallerde işi kendi idaresi altında olmaksızın bir başkasına yaptırması hususlarının kayıt altına alınabileceği belirtilmektedir.¹⁵⁶ Son unsur çerçevesinde, yükleniciye işin tamamı ya da belirli bir kısmını başkasına devretme yetkisinin sözleşmeye konulan bir hüküm ile verilebilmesi gibi daha sonra yapılacak bir anlaşma çerçevesinde tanınabilmesi de söz konusudur.¹⁵⁷

b. Yüklenicinin Binayı Yönetimi Altında İnşası

Sosyal ve ekonomik konjonktür çerçevesinde borçlunun borcun ifasında yardımcı kişilere başvurması olağan bir hal almıştır. Bizzat borçlu tarafından ifa gerektirmeyen tüm borçların ifası çerçevesinde genellikle yardımcı kullanmak mümkün olmakla birlikte, yüklenici tarafından bu hallerde yardımcı kullanılması, yüklenicinin şahsen ifa etme borcuna dayalı sorumlulukları çerçevesinde bir değişiklik yaratmamaktadır.¹⁵⁸

¹⁵⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 25.

¹⁵⁵ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 72; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 25.

¹⁵⁶ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 72; **Tandoğan**, Cilt II, s. 73.

¹⁵⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 80.

¹⁵⁸ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 189-190.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde işin niteliği yüklenici tarafından inşaat yapımında yardımcı kişi kullanılmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁵⁹

Yüklenicinin inşaatı kendi idaresi altında yürütme borcu üstlendiği inşaat işinin icrası ile sınırlı olacak şekilde, gerekli nitelik ve bilgideki yeterli sayıdaki personelin teminini, söz konusu personel arasında amaca elverişli olacak şekilde işin bölüştürülmesini ve üzerinde denetim ve gözetim kurmak suretiyle işin ifası adına gerekli talimatların verilmesini gerektirmektedir.¹⁶⁰ Yüklenicinin *şahsen idare borcu* çerçevesinde üzerinde denetim ve gözetim kurmak suretiyle inşaat borcunun yerine getirilmesinde çalıştırdığı kişiler, hizmet sözleşmesi çerçevesinde kendisine bağımlı olacak şekilde çalışan¹⁶¹ mimar, mühendis, usta, kalfa¹⁶², müdür¹⁶³ ve benzeri işçilerden ibarettir. Söz konusu tüm bu işçiler, TBK m. 116 (BK m. 100) anlamında birer “ifa yardımcısı” sayılmaktadır.¹⁶⁴

Yükleniciye eserin meydana getirilmesinde şahsen idare borcu çerçevesinde yüklenen diğer bir kısım yükümlülüğü; işin yapı tekniğine uygun olacak şekilde organize edilmesi, işgücünün işin amacına ve işçilerin niteliklerine uygun olacak şekilde

¹⁵⁹ **Erman**, s. 44.

¹⁶⁰ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 190; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 28; **Tandoğan**, Cilt II, s. 75.

¹⁶¹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 28.

¹⁶² **Öz**, İnşaat, s. 123.

¹⁶³ Leyla Müjde Kurt, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 58.

¹⁶⁴ **Öz**, İnşaat, s. 124; **Kurt** 58.

kullanımının sağlanması ve şantiye sahasında işin icrası sırasında zarar oluşmasını önleyici tüm emniyet tedbirlerinin alınması hususları oluşturmaktadır.¹⁶⁵

Tüm bunlara ek olacak şekilde, yüklenicinin inşaatı kendi yönetimi altında yürütmesi, inşaatın büyüklük ve önemine göre belirli ve gerekli sayıda araç ve aletin mesleki bilgisi çerçevesinde temin edilmesi şeklinde bir iş görme edimi yan borcunu da beraberinde getirmektedir.¹⁶⁶ İnşaatın meydana getirilmesinde kullanılan araç ve aletler çeşitlilik arz etmekte olup; yapıyı bütünleştirmeye yarar inşaat malzemeleri; katlı bir inşaat yapımında kullanılacak olan hafriyat makinaları, beton karma makinası, vinç ve benzeri ekipmanlar ile inşaat yapım aşamasını destekler nitelikteki yapı iskelesi, şantiye barakaları, geçici yol ve köprüler bu ekipmanlara örnek verilebilir.¹⁶⁷

Yüklenicinin şahsen idare borcunun ihlali ve işi aracılıkları ile yürüttüğü ifa yardımcılarının iş sahibi ve/veya üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı ayrı ayrı sorumluluğu bulunmaktadır.¹⁶⁸

Öncelikle, yüklenicinin eserin meydana getirilmesinde şahsen ifa borcunun bulunması ya da taraflar arasında sözleşme çerçevesinde ifa yardımcısı kullanılmayacağına kararlaştırılması hallerinde ifa yardımcısına başvurulmasının sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinin ve bu çerçevede yüklenicinin TBK m. 112 veya m. 125 anlamında sorumluluğunun doğacağı¹⁶⁹ belirtilmesi gerekmektedir.

¹⁶⁵ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 190; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 26.

¹⁶⁶ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 26-27.

¹⁶⁷ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 26, 27.

¹⁶⁸ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 191-193.

¹⁶⁹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 603; **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 192- 193.

İfa yardımcısı kullanılmasının olanaklı olduğu hallerde yüklenicinin *şahsen idare borcunun ihlali*, bulunması halinde iş (burada arsa) sahibinin zararının TBK m. 112 (BK m. 96) uyarınca karşılanması yoluna gidilmesini gündeme getirmekte olup; bu noktada kusursuz olduğunun ispat külfeti yüklenicinin tarafındadır.¹⁷⁰

Yüklenicinin şahsen idare borcunun ihlali neticesinde üçüncü kişilerin zararlarının ortaya çıkması halinde ise haksız fiil hükümleri uyarınca zararın tazmini söz konusu olabilecektir.¹⁷¹

İfa yardımcısı kullanılmasının olanaklı olduğu hallerde yüklenicinin şahsen idare borcunu *ihlal etmemesine* karşın, ifa yardımcılarının eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibi (arsa sahibi) ve/veya üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğu çerçevesinde ise; yardımcıları tarafından iş sahibine karşı verilen zararların sorumluluk esaslarının TBK 116, üçüncü kişilere karşı verilen zararların sorumluluk esaslarının ise 66' ncı maddesi çerçevesinde ele alınması söz konusu olmaktadır.¹⁷²

Öz ise, yüklenicinin, ifa yardımcılarının sebep olduğu borç ihlalleri çerçevesinde, yardımcıların doğrudan iş sahibi tarafından seçilmesi ve yüklenicinin seçilen bu kişilerle çalışmaya mecbur bırakılması hallerinde, anılan kişilerin yetersiz olmaları hususunda iş sahibine bildirimde bulunmalarını ihlal etmedikleri sürece TBK m. 116 anlamında kusursuz sorumlu tutulmamaları gerektiğini belirtmektedir.¹⁷³

¹⁷⁰ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 191; **Tandoğan**, Cilt II, s. 76.

¹⁷¹ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 192.

¹⁷² **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 192.

¹⁷³ **Öz**, İnşaat, s. 126.

c. Kısmi İnşaat İşlerinin Alt Yüklenicilere Devri

Yüklenici, eser sözleşmesinin niteliğinden doğabilecek olan objektif bir devir yetkisi ve/veya iş (arsa) sahibinin rızasıyla tarafına verilebilecek olan sübjektif bir devir yetkisi çerçevesinde ifasını yüklediği eserin bir kısmı ya da tamamının yapılmasını bağımsız bir alt yükleniciye devredebilmektedir.¹⁷⁴ Ve fakat doktrinde kural olarak, yüklenicinin yapmakla mükellef olduğu işin tamamının kendisini devre dışı bırakacak şekilde tek bir alt yükleniciye devretme yetkisi bulunmadığı hususu kabul görmüştür.¹⁷⁵ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde de bu husus kabul görmektedir.¹⁷⁶

TBK m. 471/3' de yer alan "*Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.*" şeklindeki hüküm çerçevesinde yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği işin onun kişisel özellik ve becerisini gerektirmediği durumlarda işin tamamı ya da bir kısmının icrasının alt yüklenicilere bırakılması söz konusu olabilmektedir.¹⁷⁷

Anılan hüküm emredici nitelikte olmayıp; yükleniciye verilecek genişletilmiş ya da daraltılmış bir devir yetkisinin sözleşme çerçevesinde ya da taraflar arasında sonradan yapılacak bir anlaşma vasıtasıyla tanınması mümkün olduğu gibi iş sahibinin (burada arsa sahibi) devir yetkisini tamamıyla ya da belirli işler çerçevesinde sınırlı kalması koşuluyla kaldırması da söz konusu olabilmektedir.¹⁷⁸

¹⁷⁴ **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 195-196; **Tandoğan**, Cilt II, s. 78,

¹⁷⁵ **Öz**, İnşaat, s. 124; **Kurt**, s. 60, **Tandoğan**, Cilt II, s. 80.

¹⁷⁶ **Erman**, s. 44.

¹⁷⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 371, **Kurt**, s. 59; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 31.; **Tandoğan**, Cilt II, s. 78.

¹⁷⁸ **Aral/Ayrancı**, s. 371; **Kurt**, s. 62; **Tandoğan**, Cilt II, s. 80.

İşin niteliğinin bir kişisel beceri gerektirip gerektirmediği hususunun irdelenmesinde teamül ve uygulama kilit bir rol oynamakta, iş bölümüne dayalı tekniğin büyük eserleri ve büyük kapsamlı inşaat işlerinin niteliği yüklenicinin alt yükleniciye başvurmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁷⁹

Tüm kısmi inşaat işlerini kendi organizasyon yapısında barındıran bir yükleniciye rastlamak zor olduğu gibi; inşaat sahiplerinin inşaat sektöründe kaçınılmaz görünen bu durumun bilinci ile hareket etmeleri ve yüklenicinin uzmanlık alanına giren işlerin kendi denetim ve yönetimi altında icrası ile uzmanlık alanına girmeyen işlerin bir alt yükleniciye devredilmesi hususunu olanaklı kılmaları kendilerinden beklenilmektedir. *(Bir örnek çerçevesinde açıklamak gerekirse, kaba inşaat işlerinde uzmanlaşmış bir yüklenicinin beton, sıva gibi işlemleri tarafınca icra etmesi; buna karşılık elektrik tesisatı, sıhhi tesisata ilişkin inşaat işlerinin icrasını bir alt yükleniciye devretmesi hususunda yetkili kılınması gibi.)*¹⁸⁰

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri çerçevesinde, yüklenicinin alt yüklenicilere başvurması kabul görürken, tüm inşaatın genel bir alt yükleniciye devredilmesi yukarıda belirtildiği üzere kabul görmemektedir.¹⁸¹

Alt yüklenici kavramı, alt yüklenicinin asıl yüklenici ve asıl iş (arsa) sahibi ile arasındaki hukuki ilişki ve yüklenicinin alt yüklenici davranışından dolayı asıl iş (arsa) sahibine mesuliyeti hükümlerini ele alalım. Alt yüklenici doktrinde asıl yüklenicinin şahsi

¹⁷⁹ **Aral/Ayrancı**, s. 371; **Kurt**, s. 59; **Tandoğan**, Cilt II, s. 78-79.

¹⁸⁰ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 31, 32.

¹⁸¹ **Erman**, s. 44, 45.

yönetim, denetim, gözetimine bağlı olmaksızın¹⁸² çalışmakta olan bağımsız ifa yardımcısı¹⁸³ şeklinde tanımlanmakta ve fakat bir kısım yazarca ifa yardımcısı olması niteliğinin kabul görmesine karşın asıl yüklenici ile hukuki ilişkisinde bağımsız olarak çalışıp çalışmadığı hususunda bir görüş ayrılığını da bünyesinde barındırmaktadır.¹⁸⁴ Uygulamada “alt yüklenici” terimi yerine kelimenin Fransızca karşılığı olan “*tâcheron*” sözcüğünden alınma “taşeron” teriminin de kullanıldığı görülmektedir.¹⁸⁵

Alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki hukuki münasebet bir “alt yüklenicilik” sözleşmesine dayanmakta olup; asıl yüklenicinin kendi adı ve hesabına ve asıl iş (arsa) sahibi ile arasında eserin meydana getirilmesine ilişkin sözleşme hükümlerinden bağımsız olacak şekilde (*Ve fakat anılan sözleşme şartlarının asıl sözleşme çerçevesinde eserin meydana getirilmesine ilişkin hükümlerle açık veya zımni bağlantılı olması da söz konusu olabilmektedir.*) akdedilen bu müstakil eser sözleşmesi çerçevesinde alt yüklenici sözleşmede kararlaştırılan eseri malzemeyi sağlaması hususu önem arz etmeksizin ücret karşılığında meydana getirmek ve asıl yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, alt yüklenicinin meydana getirdiği eserde vuku bulan ayıplara karşı sorumluluğu da asıl yükleniciye karşıdır.¹⁸⁶

¹⁸² **Aral/Ayrancı**, s. 372,373; **Eren**, Borçlar Özel, s. 605; **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 195; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 28; **Tandoğan**, Cilt II, s. 78; **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 195.

¹⁸³ **Aral/Ayrancı**, s. 373; **Öz**, İnşaat, s. 124.

¹⁸⁴ Tartışma için bkz. **Tandoğan**, Cilt II, s. 77-78.

¹⁸⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s.77, dn. (78c).

¹⁸⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 373, **Tandoğan**, Cilt II, s. 82, 83.

Alt yüklenici ve asıl iş (arsa) sahibi arasında eser sözleşmesinden kaynaklı bir borç ilişkisi bulunmamasından dolayı asıl iş (arsa) sahibinin alt yükleniciye karşı eserin meydana getirilmesi ve tarafına teslimi hususunda bir talep hakkı iki istisna hali dışında kural olarak bulunmamaktadır. Anılan istisna hallerinden ilkinin, alt yüklenicinin yüklendiği işleri zamanında ve eksiksiz ifa edeceğine ilişkin doğrudan doğruya asıl iş (arsa) sahibine karşı sözleşme çerçevesinde bir taahhütte bulunması; ikincisini alt yüklenicilik sözleşmesinin iş (arsa) sahibi yararına yapılması hususları oluşturmaktadır.¹⁸⁷

Yüklenici, işi alt yükleniciye devir yetkisi olduğu hallerde alt yüklenicinin ve onun müstahdem işçilerinin¹⁸⁸ ve bununla birlikte bilgisi dahilinde alt yüklenici tarafından başvurulmuş ikinci derecede alt yüklenicilerin¹⁸⁹ asıl iş (arsa) sahibini uğrattığı zarar dolayısıyla TBK m. 116 anlamında mesuldür.¹⁹⁰ Buna ek olacak şekilde, alt yüklenicinin zarara konu eylemlerin olağan olarak bilinmesi gereken yapı tekniği usulü ve kurallarına uygun olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması söz konusu olabilecektir.¹⁹¹

Yüklenicinin işi devir yetkisi bulunmadığı ve fakat işi alt yükleniciye devretmek suretiyle asıl iş (arsa) sahibi ile arasındaki sözleşmede eserin meydana getirilmesine ilişkin hükümleri ihlal ettiği ve alt yüklenicinin de işi hiç yahut gereği gibi ifa etmemesi neticesinde asıl iş (arsa) sahibini zarara uğrattığı hallerde ise TBK m. 112 anlamında

¹⁸⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 373,374; **Tandoğan**, Cilt II, s. 84, 85.

¹⁸⁸ **Kurt**, s. 61; **Tandoğan**, Cilt II, s. 94.

¹⁸⁹ **Erman**, s. 49, 50; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 127.

¹⁹⁰ **Aral/Ayrancı**, s. 374; **Erman**, s. 49; **Kurt**, s. 61; **Kılıçoğlu**, Müteahhit, s. 198.

¹⁹¹ **Erman**, s. 49; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 126.

sorumluluğu gündeme gelmektedir.¹⁹² Zira, asıl yüklenicinin işi yetkisiz şekilde alt yükleniciye devretmesi özen borcuna aykırılığa işaret etmekte ve yetkisiz şekilde işi devrettiği alt yüklenicinin özen borcuna aykırı bu davranışından bizzat bu davranışı kendisi yapmışçasına sorumluluğunu gündeme getirmektedir.¹⁹³ Bununla birlikte, asıl yüklenici tarafından alt yükleniciye işin yetkisiz devrinde, asıl yüklenicinin TBK m. 116 anlamında da sorumluluğunun olanaklı olduğu belirtilmektedir.¹⁹⁴

Asıl iş (arsa) sahibinin, asıl yüklenicinin alt yükleniciye yetkisiz iş devri yapması halinde; asıl yükleniciden, alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmasını talep etme hakkı bulunmakta olup; anılan talebe asıl yüklenici tarafından riayet edilmemesi halinde ise TBK m. 125’ te ifade olunan haklarını kullanma yoluna gitmesi söz konusu olabilecektir.¹⁹⁵

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi nezdinde asıl yüklenici tarafından alt yükleniciye başvurulması çerçevesinde ifade edilmesi gerekli son bir husus ise alt yüklenicinin, asıl yüklenici ile sözleşmesinden kaynaklı ücretine ilişkin alacak doğrultusunda TMK m. 893/1-(3) anlamında arsa sahibinin taşınmazı üzerinde kanuni ipotek hakkının tescilini talep hakkı bulunması noktasında toplanmaktadır.¹⁹⁶ Anılan madde alt bendi uyarınca *“Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciler veya zanaatkarlar kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler.”*¹⁹⁷

¹⁹² **Erman**, s. 48-49; **Tandoğan**, Cilt II, s. 92-93.

¹⁹³ **Tunçomağ**, Cilt II, s. 512.

¹⁹⁴ **Aral/Ayrancı**, s. 374; **Tandoğan**, Cilt II, s. 92, 93.

¹⁹⁵ **Erman**, s. 48; **Tandoğan**, Cilt II, s. 92.

¹⁹⁶ **Erman**, s. 47.

¹⁹⁷ 4721 sayılı TMK m. 893.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde alt yüklenici tarafından talep edilecek kanuni ipotek hakkı tescilinin kural olarak asıl yükleniciye sözleşme ile devri kararlaştırılan arsa payları üzerinde yapılması söz konusuysen; asıl yüklenicinin inşaatı yarım bıraktığı ve arsa sahibince sözleşme ile devredilmesi planlanan arsa paylarının devrinden kaçınma ya da bu payların geri alınma hallerinde ise arsa sahibinin taşınmazı üzerinde yapılması söz konusu olabilmektedir.¹⁹⁸

2. Araç – Gereç, Malzeme Sağlama Borcu

İnşaatın yapımında gereken araç ve gereçler ile yapıda kullanılan malzeme birbirinden farklı kavramlara işaret etmektedir.¹⁹⁹ Eserin meydana getirilmesinde kullanılan çalışma araç ve gereçleri tamamlanmış eserin teslimini müteakip eserden ayrılabilen ya da yüklenicinin mülkiyetinde bulunması nedeniyle geri alınabilen maddeler olmasına karşın; “malzeme” ile eserin imal edildiği madde ve eser içerisinde kalan hammaddelerin açıklanması amaçlanmaktadır.²⁰⁰ Bu çerçevede, inşaatta kullanılan şantiye binası, beton kalıpları, iskeleler, yapı makinaları ve aletleri (çekiç, testere vb.), hafriyat makinaları, beton karma makinası, vinç, makina yedek parçaları, makinaların çalışmasında kullanılan akaryakıt, tesisat yapı iskeleleri, geçici köprü ve geçici yollar gibi unsurlar çalışma araç ve gereçleri kategorisinde yer almakta iken²⁰¹; bina inşasında kullanılan taş, kum, çimento, inşaat demirleri, çakıl, beton ve binanın içindeki bağımsız

¹⁹⁸ **Erman**, s. 48.

¹⁹⁹ **Erman**, s. 41; **Tandoğan**, Cilt II, s. 102.

²⁰⁰ **Tandoğan**, Cilt II, s. 102, 104.

²⁰¹ **Erman**, s. 41; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 26, 27; **Tandoğan**, Cilt II, s. 102.

bölümlerde yer alan pencere, kapı, lavabo, küvet ve binaya monte edilecek tesisat gibi unsurlar malzeme kategorisi içerisinde yer almaktadır.²⁰²

Eserin meydana getirilmesi çerçevesinde kullanılacak olan araç, gereçlerin sağlanması borcu, TBK m. 471/4 kapsamında ifade olunduğu üzere aksine bir uyulması gerekli kural ya da anlaşma olmadığı sürece yükleniciye ait olup²⁰³; yüklenicinin eserin meydana getirilmesinde kullanılacak araç ve gereçlere sahip olmaması, anılan araç ve gereçlerin kiralanması, satın alınması ya da masrafı tarafına ait olacak şekilde herhangi bir diğer yolla temini suretiyle söz konusu borcun yerine getirilmesini beraberinde getirecektir.²⁰⁴

Eserin meydana getirilmesi çerçevesinde kullanılacak olan malzemenin sözleşmenin hangi tarafınca sağlanacağı hususu hakkında Kanun’ da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte²⁰⁵; doktrinde malzemenin taraflardan hangisince sağlanacağı hususunda bir görüş ayrılığı mevcuttur. Bir görüşe göre, TBK m. 472/1 ve 2 hükmünün anlamı ile 471/4 hükmünün zıt anlamından iş sahibince sağlanacağı öne sürülmektedir.²⁰⁶ Tandoğan tarafından öne sürülen diğer bir görüş uyarınca TBK m. 472/1 hükmüne tekabül eden mülga BK m. 357/1 hükmünün “*Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi*

²⁰² **Kurt**, s. 63; **Tandoğan**, Cilt II, s. 104.

²⁰³ TBK m. 471/4.

²⁰⁴ **Kurt**, s. 63.

²⁰⁵ **Aral/Ayrancı**, s. 377; **Eren**, Borçlar Özel, s. 611; **Gökyayla/Zevkliler**, s. 513; **Kurt**, s. 63; **Öz**, İnşaat, s. 122; **Tandoğan**, Cilt II, s. 104.

²⁰⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 377; **Eren**, Borçlar Özel, s. 611.

gibi mütekeffildir.“ şeklindeki ifadesi ile maddenin ikinci fıkrasından önde gelmesi malzemeyi yüklenicinin sağlayacağı görüşünü desteklemektedir.²⁰⁷

İnşaat sözleşmelerinin uygulanmasında ise malzemenin genellikle yüklenici tarafından sağlandığının gözlemlendiği belirtilmektedir.²⁰⁸ Keza, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde kabul gören genel ilke de malzeme sağlama borcunun yükleniciye ait olduğu yönündedir.²⁰⁹ Hususun aksinin sözleşme ile kararlaştırılması da pek tabii mümkündür.²¹⁰

Eser sözleşmesi malzemenin sağlandığı taraf yönünden olağan (klasik) ve eser teslimi sözleşmesi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulurken²¹¹, sözleşme çerçevesinde yüklenicinin malzeme sağlamayı üstlenmesi eser teslim sözleşmelerini gündeme getirmekte; yüklenici eser teslim sözleşmesi ile hem malzemeyi sağlama hem de eseri meydana getirme borcunu üstlenmektedir.²¹²

Yüklenicinin meydana getirilecek eserde malzeme sağlamayı üstlenmesi, onun aynı zamanda “iyi cins” tabir edilen ayıpsız, sözleşme ve inşa edilecek binaya uygun bir malzemeyi sağlama yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir.²¹³

²⁰⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 105.

²⁰⁸ **Gökyayla/Zevkliler**, s. 513; **Kurt**, s. 63.

²⁰⁹ **Erman**, s. 37; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 73.

²¹⁰ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 73.

²¹¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 611; **Gökyayla/Zevkliler**, s. 513.

²¹² **Eren**, Borçlar Özel, s. 611; **Gökyayla/Zevkliler**, s. 513.

²¹³ **Aral/Ayrancı**, s. 378; **Eren**, Borçlar Özel, s. 611, 612; **Kurt**, s. 63.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde malzemenin kalitesi arsanın niteliği uyarınca değişiklik gösterebilmekle birlikte,²¹⁴ sözleşme çerçevesinde aksi kararlaştırılmadığı hallerde yüklenicinin TBK m. 86 anlamında en az “ortalama kaliteli” ve inşa edilecek binanın yapısına elverişli bir malzeme kullanması söz konusu olacaktır.²¹⁵ Yüklenici tarafından sağlanacak malzemenin aynı zamanda yeterli miktarda olması da gerekmekte ve malzemenin inşa edilecek bina niteliğine elverişsiz ve yetersiz olmasından dolayı doğacak sonuçlardan yüklenicinin sorumluluğu gündeme gelmektedir.²¹⁶

Müşterek hukukta yüklenicinin işlemek zorunda olduğu esas malzemeyi sağlamakla yükümlü olduğu sözleşmenin eser değil, satış sözleşmesi olarak kabul edilmesi söz konusudur.²¹⁷ Borçlar Kanunumuz eser teslimi sözleşmesini müşterek hukukta olduğu gibi bir çeşit satış sözleşmesi saymamakla beraber; anılan sözleşme çerçevesinde yüklenicinin temin ettiği malzeme iyi cins değilse, onun, iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacağını ifade etmektedir.²¹⁸ (TBK m. 472/1)

Doktrinde yer alan baskın görüşe göre²¹⁹ yüklenici tarafından temin edilen malzemedeki ayıplar yüzünden eserde bozukluk meydana gelmesi halinde yüklenicinin

²¹⁴ **Erman**, s. 41.

²¹⁵ **Aral/Ayrancı**, s. 379; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 73; Öz 123; **Tandoğan**, Cilt II, s. 106.

²¹⁶ **Öz**, İnşaat, s. 123.

²¹⁷ Herman Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184-551, (Çeviren: Suat Dura), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993, s. 602, madde 365.

²¹⁸ **Tandoğan**, Cilt II, s. 106.

²¹⁹ Becker, s. 602 m.365; *Becker, Art. 365, Nr.2; Gautschi, Art. 365, Nr. 2b, 8d; Oser Schönenberger, Art. 365, Nr. 2; Giger; Vorbem zu Art. 197-210, Nr. 8; Sem. Jud. 101 (1979), sh. 347.* Nakleden **Tandoğan**, Cilt II, s.107 dipnot 108a; Tandoğan anılan

sorumluluğunun, satış sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayandığı savunulmaktadır.²²⁰

Aral, bu fikre katılmanın mümkün olmadığı yönünde görüşünü belirtirken; bu durumun yüklenici hakkında ayıbın sebebine göre farklı sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına yol açacağı ve bu sonucun teleolojik yoruma uygun olmayacağı hususlarını vurgulamaktadır.²²¹

Bu yöndeki düşüncenin özünde yer aldığı belirtilen Gauch' un düşüncesi uyarınca, eserdeki bozuklukların bir kısmının malzemedeki ayıp, bir kısmının ise inşa hatasından meydana gelmesi halinde yüklenicinin sorumluluğunun anılan iki sebep uyarınca farklı hükümlere tabi olması hukuksal açıklık yaratarak, güvenlik bakımından karışıklıklara sebep olacaktır.²²² Gauch' un, malzemedeki ayıp yüzünden meydana getirilen eserin ayıplı olması durumunda, yüklenicinin, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine (TBK m. 475 vd.) tabi olacağı; buna karşılık TBK m. 472/1 çerçevesinde yapılan yollamanın sadece zapta karşı tekeffül sorumluluğu ile sınırlı kaldığı ve yüklenicinin zapta karşı tekeffül sorumluluğunun söz konusu olması halinde satış sözleşmesindeki hükümlerin uygulanacağı yönündeki görüşü belirtilmektedir.²²³

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde, yüklenicinin sağladığı malzeme çerçevesindeki ayıp sebebiyle meydana getirilen eserin ayıplı olması durumunda hiç bu

yöndeki görüşü benimsemekle birlikte, aynı zamanda TBK m. 475'e de dayanılabileceğini belirtmektedir. **Tandoğan**, Cilt II, s. 107.

²²⁰ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 100; **Tandoğan**, Cilt II, s. 107.

²²¹ **Aral/Ayrancı**, s. 379.

²²² Nakleden **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 100; **Tandoğan**, Cilt II, s.107.

²²³ Nakleden **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 101; **Tandoğan**, Cilt II, s. 107.

ayrımara gidilmeksizin doğrudan TBK m. 475 (BK m. 360) hükümlerinin uygulandığı belirtilmektedir.²²⁴

3. İŖe Zamanında Başlama ve İŖe Devam Etme Borcu

İnşaat sözleşmeleri çerçevesinde, inşa edilecek yapının hacmi ile inşaattı meydana getirecek olan yüklenicinin sahip olduğu araç-gereç, malzeme ve işçi kapasitesine ilişkin imkanlar ve bunların yanında inşaatt sürecinde olabilecek mevsimsel hava muhalefetleri ve hafta tatili günleri gibi unsurları da içersine alacak şekilde inşaattaki olağan sayılabilecek aksamalar göz önünde bulundurulmak suretiyle inşaata fiilen başlanması ve inşaattın fiilen bitirilerek teslim edilmesine ilişkin bir süreye ihtiyaç duyulmakta olup; taraflarca sözleşme çerçevesinde inşaattın teslimi için spesifik bir tarihin kararlaştırılması söz konusu olabileceği gibi inşaatt süresinin belirlenmesini müteakip inşaattın başlangıcının belirli bir olaya bağlanması (*arsanın teslimi ya da inşaatt ruhsatının alınmasından itibaren belirli bir sürenin kararlaştırılmasında olduğu gibi*) da söz konusu olabilmektedir.²²⁵

Yüklenicinin işe başlaması hususunda eser sözleşmesi çerçevesinde kayıt altına alınan belirli bir tarihin mevcut olması halinde; yüklenici anılan tarih itibarıyla işe başlamalıdır.²²⁶ İşe başlama zamanının sözleşmede kararlaştırılmaması ya da hukuki ilişkinin niteliği itibarıyla başka bir şekilde belirlenmemesi halinde ise yüklenici, sözleşmenin imzalanmasını müteakip eserin imaline derhal başlamalı ve fakat bunun

²²⁴ **Erman**, s. 43.

²²⁵ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 66.

²²⁶ **Kurt**, s. 65.

yanında yükleniciye zorunlu ya da teamülden kaynaklı hazırlık süresi verilmelidir.²²⁷ Burada, iş (arsa) sahibinin yükleniciden çalışmalara derhal başlamasını talep etmesinin dayanağını TBK m. 90' ın kıyasen uygulanması oluşturmaktadır.²²⁸

İnşaat teslim tarihi ise, sözleşmede net bir şekilde takvim günü olarak belirtilmek suretiyle kararlaştırılmalı ya da işin başlangıç ve sonucunu gösterir tarihlerle kesin olacak şekilde belirlenmelidir.²²⁹ Bununla birlikte, teslim vadesinin, sözleşme içeriğinde belirli bir gün olarak tayin edilmiş olmasının yanında sözleşmenin kurulması ya da belirli bir işlem ya da olayın gerçekleşmesini ya da çalışmanın başlamasını müteakip belirli bir sürenin geçmesi şeklinde kararlaştırılması da söz konusudur.²³⁰

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde inşaat süresinin işe başlama tarihi belirtilmeksizin işe başlama tarihinden itibaren başlayacağını kararlaştırılması halinde ise yüklenici makul bir süre içerisinde işe başlamak zorundadır.²³¹

Kostakoğlu, inşaat sözleşmesi içeriklerinde çoğu zaman, inşaatın teslim tarihine belirli bir takvim günü olacak şekilde yer verilmediği ve inşaat süresinin ay ve yıl olacak şekilde belirtildiğini ifade etmektedir.²³²

Sözleşme çerçevesinde teslim için belirli süre kararlaştırılmaması ve iş niteliğinin işe sözleşmenin kurulmasından bir süre sonra başlanılmasını gerektirmemesi hallerinde,

²²⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 391; İsmail Atamulu, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 56; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 290; **Tandoğan**, Cilt II, s. 114.

²²⁸ **Öz**, İnşaat, s. 132.

²²⁹ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 291.

²³⁰ **Öz**, İnşaat, s. 134.

²³¹ **Erman**, s. 78-79.

²³² **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 291.

TBK m. 90 çerçevesinde sözleşmenin kurulması ile hemen işe başlanması²³³ ve öncesinde gerekli ön hazırlıkların yapılması ile başlangıçla birlikte inşaatın emsal işlerdeki süre içerisinde normal bir hız çerçevesinde tamamlanması²³⁴ gerekmektedir.

4. Sadakat ve Özen Borcu

Yüklenicinin sadakat ile özen borcu birbirine sıkı şekilde bağlıdır. Özen borcu, sadakat borcunun bir sonucunu oluşturmaktadır.²³⁵ Konumuz olan sözleşme niteliği itibarıyla güven esasına dayanmakta olup²³⁶; arsa sahibine karşı bir iş görme borcu altında olan yüklenici²³⁷, arsa sahibi tarafından kendisine gösterilen güvene bağlı olacak şekilde anılan sözleşme çerçevesinde binayı inşa etmekle yükümlüdür.²³⁸

²³³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 123.

²³⁴ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 291.

²³⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 49.

²³⁶ “Eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri niteliği itibarıyla güven esasına dayanır. Asıl olan karşılıklı güven duygusu ve iyi niyetin varlığıdır ve taraflar arasındaki hukuki ilişkide tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde davranışlarına da bakılmalıdır. Yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Buna aykırı eylem ve işlemler sözleşmenin sona ermesine neden olabilecektir.” – **Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 20.09.2013 tarih, 2013/3597 E., 2013/5596 K.** (www.kazanci.com)

²³⁷ **Atamulu**, s. 58; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 67.

²³⁸ **Özgür Katip Kaya**, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1993, s. 47.

Bu çerçevede, yüklenici, sadakat ve özen borçlarının gerektirdiği şekilde arsa sahibinin yararına olan işleri yapmak ve buna ek olacak şekilde ona zarar verici davranışlardan kaçınmakla yükümlü olacaktır.²³⁹

a. Yüklenicinin Sadakat (Bağlılık) Borcu

818 sayılı Borçlar Kanunu çerçevesinde, yüklenicinin sadakat borcuna ilişkin açıkça bir düzenleme yapılması yoluna gidilmezken²⁴⁰, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu' nun 471/1 maddesi çerçevesinde anılan borcun açık bir şekilde ifade edilmesi yoluna gidilmiştir.²⁴¹

Sadakat borcu, geniş anlamda, yüklenicinin inşaat edimini sözleşme uyarınca tamamlaması haricinde, iş sahibinin tüm alanlardaki çıkarlarını gözetmesi ve sözleşme ile elde ettiği pozisyonun şahsi çıkarlar doğrultusunda kullanılmaması yükümlülüklerini içerir bir borç olarak tanımlanabilir.²⁴² Sadakat borcu, sözleşme ifa süreci ile sınırlı kalmayacak şekilde, sözleşmenin kurulmasının öncesi, kurulması sırası ve sözleşmenin yerine getirilmesinden sonrası için de²⁴³ geçerli olan bir yükümlülüğe işaret etmektedir.²⁴⁴

²³⁹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 67.

²⁴⁰ **Erman**, s. 36; **Tandoğan**, Cilt II, s. 48-49.

²⁴¹ **Atamulu**, s. 60; **Kurt**, s. 65.

²⁴² **Öz**, İnşaat, s. 121.

²⁴³ İnşaat sözleşmelerinde, inşaat sahibi tarafından mimara yaptırılan mimari proje ve planların yükleniciye teslim edilmesi halinde durum böyle olup; yüklenicinin inşaatı tamamlamasını müteakip bu tip mimari projeleri başka yerde uygulaması proje ve planları tarafına teslim eden inşaat sahibine karşı sadakat borcunu ihlal etmesine yol açacaktır. **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 87.

²⁴⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 86.

Eser sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin sadakat borcunun iki özel görüntüsü ise TBK m. 472/2-3' de ayrıca düzenlenmiştir.²⁴⁵

Bunlardan ilki, anılan Kanun maddesinin 2. fıkrasında ifade olduğu üzere, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde yüklenicinin malzemenin kullanışı hakkında hesap verme ve arta kalan malzemeyi iade etme borcu bulunduğu hususudur (TBK M. 472/2).²⁴⁶ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde, yüklenicinin, genelde kendi malzemesini kullanarak binayı inşa etmesi temelinde anılan Kanun hükmünün söz konusu sözleşme açısından uygulama imkanı zayıf kalmaktadır.²⁴⁷ Ve fakat bu tip sözleşmelerde, arsa sahibinin sözleşme çerçevesinde tarafına verilecek daireler için tarafının temin edeceği malzemelerin kullanımını istemesi söz konusu olabilmektedir.²⁴⁸ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde nadir olacak şekilde malzemenin arsa sahibi tarafından sağlanması halinde, yüklenici, tarafına verilen malzemenin kullanılmasında ve muhafaza edilmesinde gerekli özeni göstermek; arta kalan malzemeyi arsa sahibine iade etmek ve aynı şekilde işin başlamasından önce malzemeyi kontrol etmek suretiyle sözleşme konusu işin yapılmasına olanaklı olup olmadığını tespit etmek ve yine malzemedeki ayba rastlarsa durumu derhal arsa sahibine bildirmek borcu altında olacaktır.²⁴⁹

²⁴⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 49; **Erman**, s. 37-38.

²⁴⁶ **Erman**, s. 37; **Tandoğan**, Cilt II, s. 49.

²⁴⁷ **Atamulu**, s. 60; **Erman**, s. 37; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 67.

²⁴⁸ **Erman**, s. 37, dn. 16.

²⁴⁹ **Erman**, s. 37-38; "... 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/I. maddesi yüklenicinin kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta satıcı gibi sorumludur demek suretiyle yükleniciyi malzemedeki ayıp yanında zaptta karşı da sorumlu tutmuştur. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 472/I.

Sadakat borcunun ikinci özel görüntüsünü ise kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde geniş uygulama imkanı bulunan TBK 472/3 maddesi oluşturmaktadır.²⁵⁰ Anılan madde hükmü uyarınca, “Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin

maddesinde malzemenin yüklenici tarafından sağlanmış olması halinde yüklenicinin bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Gerek 818 Sayılı BK'nın 357/II. gerekse 6098 Sayılı TBK'nın 472/II. maddelerinde malzeme iş sahibince sağlanmışsa yüklenicinin onları gereken özeni göstererek kullanmakla yükümlü olduğunu belirttikten sonra BK'nın 357/III. ve TBK'nın 472/III. maddelerinde iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenicinin bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorunda olduğu, bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olacağı belirtilerek, yüklenicinin genel ihbar mükellefiyeti hususu düzenlenmiştir. Buna göre özen borcunun sonucu olarak malzemeyi yüklenici seçmişse yapılacak işe, beklenen amaca uygun olan malzemeyi seçip kullanmak zorunda olduğu gibi, malzemeyi iş sahibi temin etmiş olsa dahi, işinin ehli olduğu ve basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğundan temin edilen malzemenin o iş ve eserin amaca uygun yapımına yeterli olduğunu bilmek ve genel ihbar yükümlülüğü uyarınca temin edilen malzemeyle eserin sözleşme, şartname ve amacına uygun olarak yapılamayacağını iş sahibine bildirmek zorundadır. Aksi halde bundan doğan sonuçlardan yüklenici sorumlu olacaktır.” - Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 13.07.2017 tarih, 2017/907 E., 2017/2889

K. (www.kazanci.com)

²⁵⁰ **Erman**, s. 38.

gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur."²⁵¹ Bu noktada, yüklenici, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsayı ve yine yukarıda yer alan paragrafta belirtildiği üzere tarafına sağlanması halinde malzemeleri teslim alırken, işin icrası için engel olup olmayacakları hususunda gerekli muayeneyi yapmak ve inşaya engel bir durumun tespiti halinde hususu derhal arsa sahibine bildirmek zorundadır.²⁵² Bununla birlikte, yüklenicinin genel bir ihbar yükümlülüğü olduğunun kabul edilerek, sözleşmenin gereği

²⁵¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 472/3; "... *Avan proje ile belediyece tasdikli proje arasında, davacılar aleyhine eksiklik olduğu tartışma konusu değildir. Eser sözleşmesine göre; yüklenici, sözleşme eki olan avan projedeki yüz ölçüme göre davacı tarafın dairesini yapıp teslim etmek yükümlülüğü altındadır. İmar mevzuatı, bu dairenin, avan projedeki yüz ölçüme göre yapılmasına engel ise yüklenicinin, bu engeli BK nun 357/III. maddesi uyarınca davacı arsa sahiplerine derhal bildirmesi ve inşaatın belediyece tasdikli projeye göre yapılması için arsa sahiplerinin iradelerini istihsal etmesi gerekir; aksi takdirde, bunun sonuçlara katlanmak zorundadır. Somut olayda, davalı yüklenici, anılan madde uyarınca genel ihbar mükellefiyetini yerine getirdiğini iddia ve kanıtlamış değildir. Bu durumda, mesaha küçüklüğü nedeniyle davacıların eksik iş niteliğindeki zararlarının tahsiline hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu kalem isteklerinin reddi doğru olmamıştır.*" – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 17.01.2001 tarih, 2000/5569 E., 2001/272 K. (www.kazanci.com)

²⁵² **Atamulu**, s. 61.

gibi ve süresinde ifasına engel olabilecek diğer tüm haller için de iş sahibine karşı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir.²⁵³

TBK m. 472/2-3 çerçevesinde düzenlenen yüklenicinin sadakat borcuna ilişkin iki özel yükümlülüğü dışında kalan yükümlülüklerinden bir diğerini ise yüklenicinin; iş sahibini (burada arsa sahibi) sözleşmenin olması gereken şekilde veya zamanında ifası için sakınca oluşturacak talimatları karşısında uyarması hususu oluşturmaktadır.²⁵⁴ Yüklenicinin söz konusu uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen, iş sahibinin (burada arsa sahibi), talimatının uygulanması yönünde ısrarlı olması halinde ise yüklenicinin doğabilecek zararlardan sorumluluğu ortadan kalkacaktır.(TBK m. 476)²⁵⁵

²⁵³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 49.

²⁵⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 49-50.

²⁵⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 50; “... 818 Sayılı Borçlar Kanunu' nun 357/III ve 361/I. maddeleri uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için, eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Sözleşme ve ekleri ile proje ve teknik özelliklere aykırı olarak imalat yapılmış olması halinde, imalatın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici, iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, yüklenici doğacak sonuçlardan kurtulamaz. İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanamayacağına, iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. (Emsal: Dairemizin 03.10.2013 tarih, 2013/3837 Esas ve 2013/5411 Karar sayılı ilamı)” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 13.12.2018 tarih, 2018/3826 E., 2018/5042 K. (www.kazanci.com);

Sadakat borcu çerçevesinde ifade edilmesi gerekli son hususlar ise yüklenicinin bina inşası sırasında edindiği mesleki sırların açıklanmaması²⁵⁶ ile arsa sahibi tarafından tarafına verilen plan, proje ve çizimlerin başka inşaatlarda kullanılmaması²⁵⁷ noktalarında olacaktır.

b. Yüklenicinin Özen (İhtimam) Borcu

Özen borcunun, salt başlangıçta alınması gerekli tedbir ve incelenmesi gerekli plan, proje, fizibilite raporları ve inşaat hesaplarının tetkiki ile sınırlandırılması söz

*“... 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 472/3 ve 476/3 maddeleri uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için, eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Sözleşme ve ekleri ile proje ve teknik resimlere aykırı olarak imalât yapılmış olması halinde, imalatın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, doğacak sonuçlardan kurtulamaz. **İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanamayacağını iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.**” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 14.01.2019 tarih, 2018/4893 E., 2019/129 K. (www.kazanci.com)*

²⁵⁶ **Kurt**, s. 65.

²⁵⁷ **Kaya**, s. 48.

konusu olmayıp; anılan borç yüklenicinin yapıyı teslimine değin tüm fiilleri kapsayacak şekilde süregelmektedir.²⁵⁸

Mülga BK, “*Mütaahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir.*” şeklinde hükmü amir 356/1 maddesi ile yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışından dolayı sorumluluğunu, işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğu düzenine tabi kılmış idi.²⁵⁹ *Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu* m. 364/1’ de “*Genel olarak üstenci, hizmet sözleşmesinde işçinin sorumlu olduğu aynı özenden sorumlu olur.*” olarak yer alan²⁶⁰ bu hüküm karşısında mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’ nun 356/1 maddesinin, yüklenicinin sözleşme çerçevesindeki tüm sorumluluk sistemi için işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluk sisteminin uygulanması gerektiği değil, yüklenicinin işin ifasında “genel olarak” hizmet sözleşmesinde işçinin göstereceği derecede özenden sorumlu olacağı şeklinde anlaşılması gerektiği hususu doktrinde kabul edilmekte idi.²⁶¹ Ve fakat, yüklenicinin uzman bir kişi ve işinin ehli olması dolayısıyla özen sorumluluğunun kapsamının işçinin sorumluluğundan geniş tutulması gerektiği de doktrin ve yargı kararları çerçevesinde kayıt altına alınmıştı.²⁶² Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde de, yüklenicinin arsa sahibinden talimat alma hususunda

²⁵⁸ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 321.

²⁵⁹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s.92.

²⁶⁰ **Becker**, s. 597.

²⁶¹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 92; **Erman**, s. 39.

²⁶² **Atamulu**, s. 61-63, **Erman**, s. 39; “... *Kural olarak iş sahibine karşı, işçinin hizmet akdindeki sorumlu olduğu özene eş değerdeki özenle sorumlu görülen yükleniciden işinin ehli ve basiretli tacir olması sebebiyle daha da üst derecede özen beklenir.*” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 16.02.2004 tarih, 2003/2929 E., 2004/762 K. (www.kazanci.com), ayrıca **Atamulu**, s. 63, dn. 160.

bağımsız ve arsa sahibine oranla uzman kişi olması karşısında özen sorumluluğunun işçinin sorumluluğundan daha ağır olması gerektiği hususu kabul görmekteydi.²⁶³

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu' nun 471. maddesi çerçevesinde anılan tartışmaların göz önünde bulundurulması suretiyle eser sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden ayırıcı nitelikleri kıstas alınarak esere konu benzer alanda işleri yüklenen, gerek mesleki gerekse teknik kurallara riayet eden basiretli yüklenicilerin kriter alınması²⁶⁴ yoluna gidilmiş; bir başka ifadeyle objektif tipte üstlenici ölçü alınmıştır.²⁶⁵

Böylelikle, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde de yüklenicinin özen borcunun hukuki dayanağı TBK m. 471/1 haline gelmiştir.²⁶⁶

İnşaat işi teknik ve tehlike arz eden bir iş olup; yapı tekniği kurallarına tabidir.²⁶⁷ Yüklenicinin malzeme ve inşaatı icra yöntemleri çerçevesinde bilinen ve denenmiş yapı tekniği kurallarına riayet etmesi onun özen borcunu şekillendirmekte ve buna ek olacak şekilde ifa sürecinde inşaat sahibinin menfaatlerini dürüst bir şekilde gözetme gereği ayrıca bir kısım özen borçlarının doğmasını gündeme getirmektedir.²⁶⁸

Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin bir kısım özen borcu şu şekilde sıralanabilir;

²⁶³ **Erman**, s. 39.

²⁶⁴ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 319.

²⁶⁵ Mehmet Demir, **Türk Borçlar Kanunu' nun Getirdiği Yenilikler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 96.

²⁶⁶ **Atamulu**, s. 63-64.

²⁶⁷ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 91.

²⁶⁸ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 91-92.

➤ Yüklenici, sahip olduğu kapasiteyi otokritik yoluyla değerlendirmekle yükümlü olup²⁶⁹; bir işi üstlenirken bilgi, donanım ve finansal gücünün söz konusu işi yapmaya yeterli olup olmadığını objektif olarak değerlendirmek ve sahip olduğu kapasitenin anılan iş için yetersiz kalması halinde sözleşme yapmaktan kaçınmak zorundadır.²⁷⁰ Bu çerçevede yüklenicinin, teknik açıdan yetersiz olduğunu ve üstesinden gelemeyeceğini bildiği bir işi kabul etmesi özen borcuna aykırılık oluşturacak²⁷¹; yüklenici bundan sorumlu tutulacaktır.²⁷²

➤ Yüklenici, yapı tekniği kurallarına uygun davranmak zorundadır.²⁷³ Anılan kuralların ihlali halinde, yüklenici söz konusu kuralları bilmediğini iddia edemeyecek²⁷⁴; doğan sonuçlardan sorumlu olacaktır.²⁷⁵

➤ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde malzemenin çoğu zaman yüklenici tarafından sağlandığı hususu yukarıda yer alan paragraflarda belirtilmişti. Erman' a göre, konumuz olan sözleşmede inşa malzemesini yüklenicinin tedarik etmesi gerekmektedir.²⁷⁶ Sözleşmede açık bir hüküm bulunmadıkça arsa sahibinin malzemeyi sağlama yükümlülüğü bulunmamaktadır.²⁷⁷ Yukarıdaki paragraflarda bahsedildiği gibi bazı istisnai durumlarda kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde bir kısım

²⁶⁹ **Aral/Ayrancı**, s. 382.

²⁷⁰ **Tandoğan**, Cilt II, s. 56.

²⁷¹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 94.

²⁷² **Tandoğan**, Cilt II, s. 56.

²⁷³ **Erman**, s. 40; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 94.

²⁷⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 94.

²⁷⁵ **Erman**, s. 40; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 94.

²⁷⁶ **Erman**, s. 41.

²⁷⁷ **Erman**, s.41, dn. 30.

malzemenin arsa sahibi tarafından karşılanacağı hüküm altına alınmış olabilmektedir.²⁷⁸ (Arsa sahibinin sözleşme çerçevesinde tarafına verilecek daireler için tarafının temin edeceği malzemelerin kullanımını istemesi durumunda olduğu gibi.)²⁷⁹ Bunun dışında, malzemenin yüklenici tarafından tedarik edildiği durumlarda, yüklenicinin, TBK m. 472/1 gereği bir kısım yükümlülükleri mevcuttur. “Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.” hükmü amir madde çerçevesinde yüklenicinin inşa edilecek bina için kullandığı malzeme iyi cins değil ise arsa sahibi karşısında satıcı gibi sorumluluğu gündeme gelir.²⁸⁰ Anılan madde çerçevesinde satış sözleşmesine yapılan gönderme hususu çerçevesinde doktrinde yer alan tartışmalara yüklenicinin “Araç- Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu” bölümünde yer verilmiş olup; tekerrüre düşmemek adına söz konusu bölümün ilgili kısmına atıfta bulunmakla yetinilmiştir.

Yüklenici, sözleşme içeriğinde aksi bir husus kararlaştırılmadığı takdirde TBK m. 86 anlamında en az “ortalama kaliteli” ve inşa edilecek binanın yapısına elverişli ve yeterli bir malzeme kullanmalıdır.²⁸¹ Bu çerçevede, yüklenici, inşaat için kullanacağı malzemenin yapılacak iş için elverişli olup olmadığını araştırmak ve gerektiği takdirde laboratuvarında incelettirmekle yükümlüdür.²⁸² Söz konusu inceleme yükümlülüğünün ölçüsü ise iyi niyet kuralları çerçevesinde belirlenerek; yükleniciden sözleşme konusu işin değeriyle orantılı olmayan, aşırı masraf ve zaman kaybını gerektirir incelemeler

²⁷⁸ **Erman**, s. 41, dn. 30.

²⁷⁹ **Erman**, s. 37, dn. 16.

²⁸⁰ **Atamulu**, s. 60-61.

²⁸¹ **Aral/Ayrancı**, s. 379; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 73; **Öz**, İnşaat, s. 123; **Tandoğan**, Cilt II, s. 106

²⁸² **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 69.

yapması beklenmemelidir.²⁸³ Malzemenin kalitesi, aynı zamanda arsanın niteliği uyarınca değişiklik gösterebilmektedir.²⁸⁴

➤ Yüklenici, sözleşme konusu bina inşasının vücuda getirilmesi için gerekli ön şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalıdır.²⁸⁵ Arsanın çapının, imar durumunu tespit ettirmeksizin, projeyi düzenletip onaylatmadan, inşaat ruhsatı alınmaksızın hafriyata başlanılması ve şantiye kurulup ihzarat temin edilmesi yoluna gidilmesi ve imar planının uygun olmadığına bilinmesine karşın yapı sözleşmesi yapılmasının özen borcuna aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir.²⁸⁶ Bununla birlikte, plan, proje, inşaat ve masraf hesaplarının incelenmesi ve söz konusu doküman ve verilerde eksiklik ve hata bulunması ya da bunların varsayım dayalı olması hallerinde durumun arsa sahibine bildirilmesi ve düzeltilmesinin talep edilmesi hususlarının gereğinin yüklenici tarafından gerçekleştirilmemesi de özen borcuna aykırılık olarak değerlendirilmiştir.²⁸⁷ Plan ve projelerin yükleniciye burada arsa sahibi tarafından verilmiş ve/veya arsa sahibi tarafından onaylanmış olması halinde dahi yüklenicinin bunların hatalı olması nedeniyle doğacak sonuçlardan sorumlu olacağı belirtilmiştir.²⁸⁸ (Arsa sahibinin bu alanda uzman olması ya da plan ve projelerin bu alanda uzman kişilere hazırlanmış olması ve yüklenicinin uyarma yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen arsa sahibince hatalı

²⁸³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 57.

²⁸⁴ **Erman**, s. 41.

²⁸⁵ **Erman**, s. 39-40; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 69; **Tandoğan**, Cilt II, s. 56

²⁸⁶ **Erman**, s. 40, dn. 24; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 69 ve aynı sayfada dn. 11; **Tandoğan**, Cilt II, s. 56 dn. 30.

²⁸⁷ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 69; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 320; **Tandoğan**, Cilt II, s. 56.

²⁸⁸ **Erman**, s. 40; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 69; **Tandoğan**, Cilt II, s. 56.

plan ve projelerin uygulanmasında ısrar edilmesi durumu hariç olmak üzere.)²⁸⁹ Bir kısım yargı kararında yüklenicinin TBK m. 472/3 anlamındaki uyarma yükümlülüğü özen borcuna atfedilmiş durumundadır.²⁹⁰ Çalışmamızda ise, yüklenicinin, TBK. m. 472/3 anlamındaki uyarma yükümlülüğü sadakat borcunun özel görüntülerinden bir tanesi olarak ele alınmıştır.

²⁸⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 56.

²⁹⁰ “... **Özen borcunun sonucu olarak malzemeyi yüklenici seçmişse yapılacak işe, beklenen amaca uygun olan malzemeyi seçip kullanmak zorunda olduğu gibi, malzemeyi iş sahibi temin etmiş olsa dahi, işinin ehli olduğu ve basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğundan temin edilen malzemenin o iş ve eserin amaca uygun yapımına yeterli olduğunu bilmek ve genel ihbar yükümlülüğü uyarınca temin edilen malzemeyle eserin sözleşme, şartname ve amacına uygun olarak yapılamayacağını iş sahibine bildirmek zorundadır. Aksi halde bundan doğan sonuçlardan yüklenici sorumlu olacaktır.**” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 13.07.2017 tarih, 2017/907 E., 2017/2889 K. (www.kazanci.com)

“... **Yüklenici, özen borcu nedeniyle, eseri meydana getirmesine engel olacak hususları süresi içinde iş sahibine bildirmesi gerekir. Bildirmezse sorumluluk kendisine aittir.**” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 15.07.2005 tarih, 2004/6552 E., 2005/4281 K. (www.kazanci.com); “... **Kaldı ki, işi üstlenen davalı, eserin montajı sırasında ortaya çıkacak durumları iş sahibine derhal haber vermeden imalata girişerek özen borcuna aykırı davrandığından sonuçlarına katlanmalıdır (BK. madde 357).**” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 11.02.2004 tarih, 2003/3270 E., 2004/641 K. (www.kazanci.com)

➤ Yüklenici, binayı inşa ederken olası bir zararı önlemek için gerekli tedbirleri almak zorundadır.²⁹¹ (*Örneğin, hafriyat sebebiyle toprak kaymasını önlemek adına gerekli tahkimat yapılmasında olduğu gibi.*)²⁹²

➤ Yüklenici, taahhüt ettiği inşaat işi çerçevesinde, ifa yardımcıları ile alt yüklenicilerin seçimi, işlerin organizasyonu ve dağılımı, işin ifası adına gerekli talimatların verilmesi, denetim tesisi ve araç ve gereçlerin sağlanması hususlarında da özen borcu çerçevesinde hareket etmek zorundadır.²⁹³

➤ Yüklenici, binanın inşası ve teslimi sürecinde gerekli tüm özeni göstermek ve arsa sahibinin menfaatlerini dürüstçe korumak zorundadır.²⁹⁴

²⁹¹ **Erman**, s. 40.

²⁹² **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 320.

²⁹³ **Erman**, s. 43-44.

²⁹⁴ **Atamulu**, s. 58; “... *Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine aykırı olarak yapılan imalatların eski hale getirilmesi ve tazminat istemine ilişkindir. Dosya kapsamından, davacı ve dava dışı arsa maliki M. Y. ile davalı arasında 24.3.2006 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığı, arsa maliklerinin sözleşme imzalanmasıyla birlikte adlarına kayıtlı tapuları yükleniciye devrettikleri, yüklenicinin 1.11.2006 tarihli ilk projede yer almamasına rağmen yapmış olduğu 14.2.2008 tarihli tadilat projesiyle binanın ısıtma sisteminde, otoparkında, odunluk ve kömürlüğünde değişiklik yaparak ısıtma sistemini doğalgaza çevirttiği, otopark, odunluk ve kömürlüğü kaldırarak kendisine ait işyeri deposuna ilave ettiği anlaşılmıştır. Arsa sahipleri tarafından yükleniciye sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte yapılan devirlerin avans niteliğinde olduğu karine olup, sözleşmenin 16. maddesinde de arsa sahiplerinin tapudaki hissesini teminat karşılığı devretmiş sayılacaklarının kabul edildiği görülmüştür. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte*

bulunan 818 Sayılı B.K.' nın 356/1. maddesinde "Müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir." hükmü benimsenmiş, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı T.B.K.' nın 471/1. maddesinde bu yükümlülük "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır." şeklinde açıklanmıştır. Bilindiği üzere, eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri niteliği itibariyle güven esasına dayanır. Aslolan karşılıklı güven duygusu ve iyi niyetin varlığıdır ve taraflar arasındaki hukuki ilişkide tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde davranışlarına da bakılmalıdır. (Yargıtay 15. H.D'nin 6.12.2006 tarih ve 4522 Esas, 7157 Karar sayılı ilamı) 818 Sayılı B.K. 356 m. (T.B.K.' nın 471.) maddesinde belirtildiği üzere, yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Buna aykırı eylem ve işlemler sözleşmenin sona ermesine neden olabilecektir. (Yargıtay 23.H.D'nin 3.7.2012 tarih ve 2012/1915 Esas, 2012/4581 Karar sayılı ilamı). Saptanan bu hukuksal durum karşısında, somut olaya gelince; mahkemece, yapılacak olan binada bir daire alacak olan davacının otopark, odunluk ve kömürlük gibi ortak alanlardan yararlanma hakkı bulunduğu halde yüklenicinin, arsa sahiplerinin projeye onaylama anlamına gelen imzaları alınmadan, bilgisi ve rızası dışında dairelerinin ortak alanlardan yararlanma hakkını engelleyecek, arsa maliklerinin alacakları konutların değerini düşürecek ve yalnızca kendi yararına değer oluşturacak nitelikte yapmış olduğu tadilat projesinin T.M.K.' nın 2. maddesine ve yukarda özetlenen ilkeye aykırı olduğunun kabulüyle uyuşmazlığın esası incelenip, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılıgılı gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır." – Yargıtay 23 Hukuk Dairesi, 28.01.2014 tarih, 2013/5764 E., 2014/503 K. (www.kazanci.com)

Eser sözleşmesinde, eserin iş sahibine teslim edilmesini müteakip, yüklenicinin eserdeki mevcut ayıplardan sorumluluğu ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca belirlenecek olup; burada, ayıbın, yüklenicinin özen yükümlülüğünün ihlali neticesinde ortaya çıkıp çıkmamasının bir önemi bulunmamaktadır.²⁹⁵ Ve fakat, eserin meydana getirilmesi sırasında yüklenicinin özen yükümlülüğüne riayet etmemesi çerçevesinde TBK m. 473/2 hükmü iş sahibine teslim öncesinde bir kısım imkan tanımıştır.²⁹⁶ Bu hüküm kat karşılığı inşaat sözleşmesi için de geçerlidir.²⁹⁷ İlgili madde hükmü şu şekildedir; “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verileceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*”²⁹⁸ Buna göre, anılan madde hükmü arsa sahibi lehine özel bir düzenleme getirmekte ve işin sonunu beklemeksizin, özen borcuna riayet etmediğini gözlemlediği yükleniciye karşı henüz iş tamamlanmaksızın bazı önlemler alınmasını sağlamaktadır.²⁹⁹

B. Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin asli ediminin konusunu binanın inşa edilerek, arsa sahibine ait olacak ilgili bağımsız bölümlerin teslimi hususu

²⁹⁵ **Aral/Ayrancı**, s. 383.

²⁹⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 384; **Tandoğan**, Cilt II, s. 62.

²⁹⁷ **Atamulu**, s. 65; **Erman**, s. 50-52; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 70.

²⁹⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

²⁹⁹ **Erman**, s. 50.

oluşturmaktadır.³⁰⁰ Bu bağlamda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin asli borcunun sözleşmede öngörülen şekil ve niteliklerle bina inşası ile ilgili bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi noktasında toplandığından bahsedilecektir.³⁰¹

Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yüklenicinin eseri teslim borcuna ilişkin açık bir düzenleme yapılması yoluna gidilmemesine karşın Kanunun m. 473/1; 474/1; 478; 479/1 -2; 483/1 şeklindeki ilgili madde hükümleri üzerinden yapılan göndermeler neticesinde yüklenicinin salt eseri meydana getirmekle asli edim borcunu ifa etmiş sayılmayacağı, bununla birlikte kanun koyucu tarafından yüklenicinin eseri teslim etme borcunun bulunduğu da zımnen kabul edilmiş olduğu hususu doktrinde belirtilmektedir.³⁰²

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluna gidilerek³⁰³ belirtildiği üzere yüklenicinin *sözleşme, fen, amaca uygun şekilde inşa ettiği yapıyı arsa sahibine teslim etmesi* onun asli borcu

³⁰⁰ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 73-74.

³⁰¹ **Atamulu**, s. 65; **Erman**, s. 33; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 73-74; **Kaya**, s. 54; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 577.

³⁰² **Atamulu**, s. 65; **Eren**, Borçlar Özel, s. 615 – 616; **Erman**, s. 34; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 77; **Kurt**, s. 67; **Tandoğan**, Cilt II, s. 124.

³⁰³ **Atamulu**, s. 65.

sayılmış; husus yargı kararlarında yer almıştır. ³⁰⁴ Söz konusu borç, konumuz olan sözleşme yönünden arsa payı devri borcunun karşılığına tekabül etmektedir.³⁰⁵

1. Genel Olarak Teslim Borcunun İfası

Konumuz olan sözleşmede, yapının arsa üzerine inşa edilmesinden dolayı, teslim borcu, binaya ilişkin bağımsız bölümlerin sözleşmeye ve fenne uygun şekilde tamamlanmış ve kullanıma uygun olduğunun açık yahut örtülü şekilde arsa sahibine bildirilmesi ile gerçekleştirilir.³⁰⁶ Yüklenicinin, inşaatın tamamlanmış olduğu hususunu

³⁰⁴ “*Dava, eser sözleşmesinin bir türü olan gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptali ve tescil ile menfi zararın tahsili istemlerine ilişkindir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme türüdür. Bu sözleşme türünde, yüklenici inşaatı tam ve eksiksiz olarak bitirip teslim etme borcunu, arsa sahibi de taşınmazı yükleniciye devretme borcunu üstlenmiştir. Yüklenici bağımsız bölümün adına tescilini isteyebilmesi için edimini tam olarak yerine getirmeli taşınmazda eksik ve kusur bulunmamalıdır.*” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 24.06.2019 tarih, 2019/1954 E., 2019/2931 K. (www.kazanci.com), “*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.*” – Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 26.03.2009 tarih, 2009/2280 E., 2009/3839 K. (www.kazanci.com)

³⁰⁵ **Atamulu**, s. 66.

³⁰⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 394; **Atamulu**, s. 66; **Erman**, s. 34; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 577; **Kurt**, s. 68; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125.

arsa sahibine açıkça bildirmesi³⁰⁷ mümkün olduğu gibi, yapının yüklenici tarafından arsa sahibince görülebilecek veya üzerinde tasarruf edilebilecek hale getirilmesi şeklinde örtülü olarak bildirilmiş olması da söz konusu olabilmektedir.³⁰⁸ Bununla birlikte, arsa sahibinin yüklenicinin teslim borcunun ifa edildiğine yönelik tutumları da teslim olgusunun gerçekleştiğine işaret edebilir.³⁰⁹ Bu tutumlara örnek olarak, arsa sahibinin bitirilmiş bağımsız bölüme taşınması ya da anılan bağımsız bölüme bir kiracının taşınması yönündeki iradesi hususları gösterilebilir.³¹⁰ Burada, teslim olgusunun gerçekleşmiş olduğu hususu arsa sahibi ya da kiracısının tamamlanmış ve fakat yüklenici tarafından kullanıma hazır olduğu yönünde bildirim yapılmamış olan bağımsız bölümün kullanılmaya başlanılmasına ilişkindir.³¹¹ Oysa ki; bir bina inşasında yüklenici tarafından inşaata ilişkin tüm işler tamamlanmaksızın arsa sahibinin bağımsız bölüme taşınması mutlak surette teslimin yapıldığını göstermeyecektir.³¹² Bu durum, her ne kadar bağımsız bölümlerin teslim edildiği anlamına gelmese de anılan yönde bir karine teşkil edeceğinden, söz konusu karinenin arsa sahibi tarafından bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun bir şekilde teslim edilmediği hususunun ispatı suretiyle çürütülmesi gerekmektedir.³¹³

Yüklenicinin bağımsız bölümleri teslim borcunun bildirim yapılması suretiyle yerine getirildiği durumlara ilişkin olmak üzere, arsa sahibinin bağımsız bölümde fiili

³⁰⁷ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 37.

³⁰⁸ **Erman**, s. 34; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 37; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125.

³⁰⁹ **Erman**, s. 34.

³¹⁰ **Erman**, s. 34; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126.

³¹¹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 126.

³¹² **Erman**, s. 34; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126.

³¹³ **Atamulu**, s. 66-67; **Erman**, s. 34.

iktidarını kullanma olanağı verilmemesi (*Bağımsız bölümün anahtarlarının verilmemesi durumunda olduğu gibi.*) ya da fiili iktidarına engel olan durumların (*İnşaat iskelesinin sökülmemesi durumunda olduğu gibi.*) ortadan kaldırılmaması karşısında yüklenicinin binanın ve bağımsız bölümlerin tamamlandığını bildirmesinin teslim borcunun ifa edilmesi anlamını taşımayacağı belirtilmektedir.³¹⁴

Bu çerçevede, teslim olgusunun gerçekleşmesi için kural olarak binanın tamamlanması gerekeceğinin altını çizmek gerekir.³¹⁵ Ve fakat, arsa sahibi tarafından tesellümden kaçınma olarak bir sebep olarak ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği ve binanın tamamlanmış sayılması açısından tamamen önemsiz ve ikincil sayılabilecek işlerin (*Bir yapıda tek bir kapı kolunun takılmasının göz ardı edilmiş olmasında olduğu gibi.*)³¹⁶ eksik kalmasının eserin tamamlanmış sayılmasına bir engel teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir.³¹⁷

Teslim olgusunun binanın tamamlanması dışında bir şarta bağlanması söz konusu olabilmekte; kat karşılığı inşaat sözleşmesinde bu hususa sıklıkla teslimin yapı kullanma izni (iskan) alınmasına bağlanması çerçevesinde rastlanılmaktadır.³¹⁸

³¹⁴ **Erman**, s. 34; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125-126.

³¹⁵ **Aral/Ayrancı**, s. 393; **Atamulu**, s. 66 dn. 173; **Erman**, s. 33-34; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 577; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 37; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126.

³¹⁶ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 40, dn. 91.

³¹⁷ **Erman**, s. 34; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, 40; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126.

³¹⁸ **Atamulu**, s. 67; **Erman**, s. 35; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 41; “... 2- Mahkemece eserin teslim alındığı ve ayıp ihbarında bulunulmadığı gerekçesiyle davacılarca istenen açık ayıplı imalat bedelinin reddine karar verilmiştir. Oysa usulüne uygun şekilde düzenlenen sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay

*içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. **Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez. Ayıp ihbarı ise ancak teslimden sonra yapılabilir. Bu nedenle mahkemece bilirkişilerce saptanan açık ayıplı imalatın bedeline de hükmedilmesi gerekirken ayıp ihbarının yapılmadığından bahisle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür.***” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 06.12.2007 tarih, 2006/6821 E., 2007/7876 K. (www.kazanci.com),

*“Davacı, davalı yüklenici ile yapmış olduğu arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi gereği kendisine düşen bağımsız bölümün sözleşme uyarınca teslimi gereken tarihte teslim edilmemesi nedeniyle uğradığı kira kaybının ödetilmesini istemiştir. Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan 17.1.1995 günlü sözleşmenin 20 ve 21. maddelerine göre, davacı arsa sahibine verilecek olan bağımsız bölümlerin ruhsat alındıktan sonra 24 ay içinde iskan raporu da alınmış olarak teslim edileceği kararlaştırılmıştır. İnşaat ruhsatının alındığı tarih 8.4.1996 olup, buna göre eserin 8.4.1998 tarihinde iskan ruhsatı da alınmış olarak arsa sahibine teslimi gerekmektedir. **Sözleşmenin teslim olgusunu iskan koşuluna bağlayan 21. maddesi HUMK’ nın 287. maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda yüklenicinin teslim savunmasını iskan izni belgesi ile kanıtlaması gerekir.** Oysa Ç Belediye Başkanlığının 15.8.2001 tarihli yazısı ve inşaat işlem dosyasından iskan izninin alınmadığı anlaşılmaktadır. O halde davacıya ait bağımsız bölümün halen teslim edilmediğinin kabulü zorunludur. **Bu durumda A 29. Asliye Hukuk Mahkemesinin kesinleşmiş 22.12.1999 tarihli kararıyla 18.9.1998 tarihine kadar kira tazminatına hükmedildiği de gözetilerek, anılan tarihten dava tarihine kadar geçen dönem için kira tazminatı alacağına hükmedilmesi yerine, sözleşmede teslim olgusunun iskan iznine bağlanmış olduğu hususu göz ardı***

Teslim olgusunun gerçekleştiği ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa sahibine ait olan bağımsız bölümlerin teslim edildiği hususunda ispat yükü yükleniciye ait olup, yüklenicinin bu hususu her türlü delille ispatı mümkündür.³¹⁹

edilerek bilirkişi görüşüne sıkı sıkıya bağlı kalınmak suretiyle, binanın asansör kullanma izin belgesi tarihi teslim esas alınıp, bu tarihe kadar kira tazminatına hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 08.06.2004 tarih, 2003/6242 E., 2004/3206 K.

³¹⁹ **Atamulu**, s. 68; “... Kural olarak, sözleşmeye göre bağımsız bölümlerin süresinde teslim edilip edilmediklerinin ispat yükü davalı yükleniciye aittir. Bu itibarla, 1 parsel sayılı taşınmaz üzerinde inşa edilen binadaki davacı arsa sahibine düşen 4 adet bağımsız bölümün süresinde teslim edildiğini savunan yüklenici davalının, bu yöndeki savunmasını ispata yarar tüm delilleri toplanılarak oluşacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu konuda herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın, adeta sözleşmeye göre süresinde teslim varmış gibi 1 parsel sayılı taşınmazda bulunan davacı arsa sahibine ait 4 adet bağımsız bölüm yönünden kira tazminatı isteminin reddine kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” – Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 02.04.2018 tarih, 2015/2586 E., 2018/2562 K. (www.kazanci.com), “Dava, gecikme tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan sürede iskan ruhsatını alarak davacıya ait daireleri teslim etmediği, bağımsız bölümlerin fiilen teslim edildiğinin ispat edilemediği, davacı tarafın gecikme tazminatı isteminin yasal koşullarının oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulü kararının onanması gerekir.” – Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 16.03.2017 tarih, 2016/5019 E., 2017/851 K. (www.kazanci.com)

Sözleşme konusu işin teslimi olgusunun maddi olay olmasından dolayı³²⁰ ispata yarar delilleri çerçevesinde tanık deliline de dayanılabileceği hususuna ilişkin yargı kararları mevcuttur.³²¹

³²⁰ **Atamulu**, s. 68.

³²¹ “... Sözleşme konusu inşaatın İmar Yasası'na aykırı olarak "kaçak" yapıldığı, bilirkişi raporları ve Esenler Belediye Başkanlığı encümenince verilen kararlardan anlaşılmakta ise de; davalı yüklenici tarafından davacı tarafın kendilerine verilmesi gereken bağımsız bölümleri tasarruflarında bulundurduklarını ve kullandıklarını savunarak fiilen bağımsız bölümlerin teslim alındığını kanıtlamak için tanık deliline dayanmış ve listesini de sunmuş bulunmaktadır. Bağımsız bölümlerin arsa sahiplerince teslim alınması olgusu, maddi olay olduğundan tanık delili ile kanıtlanabileceğine göre; davalı yüklenicinin açıklanan savunmasını kanıtlayabilmesi için gösterdiği tanıkların mahkemece bilgilerinin alınmamış olması doğru olmamıştır. Arsa sahiplerine verilmesi gereken bağımsız bölümler, kaçak inşaatta da olsa fiilen arsa sahiplerince yararlanılmakta ise, olumlu zarar kapsamında gecikmeden kaynaklanan zarar söz konusu olamayacağından bağımsız bölümlerden yararlanan süre için gecikme tazminatı ve bu kapsamda kira tazminatı istenemez. O halde, mahkemece yapılacak iş; arsa sahiplerinin eylemli olarak sözleşme gereğince kendilerine verilmesi gereken bağımsız bölümlerden kira tazminatı istenen süre içinde yararlanıp yararlanmadıklarının kanıtlanmasına yönelik olarak davalı yüklenicinin ve davacı tarafın tanık delil tüm yasal delillerinin toplanması ve toplanan delillerin değerlendirilmesi ile varılacak sonuca göre gecikme tazminatı uyuşmazlığı hakkında bir karar vermekten ibaret olmalıdır. Karar açıklanan sebeplerle bozulmalıdır.” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 08.04.2008 tarih, 2007/2798 E., 2008/2291 K. (www.kazanci.com), “Eser sözleşmelerinde

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin bağımsız bölümlerin teslim borcunun ifa yeri ise üzerinde bina inşa edilen arsanın bulunduğu yere tekabül etmektedir.³²²

Yüklenicinin bağımsız bölümleri teslim borcu çerçevesinde ifade edilmesi gerekli bir diğer nokta ise, binanın ayıplı olmasının teslimin gerçekleşmesine engel olmayacağı hususudur.³²³ Bu durumda, şartlarının oluşması halinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gündeme gelecektir.³²⁴

Arsa sahibinin, yüklenicinin bildirimini müteakip ya da tarafına bildirim yapılmamasına karşın inşaatın tamamlandığına vakıf olabilecek durumda iken, bağımsız bölümleri teslim almaktan kaçınması alacaklı temerrüdüne (TBK m. 106-110) düşmesine sebep olacaktır.³²⁵

yüklenicinin temel borcu bir eser meydana getirmek (somut olayda arsa payı devir karşılığı inşaat yapmak) ve meydana getirilen eseri sözleşmede kararlaştırılan zamanda sözleşme şartlarına uygun olarak arsa sahibine teslim etmektir. Kural olarak, eserin arsa sahibine teslim edildiğini ispat yükleniciye düşer. Maddi bir olay olması bakımından teslim taraflar arasında düzenlenecek bir teslim tutanağı ile ispatlanabileceği gibi diğer yazılı deliller veya tanık sözleri ile de ispatlanabilir.” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 21.06.2004 tarih, 2003/6321 E., 20104/3464 K. (www.kazanci.com)

³²² **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 75.

³²³ **Atamulu**, s. 67.

³²⁴ **Atamulu**, s. 67.

³²⁵ Asuman Turanboy, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, **Ankara Üniversitesi**

2. Teslimin Kavramsal Çerçevesi

a. Eserin Tesliminin Eserin Tamamlanmasından Ayırt Edilmesi

Eserin tamamlanması ve teslimi kavramları birbirinden farklı anlamlar ihtiva etmektedir.³²⁶ Yukarıdaki “Genel Olarak Teslim Borcunun İfası” başlığı altında belirtildiği üzere kural olarak bağımsız bölümlerin teslim edildiğinden söz edilebilmesi için ilgili yerlerin tamamlanmış olması gerekmekte ve fakat bazı istisnai durumlarda tamamlanmamış bir bağımsız bölümün teslim edilmesi de söz konusu olabilmektedir.

Söz konusu istisnaların bir kısmı ilgili başlık altında irdelenmiş olmakla birlikte; arsa sahibinin tamamlanmamış eseri ifa olarak kabul edeceğini yükleniciye bildirmesi ve dürüstlük kuralının gerektirdiği haller bu kapsamda ele alınmaktadır.³²⁷

Gauch tarafından, iş sahibinin (burada arsa sahibi), yüklenicinin sözleşme gereği ifada bulunma iradesiyle sunduğu eksik esere ilişkin uzun süre sessiz kalması ya da ayıba karşı tekeffüle dayalı bir hakkın kullanılması yoluna gitmesi suretiyle eserin tesliminin gerçekleştiğine dair yüklenici nezdinde haklı bir güven oluşturmasını müteakip eserin eksik olması temelinde teslimin gerçekleşmediği yönünde bir iddiada bulunmasının dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirildiği belirtilmiştir.³²⁸

Arsa sahibinin dürüstlük kuralı gereği bağımsız bölümleri tesellümden kaçınamayacağı bir diğer istisnai durumu ise yukarıda belirtildiği üzere bağımsız

Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, C. 41, S. 1, s. 155; **Atamulu**, s. 68; **Erman**, s. 72;

Seliçi, İnşaat Sözleşmeleri, s. 134.

³²⁶ **Erman**, s. 33.

³²⁷ **Kurt**, s. 70.

³²⁸ Nakleden **Kurt**, s.70, dn. 219.

bölümün tamamlanmış sayılması açısından tamamen önemsiz ve ikincil sayılabilecek işlerin eksik kalması durumu oluşturmaktadır.³²⁹ Eksik işin miktar ve niteliği, iş sahibinin (burada arsa sahibi) dürüstlük kuralı uyarınca eksik işi teslim alıp almama zorunluluğunun tayini açısından önemlidir.³³⁰ Zira, toplam işin küçük bir yüzdelik dilimine tekabül eden ve salt bu niceliksel durumdan dolayı önemsiz olarak nitelendirilebilecek bir eksikliğin, eserin tamamlanmış sayılması için tali nitelikte olmaması da pekala söz konusu olabilmektedir.³³¹

b. Eserin Teslim Alınmasının Eserin Kabulünden Ayırt Edilmesi

“Teslim” ve “tesellüm” (teslim alma); *bir madalyonun iki yüzü olacak şekilde* aynı teslim olgusunu yüklenici ve arsa sahibi açılarından ifade eden hukuki kavramlardan ibarettir³³². Bu çerçevede, teslim ve tesellüm birbirlerinden farklı bir anlam taşımamakla birlikte, her ikisi de aynı zamanda gerçekleşmekte ve tesellüm, teslimden sonraki bir aşamaya tekabül etmemektedir.³³³ Yüklenicinin, bina ve bağımsız bölümlerin tamamlandığına ve arsa sahibince üzerinde tasarruf edilebilir hale geldiğine ilişkin bildirimnin arsa sahibine ulaşması hem teslimi hem de tesellümü aynı anda gerçekleşmiş kılmaktadır.³³⁴

³²⁹ **Erman**, s. 34; **Kurt**, s. 70; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 40; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126.

³³⁰ **Kurt**, s. 71, dn. 223.

³³¹ **Kurt**, s. 71.

³³² **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 35; **Tandoğan**, Cilt II, s. 127.

³³³ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 35; **Tandoğan**, Cilt II, s. 127.

³³⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 127.

Arsa sahibi tarafından bağımsız bölümlerin teslim alınması, mutlak surette eserin kabul edildiği anlamını taşımamaktadır.³³⁵ Zira, “teslim alma” ve “kabul” kavramları birbirlerinden farklı anlamlar ihtiva etmektedir.³³⁶ Eserin kabulü, arsa sahibinin yüklenici tarafından yapılan bina ve bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşıdığı ve anılan yapılar üzerinde ayıp iddiası öne sürmeyeceğine ilişkin bir irade açıklaması içermekte³³⁷ iken; yapının teslim alınması taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma olmadığı takdirde bu yönde herhangi bir irade açıklamasından yoksundur.³³⁸

Türk Borçlar Kanunu’ nun *eserin kabulünü* düzenler 477. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu’ nun, 370. maddesi çerçevesinde; (m. 370/f.1) “*Teslim edilen eser ismarlayan tarafından açıkça ya da üstü kapalı olarak **onaylanırsa***³³⁹, *tesellüm esnasında ve usulüne göre yapılan muayenesinde tanınmayacak ya da üstenci tarafından bile bile saklanmış bozukluklar söz konusu olmadıkça, üstenci sorumluluktan kurtulur.*”³⁴⁰ denilmekte ve maddenin ilk fıkrası içeriğinde ifade olunan bu “onaylama” ya da “muvafakat” kelimelerinden TBK m. 477 anlamında kabulün, iş sahibinin (burada arsa sahibi) yapının sözleşmeye uygun ifa edildiğini kabul eder yönündeki irade beyanı olduğu netlik kazanmaktadır.³⁴¹ Kaldı ki, teslim ve kabul kavramlarının eşdeğer tutulması suretiyle, teslim almanın fiili iktidarın elde edilmesi yanında borcun gereği gibi ifa

³³⁵ **Erman**, s. 36.

³³⁶ **Tandoğan**, Cilt II, s. 127.

³³⁷ **Erman**, s. 36; **Tandoğan**, Cilt II, s. 127.

³³⁸ **Atamulu**, s. 68; **Erman**, s. 36.

³³⁹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 36: anılan madde “Teslim alınan esere iş sahibi tarafından açıkça veya zımnen muvafakat edilirse...” şeklindedir.

³⁴⁰ **Becker**, s. 620.

³⁴¹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 35-36.

edildiği yönünde bir beyan da içerdiğinin kabul edilmesi eser sözleşmesinin ifasına ilişkin sisteme de başlı başına aykırılık teşkil etmektedir.³⁴² Zira, iş sahibinin (burada arsa sahibi) muayene imkanını elde etmesi, öncelikle eseri teslim almasına bağlı olup; kabul ise zamansal olarak muayene külfetinin yerine getirilmesini müteakip bir işlem olarak kabul görmektedir.³⁴³ Bir başka deyişle, arsa sahibince gerçekleştirilmesi gereken zaruri işlemlerin zaman itibarıyla sıralanmasının; yapının muayene edilmesi adına teslim alınması, yapının muayene edilmesi ve muayeneden sonra yapının kabul edilmesi şeklinde olacağından dolayı teslim ve kabulü eşdeğer kavramlar olarak nitelendirmek yerinde olmayacaktır.³⁴⁴

3. Yüklenicinin Bağımsız Bölümleri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü

Yüklenicinin bağımsız bölümleri teslim borcunun ifası çerçevesinde temerrüde düşmesi Kanunda m. 473/1 gibi özel bir hüküm kapsamında düzenlenmemiş olup; anılan durumun varlığı halinde karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler kapsamındaki borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere başvurulması söz konusu olacaktır.³⁴⁵ Bu çerçevede, yüklenicinin borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerde aranan şartların gerçekleşmesi gerekecektir.³⁴⁶ Anılan şartların şu şekilde sıralanması söz konusudur.

³⁴² **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 35-36.

³⁴³ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 36.

³⁴⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 36.

³⁴⁵ **Erman**, s. 61; **Gümüş**, Cilt II, s. 36; Mehmet Deniz Yener, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2011, s. 55.; **Tandoğan**, Cilt II, s. 129-130.

³⁴⁶ **Erman**, s. 61.

a. Yüklenicinin Teslim Borcunu İfada Temerrüdünün Şartları

aa. Borcun Muaccel Olması

Sözleşme çerçevesinde teslim tarihinin belirli bir tarih veya süre olacak şekilde kayıt altına alınması halinde taraflarca belirlenen tarihin gelmesi veya teslim süresinin dolması üzerine yüklenicinin teslim borcu muaccel olacaktır.³⁴⁷ Teslim günü ya da süresinin sözleşme çerçevesinde spesifik olacak şekilde kayıt altına alınması durumunda anılan vade tarihi ve/veya süresini geçiren yüklenici ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir.³⁴⁸

Vadenin sözleşme çerçevesinde kararlaştırılmaması halinde ise basiretli bir yüklenicinin alışlagelmiş araç ve kapasite kullanımıyla işi tamamlayacağı makul sürenin hesaplatılarak yüklenicinin borcunun bu sürenin dolmasını müteakip tarafına gönderilecek arsa sahibinin ifayı istediğine ilişkin bir muacceliyet bildirimini çerçevesinde muaccel olacağı sonucuna varılmaktadır.³⁴⁹

bb. Edimin İfasının Mümkün Olması

Arsa sahibi tarafından yükleniciye karşı borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabilmesi için bağımsız bölümleri teslim borcunun imkansız olmaması gerekmektedir.³⁵⁰ Burada, imkansızlıktan maksat, sözleşmenin imzalanmasından sonra vuku bulabilecek maddi ve hukuki imkansızlıklardır.³⁵¹ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi

³⁴⁷ **Gümüş**, Cilt II, s. 36.

³⁴⁸ **Gümüş**, Cilt II, s. 36; **Tandoğan**, Cilt II, s. 133-134.

³⁴⁹ **Erman**, s. 62; **Öz**, İnşaat, s. 143.

³⁵⁰ **Erman**, s. 64; **Gümüş**, Cilt II, s. 37.

³⁵¹ **Erman**, s. 64.

çerçevesinde, hukuki imkansızlık hallerinin vuku bulmasına daha fazla rastlanabilmektedir.³⁵² Uygulanan bir hukuk kuralı çerçevesinde borçlunun ifa gücünü kaybetmesi veya anılan borcun ifasının yasaklanmasının gündeme gelmesini tanımlayan bu imkansızlık türüne örnek olarak imar mevzuatı kapsamındaki değişikliğin sözleşmede kararlaştırılan şekilde inşaata izin vermemesi (Bina kat sayısına sınırlama getirilmesi örneğinde olduğu gibi.) ya da inşaatın yapılmasının yasaklanması halleri gösterilebilecektir.³⁵³ İfa imkansızlığı³⁵⁴ halinde temerrüt hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacak; bu noktada yüklenicinin kusurlu yahut kusursuz oluşu fark yaratmayacaktır.³⁵⁵ Burada, artık, ifa imkansızlığı çerçevesinde genel hükümler ile özel imkansızlık hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.³⁵⁶ Yüklenicinin kusuru, sadece bazı temerrüt sonuçları (TBK m. 118, 125/ f.2, 3 çerçevesinde tazminat hükümleri) bakımından aranmaktadır.³⁵⁷

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde de uygulama alanı bulan TBK. m. 483 çerçevesinde binanın tamamlanmış ve fakat bağımsız bölümlerin henüz arsa sahibine teslim edilmemiş olduğu durumlarda beklenmedik olay neticesinde binanın yok olması kusursuz imkansızlığı gündeme getirecek ve böylelikle arsa sahibi ile yüklenicinin

³⁵² **Erman**, s. 68-69.

³⁵³ **Erman**, s. 68-69.

³⁵⁴ İmkansızlığın temerrütten sonra vuku bulması halinde de temerrüt durumu sona ermektedir. (Vade günü dahi tamamlanmamış bir inşaat çerçevesinde, kamulaştırma işlemi yapılmasında olduğu gibi.), **Öz**, İnşaat, s. 144.

³⁵⁵ **Öz**, İnşaat, s. 144.

³⁵⁶ **Öz**, İnşaat, s. 144.

³⁵⁷ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 470-471.

karşılıklı edimleri ortadan kalkacak; arsa sahibinin binayı teslimde temerrüde düşmemesi halinde yüklenici yaptığı işin bedeli ile giderlerini talep edemeyecektir.³⁵⁸ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde malzemeyi çoğu zaman yüklenici sağladığından malzemeye gelen hasar da yükleniciye ait olacaktır.³⁵⁹ Bununla birlikte, sözleşme uyarınca yükleniciye daha önce arsa payı devredilmiş olması halinde bunların iadesi gündeme gelecektir.³⁶⁰

cc. Borcun İfa Edilmemesi

Temerrüdün, *ifanın gerçekleşmemiş olması* şartı çerçevesinde “Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu” nun 1. ve 2. başlıkları çerçevesindeki detaylı açıklamalarımıza atıfta bulunuyoruz.

dd. Borcun Yerine Getirilmesi Hususunun İhtar Edilmesi

Temerrüde düşürme için kural olarak temerrüt ihtarına gerek bulunmaktadır.³⁶¹ Temerrüt ihtarı tarafların tacir olmaları dışında kural olarak bir şekle bağlı değildir.³⁶² Sözleşme çerçevesinde teslim günü ve süresinin kararlaştırılması halinde anılan günün gelmesi çerçevesinde yüklenicinin ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düştüğünden

³⁵⁸ **Erman**, s. 67.

³⁵⁹ **Erman**, s. 67.

³⁶⁰ **Erman**, s. 67.

³⁶¹ **Erman**, s. 75.

³⁶² **Öz**, İnşaat, s. 151.

bahsedilecektir.³⁶³ İhtarın yararsız kalmasının söz konusu olduğu haller çerçevesinde de aynı durum geçerlidir.³⁶⁴

b. Yüklenicinin Teslim Borcunu İfada Temerrüdünün Sonuçları

Burada, borçlu temerrüdünün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler çerçevesindeki hüküm, sonuçları gündeme geleceğinden, TBK m. 125' in borçlu temerrüdünün genel sonuçlarına ek olacak şekilde alacaklıya tanıdığı seçimlik haklar ele alınmalıdır.

Burada, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenici temerrüde düştüğü takdirde öncelikle TBK m. 125/1, arsa sahibine *gecikme tazminatı ile birlikte aynen ifa veya aynen ifadan vazgeçme yetkisi* olmak üzere öncelikle ikili bir seçimlik hak tanıyacak olup; arsa sahibince *aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatından* feragat edilmesi ve feragat edildiği hususunun derhal bildirmesi üzerine TBK m. 125/2' in sunduğu bir diğer seçimlik hak ile *olumlu zararın tazmini* ya da *sözleşmeden dönerek şartları olması halinde olumsuz zararın tazmini* seçeneklerinden birini seçmesi söz konusu olacaktır.³⁶⁵ TBK m. 125/1-2 çerçevesinde anılan yenilik doğuran haklar tek yanlı varması gereken irade beyanı ile kullanılabilir.³⁶⁶

Arsa sahibinin “tam iki tarafa borç yükleyen” çalışma konumuz sözleşme çerçevesinde kusuruyla ya da kusursuz olarak bağımsız bölümleri teslim borcunda temerrüde düşmüş yükleniciye *TBK m. 124 hükmünde yer alan istisnai durumlar saklı*

³⁶³ **Erman**, s. 75-76.

³⁶⁴ **Erman**, s. 75-76.

³⁶⁵ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1109 - 1115.

³⁶⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1109 - 1115.

kalmak üzere TBK m. 123 anlamında ek süre tanınması ve tanınan süre içerisinde borcun ifa edilmemesi halinde seçimlik haklarının doğması söz konusu olur.³⁶⁷

Tandoğan, ifanın alacaklı (burada arsa sahibi) için değerli olması halinde “*aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı*”; aynen ifanın değeri kalmamakla birlikte, olumlu zarar miktarının edasının değerinden fazla olması halinde *derhal ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini*; edasının kıymetinin yükselmesi halinde ise *derhal ifadan vazgeçip sözleşmenin feshi ile olumsuz zararın tazmini* yoluna gidileceğini belirtmiştir.³⁶⁸ Öte yandan, borçlunun (burada yüklenici) tahsil kabiliyetinin zayıf ya da kusursuzluğunu ispatlama ihtimalinin yüksek olduğu durumlar çerçevesinde, aynen ifa ya da sözleşmenin feshi yoluna gidilmesinin olumlu zararı talep etmeye kıyasla daha uygun olacağı görüşündedir.³⁶⁹

C. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

1. Genel Olarak

Ayıplı eserden maksat, eserin sözleşme ya da dürüstlük kuralı çerçevesinde taşınması gereken vasıflar ile haiz olduğu somut fiili vasıfları arasında fark bulunması³⁷⁰; bir başka ifadeyle yüklenicinin sözleşme ile taahhüt ettiği veya dürüstlük kuralı uyarınca iş sahibi (burada arsa sahibi) tarafından beklenen nitelikte eseri

³⁶⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1109 - 1115 ; Gümüş, Cilt II, s. 38.

³⁶⁸ Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, Ankara, Ajans – Türk Matbaası, 1961, s. 490-491.

³⁶⁹ **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 491.

³⁷⁰ **Aral/Ayrancı**, s. 400.

gerçekleştirememesidir.³⁷¹ Burada, yüklenici tarafından sözleşme çerçevesinde ifa edilen edimin olması gerektiği gibi ifa edilmemesi yahut kötü ifası söz konusu olmaktadır.³⁷² Zira, yüklenici, meydana getirdiği eserin sözleşme çerçevesinde kayıt altına alınan niteliklere sahip olmaması halinde edim borcuna aykırı davranış içerisinde olacak, iş sahibinin (burada arsa sahibi) ifa menfaatini karşılamaya elverişsiz nitelikte bir eserin meydana getirilmesini gündeme getirecektir.³⁷³

Ayba karşı tekeffül borcu, yüklenicinin teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğinde olup³⁷⁴; yüklenicinin, teslim ettiği bağımsız bölümlerdeki ayıp sebebiyle arsa sahibine karşı sorumluluğunu ifade etmektedir.³⁷⁵

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğun doğabilmesi için gerekli şartlara aşağıda takip eden paragraflarda yer verilmiştir.

³⁷¹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 76; **Kurt**, s. 85.

³⁷² **Erman**, s. 121.

³⁷³ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 128.

³⁷⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 160.

³⁷⁵ **Atamulu**, s. 69.

2. Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Doğması için Gerekli Şartlar

a. Tamamlanmış Bina Çerçevesinde Arsa Sahibine Ait Bağımsız Bölümlerin Teslim Edilmiş Olması

Anılan borcun söz konusu olması için gerekli ilk şartı yüklenicinin bina inşasını tamamlaması suretiyle bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesi hususu oluşturmaktadır.³⁷⁶

Yüklenicinin teslim borcunun yerine getirilmesinden önce ortaya çıkan ayıplara bağlanan hukuki sonuçlar TBK m. 473/2 ile genel hükümler kapsamında değerlendirilmektedir. Teslim alınan eserde ortaya çıkan ayıplar nedeniyle borcun gereği gibi ifa edilmemesi çerçevesinde özel bir sorumluluk düzenlenmesi (TBK m. 474 vd.) yoluna gidilmiştir.³⁷⁷

Tamamlanmış bağımsız bölümlerin teslimi, arsa sahibinin ayıptan doğan hakları kullanabilmesi için zorunlu bir koşulu oluşturmakta olup; yüklenicinin dürüstlük kuralı nezdinde sözleşme çerçevesinde kararlaştırılan tüm inşaat işlerini sözleşme ve fenne uygun olarak bitirip arsa sahibine teslim etmesi gerekmektedir.³⁷⁸ Belirtildiği üzere, inşaatın bütünü göz önünde bulundurulduğunda geriye kalan çok az ve önemsiz ve arsa sahibince bir bahane olarak ileri sürülerek eseri teslimden kaçınmasının dürüstlük

³⁷⁶ **Atamulu**, s. 70, **Erman**, s. 121; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 77.

³⁷⁷ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 128-129.

³⁷⁸ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 77; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 447; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 134; **Turanboy**, s. 154.

kuralına aykırılık oluşturacağı nitelikteki işler karşında inşaatın teslim elverişli olduğu kabul edilmektedir.³⁷⁹

Ayba karşı tekeffül hükümleri ile borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulama sınırlarının belirlenmesinde “eksik (noksan) ifa” ve “ayıplı ifa” kavramları arasındaki farkların irdelenmesi çok büyük önem taşımaktadır.³⁸⁰ Bu iki kavram aynı anlamları taşımamaktadır.³⁸¹ *Eksik ifadan* maksat, sözleşme gereği yapılması gerekli bir işin yapılmaması iken; *ayıplı ifa* yapının sözleşmede öngörülen niteliklere aykırı bir şekilde meydana getirilmesini ifade etmektedir.³⁸² Eksik ifa çerçevesinde arsa sahibinin o edimden amacına uygun şekilde hiç yararlanamaması söz konusu iken (*Bazı katları bitmemiş ya da çatısı kapatılmamış bir binada olduğu gibi.*); ayıplı ifada bahse konu edimden amacına uygun yararlanma söz konusu olmakla birlikte, bu yararlanmanın kalitesini düşüren bir ifa (*Fayansların kötü kalitede olması ya da kırık olmasında olduğu gibi.*) mevcuttur.³⁸³ Yargı içtihatlarında da husus bu yönüyle bir ayrıma tabi tutulmaktadır.³⁸⁴

³⁷⁹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 134.

³⁸⁰ **Öz**, İnşaat, s. 194.

³⁸¹ **Öz**, İnşaat, s. 194; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 448; **Kurt**, s. 72.

³⁸² **Atamulu**, s. 70; **Kurt**, s. 72.

³⁸³ **Öz**, İnşaat, s. 195; **Kurt**, s. 72.

³⁸⁴ “... 2-) *Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklı eksik ve ayıplı iş bedeli nedeni ile tazminat istemine ilişkindir. Yüklenicinin, iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; iş sahibi, açık ayıplarda dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK' nın 359, gizli ayıplarda ise 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, aynı Kanun'un 360. maddesinde tanınan hakları kullanabilir. Eksik iş, sözleşme ve*

eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir maldan ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Ancak, kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (BK. m.359); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. (BK. m. 362/III). Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır. Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak 5 yıllık zamanaşımı süresinde (BK. m. 126/son) talep edilebilir. Eğer eser iş sahibinin beklediği amacı karşılamıyorsa kural olarak ayıplı yapıldığı kabul edilir. 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 1977/11-393 E., 1979/80 K. sayılı ve Dairemizin 16.01.2013 tarih ve 2012/5835 E., 2013/129 K. sayılı ilamında bu ilke ve esaslar ayrıntıları ile açıklanmıştır.) Yine, süresinde ihbarı yapılan açık ayıplar ile eksik işlerde zamanaşımı teslimden itibaren 5 yıl, gizli ayıplarda ise, ortaya çıkma tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmaktadır. Bu açıdan yüklenici tarafından davacıya yapılan fiili teslim var ise bulunup bulunmadığı da mahkemece değerlendirilmelidir. Öte yandan, dava konusu

Bu çerçevede, yapıda eksiklik bulunması halinde, eksikliğin, hiç ifa etmeme anlamına gelmesinin göz önünde bulundurulması suretiyle, yüklenicinin borçlu temerrüdü hükümlerine dayalı sorumluluğu yoluna gidilmesi söz konusu olurken; yapıda ayıp olması halinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumluluğu yoluna gidilmesi gündeme gelecektir.³⁸⁵

b. Yapının Ayıplı Olması

Ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için gerekli ikinci şartı yapının ayıplı olması hususu oluşturmaktadır.³⁸⁶ Ayıp, yapının, sözleşme ile kararlaştırılan ve yüklenici tarafından taahhüt edilen nitelikleri veya lüzumlu nitelikleri içermemesidir.³⁸⁷ Bir başka şekilde, yapının, sözleşmede taahhüt edilen veya arsa sahibinin dürüstlük kuralı çerçevesinde ondan bekleyebileceği niteliklere sahip olmaması olarak tanımlanmaktadır.³⁸⁸

edilen eksik ve ayıplı işlerin büyük bir kısmının ortak alanlara ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Her paydaşın ortak alanlarda payı bulunduğundan bu yerler üzerindeki eksik ve ayıplı işler bedelinden arsa sahibinin en fazla sözleşmedeki paylaşım oranına isabet eden miktar kadar talepte bulunabileceği gözetilmelidir.” –

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 08.05.2019 tarih, 2016/5204 E., 2019/1779 K.
(www.kazanci.com)

³⁸⁵ **Öz**, İnşaat, s. 195.

³⁸⁶ **Erman**, s. 121; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 79; **Tandoğan**, Cilt II, s. 161.

³⁸⁷ **Erman**, s. 121-122; **Tandoğan**, Cilt II, s. 161.

³⁸⁸ **Kurt**, s. 85.

Yapının ayıplı olması somut sözleşme içeriği uyarınca belirlenebilecek bir husus olduğundan nisbi bir kavrama işaret etmekte³⁸⁹; bu doğrultuda ayıbın tespit edilebilmesi için sözleşme içeriğinde kararlaştırılan veya yapıda bulunması gerekli nitelikler ile teslim edilen yapının fiilen içerdiği niteliklerin karşılaştırılması gerekmektedir.³⁹⁰

Yapının ayıplı olup olmadığı hususunun tespitinin teknik bir konu olmasından dolayı uygulamada bu çerçevede teknik bilirkişilerden yararlanıldığı belirtilmektedir.³⁹¹

aa. Yapının Sözleşme ile Öngörülen Nitelikleri İçermemesi

Yüklenicinin, sözleşme çerçevesinde plan, proje ve şartnamelere uygun olacak şekilde üzerinde anlaşılan genel (*biçim, ölçü, renk gibi*) veya bu genel nitelikler ışığında onun edim borcu içeriğinde özel bir biçimde kayıt altına alınan özel nitelikler (*kalorifer tesisatının ısıtma derecesi, bina dış cephe boyasının yağmura karşı dayanıklılığı gibi*) çerçevesinde binayı inşa etmesi gerekmekte olup; anılan niteliklerin eksikliği halinde yapının ayıplı olması söz konusu olmaktadır.³⁹²

Yüklenicinin yapının inşasında kullanacağı işçilik ve malzeme inşaatın genel niteliklerine işaret etmekte; işçilik ve malzeme hususu sözleşme eki niteliğindeki teknik şartnameler çerçevesinde ele alınmakta ve yüklenicinin söz konusu şartnamelere aykırı edimleri yapı nezdinde ayıbın varlığını gündeme getirmektedir.³⁹³ Teknik şartnamede birinci sınıf işçilik ve malzeme kullanılacağı hususu kayıt altına alınmış olmasına karşın

³⁸⁹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 80; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 136; **Tandoğan**, Cilt II, s. 162.

³⁹⁰ **Erman**, s. 122; **Tandoğan**, Cilt II, s. 162.

³⁹¹ **Erman**, s. 122.

³⁹² **Erman**, s. 122; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 136-137; **Tandoğan**, Cilt II, s. 162.

³⁹³ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 136-137.

yüklenicinin duvarları terazisinde yapmaması ya da adi sarı musluk kullanması örneklerinde yapı ayıplı kabul edilmektedir.³⁹⁴ Bununla birlikte, sözleşme çerçevesinde işçilik ve malzeme hususlarına ilişkin bir açıklama bulunmaması halinde yüklenicinin orta düzeyde işçilik ve malzeme kullanması yeterli olup; böyle bir durumda arsa sahibinin birinci sınıf işçilik ve malzeme kullanılmadığından bahisle yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurması söz konusu olmayacaktır.³⁹⁵ Ve fakat böyle bir durumda da, yüklenicinin dürüstlük kuralı gereği arsa sahibinin sözleşme konusu işten bekleyebileceği nitelikte işçilik ve malzeme kullanması gerekmektedir.³⁹⁶

İnşaatta bulunması gereken özel nitelikler ise, yüklenicinin edim borcuna ilişkin bir hususun özel bir biçimde karşılaştırılması neticesinde kayıt altına alınan niteliklere işaret etmektedir.³⁹⁷

Yüklenici ve arsa sahibinin sözleşme çerçevesinde olması gerektiği hususunda anlaştıkları bir niteliğin eksik olması, eserin bu nitelik eksikliğine rağmen teknik bakımdan tam (kusursuz) olması; sözleşme ile karşılaştırılan eser ile aynı derecede kullanışlı olması ya da onunla aynı değere sahip olması ve/veya sözleşme ile karşılaştırılan niteliğin eksik olması neticesinde daha kullanışlı ya da daha değerli hale gelmesi hallerinde dahi eserin ayıplı sayılmasına yol açacaktır.³⁹⁸ Burada, arsa sahibi tarafından yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sebebiyle sorumluluğuna başvurusunun gerekçesi, onun salt sözleşme çerçevesinde karşılaştırılan nitelikte bir binaya sahip olma

³⁹⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 137.

³⁹⁵ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 137.

³⁹⁶ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 137.

³⁹⁷ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 137.

³⁹⁸ **Atamulu**, s. 72-73; **Erman**, s. 122; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 80; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 138; **Tandoğan**, Cilt II, s. 163.

isteğinin kabul edilmesi noktasında toplanmaktadır.³⁹⁹ Yalnız, sözleşme ile kararlaştırılan niteliğin eksik olması neticesinde binanın daha kullanışlı ya da daha değerli hale gelmesi durumunda arsa sahibinin yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu yoluna gitmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilmektedir.⁴⁰⁰

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yapının taşınması gerekli asgari niteliklerin gösterilmiş olması halinde ise yapının ayıplı sayılması, yapının niteliklerinin asgari düzeyin altına olması şartına bağlı olup; yapının niteliklerinin belirlenen asgari düzeyin üzerinde olması halinde arsa sahibinin yapının ayıplı olduğundan bahisle yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurması söz konusu olamaz.⁴⁰¹

aaa. Yüz Ölçümü Eksikliği Üzerindeki Nitelik Eksikliği Tartışması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde bağımsız bölümlerin yüz ölçümünün (mesaha) sözleşmede kararlaştırılan yüz ölçümünden küçük yapılmış olması Yargıtay tarafından eksik iş olarak nitelendirilmekte iken⁴⁰², doktrinde eserin ölçüsünün sözleşme

³⁹⁹ **Atamulu**, s. 73.

⁴⁰⁰ **Erman**, s. 122; **Tandoğan**, Cilt II, s. 164.

⁴⁰¹ **Erman**, s. 123; **Tandoğan**, Cilt II, s. 164.

⁴⁰² **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 448; “... 2- Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı alacak istemlerine ilişkindir. Sözleşme eki olan noter tasdikli avan projede, davacılara verilmesi gereken dairenin yüzölçümü gösterilmiştir. Davacılar, anılan dairenin 102 m² olarak ve de avan projedeki yüzölçümünden küçük yapıldığını vurgulamak suretiyle aradaki yüz ölçümü farkının - eksik iş bedeli olarak - tahsilini istemişlerdir. Avan proje ile belediyece tasdikli proje arasında, davacılar aleyhine eksiklik olduğu tartışma konusu değildir. Eser sözleşmesine göre; yüklenici, sözleşme eki olan avan projedeki yüz ölçüme göre davacı tarafın dairesini yapıp

teslim etmek yükümlülüğü altındadır. İmar mevzuatı, bu dairenin, avan projedeki yüz ölçüme göre yapılmasına engel ise yüklenicinin, bu engeli BK' nın 357/III. maddesi uyarınca davacı arsa sahiplerine derhal bildirmesi ve inşaatın belediyece tasdikli projeye göre yapılması için arsa sahiplerinin iradelerini istihsal etmesi gerekir; aksi takdirde, bunun sonuçlara katlanmak zorundadır. Somut olayda, davalı yüklenici, anılan madde uyarınca genel ihbar mükellefiyetini yerine getirdiğini iddia ve kanıtlamış değildir. Bu durumda, **mesaha küçüklüğü nedeniyle davacıların eksik iş niteliğindeki zararlarının tahsiline hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu kalem isteklerinin reddi doğru olmamıştır.**” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 17.01.2001 tarih, 2000/5569 E., 2001/272 K. (www.kazanci.com); “... Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir. İnşaat davacı arsasında yapıldığından eseri ret olanağı olmayan arsa sahibi, çoğu kez taşıyıcı duvarın varlığı, statik hesaplar, komşu bağımsız bölümün el değiştirmesi vs. zorunlu nedenlerle aynen ifayı, eksikliğin giderilmesini isteme olanağından da mahrumdur. Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise "değişik eser" 'in (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilecektir. (Prof. Dr. H. Tandoğan age., 2. c., s. 166; T. Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 1989 B., s. 94; Doç. Dr. H. Burcunoğlu H. Tandoğan'ın Hatrasına Armağan, Banka ve T.H.Ar. Enstitüsü, Y. 1990 B., s. 286 vd.) Bu itibarla; yüklenici tarafından bağımsız bölümün kararlaştırılandan küçük yapılması halinde teslimde çekince koymaya ya da ihbara gerek olmaksızın eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre BK' nın değişik 126/son

çerçevesinde yüklenici tarafından taahhüt edilen bir nitelik olduğu ve bu ölçüye riayet edilmemesinin ayıp olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünün kabul gördüğü belirtilmektedir.⁴⁰³

Öz, kat karşılığı inşaat sözleşmelerine has olacak şekilde yüklenicinin, taraflara kalacak bağımsız bölümlerin eşit olarak iyileştirilmesi, arttırılması ve durumun proje tadili yoluna gidilerek iskan izni alınmasına engel olmaması hali hariç olmak üzere, sözleşme ve eklerinde yer alandan sayıca daha çok, geniş ya da kıymetli bağımsız bölüm inşa etmesinin ayıplı ifa olarak değerlendirileceğini belirtmektedir.⁴⁰⁴ Yüklenicinin, sadece tarafına kalacak bağımsız bölümleri arttırma ya da büyütme yoluna gitmesinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki bağımsız bölümlerin paylaşılmasına ilişkin hükmü bozacağı ve durumun bir tür ayıplı ifa sayılacağı belirtilmektedir.⁴⁰⁵

bbb. İskan Ruhsatı (Yapı Kullanma İzni) Alınmaması Üzerindeki Nitelik Eksikliği Tartışması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı kullanma izninin yüklenici tarafından alınmasının kararlaştırıldığı haller çerçevesinde iskan ruhsatı alınmamasının “ayıplı ifa”

maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresinde dava açılabilceği göz önünde tutularak Özel Daire kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve Yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmadır.” –

YHGK, 09.12.1992 tarih, 1992/15-649 E., 1992/732 K. (www.kazanci.com)

⁴⁰³ **Kurt**, s. 72-73; **Kurt**, s. 73, dn. 229’ da anılan yazarlar.

⁴⁰⁴ **Öz**, İnşaat, s. 194.

⁴⁰⁵ **Öz**, İnşaat, s. 194.

yahut “eksik ifa” kategorilerinin hangisinde değerlendirileceği de anılan sözleşme çerçevesinde tartışılan bir diğer konuyu oluşturmaktadır.⁴⁰⁶

Seliçi, eserin dışa yansıyan ve özelliği gereği eserin kullanım ve değerini etkileyen hukuki ilişkilerin de eserin niteliği olarak kabul edildiğini, oturma izninin de bu kapsamda ele alındığını belirtmektedir.⁴⁰⁷ Bu görüş uyarınca, oturma izninin alınmaması teslim sırasında olması gereken bir kısım niteliğin bulunmadığı anlamına gelmekte; inşaat sahibinin (burada arsa sahibi) inşaatı teslim almasına karşın oturma izni alınmaması sözleşme şartlarına aykırılık biçiminde bir ayıbı gündeme getirmektedir.⁴⁰⁸

Öz, sözleşme çerçevesinde iskan izninin yüklenici tarafından alınmasının kararlaştırıldığı, anılan doğrultuda temsil belgesi ve belediyeye başvuru için gerekli diğer bir kısım belgenin yükleniciye verilmesine rağmen yüklenicinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi çerçevesinde; yapının bitmiş olmasına karşın ayıplı olması sebebiyle kullanma/oturma (iskan) izni alınmaması durumunda yüklenicinin arsa sahibine karşı ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumlu olacağını belirtmektedir.⁴⁰⁹ **Yapının bitmiş olmasına ve iskan izni alınmasına hiçbir engel bulunmamasına karşın yüklenicinin iskan izni almamasını başlı başına bir hukuki ayıp kabul etmektedir.**⁴¹⁰ Bu halde arsa sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurması kabul edilmektedir.⁴¹¹

⁴⁰⁶ Kurt, s. 73-74.

⁴⁰⁷ Seliçi, İnşaat Sözleşmeleri, s. 138.

⁴⁰⁸ Seliçi, İnşaat Sözleşmeleri, s. 138.

⁴⁰⁹ Öz, İnşaat, s. 148-149.

⁴¹⁰ Öz, İnşaat, s. 148-149.

⁴¹¹ Öz, İnşaat, s. 148-149.

Erman, iskan izni verilmesinin eserin yapısındaki niteliklere bağlı olmadığını ve sözleşme çerçevesinde kararlaştırılan yüklenicinin iskan izni alınması hususunun gereğinin yerine getirilmemesinin hukuki ayıp olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴¹² Ve fakat, teslim olgusunun iskan ruhsatı alınması şartına bağlandığı durumlar çerçevesinde, iskan izninin alınmamasının yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmediği anlamına geldiği ve bu durumun ayıp hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturduğunu da ifade etmektedir.⁴¹³

Kartal, eserin niteliklerinden fiziki özelliklerinin anlaşılması gerektiğini, hukuki durumun nitelik sayılmayacağını belirttikten sonra Yargıtay'ın oturma izninin alınmamış olmasını açık hukuki ayıp saydığını belirtmek suretiyle eserin teslim alınırken bunun itiraz olarak öne sürülmesi ya da yükleniciye derhal ihbar edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴¹⁴ Yargıtay'ın yüklenicinin iskan iznini almamasını açık ayıp olarak kabul ettiği yönünde kararları⁴¹⁵ olmasına karşın, inşaatın teslimi için iskan ruhsatı

⁴¹² **Erman**, s. 124, dn. 11.

⁴¹³ **Erman**, s. 124, dn. 11.

⁴¹⁴ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 79-80.

⁴¹⁵ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 80, dn. 63; **Kurt**, s. 74, dn. 234; **Öz**, İnşaat, s. 149, dn. 64; “*Oturma izninin alınmamış olması, sadece hukuki bir ayıptır.*” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 16.10.1989 tarih, 1989/555 E., 1989/4242 K. (www.kazanci.com) “*Oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. İş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal bildirmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur.*” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04.10.1989 tarih, 1989/2731 E., 1989/4015 K. (www.kazanci.com)

alınması gereğini vurgulayarak örtülü olarak bu durumun eksik ifayı işaret ettiği⁴¹⁶ güncel tarihli kararları⁴¹⁷ mevcuttur.

⁴¹⁶ **Kurt**, s. 74.

⁴¹⁷ “... Dosya kapsamında, inşaat ruhsatı sahibi arsa sahibi olduğundan binadaki imara aykırılıklar sebebiyle ilgili Belediye Başkanlığı' nca arsa sahibi aleyhine para cezası ve gecikme zammı tahakkuk ettirildiği, bu cezanın ve gecikme zammının arsa sahiplerince henüz ödenmediği anlaşılmış olup, yüklenici anahtar teslimi, **bir başka anlatımla iskan alınmış olarak teslimi üstlendiğinden ve henüz iskan ruhsatı alınmadığından inşaatın hukuken tesliminden söz edilemez. Bu nedenle, mahkemenin iş bitirme tutanağının inşaatın teslim edildiğini gösterdiği şeklindeki yorumu hatalı olmuştur.**” – Yargıtay 05.04.2016 tarih, 2014/10007 E., 2016/2132 K. (www.kazanci.com); “... **Mahkemece, davalı yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan sürede iskan ruhsatını alarak davacıya ait daireleri teslim etmediği, bağımsız bölümlerin fiilen teslim edildiğinin ispat edilemediği, davacı tarafın gecikme tazminatı isteminin yasal koşullarının oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulü kararının onanması gerekir.**” – Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 16.03.2017 tarih, 2016/5019 E., 2017/851 K. (www.kazanci.com)

“... 2- Mahkemece eserin teslim alındığı ve ayıp ihbarında bulunulmadığı gerekçesiyle davacılarca istenen açık ayıplı imalat bedelinin reddine karar verilmiştir. Oysa usulüne uygun şekilde düzenlenen sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. **Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez. ...**” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 06.12.2007 tarih, 2006/6821 E., 2007/7876 K. (www.kazanci.com)

Tandoğan ise, yüklenici tarafından iskan ruhsatı alınmaması halinin bir nitelik eksikliği olmadığını belirtmektedir.⁴¹⁸

Kostakoğlu, iskan raporu alınmamış olmasını “noksan iş” olarak değerlendirmektedir.⁴¹⁹

Kurt da, sözleşmede yüklenicinin yapıyı tamamlamış olmasına karşın söz konusu izni almaması durumunun eserin mahiyetinde bir nitelik eksikliği olarak ele alınamayacağı ve yüklenicinin sözleşme ile taahhüt ettiği bir işi yapmamasından bahisle mevcut durumda eksik ifanın söz konusu olduğunu ileri sürmektedir.⁴²⁰

bb. Lüzumlu Nitelikleri İçermemesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yapının hangi nitelikleri taşıması gerektiği hususunun kararlaştırılmaması durumunda, yüklenici, dürüstlük kuralı ve ticari doğruluğun gerektirdiği şekilde somut sözleşmedeki kullanım amacına elverişli normal yapı bir binanın kalitesini taşıyacak bir bina inşa etmek durumundadır.⁴²¹ “Normal yapıdaki bir bina” ibaresinden maksat, sözleşmede kullanım amacına elverişli orta kalitede bir binadır.⁴²²

Somut sözleşmede, özel bir kullanma amacının açık ya da örtülü bir şekilde kararlaştırılması mümkün olup; bu halde binanın belirtilen amaca elverişli olması

⁴¹⁸ **Tandoğan**, Cilt II, s. 163.

⁴¹⁹ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 459.

⁴²⁰ **Kurt**, s. 74.

⁴²¹ **Atamulu**, s. 73, **Erman**, s. 124, **Tandoğan**, Cilt II, s. 164.

⁴²² **Erman**, s. 124.

gerekmektedir.⁴²³ Özel bir kullanım amacının belirtilmediği durumlarda ise, aynı türde bir inşaatın olağan kullanılma tarzı kriter alınmalıdır.⁴²⁴

Yüklenicinin, kabul görmüş yapı tekniği kurallarına riayet etmesi suretiyle binayı inşa etmesi gerekmektedir.⁴²⁵ Yapı tekniğine uygun olmayan işçilik ve/veya standartlara uygun olmayan ya da somut inşaata elverişli olmayan malzeme kullanılması binanın ayıplı olmasını sonucu doğurur.⁴²⁶

cc. Ayıp Tipleri

Binadaki ayıpların çeşitli şekillerde ortaya çıkması mümkün olup; bu çerçevede yapılan bazı ayrımlar aşağıda listelenmiştir.⁴²⁷

aaa. Açık Ayıp - Gizli Ayıp

Açık ayıp, bağımsız bölümlerin tesliminden sonra arsa sahibinin dikkatli bir gözden geçirme suretiyle yapacağı muayene neticesinde görüp anlayabileceği bir ayıp

⁴²³ **Erman**, s. 124; **Tandoğan**, Cilt II, s. 164-165.

⁴²⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 140; **Tandoğan**, Cilt II, s. 164-165.

⁴²⁵ **Erman**, s. 124.

⁴²⁶ **Erman**, s. 124; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 142.

⁴²⁷ **Erman**, s. 124-126; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 142-144; **Tandoğan**, Cilt II, s. 166-167.

türüne işaret ederken⁴²⁸; *gizli ayıp* ise, dikkatli inceleme neticesinde görülemeyen ve zamanla kullanımla ortaya çıkan bir ayıp türünü belirtmektedir.⁴²⁹

bbb. Hukuki Ayıp - Maddi (Fiili) Ayıp

Hukuki ayıp, çoğunlukla, binanın kullanılmasında güvenlik yahut başka hususlara ilişkin olarak kamu hukukun koyduğu kurallara uyulmaması neticesinde doğan ayıpları ifade etmektedir.⁴³⁰ *Maddi ayıp* ise inşaattaki bir bozukluğu ifade etmektedir.⁴³¹

ccc. Asli Ayıp - Tali (İkincil) Ayıp

Asli ayıp, teslim anında var olan bir ayıba işaret etmekte iken; *tali ayıp*, asli ayıbın teslimden sonra sebep olduğu ayıpları belirlemektedir.⁴³² Ayıplı beton (*asli ayıp*) yüzünden duvarın yıkılması (*tali ayıp*) bu ayıp türü ayrımını açıklamada bir örnek olarak kullanılmıştır.⁴³³

⁴²⁸ **Atamulu**, s. 73-74; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 81; **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 448; **Turanboy**, s. 161.

⁴²⁹ **Erman**, s. 125; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 81; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 143; **Tandoğan**, Cilt II, s. 167.

⁴³⁰ **Erman**, s. 125; **Tandoğan**, Cilt II, s. 167.

⁴³¹ **Erman**, s. 125.

⁴³² **Erman**, s. 126; **Tandoğan**, Cilt II, s. 167.

⁴³³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 167, dn. 199.

ddd. Tam Önemli Ayıp – Daha Az Önemli Ayıp

TBK m. 475/1 – (1) çerçevesinde belirtilen ölçüdeki *ayıplar* bir kısım yazar⁴³⁴ tarafından *tam önemli ayıp*, bir kısım yazar⁴³⁵ tarafından da *önemli* ayıp olarak nitelendirilmektedir.

Kısa sürede kolayca ortadan kaldırılabilecek bir ayıp ise önemli bir ayıp olarak nitelendirilmemektedir.⁴³⁶ Eserin kullanılmasında bir engel teşkil etmeyen *daha az önemli* bu ayıpların varlığı halinde, satım sözleşmesinden farklı olarak yüklenicinin sorumluluğu gündeme gelmekte ve ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasına yol açmadığı ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır.⁴³⁷ Bununla birlikte, burada, iş sahibi (burada arsa sahibi) sözleşmeden dönme yetkisine sahip değildir.⁴³⁸

c. Arsa Sahibince Muayene ve İhbar Külfetlerinin Zamanında Yerine Getirilmesi

aa. Genel Olarak

TBK m. 474/1 uyarınca “*İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun*

⁴³⁴ **Erman**, s. 126; **Tandoğan**, Cilt II, s. 167.

⁴³⁵ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 82; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 143; **Turanboy**, s. 162.

⁴³⁶ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 143.

⁴³⁷ **Erman**, s. 126; **Tandoğan**, Cilt II, s. 167.

⁴³⁸ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 144.

*bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.*⁴³⁹ Anılan çerçevede, muayene ile ihbar külfetlerinin bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi ile başladığı görülmektedir.⁴⁴⁰ Arsa sahibinin, yapıda ayıp bulunduğunu teslim öncesinde bilmesi durumunda dahi muayene ile ihbar görevi bulunmamakta⁴⁴¹; bu durumda arsa sahibinin tutumundan müstakbel ayıbı kabul edeceği anlamı çıkmadığı sürece ileride anılan külfetleri kullanma hakkı ortadan kalkmamaktadır.⁴⁴² Ancak, teslimden önce yapıdaki ayıba vakıf olan arsa sahibinin tutumlarından ayıbı kabul ettiği yönünde bir anlam çıkıyor ise ayıba karşı tekeffülden doğan hakları sona erecek⁴⁴³; bu halde, arsa sahibinin iradesi yönündeki ispat yükü yüklenicide olacaktır.⁴⁴⁴ Öte yandan, teslimden önce yapıdaki ayıba vakıf olan arsa sahibinin teslim anını beklemeksizin ihbarda bulunması da söz konusu olabilir.⁴⁴⁵ Böyle bir durumda, erken bildirim çerçevesinde ihtirazi kayıtla teslimin gerçekleştiğinin kabulü gerektiği ve arsa sahibinin teslimden sonra yeniden muayene ve ihbarda bulunmasına gerek olmadığı belirtilmektedir.⁴⁴⁶

Muayene ve ihbar külfetleri arsa sahibinin bir borcu olmamakla birlikte, arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından faydalanabilmesinin bir koşulunu

⁴³⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 474/1.

⁴⁴⁰ **Erman**, s. 129; **Tandoğan**, Cilt II, s. 168.

⁴⁴¹ **Erman**, s. 130.

⁴⁴² **Öz**, İnşaat, s. 200.

⁴⁴³ **Öz**, İnşaat, s. 200.

⁴⁴⁴ **Öz**, İnşaat, s. 200.

⁴⁴⁵ **Erman**, s. 130.

⁴⁴⁶ **Erman**, s. 130.

oluşturmaktadır.⁴⁴⁷ Hukuki bir yüküm ve görev olarak ifade edilmektedir.⁴⁴⁸ Bu çerçevede, yüklenici, arsa sahibinden yapıyı muayene etmesi ve bulunması halinde ayıbı tarafına bildirmesini isteyemeyeceği gibi, arsa sahibinin bu yükümünü yerine getirmemesi de normal muayene neticesinde anlaşılabilir ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumluluğunun kati bir şekilde ortadan kalkmasına sebebiyet verecektir.⁴⁴⁹ Bu durum, TBK m. 477/2 kapsamında “*iş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.*”⁴⁵⁰ şeklinde ifade edilmektedir.

Yüklenicinin binanın inşasında alt yükleniciler kullanması halinde muayene ve ihbar süresi ne olacaktır? Bu durumda, arsa sahibinin yapıyı muayene ve ayıbı ihbar külfetleri, her bir işin ayrı ayrı tamamlanmasından itibaren değil bağımsız bölümlerin tüm işlerinin tamamlanıp teslim edilmesini müteakip başlayacaktır.⁴⁵¹

Buna ek olacak şekilde, sözleşme ile kısmi teslimlerin kararlaştırılması halinde teslim edilen her kısım için muayene ve ihbar görevi ayrı ayrı ortaya çıkacaktır.⁴⁵²

bb. Muayene Külfeti

TBK m. 474/1 çerçevesinde öngörülen *muayene* ya da *gözden geçirme*, binada mevcut niteliklerin sözleşme çerçevesinde kararlaştırılan ya da normal koşullardaki bir

⁴⁴⁷ **Erman**, s. 128; **Öz**, İnşaat, s. 200; **Tandoğan**, Cilt II, s. 167-168.

⁴⁴⁸ **Öz**, İnşaat, s. 200.

⁴⁴⁹ **Öz**, İnşaat, s. 200.

⁴⁵⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 477/2.

⁴⁵¹ **Erman**, s. 130-131; **Tandoğan**, Cilt II, s. 168-169.

⁴⁵² **Erman**, s. 131; **Tandoğan**, Cilt II, s. 169.

binada bulunması gereken vasıflarla eşdeğer olup olmadığının tespitine yönelik bir incelemeden ibarettir.⁴⁵³

Usulüne uygun bir muayeneden söz edilebilmesi için arsa sahibinin teslimden sonra işlerin olağan akışı uyarınca olanak bulur bulmaz muayeneye başlaması ve bitirmesi gerekecektir.⁴⁵⁴ Muayene süresi için bir teamül ya da yaygın bir uygulamanın bulunmaması halinde somut durumun koşulları uyarınca normal bir arsa sahibinin muayeneye başlama ve işin özenle yapılması için ne kadar süreye ihtiyaç duyduğu hususları kriter alınmalıdır.⁴⁵⁵

Arsa sahibinin muayeneye derhal başlamamasını haklı kılacak bir nedenin var olması ve meydana gelecek gecikmenin dürüstlük kurallarına aykırı olmaması hallerinde muayenenin işlerin olağan akışı uyarınca “geç” olarak nitelendirilmeyecek bir süre sonra yapılabileceği de kabul edilmektedir.⁴⁵⁶

Arsa sahibinin muayene çerçevesinde göstermesi gerekli özenin ölçüsü ne olmalıdır? Her ne kadar bir görüş uyarınca muayenede orta nitelikte bir uzmandan beklenen özenin gösterilmesi gerekeceğinin benimsenmiş olduğu belirtilse de⁴⁵⁷; genellikle arsa sahibinin özen ölçüsünün niteliği üzerinde ifade olunan husus kendisinden beklenilecek olan özenin yeterli olacağı noktasında birleşmektedir.⁴⁵⁸ Bu çerçevede, sözleşme ya da teamül gerektirmedikçe arsa sahibinin muayene için bilirkişiye

⁴⁵³ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 145-146.

⁴⁵⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 169.

⁴⁵⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 170.

⁴⁵⁶ **Erman**, s. 131.

⁴⁵⁷ **Erman**, s. 132, dn. 44’ de belirtilen yazarlar.

⁴⁵⁸ **Erman**, s. 133; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 147; **Tandoğan**, Cilt II, s. 170.

başvurması gerekmemektedir.⁴⁵⁹ Ve fakat TBK m. 474/2' de ifade olunduğu üzere sözleşmenin her bir tarafının gideri tarafına ait olmak üzere yapının bilirkişi tarafından muayene edilmesi ve muayene sonucunun raporlanmasını talep etme hakkı bulunmaktadır.⁴⁶⁰ Belirtilmelidir ki, bu bir zorunluluk değildir.⁴⁶¹ Her ne kadar madde hükmünde belirtilmemiş olsa da, anılan bilirkişinin resmi bir bilirkişi olması gerektiği öne sürülmektedir.⁴⁶² Bu çerçevede, arsa sahibi 6100 sayılı HMK m. 400 çerçevesinde delil tespiti yoluna başvurabilecek olup; ilgili mahkemesince tayin edilecek bilirkişinin raporu ibrazda gecikmesi muayene görevinin zamanında yerine getirilmediği iddiasını gündeme getirmez.⁴⁶³ Ve fakat, arsa sahibinin uzman görüşü alma yoluna gitmesi ve tarafınca tayin edilen bu özel bilirkişinin gecikmesi halinde bunun sonucuna katlanması söz konusu olur.⁴⁶⁴ Uygulamada, resmi kanalla tayin edilen bilirkişilerin yapının mevcut durumu, ayıbın sebebi ve ayıbın giderilmesi için gerekli önlemlerin nelerden ibaret olduğu hususlarında rapor tanzim ettikleri belirtilmektedir.⁴⁶⁵

Muayeneye ilişkin hükmün emredici nitelikli olmaması, tarafların sözleşme çerçevesinde bu hükmü diledikleri içeriği eklemelerini olanaklı kılmakta, bu çerçevede taraflarca muayenenin ismi belli bir bilirkişi tarafından yapılmasının kararlaştırılması dahi mümkün olmaktadır.⁴⁶⁶

⁴⁵⁹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 170.

⁴⁶⁰ **Erman**, s. 133; **Tandoğan**, Cilt II, s. 171.

⁴⁶¹ **Erman**, s. 133.

⁴⁶² **Tandoğan**, Cilt II, s. 171.

⁴⁶³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 171.

⁴⁶⁴ **Erman**, s. 133-134; **Tandoğan**, Cilt II, s., 171.

⁴⁶⁵ **Erman**, s. 133.

⁴⁶⁶ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 155.

TBK m. 474 çerçevesinde ifadesini bulan muayene yükümü yapıdaki açık ayıplar açısından söz konusu olup; gizli ayıp ve yüklenici tarafından kasti olarak gizlenen açık ve gizli ayıplar bakımından arsa sahibinin muayene yükümü bulunmamaktadır.⁴⁶⁷ Niteliği gereği gizli ayıpların muayene vasıtasıyla gözle görülmemesi ve sonradan ortaya çıkmalarından dolayı TBK m. 474/3 çerçevesinde ortaya çıktıklarında yükleniciye bildirilmeleri gerekmekte olup; bununla birlikte yüklenici tarafından kasten gizlenen açık ayıplar karşısında da arsa sahibinin TBK m. 474/1' den kaynaklanan muayene görevini yerine getirmemesinin yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁶⁸

cc. İhbar Külfeti

Arsa sahibinin, TBK m. 475 çerçevesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanması ayıp ihbar yükümünü zamanında yerine getirmesi koşuluna bağlıdır.⁴⁶⁹ Ayıp ihbarı, arsa sahibinin yapıda ayıplar bulunduğu, yapının bu hali ile sözleşmenin gereğine aykırı olacak şekilde inşa edildiği, eseri bu hali ile sözleşmeye uygun olarak kabul etmediği ve yükleniciyi bu doğrultuda sorumlu tutacağı hususlarını içerir iradesinin yükleniciye bildirilmesidir.⁴⁷⁰ Ayıbı ihbar yükümü gerek açık ayıp gerekse gizli ayıplar için söz konusu olup⁴⁷¹; yüklenici tarafından kasten gizlenen açık ve gizli ayıplar için

⁴⁶⁷ **Erman**, s. 134.

⁴⁶⁸ **Atamulu**, s. 79; **Erman**, s. 134.

⁴⁶⁹ **Erman**, s. 135.

⁴⁷⁰ **Atamulu**, s. 79; **Erman**, s. 137; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 150-151; **Tandoğan**, Cilt II, s. 172.

⁴⁷¹ **Erman**, s. 135; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 150; **Tandoğan**, Cilt II, s. 173-174.

ihbar görevinin yerine getirilmemesi arsa sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanmasını sekteye uğratmaz.⁴⁷²

Ayıp ihbarının yapılma süresi hususunda, açık ayıplar için Kanunda açık bir hüküm bulunmama ile birlikte vakit kaybedilmeksizin bildirilmesi gereği kabul görmektedir.⁴⁷³ Bununla birlikte, arsa sahibinin muayene için kısa bir düşünme ve karar verme süresine ihtiyaç duyacağı da göz önünde bulundurulmakta; bu süre derhal bildirme zorunluluğunu sekteye uğratmamaktadır.⁴⁷⁴ Arsa sahibinin muayene süresi içerisinde karşılaştığı ayıpları muayene süresinin sona ermesini müteakip derhal bildirmesi yeterli kabul edilmekle, ayıbın muayene süresinin sonunu beklemeksizin derhal bildirilmesinde yüklenicinin korunmaya değer menfaati bulunması hallerinde süre bitimi beklenmeksizin ihbarın derhal yapılması söz konusu olmalıdır.⁴⁷⁵

Muayenenin hemen gerçekleştirilmesi veya kısa sürmesi halleri haricinde *teslim sırasında açıkça belli olan* ayıplar muayene sonucu beklenmeksizin derhal bildirilmelidir.⁴⁷⁶

Muayene ile anlaşılmayıp sonradan ortaya çıkan *gizli ayıpların*, önem ve kapsamı hakkında kesin bir kaniye varılması anı beklenilmeksizin derhal ihbar edilmesi gerekmektedir. (TBK m. 477/3)⁴⁷⁷ Muayene ve ayıp ihbarına ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmaması sebebiyle sözleşme taraflarının anılan yükümlerin yerine

⁴⁷² **Erman**, s. 135.

⁴⁷³ **Erman**, s. 135; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 152-153; **Tandoğan**, Cilt II, s. 173.

⁴⁷⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 153; **Tandoğan**, Cilt II, s. 174.

⁴⁷⁵ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 153; **Tandoğan**, Cilt II, s. 174.

⁴⁷⁶ **Tandoğan**, Cilt II, s. 174.

⁴⁷⁷ **Erman**, s. 138; **Tandoğan**, Cilt II, s. 174.

getirilme sürelerini kararlaştırmaları söz konusu olabilir.⁴⁷⁸ Bu halde, sözleşmede belirlenen süre dahilinde yapılan ayıp ihbarı zamanında yapılmış sayılmaktadır.⁴⁷⁹

Arsa sahibince yapıda fark edilmesine karşın önemsenmemesi nedeniyle yükleniciye derhal bildirilmeyen ve fakat daha sonra büyümek suretiyle büyük boyutlara ulaşan ya da başka türlü ayıplara yol açan *ayıplar* hususunda ise, başlangıçta arsa sahibinin bulduğu ayıbın sebep olacağı bu rizikoları bilmesi gerektiği hallerde bir gizli ayıptan söz edilemez ve arsa sahibince ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanılamazken; anılan rizikoları öngörmesinin tarafından beklenmediği hallerde artan bozukluğun gizli ayıp sayılması ve derhal ihbar külfetinin yerine getirilmesi suretiyle yüklenicinin sorumluluğu yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir.⁴⁸⁰ Ayıp ihbarı şekle tabi olmamakla birlikte, sözel yahut yazılı şekilde yapılması söz konusu olabilir.⁴⁸¹ Bununla birlikte, ihbarın yazılı yapılması ispat kolaylığı sağlamaktadır.⁴⁸²

⁴⁷⁸ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 155-156; **Tandoğan**, Cilt II, s. 174.

⁴⁷⁹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 156.

⁴⁸⁰ **Erman**, s. 136; **Öz**, İnşaat, s. 203-204.

⁴⁸¹ **Atamulu**, s. 79; **Erman**, s. 137; **Öz**, İnşaat, s. 203, **Tandoğan**, Cilt II, s. 173; “*Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre ayıp ihbarının yapılması şekle tabi değildir. Her türlü delille, hatta tanık beyanı ile dahi kanıtlanması mümkündür.*” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 12.06.2009 tarih, 2009/2567 E., 2009/2953 K. (www.kazanci.com), **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 469-470, “... *gizli ayıplı ise, öğrendiği tarih araştırılıp e-maile yapılan ihbarın derhal yapıp yapılmadığına dair değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir hüküm verilmesi gerekir. ...*” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 30.04.2014 tarih, 2013/6427 E., 2014/3016 K. (www.kazanci.com)

⁴⁸² **Öz**, İnşaat, s. 203.

Arsa sahibi ihbar içeriğinde dayandığı her bir ayıbın ne olduğu ve nerede bulunduğu hususunu ayrı kalemler halinde ve görünüşü uyarınca yüklenicinin anlayacağı şekilde belirtilmelidir.⁴⁸³ Arsa sahibinin, ayıbın neden ileri geldiği, ölçüleri ve teknik özelliği hususunda bir açıklamada bulunması gerekmediği gibi, ayıbın neden ileri geldiği hususunda açıklamada bulunup bu sebebin yanlış bir yargı taşınması halinde de bir sorumluluğu söz konusu olmamaktadır.⁴⁸⁴ Bu çerçevede, “*Yapı ayıplıdır.*” şeklindeki genel bir ibare yüklenicinin ayıp hakkında fikir edinmesinde yetersiz kalması karşısında bir ayıp ihbarı olarak kabul edilmemektedir.⁴⁸⁵ Arsa sahibinin ayıp ihbarında TBK m. 475/1 kapsamında ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kaynaklı hangi hakkını kullanacağı hususunda açıklamada bulunması gerekmemektedir.⁴⁸⁶

Gerek açık ayıp gerekse gizli ayıba ilişkin ihbar külfetinin hiç yerine getirilmemesi ya da zamanında yerine getirilmemesi hallerinde arsa sahibince esere muvafakat edilmiş sayılması gündeme gelecek ve arsa sahibi TBK m. 475/1’ de sayılan yasal haklarını kaybetmiş olacaktır.⁴⁸⁷ Bununla birlikte, yüklenicinin ayıbı kasti olarak

⁴⁸³ **Öz**, İnşaat, s. 203; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 151; **Tandoğan**, Cilt II, s. 172.

⁴⁸⁴ **Erman**, s. 138; **Öz**, İnşaat, s. 203; **Tandoğan**, Cilt II, s. 172.

⁴⁸⁵ **Erman**, s. 138, **Öz**, İnşaat, s. 203; **Tandoğan**, Cilt II, s. 172.

⁴⁸⁶ **Öz**, İnşaat, s. 203; **Tandoğan**, Cilt II, s. 173.

⁴⁸⁷ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 155; “... 2-) *Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak, eksik ve ayıplı işler bedelinin, cezai şartın ve kira kaybının tahsili istemine ilişkindir. TBK' nın 477/3. maddesi, "Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır."* hükmünü içermektedir. *Yüklenicinin iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imal etmeyi yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; iş sahibi, açık ayıplarda TBK' nın 474. maddesi, gizli*

ayıplarda ise TBK'nın 477. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, anılan kanunun 475. maddesinde tanınan hakları kullanabilir. Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı iş ise eser sözleşmesinde kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Ancak, kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer, meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede; gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. Ayıp bildiri süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır. Dosya kapsamından, mahkemece alınan bilirkişi raporunda tespit edilen ayıpların açık ayıp oldukları, bu ayıplar bakımından, makul sürede yapılacak muayene ile, davalı yükleniciye ihbarda bulunulması gerektiği, ancak teslimden sonra geçen uzun süreye rağmen davacı tarafından usulüne uygun bir ihbar yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, açık ayıp kalemleri yönünden yapılması gerekli ayıp ihbarının, TBK'nın 474. maddesinde öngörülen sürede yapılmadığı gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” – Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 05.07.2018 tarih, 2015/8370 E., 2018/4016 K. (www.kazanci.com)

gizlemesi halinde herhangi bir sebep ve hatta ihmali yüzünden ihbar görevini geciktirmiş olan arsa sahibinin bu haklarının düşmemesi gerektiği öne sürülmektedir.⁴⁸⁸

D. Arsa Sahibince Tarafına Yetki Verilmesi ya da Sözleşmede Kayıt Altına Alınması Çerçevesinde Yüklendiği Muhtelif Borçlar

1. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 21 Anlamında “Yapı Ruhsatı” ve m.30 Anlamında “Yapı Kullanma İzni” Alınması

Arsa sahibinin borçları bölümünde belirtildiği üzere kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde inşa edilecek binalar için İK 21. maddesi çerçevesinde yapı ruhsatı alınması zorunluluğuna ilişkin olarak, anılan Kanunun 22. maddesi ile yapı ruhsatını almaya yapı sahipleri ya da kanuni vekilleri yetkili kılınmış⁴⁸⁹ ise de; uygulamada çoğu zaman, sözleşme çerçevesinde inşaata ilişkin projenin hazırlanması, onay sürecinin tamamlanması, iskan izninin temini yükümlülüklerinin yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmaktadır.⁴⁹⁰

Aynı şekilde, her ne kadar İmar Kanunu m. 30 anlamında yapı kullanma izninin de yasal olarak mal sahibi (arsa sahibi) tarafından alınması öngörülmüşse de, sözleşme içeriğine, arsa sahibi tarafından yükleniciye inşaatla ilgili resmi işlemleri yürütebilmesi adına vekaletname verilmesi hususunu kayıt altına alır bir madde eklenilmesi suretiyle anılan iznin yüklenici tarafından alınması hususu kararlaştırılabilmektedir.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ **Tandoğan**, Cilt II, s. 174.

⁴⁸⁹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 106; 3194 sayılı İmar Kanunu.

⁴⁹⁰ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 263.

⁴⁹¹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 83.

2. Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyeti Kurulması

634 sayılı Kanun çerçevesinde kat irtifakının ve kat mülkiyetinin kurulması adına malikin başvurusu zorunlu olup; belirtildiği gibi sözleşme bünyesine, arsa sahibince yükleniciye inşaatla ilgili resmi işlemleri yürütebilmesi adına vekaletname verilmesi hususunu kayıt altına alır bir madde eklenilmesi suretiyle anılan başvuruların yüklenici tarafından yapılmasının kararlaştırılması mümkündür.⁴⁹²



⁴⁹² **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 84.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE SONUÇLARI

I. SÖZLEŞMENİN FESHİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME DEN AYIRT EDİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu terminolojisinde “fesih” ve “dönme” kavramlarının birbirleri yerine gelişigüzel kullanıldıklarına sıklıkla tanık olunmaktadır.⁴⁹³ Hatta, Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu nezdindeki “dönme”ye ilişkin hükümlerin hemen hemen hepsi “fesih” olacak şekilde Türkçe’ye çevrilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda kimi zaman aynı hüküm çatısında farklı kavramlara dahi yer verilmiştir.⁴⁹⁴

Aynı şekilde, “fesih” teriminin “iptal” ve “geri alma” yerine kullanılması da bir başka kavram kargaşasına işaret etmektedir.⁴⁹⁵ Bununla birlikte, son yıllarda yapılan çalışmalarda söz konusu yenilik doğuran hakların kullanımı için gerekli şartlar ve hukuki sonuçlarının titizlikle birbirinden ayrılmasına özen gösterildiği belirtilmiştir.⁴⁹⁶

Oysa ki, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından uygulamada bu anlam kargaşası üzerinde daha titizlikle davranıldığından bahsedilemeyecek olup, söz konusu sözleşmeye ilişkin olarak fesih ve dönmenin her ikisinin de fesih olarak adlandırılmasına

⁴⁹³ **Serozan**, Dönme, s.115.

⁴⁹⁴ Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 79.

⁴⁹⁵ **Serozan**, Dönme, s. 115.

⁴⁹⁶ **Buz**, Dönme, s. 80.

sıklıkla rastlanılmaktadır.⁴⁹⁷ Ve fakat, anılan içtihatlarda esas itibarıyla tartışılan husus yüklenicinin yapıyı zamanında tamamlamaması ya da tamamlayamaması neticesinde işi yarıda bırakması suretiyle teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde somut uyuşmazlıkların dönme ya da fesih hükümlerinden hangisine dayanılarak çözümleneceği noktasında toplanmakta ve tatbik edilen hükümler uyarınca kararlar “geriye etkili dönme” ve “ileriye etkili fesih” çerçevesinde sözleşmenin sonlandırılmasına göre çeşitlilik arz etmektedir. Buradaki kavram kargaşası da Yargıtay kararlarında “geriye etkili dönme” nin “geriye etkili fesih” ya da “fesih” olacak şekilde adlandırması çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Yoksa, ileriye etkili fesih yönünde verilen kararlarda bir kavram kargaşasından söz edilemeyecektir.

Bu çalışma çerçevesinde başlığın her ne kadar “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları” olarak belirlenmesine karşın uygulamada fesih olarak ifade edilen dönme hallerinin irdelenmesine de ihtiyaç duyulduğundan ve TBK m. 125/2 hükümleri çerçevesinde her ne kadar Kanun dönmeden bahsetmiş olsa dahi somut uyuşmazlıklara fesih ya da dönme hükümlerinin uygulanması sorunsalının doktrinde uzun yıllardır tartışılıyor olması ve Yargıtay kararlarının bu süreçte izlediği değişimler ile bakış açısı çerçevesinde gerek fesih hali gerekse dönme hallerinin ikisi birden ele alınmıştır.

Bu anlamda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde ileriye etkili fesih hakkı tanıyan hükümler ile kural olarak dönme hakkı tanımakla birlikte *özellikle yüklenicinin büyük bir bölümünü bitirdiği inşaat çerçevesinde teslim borcunda temerrüde düşmesi üzerine TBK m. 125/f.2 çerçevesinde arsa sahibine ileriye etkili (ex nunc) fesih hakkı tanıyan durumların* doktrindeki görüşler ve yargı içtihatları çerçevesinde incelenmesi

⁴⁹⁷ Turgut Öz, “Yargıtay’ ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, 2018, C. 10, S. 100, s. 22.

yoluna gidilecektir. Konunun içeriğinin ele alınmasından önce fesih ve dönme kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir.

A. Fesih (Kündigung) Kavramı

Fesih, sürekli borç ilişkisini ileriye etkili (ex nunc) sonlandırmaya yönelik; hüküm, sonuçlarını muhatabın hakimiyet alanına girmesiyle meydana getiren olumsuz (bozucu) yenilik doğuran bir hak ya da işlemdir.⁴⁹⁸ Tek taraflı olarak kullanılan fesih hakkı, diğer tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurmakta ve geri alınamamaktadır.⁴⁹⁹ Feshin, her daim ileriye etkili sonuç doğurması sebebiyle, fesihten önce doğmuş alacak ve borçların geçerlikleri sürecektir.⁵⁰⁰

Fesih, “olağan” ya da “olağanüstü” ya da “sürelî” ya da “süresiz” olacak şekilde kategorize edilmektedir.⁵⁰¹ Olağan fesih çerçevesinde, sözleşme ilişkisi bir sözleşenin fesih beyanının diğer sözleşene ulaşmasını müteakip bir müddet sonra sonlandığından söz konusu fesih “sürelî fesih” olarak da anılmaktadır.⁵⁰² Olağanüstü fesih çerçevesinde ise sürekli sözleşme ilişkisi fesih beyanının muhatap sözleşene ulaşması ile derhal sona erdiğinden anılan feshe “süresiz fesih” adı da verilmektedir.⁵⁰³ Olağan üstü fesih çerçevesinde sözleşme ilişkisinin sona erme sebebi haklı (önemli) sebebin varlığı

⁴⁹⁸ **Eren**, Borçlar Genel s. 1259; **Serozan**, Dönme, s. 114.

⁴⁹⁹ **Eren**, Borçlar Genel s. 1259.

⁵⁰⁰ **Eren**, Borçlar Genel s 1260.

⁵⁰¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1260.

⁵⁰² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1260.

⁵⁰³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1260.

olduđu⁵⁰⁴ halde; olağan fesihte taraflardan her biri bir sebebe dayanmaya gerek olmaksızın sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.⁵⁰⁵

Kural olarak “olağan” feshin aynı zamanda süreli, “olağan üstü” feshin ise süresiz olarak tezahür etmesinin nedeni; sözleşmeye aykırı davranış sergileyen ya da haklı feshi nedeni yaratan sözleşenin, olağanüstü fesih bildiriminin tarafına varmasıyla sürekli sözleşme ilişkisinin tarafına sağladığı faydalardan yoksun kalması düşüncesinin adaletli; fakat bunun karşısında sözleşmeye aykırı davranış sergilememiş ya da haklı bir fesih nedenine mahal vermemiş bir sözleşenin fesih bildiriminin tarafına varmasıyla sözleşmenin anılan yararlarından derhal yoksun bırakılması düşüncesinin adalete son derece aykırı olmasıdır.⁵⁰⁶

Türk Hukuk literatüründe süresiz feshe “fesih”; süreli feshe ise “feshi ihbar” denilmekte; oysa ki, “feshi ihbar” ın bünyesinde barındırdığı ikileme, fesih hakkını kullanacak sözleşenin süreli fesih çerçevesinde uyması ve beklemesi gerekli olan sürenin sonunda ikinci bir fesih bildiriminde bulunma zorunluluğunda olacağı algısını ihtiva etmektedir.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1260.

⁵⁰⁵ **Buz**, Dönme s. 81.

⁵⁰⁶ **Serozan**, Dönme, s. 116-117.

⁵⁰⁷ **Serozan**, Dönme, s. 117.

B. Dönme (Rücktritt) Kavramı ve Dönmenin Sözleşmeye Etkisi Üzerindeki Teoriler

1. Dönme Kavramı

“Yenilik doğran bir hak” olan dönme hakkının sözleşme ilişkisini nasıl etkilediği hususunda Alman ve Türk-İsviçre Hukukunda uzun tartışmalar mevcut olup⁵⁰⁸; aşağıda açıklanan teoriler çerçevesinde dönme kavramı ele alınmaktadır.

2. Dönmenin Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi Üzerine Teoriler

a. Klasik Dönme Teorisi (Dönmenin Dolaysız Gücü)

Dönmenin sözleşmenin etkisi üzerine geliştirilen teoriler çerçevesinde en eski olanı klasik dönme teorisi olup⁵⁰⁹, bu görüş çerçevesinde dönmenin sözleşme ilişkisini dolaysız bir şekilde etkilediği savunulmaktadır.⁵¹⁰

İlk defa Alman Hukukçu Oertmann tarafından ileri sürülen⁵¹¹ söz konusu teori uyarınca, dönme işlemi sözleşmeyi hiçbir zaman kurulmamışçasına yok edecek, henüz ifa edilmeyen edim yükümlülükleri sona erecek ve dönme hakkının kullanımından önce ifa edilen edimler hukuksal sebeplerini yitirerek, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri istenilebilecektir.⁵¹² Teori, dönmenin geçmişe etkisini salt

⁵⁰⁸ Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 34.

⁵⁰⁹ **Öz**, Dönme, s. 34.

⁵¹⁰ **Serozan**, Dönme, s. 59–60.

⁵¹¹ **Öz**, Dönme, s.34; **Serozan**, Dönme, s. 63.

⁵¹² **Buz**, Dönme, s. 118-119; **Öz**, Dönme, s. 34; **Serozan**, Dönme, s. 60.

taahhüt işlemleri ile sınırlandırarak; taahhüt işlemlerinin ifası adına gerçekleştirilen tasarruf işlemlerinin geçerliliğine dokunmamaktadır.⁵¹³ Bu çerçevede, dönülmüş bir sözleşme kapsamında tasarruf işlemleri ile kazanılmış olan aynı hakların kendiliğinden anılan hakkı devredene geri dönmesi söz konusu olmayacak, sadece sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesi talep edilebilecektir.⁵¹⁴ Bir başka deyişle, sözleşme çerçevesinde edinilen tüm kazanımların iadesi talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmaktadır.⁵¹⁵ Bu görüşün kabul edilmesi halinde, söz konusu taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süresi de sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkının bağlı olduğu zamanaşımı süresine tabi olacak ve dönme bildirimiminin muhataba varmasından itibaren başlayacak şekilde TBK m. 82 kapsamında iki yıl olacaktır.⁵¹⁶

b. Yasal Borç İlişkisi Teorisi

Türk ve İsviçre Hukukunda yasal borç ilişkisi teorisi, sebepsiz zenginleşme taleplerinin Borçlar Kanunu'nda yer alan kısa zamanaşımı (BK m. 66/1) süresinden kurtarılması ve sözleşme hukukuna ilişkin on yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulması noktasında ortaya atılmıştır.⁵¹⁷ Bu teorinin taraftarları, esas itibarıyla dönmenin dolaysız etkisi olduğu görüşünde olanlar yani klasik dönme görüşünü benimseyenlerle aynı çizgide olup⁵¹⁸; salt iade borcu için öngörülen zamanaşımı süresinin TBK m. 146' te (BK

⁵¹³ **Buz**, Dönme s. 199;

⁵¹⁴ **Kurt**, s. 292; **Öz**, Dönme, s. 35.

⁵¹⁵ **Öz**, s.35.

⁵¹⁶ **Kurt**, s. 292; **Öz**, Dönme, s. 35.

⁵¹⁷ **Buz**, Dönme, s. 120; **Öz**, Dönme, s. 36; **Serozan**, Dönme, s. 62.

⁵¹⁸ **Serozan**, Dönme s. 62.

m. 125) yer alan on yıllık süreye tabi olmasının sağlanması noktasında uygulamada klasik görüşe bir fark yaratmaktadır.⁵¹⁹

Söz konusu teori çerçevesinde dönme hakkının kullanımını müteakip ortaya çıkan iade borcunun temelinde sebepsiz zenginleşme hükümleri yatmaz. Dönme hakkının kullanılmasını müteakip sözleşmenin geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkması üzerine taraflar arasında meydana gelen kanuni borç ilişkisinden doğmaktadır.⁵²⁰ Bu sebeple, iade borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresi TBK m. 146' da yer alan süredir. Bu süre 10 senedir. İadenin kapsamı ve masraflara ilişkin taleplere ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olur.⁵²¹

c. Aynı Etkili Dönme (İstihkak) Teorisi

Fransız Hukukunda hakim olan bu teori uyarınca sözleşmeden dönmenin geçmişe etki gücü borçlandırıcı işlemlerin yanında dönmeden önce yapılan tasarruf işlemlerini de etkilemektedir.⁵²² Teorinin klasik dönme teorisinden farkı, klasik dönme teorisinin dönme hakkının kullanımı ile sözleşmenin geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkacağı savını kabul etmekle birlikte, sözleşmeden dönmeye aynı etki tanınmasıdır.⁵²³ Bu çerçevede, bu teori uyarınca dönülen sözleşme çerçevesinde kazanılan aynı haklar devralana hiç geçmemiş olup; dönmeden önce yerine getirilen maddi edimlerin iadesi menkuller açısından TMK m. 683 çerçevesinde “istihkak davası”, ve fakat burada iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisabı söz konusu ise sebepsiz zenginleşme davası;

⁵¹⁹ **Kurt**, s. 293; **Öz**, Dönme s. 36.

⁵²⁰ **Buz**, Dönme 121; **Kurt**, s. 293.

⁵²¹ **Buz**, Dönme, s. 121; **Kurt**, s. 293.

⁵²² **Buz**, Dönme, s.121.

⁵²³ **Buz**, Dönme, s.121.

gayrimenkuller açısından ise “tapu kaydının düzeltilmesi davası” kanalıyla mümkün olacaktır.⁵²⁴ Zira, dönmeden önce mülkiyeti karşı tarafa geçmiş taşınmazların iadesine ilişkin olacak şekilde hukuki sebebin ortadan kalkması sonucu tescilin yolsuz hale gelmesi gündeme gelecek ve iade tapu kaydının düzeltilmesi davası çerçevesinde sağlanmış olacaktır.⁵²⁵ İade çerçevesinde belirtilmesi gerekli son husus, iş görme ve kullandırmaya ilişkin edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceği hususudur.⁵²⁶ Zamanaşımı süresine ilişkin olarak ise; iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması halinde iki yıl olup; istihkak ve tapu kaydı düzeltilmesi davaları kanalıyla talep edilmesi halinde zamanaşımı bulunmamaktadır.⁵²⁷

d. Yeni Dönme ya da Dönüşüm Teorisi (Dönmenin Dolaylı Gücü)

Dönmenin dolaylı gücünü en sağlam temellere oturtmak suretiyle ortaya koymuş hukukçu Stoll’ dür.⁵²⁸ Alman Hukukunda hakim görüş olan anılan teorinin Türk Hukukunda da oldukça benimsenmesi söz konusu olmuştur.⁵²⁹ Bu teori, diğer tüm teorilerden farklı olacak şekilde dönmenin borç ilişkisi üzerine dolaysız etki gücünü reddeder.⁵³⁰ Söz konusu teori çerçevesinde, dönme hakkının kullanılması ile sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması söz konusu olmayacak; sözleşme sadece içerik değiştirerek

⁵²⁴ **Buz**, Dönme, s. 121, 172-173; **Kurt**, s. 293, 294.

⁵²⁵ **Kurt**, s. 293, 294.

⁵²⁶ **Buz**, Dönme s. 122; **Kurt**, s. 294.

⁵²⁷ **Kurt**, s. 294.

⁵²⁸ **Buz**, Dönme s. 123; **Serozan**, Dönme s. 69.

⁵²⁹ **Buz**, Dönme s. 123.

⁵³⁰ **Öz**, Dönme s. 37.

tasfiye ilişkisine dönüşecektir.⁵³¹ Bir başka deyişle, dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayacak, sadece borçları tersine çevirecektir.⁵³²

Dönme hakkının kullanılmasından önce henüz ifa edilmemiş olan borçların akıbeti üzerine, söz konusu borçların son bulmayıp borcun ifasından kaçınmak üzere borçluya bir def' i hakkı sağladığı⁵³³ ve bu borçların ileriye etkili olarak sona ereceği⁵³⁴ hususunda muhtelif görüşler bulunmaktadır.⁵³⁵

Yeni dönme teorisi uyarınca yerine getirilmiş edim borçlarının iade borçları haline gelmesi söz konusu olacak ve bu iade borcu hiçbir şekilde sebepsiz zenginleşme hükümleri ya da kanunun iade için öngördüğü özel hükümlere dayanmayacaktır. Zira, iade borcu tarafların sözleşmedeki borçlarının yer değiştirmesinden kaynaklanmaktadır.⁵³⁶ Anılan iade borcu doğrudan doğruya sözleşmeye dayanacaktır.⁵³⁷

Yeni dönme ile klasik dönme teorisyenlerinin üzerinde fikir birliği sağladığı tek husus; dönme işleminin dönülen sözleşme temeli üzerine kurulmuş aynı tasarruflara dolaysız etkisi bulunmadığı noktasıdır.⁵³⁸ Bu noktada, dönülen sözleşmeye dayanak kazanılmış aynı haklar hala geçerli olduğundan talepte bulunulmadığı sürece geçmiş sahibine dönmesi söz konusu olmayacaktır.⁵³⁹ Zira, dönme ile borçlandırıcı sözleşme

⁵³¹ **Buz**, s.123, **Kurt**, s. 294.

⁵³² **Öz**, Dönme s. 37.

⁵³³ **Öz**, Dönme s. 37 ve dn. 77' de belirtilen yazarlar.

⁵³⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 77; **Serozan**, Dönme s. 573 vd.

⁵³⁵ **Öz**, Dönme, s. 37, dn. 77.

⁵³⁶ **Öz**, Dönme, s. 38; **Serozan**, Dönme, s. 71.

⁵³⁷ **Buz**, Dönme, s. 123; **Öz**, Dönme, s. 38; **Serozan**, Dönme, s. 71.

⁵³⁸ **Serozan**, Dönme, s. 93.

⁵³⁹ **Serozan**, Dönme s. 92-93.

ortadan kaldırılmayarak sadece iade yükümlülüklerinin doğması söz konusu olmaktadır.⁵⁴⁰ Sözleşen, aynı hakkın tarafına geri geçirilmesi yolunda kişisel bir talepte bulunmak durumunda olup; bu talep gayrimenkuller bakımından tescile zorlama davası şeklinde olacaktır.⁵⁴¹

Yeni dönme teorisi, TBK m. 125 (BK m. 108) anlamında olumsuz zarara ilişkin taleplerin sözleşme ihlalden doğan bir tazminat kalemi olarak nitelendirilmesinin ancak dönme ile sözleşmenin geçerliliğini koruduğunun kabulü halinde mümkün olabileceğini savunmaktadır.⁵⁴² Bununla birlikte, Öz, yeni dönme teorisini benimseyenlerin TBK m. 125 çerçevesinde dönme ile olumsuz zarar talep hakkını açıklamada güçlük çektiklerini ve bir süre sonra sözleşmeden dönme üzerine olumlu zararı talep hakkı olduğu kanaatine vardıklarını belirtmektedir.⁵⁴³

Sözleşmeden dönen tarafın olumlu zarar talep etme hakkı olduğunu savunan görüşün en önemli delillerinin karşılaştırmalı hukuk temelinde Fransız ve Avusturya Medeni Kanunları ile Viyana Satım Sözleşmesi'nde yer aldığı ve fakat Türk/İsviçre Hukuku'nun Borçlar Kanunu çerçevesinde aynen ifadan vazgeçmek suretiyle olumlu zararı talep etme hakkının bağımsız bir seçimlik hak olduğu (TBK m.125/2) ve dayanak gösterilen Kanunlarda bu hususun düzenlenmemiş olduğunun yapılan karşılaştırmada göz ardı edildiği ve bu çerçevede, Türk/İsviçre Hukukunda dönme ile olumlu zarar talep hakkının bulunduğu görüşünün aktarılma imkanı bulunmadığı ifade edilmiştir.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ **Serozan**, Dönme s. 93.

⁵⁴¹ **Kurt**, s. 295; **Serozan**, Dönme s. 95.

⁵⁴² **Öz**, Dönme, s. 124.

⁵⁴³ **Öz**, Dönme, s. 38.

⁵⁴⁴ **Buz**, Dönme, s. 269-270.

Yeni dönme teorisi çerçevesinde TBK m. 125/3' ten doğan tüm taleplerin sözleşmeden doğması temelinde iade talepleri ile olumsuz zarar talepleri TBK m. 146 çerçevesinde on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.⁵⁴⁵

C. Fesih ve Dönme Arasındaki Farklar

Fesih ve dönme, bir dönem süresince aynı hukuki işlem olarak ele alınmış olup; iki kavram arasındaki farkın ortaya konulması hukuk tarihinin oldukça geç dönemlerine tekabül etmiştir.⁵⁴⁶

Fesih ve dönme arasındaki en önemli fark anılan iki yenilik doğurucu hakkın kullanılmasının doğurduğu hukuki sonuçlar noktasında toplanmaktadır.⁵⁴⁷

Dönme ile sözleşme çerçevesinde henüz ifa edilmemiş edimlere ilişkin yükümlülüklerin sona ermesi ve dönme öncesinde ifa edilen edimlerin iadesi gündeme gelmekte iken; fesih çerçevesinde, fesih anından önceki taraflar lehine doğmuş tüm borç ve alacaklar ayakta kalır.⁵⁴⁸ Bir başka deyişle, feshin, fesih anına değin yerine getirilmiş sözleşme edimlerini geri sağlamaya yarar güç ve etkisi bulunmamaktadır.⁵⁴⁹ Ve fakat bu noktada, sözleşme ya da kanundan kaynaklanan ve sözleşmenin tam ve karşılıklı ifası ya da süresinin dolması nedeniyle ile son bulunduğu hallerde dahi uygulanan iade yükümlülüklerinin bu kaideden ayrı tutulması gerekir. (Kira sözleşmesinin feshi ya da tarafların karşılıklı ifalarını yerine getirmeleri üzerine sona ermesi durumunda kiracının

⁵⁴⁵ **Kurt**, s. 295; **Öz**, Dönme, s. 38.

⁵⁴⁶ **Öz**, Dönme, s. 25.

⁵⁴⁷ **Buz**, Dönme, s.82.

⁵⁴⁸ **Buz**, Dönme, s. 82.

⁵⁴⁹ **Serozan**, Dönme, s. 118.

kiralananı, kiralayanın ise depozito bedelini geri vermekle yükümlü olması durumunda olduğu gibi.)⁵⁵⁰

Fesih ve dönme arasındaki ikinci önemli fark, olağan fesih türünün herhangi bir şarta bağlı olmaksızın hak sahibine sebep göstermeksizin sürekli sözleşme ilişkisini sona erdirme yetkisi vermesine karşılık; dönme hakkının ancak bu hakkın kullanılmasını haklı kılacak nitelikteki ifa engellerinin sarsıntılarının gerçekleşmesi halinde kullanılabilmesi, aksi durumda dayanaktan yoksun bir şekilde kullanılamayacağı hususudur.⁵⁵¹ Bu noktada, dönme hakkı her zaman “olağanüstü” bir hakka işaret eder.⁵⁵²

Fesih ve dönme arasındaki bir diğer önemli fark, anılan hakların kullanımı ile birlikte tazmini talep edilebilecek zarar türüne ilişkin olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁵³ Buna göre, fesih ile birlikte olumlu (müspet) zararın, dönme ile de olumsuz (menfi) zararın tazmininin talep edilebileceği belirtilmektedir.⁵⁵⁴ Sözleşmeden dönme halinde talep edilebilecek zararın olumsuz zarar ile sınırlı olup olmadığı hususuna yeni dönme teorisi ele alındığı sırada yer verilmiştir. Buz, fesih halinde salt olumlu zararın istenebileceği argümanına katılmanın imkansız olduğunu ve kimi fesih hallerinde olumsuz zararın da talep edilebileceğini belirtmektedir.⁵⁵⁵

Fesih ve dönme arasındaki diğer farklar ise feshin işlerlik alanının edimin ifasına başlanmış sürekli borç ilişkileri, dönmenin ise ani edimli borç ilişkileri olması; feshin gerek iki tarafa gerekse ikiden az ya da fazla tarafa borç yükler tüm sürekli borç

⁵⁵⁰ **Buz**, Dönme, s. 83; **Serozan**, Dönme, s. 119.

⁵⁵¹ **Buz**, Dönme, s. 84; **Serozan**, Dönme, s. 120-121.

⁵⁵² **Buz**, Dönme, s. 84; **Serozan**, Dönme, s. 120.

⁵⁵³ **Buz**, Dönme, s. 84; **Serozan**, Dönme, s. 121.

⁵⁵⁴ **Buz**, Dönme, s. 84; **Serozan**, Dönme, s. 121.

⁵⁵⁵ **Buz**, Dönme, s. 84-85.

ilişkilerinde söz konusu olurken, dönme hakkının salt tam iki tarafa borç yükler sözleşmeler çerçevesinde kullanılabilmesi şeklinde sıralanabilir.⁵⁵⁶

II. ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE SÖZLEŞMEYİ FESİH HALLERİ

A. TBK m. 125/2 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi

1. Yüklenicinin Temerrüdü Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Fesih Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunsalı

Türk Hukuku nezdinde “eser sözleşmesinden dönme” başlığı altında en çok tartışma yaratan konu, iş sahibine ait taşınmaz üzerinde bina inşasına ilişkin inşaat sözleşmeleri, bizatihi kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, çerçevesinde yüklenicinin yapıyı zamanında tamamlamaması ya da tamamlayamaması neticesinde işi yarıda bırakması üzerine sözleşmeden dönme halinin hangi sonucu beraberinde getireceği sorunu olmuştur.⁵⁵⁷

Doktrin ve yargı kararları çerçevesinde, karşıt görüşleri ve çok çeşitli içtihatları beraberinde getiren bu sorun çerçevesinde hukukçular, yüklenicinin sözleşme ile yapmayı taahhüt ettiği yapının yapımına başlanmış ve fakat teslim tarihinden önce tamamlanmamış olması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin hangi hukuki sonucu beraberinde getireceği noktasında, daima geriye etkili dönmenin sonuçları ve bu

⁵⁵⁶ **Buz**, Dönme, s. 83-84; **Serozan**, Dönme, s. 120.

⁵⁵⁷ **Öz**, Dönme, s. 187.

görüşün karşısında **her bir somut olay için menfaat dengesine** göre ileriye etkili fesih sonuçlarının gündeme geleceği hususlarında birbirlerinden ayrılmışlardır.⁵⁵⁸

Somut bir uyuşmazlık çerçevesinde yüklenicinin işi tamamlamaksızın temerrüde düşmüş olması ve arsa sahibinin sözleşmeden dönmüş olması halinde; geçmişe etkili dönme görüşü sözleşmeyi en baştan itibaren ortadan kaldıracak ve yüklenici salt inşa ettiği kısmın arsa sahibi üzerinde oluşturduğu malvarlığı artışına tekabül eden parasal miktarı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilecek ve fakat hiçbir şekilde yaptığı kısmi işe ilişkin orantılı ücret alması söz konusu olmayacaktır.⁵⁵⁹ Buna karşılık; somut uyuşmazlığa ileriye etkili fesih görüşünün uygulanması halinde sözleşme fesih anından itibaren ileriye etkili olacak şekilde sona erecek ve yüklenici o ana kadar emeğinin karşılığında tekabül eden ve inşaatın gerçekleştirilme oranının konumuz olan sözleşme ile kararlaştırılan arsa payı ve bağımsız bölüme oranı mukabilinde ediminin karşılığını alabilecektir.⁵⁶⁰ Her iki görüş de bünyesinde ince ayrıntılar barındırmakla birlikte, bu paragrafta genel çerçevesi verilen görüşlerin hangi yazarlara ait oldukları ve dayanaklarının hangi hususlardan ibaret olduğu aşağıda takip eden paragraflarda ele alınacaktır.

⁵⁵⁸ **Öz**, Dönme, s. 187.

⁵⁵⁹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 147-153.

⁵⁶⁰ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s. 466 vd.

2. Yazarların Dönme ve Fesih ile Sonuçları Üzerine Düşünceleri

a. Geriye Etkili Dönme Görüşünü Savunan Yazarlar

aa. Tandoğan' a Göre

Geriye etkili dönme görüşünü ayrıntıları ile savunan en etkili yazar şüphesiz Tandoğan' dır. Tandoğan, eser sözleşmesinde, sonuca yaklaşımdan ziyade sonucu elde etmenin önemini vurgulamakta olup⁵⁶¹; tam ücret ve tam ücretin içindeki kar payına sadece sonuca ulaşılması ile hak kazanılacağını belirtmektedir.⁵⁶² Yazara göre, TBK m. 125 anlamında sözleşmeden dönme, tıpkı erken dönmeyi düzenler TBK m. 473/1 (BK m. 358/1)' de olduğu gibi geriye etkili (*ex tunc*) olacak şekilde sonuçlarını doğurmakta⁵⁶³, çoğu zaman kusuru ile teslim tarihinde işi tamamlayamadan temerrüde düşen yüklenicinin işin büyük bölümünü inşa etmiş olması dahi orantılı ücret talep etme hakkını doğurmamakta, yüklenicinin, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ya da ediminin objektif değeri karşılığı oranında bir talepte bulunması söz konusu olabilmektedir.⁵⁶⁴

İş sahibinin arsası üzerinde yapı inşasına yönelik sözleşmeler ve özellikle işbu çalışmaya konu kat karşılığı inşaat sözleşmeleri çerçevesinde, yüklenicinin kusuruyla sözleşme konusu işi tamamlamaksızın temerrüde düşmesi ve iş sahibinin sözleşmeden

⁵⁶¹ Haluk Tandoğan, “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıtta Yanıt)”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Nisan 1982, C. V, S. 4, s. 499.

⁵⁶² **Tandoğan**, Cilt II, s. 150.

⁵⁶³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 141.

⁵⁶⁴ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıtta Yanıt, s. 499.

dönmesi halinde orantılı ücret talep edip edemeyeceği tartışmasının bir boyutunu da orantılı ücretin arsa payı ve bağımsız bölümlerden bir pay şeklinde aynen verilip verilemeyeceği sorunu oluşturmakta olup⁵⁶⁵; Tandoğan, ileriye etkili fesih görüşünü savunanların orantılı ücret argümanının hakkaniyete aykırı olduğunu ve yüklenicinin belirtilen durumda hiçbir şekilde orantılı ücret talep hakkı olmadığını bildirmesinin yanında bu tip durumlarda orantılı ücrete hükmedilmesi ve bu ücretin arsa payı ve bağımsız bölüm olacak şekilde aynen verilmesini kayıt altına alır Yargıtay' ın ilgili dönem kararını⁵⁶⁶ da değiştirilmesi gerektiği yönünde eleştirmektedir.⁵⁶⁷

Tandoğan, yüklenicinin edimi ve giderlerinin karşılığının tarafına salt nakden verilebileceğini, arsa payı ve bağımsız bölüm olarak aynen verilemeyeceğini de bildirmektedir.⁵⁶⁸

bb. Seliçi' ye Göre

Seliçi' ye göre sözleşmeden dönme ile yerine getirilmiş edim iadesi talebi doğmakta, henüz ifa edilmeyen edim borçları ileriye etkili olacak şekilde sona ermekte ve fakat borç ilişkisi bir organizma olarak sona ermeden devam etmektedir.⁵⁶⁹ Bununla birlikte, anılan borç ilişkisinin içeriği değişime uğramaktadır.⁵⁷⁰ Yazar, bu noktada klasik dönme teorisini benimseyen yazarlardan ayrılmaktadır.⁵⁷¹

⁵⁶⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 143.

⁵⁶⁶ YHGK, 16.12.1981 tarih, 1980/15-2714 E., 1981/839 K.

⁵⁶⁷ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 499.

⁵⁶⁸ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 496.

⁵⁶⁹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 77.

⁵⁷⁰ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 77.

⁵⁷¹ **Öz**, Dönme, s. 190.

Seliçi' ye göre organizma olarak çerçeve sözleşme ilişkisinin sürdüğünün kabulü, dönme sonrası tarafların karşılıklı tasfiye ilişkisini kolaylaştıracak olup, bu durumda ifa edilmiş edimler bakımından sözleşmede vaki taleplerin ters dönmesi söz konusu olacaktır.⁵⁷² Bu çerçevede, yüklenici inşa ettiği kısmın karşılığının iadesini, iş sahibi ise fazla ödediği ücretlerin iadesini talep edebilecektir. Bununla birlikte, yüklenicinin kusuru bulunması halinde iş sahibinin olumsuz zararını karşılaması gerekmektedir.⁵⁷³ Öte yandan, dönme sonrası tasfiyenin sebepsiz zenginleşmesi hükümlerine göre yapılması halinde bu parasal değer hesaplamada kalemlerinin nelerden ibaret olacağı, işçilik ücretinin de bu çerçevede değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği, yok ise hesaplamanın salt malzeme değeri kriter alınmak suretiyle mi yapılacağı hususlarının hesaplamayı güçleştireceği de yazar tarafından tartışılmaktadır.⁵⁷⁴

Yazar, eski hale iade amacına uygun olacak şekilde kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme durumunda, arsa sahibinin kat karşılığı olarak temlik ettiği arsa paylarını yeniden kendi üzerine tescil ettirmesini ve fakat inşaatın yapılan kısmına ilişkin yapım değerinin hesaplanması suretiyle yükleniciye verilmesini öngörmektedir.⁵⁷⁵

cc. Öz' e Göre

Öz, klasik dönme teorisini benimsemektedir.⁵⁷⁶ Bina inşasına ilişkin sözleşmelerin istisnai olarak karşılaşılan sürekli edimli eser sözleşmeleri içerisinde hiçbir şekilde yeri olmadığını bildiren Öz, bu ani ve bölünemeyen edimli sözleşmelerin ileriye

⁵⁷² **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 78.

⁵⁷³ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 78.

⁵⁷⁴ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 77.

⁵⁷⁵ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 78.

⁵⁷⁶ **Öz**, İnşaat, s.173.

etkili feshini söz konusu kılablecek güçlü gerekçe ve korunması gerekli mühim çıkarların bulunmadığını belirtmektedir.⁵⁷⁷

TBK m. 475/3 hükmü ile yaratılan eserin korunmasından ziyade yüklenicinin geriye etkili dönmenin sonuçlarından korunmasının amaçlandığını, bu hükmün bir diğer amacının da tamamlanmış bir eserin salt ayıplı olması nedeniyle sözleşmeden dönülmesi suretiyle yükleniciye yalnız sebepsiz zenginleşme uyarınca para ödenerek binaya sahip çıkılması eyleminin engellenmesi düşüncesi olduğunu belirtmektedir.⁵⁷⁸ Durumun, iş sahibine hakkaniyete aykırı bir yarar sağlarken, yükleniciye de kusurlu olsa dahi aşırı bir zarar vermesi karşısında dönme hakkının sınırlandırıldığını belirten yazar, ileriye etkili fesih görüşünü savunanların da argümanlarını bu çıkış noktasına dayandırdıklarını ve fakat yapının ayıplı olması ile eksik olması arasında çok büyük farklar bulunduğunu, Kanunda sadece tamamlanmış fakat ayıplı bir eserin iş sahibinin taşınmazında bulunma hali için açık bir hüküm olduğunu, buna karşın tamamlanmayan eserlere ilişkin bu doğrultuda açık bir hüküm bulunmadığını, bir başka ifadeyle Kanun koyucunun ayıbı daha hafif ve iş sahibince kabulü beklenilebilen bir durum olarak benimsemesine karşın, yarım inşaat halinde yükleniciyi korumaya değer bulmadığı ve temerrüt halini kasıtlı olacak şekilde düzenlemeyip genel hükümlere bıraktığının kabulü gerekeceğini bildirmektedir.⁵⁷⁹ Öz, TBK m. 475 (BK m. 360) hükmünün borçlunun temerrüdüne kıyasen uygulanmasının kanun koyucunun iradesine aykırı olduğunu, evleviyetle uygulanmasının ise çok daha hatalı olduğunu düşünmektedir.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ Öz, Dönme, s. 211.

⁵⁷⁸ Öz, Dönme, s. 212.

⁵⁷⁹ Öz, Dönme, s. 212.

⁵⁸⁰ Öz, Dönme, s. 213.

Dönmenin, sözleşmeyi geçmişe etkili ortadan kaldırması nedeniyle dönme anına kadar ifa edilen borçlar ya da hazırlık faaliyeti çerçevesinde diğer tarafa yapılan kazandırmaların iadesi talepleri doğmaktadır.⁵⁸¹ Kural olarak bu talepler sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabidir.⁵⁸² Burada “sona eren sebebe dayanan zenginleşme (condictio ob causam finitam)” söz konusu olacaktır.⁵⁸³ İadenin mümkün mertebe aynen yapılmasına karşın, inşaatta malzemenin hasarsız geri alınmayacak şekilde kullanılması ve iş sahibinin inşaatı devam ettirmesinin mümkün olması durumunda olduğu gibi yükleniciye aynen iade yerine parasal iadenin yapılması söz konusu olacaktır. Yani, yüklenici inşaatın yaptığı kısmının kendisine maliyetini (işçilik ve malzeme değerini) talep edebilecektir.⁵⁸⁴ Yüklenicinin bunun dışında inşaatın tamamlanması halinde elde edeceği yüklenici karını yaptığı iş ile orantılı olarak talep etmesi mümkün değildir.⁵⁸⁵

Öz, çoğunluk klasik dönme teorisi görüşü taraftarından farklı olarak, iadenin kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmasına karşın kimi hallerde başka hükümlerine dayanabileceğini öne sürmekte ve konumuz olan sözleşme açısından arsa sahibinin başlangıçta yükleniciye devrettiği arsa paylarının dönmeden sonra iadesinin istihkak talebi niteliğindeki “yolsuz tescilin düzeltilmesi davası” kanalıyla yapılacağını belirtmekte; bunun dayanağı olarak dönme ile birlikte yüklenicinin adına gerçekleşen tescilin de yapıldığı andan itibaren sebepsiz sayılması ve tescilin yolsuzlaşmasını göstermektedir.⁵⁸⁶Bu şekilde, arsa sahibi, arsa payları üzerindeki mülkiyetini aslında

⁵⁸¹ **Öz**, İnşaat, s. 173.

⁵⁸² **Öz**, İnşaat, s. 173.

⁵⁸³ **Öz**, İnşaat, s. 173.

⁵⁸⁴ **Öz**, İnşaat, s. 174.

⁵⁸⁵ **Öz**, İnşaat, s. 174.

⁵⁸⁶ **Öz**, İnşaat, s. 174.

hiçbir zaman kaybetmemiş olacak ve aynı hakkına dayalı tescil düzeltilmesi talep hakkını zamanaşımına bağlı olmaksızın kullanabilecektir.⁵⁸⁷

Arsa sahibi, sözleşmeden dönme çerçevesinde kusursuz olduğunu ispat edemeyen yükleniciden sadece olumsuz zararının tazminini talep edebilecektir.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ **Öz**, İnşaat, s. 174.

⁵⁸⁸ **Öz**, İnşaat, s. 178-180. **Öz**, olumsuz zarar kalemlerini şu şekilde belirlemektedir: Sözleşme yapma masrafları, noterlik ücreti, sözleşme görüşmelerinin gündeme getirmiş olduğu seyahat ve konaklama şeklindeki masraflar, sözleşme çerçevesinde hazırlanan plan ve proje ile inşaatın yapılacağı taşınmazı hazırlama ve boşaltmaya ilişkin masraflar, arsa üzerindeki sağlam evin yıkılması örneğinde olduğu gibi sözleşme için feda edilen değerler, sözleşme konusu işe finansal destek sağlamak adına alınan yüksek faizli kredilerin faiz zararları, arsa sahibinin sözleşmeye güvenmesi dolayısıyla kaçırmış olduğu fırsatlar (*Arsa sahibi anılan fırsatlarını kaçırdığını somut olarak ispatlamak zorunda olup; genel piyasa şartlarını ileri sürerek anılan yönde bir talepte bulunamayacaktır.*), arsa sahibinin aynı sözleşme koşulları çerçevesinde teklif sunan bir diğer yükleniciyi reddetmesi çerçevesinde diğer yüklenicinin işi bitirmesi öngörülen olası bitiş tarihi ile şu anda işi bitirmesi için başka bir yükleniciye vermesi dolayısıyla anılan yüklenicinin işi olası bitireceği tarih arasındaki farka işaret eden gecikme zararı, arsa sahibinin yüklenici ile iştiğal olmak zorunda kalması sebebiyle mesleki faaliyetini ihmal etmesinden kaynaklı gelir azalması şeklindeki zararlar. Bununla birlikte, kira geliri ve kullanım kazancı kayıplarına ilişkin taleplerin ispat şartı ve süre açısından farklılık arz etmesi suretiyle olumsuz zarar kapsamında talep edilebileceğini ifade etmektedir. Örnek için bkz. **Öz**, İnşaat, s. 179.

b. İleriye Etkili Fesih Görüşünü Savunan Yazarlar

aa. Sungurbey' e Göre

İleriye etkili fesih görüşünün en etkili savunucusu ve görüşü sağlam kuramsal gerekçelerle sunan yazar Sungurbey' dir.⁵⁸⁹

Sungurbey, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde salt ileriye etkili fesih ve fesih bildiriminin söz konusu olabileceği temel noktasına dayanmakta ve bu tip sözleşmelerde eski hale getirmeyi amaçlar sözleşmeden dönmenin uygulanamayacağını belirtmektedir.⁵⁹⁰ Ona göre bu ilke eser sözleşmelerinde de geçerlidir.⁵⁹¹

Sungurbey, iş sahibinin arsası üzerinde inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler çerçevesinde yüklenicinin teslim gününde inşaatı tamamlayamamış olmasına karşın, yaptığı işin sözleşme ile kararlaştırılan işin çok büyük bir kısmına işaret etmesi halinde ve yapının sökülmesi ve kaldırılmasının aleyhine aşırı bir zararı beraberinde getirmesi söz konusu ise ayıp nedeniyle eser sözleşmesinden dönmeye ilişkin TBK m. 475/f.1-(2),(3) ve f.3 (BK m. 360/f.2,f.3) hükümlerinin kıyas yoluyla⁵⁹² borçlunun temerrüdüne

⁵⁸⁹ **Öz**, Dönme, s. 191.

⁵⁹⁰ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları 466 vd.; İsmet Sungurbey, “Yapıt Sözleşmelerinde Bozukluklara İlişkin BK. 360, II/III’ ün Örnekseme Yoluyla Borçlu Direnmesine De Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ ın Son Yazısı Üstüne Notlar”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Haziran 1982, C. V, S. 6, s. 750-751.

⁵⁹¹ **Sungurbey**, Yapıt Sözleşmeleri, s. 751.

⁵⁹² Sungurbey, BK m. 360/f.2,f.3 çerçevesinde iş sahibinin arsasına yapılan tamamlanmış yapının ayıplı olması halinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmeyip ancak ücret indirimi ve ilgili dönemde mülga Kanununun 360. maddesi 2 nolu hüküm

ilişkin bu durumda da uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹³ Bir başka deyişle, yazar, yüklenicinin teslim gününde yapıyı bitirmemesi üzerine temerrüde düşmesi durumunda, inşaatın büyük bölümünün tamamlanması ve yapının arsadan sökülerek kaldırılmasının aşırı zarara sebep olması şeklinde iki koşulun bulunması halinde iş sahibinin TBK m. 125/2 (BK m. 106) çerçevesindeki genel hükümlere göre dönme hakkını TBK m. 475/f.1-(2),(3) ve f.3 hükümlerinin kıyasen ya da bir başka deyişle kaynak metinlerde yer aldığı üzere “örnekseme yolu” ile bu duruma uygulanması çerçevesinde kullanamayacağını, ancak sözleşme ile kayıt altına alınan ücretten bir indirim uygulama (ve gecikme tazminatı) talep edebileceğini belirtmektedir.⁵⁹⁴ Yazara

fıkrasında yer aldığı üzere tazminat talep edebileceğine ilişkin kuralın gerekçesinin (causa efficiens) ilgili maddenin 3 nolu fıkrasında yer aldığı üzere yapının arsadan sökülerek kaldırılmasının aşırı zarar vermesi olduğunun doğrudan doğruya Kanundan anlaşılır bir gerçek olduğunu; yüklenicinin işi teslim gününde bitirmeyip temerrüde düşmesi ve yapının arsadan sökülerek kaldırılmasının aynı paralelde aşırı zararı gündeme getirecek olması durumunda da aynı gerekçenin bulunduğu, bu gerekçenin her iki durum için de ortak olduğu ve **ortak gerekçe** çerçevesinde BK m. 360/f.2,f.3’ de yer alan hükümlerin bu durumda da kıyaslama (örnekseme) yoluyla uygulanmasının akıl ve mantığın gerektirdiği amaca uygun bir durum olduğunun çok açık olduğunu belirtmektedir. İsmet Sungurbey, “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir” (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ a Zorunlu Bir Yanıt), **Yasa Hukuk Dergisi**, Şubat 1982, C. V, S. 2, s. 190.

⁵⁹³ **Sungurbey**, Yapıt Sözleşmeleri, s. 751; **Sungurbey**, Zorunlu Yanıt, s. 176.

⁵⁹⁴ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s. 466.

göre, yükleniciye yapının bitirdiği kısmının yapılacak tüm işe oranı ile aynı orana tekabül eden ve sözleşmede kararlaştırılan edim karşılığının aynısı olacak nitelikte ücretin aynen verilmesi gerekmektedir.⁵⁹⁵

Bu çerçevede, çalışmamız konusu kat karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından da sözleşme çerçevesinde yüklenicinin edim karşılığının arsa payı ve bağımsız bölüm olacak şekilde kararlaştırılması halinde yükleniciye icra ettiği iş oranında bir arsa payı ve bağımsız bölüm verilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹⁶

Sungurbey, savını yüklenicinin kusurlu ya da kusursuz olması ayırımına gitmeksizin ileri sürmüştür.⁵⁹⁷ Kusurun buradaki fonksiyonu iş sahibinin tazminat talebinde bulunması ile sınırlıdır.⁵⁹⁸

bb. Serozan' a Göre

Serozan, sürekli-geçici karmaşığı niteliğı haiz olduğunu belirttiğı eser sözleşmeleri çerçevesinde, yüklenicinin sarf ettiği emeğın korunmaya değeri olması hallerine ilişkin olacak şekilde, ona emeğının gerçek karşılığının verilmesi adına sözleşmenin çözülemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini ve sözleşmenin feshi yoluna gidilerek en azından emekçi yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan ücretinin fesih anına değeri tamamladığı işe tekabül edecek kısmına hak kazanmasının sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır.⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s. 466.

⁵⁹⁶ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s. 466 vd.

⁵⁹⁷ **Öz**, Dönme, s. 191.

⁵⁹⁸ **Öz**, Dönme, s. 191.

⁵⁹⁹ **Serozan**, Dönme s. 176.

Serozan' a göre, yüklenicinin salt tamamladığı bölüm oranında iş sahibinin (burada arsa sahibi) mal varlığında meydana gelen zenginleşme miktarını talep edecek olması emeğe değer verilmemesinden başka bir şey olmayıp; eksik iş değerinin çok düşük olduğu hallerde bu durum yüklenicinin boş yere çalışması anlamını taşıyarak büyük bir adaletsizliği de beraberinde getirecektir.⁶⁰⁰

Bununla birlikte, yazar, eser sözleşmesinden dönmenin (onu çözenin) kural olarak imkansızlığını, TBK m. 475/f.1-(2),(3)' de ifadesini bulan eserdeki ayıbın önemli büyüklükte olmaması ve iş sahibinin arsası üzerinde inşa edilen eserin sökülerek kaldırılmasının aşırı bir zarara sebebiyet vermesi hallerinde iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği ve fakat zararının giderilmesi ya da eserin onarılmasını isteyebileceği hükümlerine dayandırmaktadır.⁶⁰¹

Ayrıca, her somut uyuşmazlığın ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve inşa sırasında kullanılan malzemenin yükleniciye ait olması halinde sözleşmeden dönmenin oldukça adaletsiz sonuçları beraberinde getireceğini vurgulamaktadır.⁶⁰²

Tandoğan, Serozan' ın yüklenicinin korunmaya layık bulunmadığı durumlarda ex tunc dönmeyi kabul ettiğini ifade etmiştir.⁶⁰³ Öz de, aynı şekilde Serozan' ın yüklenicinin ağır kusuru bulunması halinde korunmaya layık bulunmaması ihtimalini gerçekleştirebileceğini belirtmiştir.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ **Serozan**, Dönme s. 176.

⁶⁰¹ **Serozan**, Dönme, s. 176.

⁶⁰² **Serozan**, Dönme, s. 177.

⁶⁰³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 146.

⁶⁰⁴ **Öz**, Dönme, s. 193.

cc. Erman' a Göre

Erman' a göre, ani edimli sözleşmelere özgü olacak şekilde düzenlenen TBK m. 125/2 hükmünde yer alan geçmişe etkili dönme müessesesinin kat karşılığı inşaat sözleşmelerine tatbiki yanlıştır.⁶⁰⁵ Zira, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sürekli borç ilişkisine has kaidelerin göz önünde bulundurulması gerekecek, sürekli edimli sözleşmeler çerçevesinde ise sözleşme ileriye etkisi olacak şekilde sonlanacaktır.⁶⁰⁶ Anılan doğrultuda, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işin arsa sahibinin sözleşmeyi feshettiği ana kadar icra ettiği kısma ilişkin (orantılı) ediminin karşılığı arsa payı ve bağımsız bölümü talep hakkı bulunmakta, yüklenicinin belirtilen ana kadar olan icrai faaliyetleri bir hazırlık aşaması olarak nitelendirilmemektedir.⁶⁰⁷

Erman, ayıp nedeniyle eser sözleşmesinden dönmeye ilişkin TBK m. 475/f.1-(2),(3) ve f.3 hükümlerinde getirilen kısıtlamaların gerekçesi olan binanın arsadan sökülmesi ve kaldırılmasının yüklenici aleyhine orantısız zarar doğurması mefhumunun yüklenicinin yapının çoğunu tamamlamak üzere temerrüde düşmesi halinde de geçerli olması gerektiğini ve bu durumun ileriye etkili fesihle uyumlu olduğunu savunmaktadır.⁶⁰⁸

Erman' ın düşüncesi uyarınca, yüklenicinin çoğunluğunu bitirdiği bir inşaatın teslim süresinin geçmesinden mütevellit kat karşılığı inşaat sözleşmesinden geriye etkili olacak şekilde dönülmesi hakkaniyetle örtüşmemekte ve değerler dengesi üzerinde ciddi dalgalanmalara yol açmaktadır.⁶⁰⁹ Bu durumu bir örnek çerçevesinde ele alarak

⁶⁰⁵ **Erman**, s. 110-111.

⁶⁰⁶ **Erman**, s. 111.

⁶⁰⁷ **Erman**, s. 111-112.

⁶⁰⁸ **Erman**, s. 113.

⁶⁰⁹ **Erman**, s. 112.

somutlaştıran yazar, konumuz olan sözleşme nezdinde tarafların yapılacak dairelerin eşit miktarda paylaşılacağını kayıt altına alması ve yüklenicinin on dairelik bir binanın sekiz bağımsız bölümünü tamamlamasını müteakip temerrüde düşmesi halinde mevcut duruma sözleşmeden geriye etkili dönme hükümlerinin uygulanmasının, arsa sahibinin sözleşmenin yerine getirilmesi halinde elde edeceği bağımsız bölüm sayısından daha fazla bağımsız bölüm elde etmesine, geriye kalan kısımların tamamlanmasının ise değerler dengesi üzerinde yaşanan bu aşırı orantısızlığın giderilmemesine ve yüklenicinin sadece sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca bir bedel talep etmesine yol açacağını vurgulamaktadır.⁶¹⁰ Yazar, konuyu değerlendirirken yüklenicinin kusurlu ya da kusursuz olması noktasında bir ayırım yapmamıştır.⁶¹¹

dd. Karahasan' a Göre

Karahasan, yüklenicinin eseri teslimde temerrüde düşmesine ilişkin olacak şekilde, teslim günü geçmiş olmasına rağmen eserdeki ayıbın önemli nicelikte olmaması veya eserin iş sahibine ait arsa üzerinde yapılmış olması halinde sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zararı gündeme getireceği durumların iş sahibine TBK m. 125/2 uyarınca sözleşmeden dönme hakkı verip vermeyeceğinin düşündürücü bir sorun olduğunu; böyle bir durumda sözleşmeden dönme yerine eserin teslim alınıp onarılması ya da ücretten indirim istenilmesinin yanında iş sahibine gecikmiş ifa nedeniyle bir giderim hakkı

⁶¹⁰ **Erman**, s. 112.

⁶¹¹ **Öz**, Dönme 194.

tanınması şeklinde menfaat dengesine uygun düşen bir çözüm yolunu kabul etmenin daha adil ve TMK m.2' ye uyumlu olacağını belirtmektedir.⁶¹²

Öz tarafından, Karahasan' ın görüşünün yüklenicinin temerrüdü halinde, eserdeki ayıba ilişkin TBK m. 475/f.1-(2),(3); f.3' ün “kıyasen” değil “doğrudan” olaya uygulanması yönünde bir algıyı bünyesinde barındırdığı belirtilmiştir.⁶¹³ Aynı şekilde, Öz, yazarın yukarıda belirtili açıklaması çerçevesinde fesihten hiçbir şekilde söz etmemek suretiyle salt TBK m. 475/f.1 –(2)' de ifadesini bulan “ücret indirimi” (bedelin indirilmesi) hususundan bahsetmesinin de bu algıyı desteklediğini belirtmiştir.⁶¹⁴

Karahasan' ın görüşünü desteklemek üzere paylaştığı ve yine Sungurbey tarafından “prensip kararı” olacak şekilde nitelendirilmesi suretiyle⁶¹⁵ anılan yazarın “Medeni Hukuk Sorunları” isimli kitabının konuya ilişkin bölümünde yer verilen⁶¹⁶

⁶¹² Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, Cilt 1, s. 268, 270 nakleden **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s. 473; **Sungurbey**, Zorunlu Yanıt, s. 176-177; **Öz**, Dönme, s. 193.

⁶¹³ **Öz**, Dönme, s. 193.

⁶¹⁴ **Öz**, Dönme, s. 193. Yazarın diğer eleştirileri için bkz. **Öz**, Dönme, s.193, dn. 27.

⁶¹⁵ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s. 474.

⁶¹⁶ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s.474-478.

kararlar⁶¹⁷ çerçevesinde ise, TBK m. 475 (BK m. 360)' in evleviyetle ve kıyasen⁶¹⁸ uygulandığı belirtilmektedir.

⁶¹⁷ “... *Dava konusu olayda, davalı yüklenici, davacıların arsasında apartmanı büyük ölçüde yapıp meydana çıkarmıştır. Bu apartmanın ortadan kaldırılmasının yüklenici için aşırı (önemli) zarar doğuracağı ise çok belirgindir. Kaldırmanın böyle bir sonuç vereceğinde duraksamaya yer yoktur, bu yönden ayrıca tartışma açmak da gereksizdir. Öyleyse, davalının borçlunun temerrüdüne düşmesi, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için yeterli değildir. Eserin teslim alınmasında iş sahibinin dönme hakkına sınır konulması nedeniyle yüklenicinin (müteahhidin) borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda da iş sahibinin dönme hakkının BK md. 360 çevresinde sınırlandırılacağını kabul etmek; haydi haydi (evleviyetle) gerekli olur.*”- Yargıtay 15. HD, 21.03.1978 tarih, 1978/275 E., 1978/586 K. Sungurbey Medeni Hukuk Sorunları s. 474- 475, Sungurbey Zorunlu Yanıt s. 176; “... 2 - *Davacı, davalının akdi borcunu yerine getirmeden inşaatı yarım bırakmış olması nedeniyle sözleşmenin fesih edilmiş olduğunun tespitini istemiştir. Mahkeme, sözleşmenin 8. maddesinde, sözleşme hükümlerini yerine getirmeme, halinde, müspet ve menfi zararların tazmini öngörüldüğünden fesih isteğinin reddine karar vermiştir. Davacı, arsa sahibidir. Davalı üstenci, arsa payı karşılığında davacıya daireler yapımını yüklenmiştir. Bu nedenle taraflar arasında bir eser sözleşmesi ilişkisi meydana gelmiştir. Sözleşme noterlikçe re'sen düzenlendiğinden hukuken geçerlidir. Sözleşmenin 8. maddesinde, bu anlaşmadaki taahhüt ve hükümlere tarafların riayet etmemesi halinde karşı tarafın müspet ve menfi zararlarını ödemeyi tarafların kabul ve taahhüt etmelerine ilişkin hüküm, yasal şartların gerçekleşmesi durumunda tarafların sözleşmeyi fesih haklarını ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Bu nedenle mahkemenin sözleşmenin 8. maddesini dayanak yapmak suretiyle, davacının*

sözleşmeyi fesih yetkisi olmadığını kabul etmesi yasaya aykırıdır. Ne var ki, olayda davalı, inşaat sözleşmesi ile yüklendiği borçlarını ifa ettiğini, binayı tamamlayarak davacıya düşen daireleri ve dükkanı ona teslim ettiğini savunmuş ve ayrıca davacı aleyhine İzmir 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dairelerin adına tescili için aynen ifa davası açmıştır. Davacının iddiası, davalının binayı tamamlamadan işi terk ettiği şeklindedir. Bu iddianın gerçekleşmesi halinde, davalının temerrüdü nedeniyle davacının sözleşmeyi fesihte haklı olup olmadığı BK.'nun 360. maddesinin olaya uygulanması ile çözülmesi gerekir. Bunun için öncelikle davalının davacıya karşı yüklendiği edimi hangi oranda yerine getirmiş olduğu belirlenmelidir. Davalının yapmış olduğu bölümler davacının kullanamayacağı veya nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı değilse veya aykırılık kabulden çekinmeyi haklı kılacak derecede önemli olsa bile davacının arsası üzerine yapılmış bir bina söz konusu olduğundan, yapılmış bir inşaatın refi ve kal'i aşırı zarara neden olacaksa sözleşmenin feshi yerine, davacıya verilecek olan dairelerin karşılığını teşkil eden bedelin indirilmesi yasaya uygun olur. Ancak yapılan inşaatın türü miktarı ve değeri itibarıyla kaldırılması davalıya aşırı zarar vermeyecekse sözleşmenin feshinin kabulü gerekir. Mahkemenin böyle bir inceleme yapmaksızın kararda yazılı gerekçelerle davayı reddetmesi yasaya aykırıdır.” – Yargıtay 15. HD, 08.04.1977 tarih, 1977/470 E., 1977/837 K. (legalbank.net)

⁶¹⁸ Yargıtay 15. HD, 08.04.1977 tarih, 1977/470 E., 1977/837 K. sayılı karar metni “Medeni Hukuk Sorunları” adlı eserin 476-477 numaralı sayfalarında yayınlanmış olup; BK m. 360’ ın kıyasen uygulandığı yönünde Sungurbey tarafından eklenen (*kıyasen, İ.S.*) şeklinde parantez içinde bir açıklama mevcuttur. Anılan karar, Öz tarafından TBK m. 475/3 hükmünün doğrudan doğruya uygulanması çerçevesinde bir örnek karar olarak gösterilmiştir. **Öz**, Dönme s. 200.

Tandoğan ve Öz' e göre, Karahasan yüklenicinin kusurlu olması halinde geçmişe etkili dönmenin kabul edilebileceği yönünde algı yaratmaktadır.⁶¹⁹

3. Sözleşmeden Geriye Etkili Dönme Yönündeki Argümanın Dayanakları

Söz konusu gerekçeler aşağıda yer aldığı şekilde listelenebilir.

a. Sözleşmenin Ani Edimli Olarak Nitelendirilmesi

Kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğuran eser sözleşmesinde, eserin hazırlık safhası dolayısıyla sürekli edimli sözleşmelere ilişkin kuralların göz önünde bulundurulması, ancak bu kuralların hakkaniyete ve eser sözleşmesini düzenleyen diğer kurallara uygunluğu ölçüsünde mümkün olabilmektedir.⁶²⁰

⁶¹⁹ **Öz**, Dönme s. 193-194, **Tandoğan**, Cilt II, s. 146. Bu kaniya varılmasına dayanak yazarın açıklaması şu şekildedir: “... *Ne var ki eğer üstencinin kusurlu olduğu saptanırsa, yukarıda sözü edilen her iki çözüm – onarım veya ücretten indirim isteminin yanında gecikme tazminatı – bağrında sakıncalar taşır. Çünkü burada, üstencinin yaptığı iş oranında kar payı alması gibi bir sonuç ortaya çıkmış olur.*”, İnşaat İmar İhale Hukuku s. 273 Nakleden **Tandoğan**, Cilt II, s. 146; **Öz**, Dönme s. 194.

⁶²⁰ **Tandoğan**, Cilt II, s. 148; **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 497- 498; **Tandoğan**, Orantılı Ücret, s. 28 vd.

b. Yüklenicinin “Orantılı Ücret Hakkı” Görüşünün Hakkaniyetle Bağdaşmaması

İşi tamamlamaksızın yarıda bırakmak suretiyle temerrüde düşmüş yüklenicinin, inşa ettiği kısımın orantılı ücret ve bu şekilde sözleşme konusu işi tamamlamışçasına kar payı alması hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.⁶²¹ Tandoğan, bu durumda, iş sahibinin

⁶²¹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 148; **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 497- 498; **Tandoğan**, Orantılı Ücret, s. 28 vd.; Tandoğan burada yer alan hakkaniyete aykırılık durumunu, “*Testiyi kıranla suyu getiren eşit işleme tabi tutulmamalıdır.*” ibaresi ile ifade etmektedir., **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 497; “... *İş sahibinin fesih (dönme) hakkını kullandığı durumlarda feshin geriye etkili olup olmadığını saptamak için ise borç ilişkisinin niteliğine ve somut olayın özelliğine bakmak gerekir. Eser sözleşmelerinde, Sürekli - geçici karmaşığı bir sözleşme ilişkisi niteliği (Serozan - age - 184) bulunduğu kabul edildiğine göre, somut olay adaleti gerektirdiğinde ya da yüklenicinin korunmaya hiç layık olmadığı durumlarda hakkaniyete ve eser sözleşmesinin kurallarına göre nedensiz zenginleşme hukuku çerçevesinde bir çözümün uygun ve gerekli olduğu kabul edilmelidir (Hal-k Tandoğan -Zorunlu Yanıt Yanıt- Yasa Hukuk Dergisi - Cilt 5, sayfa 4; ayrı bası sh. 5) (Serozan - age - 330, Karahasan age - 273). Borçlar Yasamızın eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri de bu yargıyı güçlendirmektedir. BK.’ nun 358/1. maddesine göre* *®müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan bu tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedilebilir*”. Bu durumda yüklenicinin kusurlu olup olmadığına dahi bakılmaksızın sözleşmenin geçmişi kapsar biçimde çözülmesi gerekmektedir

yükleniciden gecikme tazminatı talep etmesi yönündeki önerilerin yüklenicinin kar payı almasındaki haksızlığı gideremeyeceğini belirtmektedir.⁶²²

Arsa üzerinde yapılmış natamam inşaatın yıkılmasının yüklenici aleyhine aşırı zarar doğurması inşaatın yıkılmamasını haklı göstermekte ve fakat özellikle kusuru ile temerrüde düşmüş yüklenicinin orantılı ücret ve dolayısıyla kar payı almasını haklı kılmamaktadır.⁶²³

Bununla birlikte, yüklenicinin orantılı ücret alamayacağını idrakinde olması inşaat işini yarıda bırakmamak için daha fazla özen göstermesini gündeme getirecektir.⁶²⁴ Yüklenici, inşaatın büyük bölümünün tamamlanması halinde bu bölüm için yeterli gördüğü ücretini ve kar payını almak suretiyle sözleşmeyi yarıda bırakma eğilimine

*(Karahasan, age - 267 - 268 - 273) (Hal-k Tandoğan -Özel Borç İlişkileri Cilt 2- Sayfa 47) (Sungurbey -Yasa Hukuk Dergisi- şubat 1982, sayfa 175, 176) (Serozan - age - 330) (Seliçi - age - 26) (Seliçi - age -Müteahhitin Sorumluluğu- 78). **Görülüyor ki yasa hükmü, sözleşmeye aykırı olarak işi geciktiren ya da tamamlamayan yüklenicinin iş sahibinin dönme bildirimine kadar yaptığı kısımla orantılı bir ücret (kar) alamamasını öngörmektedir. Bu itibarla teslim zamanının geçmesine karşın borcun yerine getirilmemesi halinde yapılan uyarı ve ayrıca verilen uygun önel sonunda da eser tamamlanmamış ise ve borçlu da bu gecikmede kusuru bulunmadığını kanıtlayamamışsa, yaptığı kısım için orantılı bir pay ve kar alamamasında adalete aykırı bir yön yoktur.**” – YHGK 06.10.1982 tarih, 1982/15-356 E., 1982/817 K. (www.kazanci.com), Tandoğan, Cilt II, s. 148-149.*

⁶²² Tandoğan, Cilt II, s. 148; Tandoğan, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 497- 498; Tandoğan, Orantılı Ücret, s. 28 vd.

⁶²³ Tandoğan, Cilt II, s. 149; Tandoğan, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 498.

⁶²⁴ Tandoğan, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 499.

yöneltilmemelidir.⁶²⁵ Bu halde, sözleşme konusu işin yüzde yetmiş yahut seksenini bitiren bir yüklenici kolaylıkla işi bırakıp gidebilir.⁶²⁶ Bu noktada, belirtildiği gibi eser sözleşmesinde önemli olan sonuca yaklaşma değil onun elde edilmesidir.⁶²⁷

**c. TBK m. 475/f.1-(2),(3) ve f.3' ün Yüklenicinin İş Yarıda Bırakması
Halinde Uygulanmasının Hakkaniyetle Bağdaşmaması**

TBK m. 475/f.1-(2),(3); f.3 hükümleri ileriye etkili feshe olanak tanımamakla birlikte, sadece sözleşmenin devamını şarta bağlayan ücret indirimini ya da onarım seçeneklerini içermektedir.⁶²⁸ Bununla birlikte, TBK m. 475/f.1- (2) çerçevesinde gerçekleştirilen ücret indiriminin hesaplanmasında kullanılan nispi yöntemin binanın ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki orantıyı dikkate alma imkanı vermesine karşılık uygulamada Yargıtay tarafından yapılan orantılı ücret hesabında kullanılan “inşaatın fiziki tamamlanma oranının götürü ücrete uygulanması” şeklindeki metodun natamam inşaattaki değer düşüklüğünü dikkate alma imkanı sağlayıp sağlamadığı hususunda çekinceler bulunmaktadır.⁶²⁹ Tandoğan bu doğrultuda, ilgili madde hükmünün kıyasen ve evleviyetle uygulanamayacağına ilişkin YHGK 06.10.1982 tarih, 1982/15-356 E., 1982/817 K.’nin ilgili bölümüne atıfta bulunmaktadır.⁶³⁰

⁶²⁵ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 499.

⁶²⁶ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 499.

⁶²⁷ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 499.

⁶²⁸ **Tandoğan**, Cilt II, s. 150; **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 499.

⁶²⁹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 150; **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt s. 499.

⁶³⁰ “*Oysa, BK. 360. maddesinin olaya örneksime (kıyas) yoluyla uygulanabilmesi için, her şeyden önce o olayla ilgili yasal bir düzenlemenin mevcut olmaması gerekir. Borçlar Yasası, teslim zamanı gelmeden iş sahibinin erken fesih hakkının kapsam ve*

TBK m. 475/f.3 (BK m. 360/f.3) hükmünün düzenlenmesine neden olan görüşler çerçevesinde kanun koyucunun işi kısmen yapan mütemerrit yükleniciyi korumaya değer görmediği ve bu halde genel hükümlere göre geçmişe etkili bir dönmenin benimsendiği

*koşullarını düzenlemiş, fakat teslim borcunun belirlenen zamanda yerine getirilmesi hali için özel bir hüküm öngörmemiş, çözümü genel hükümlere bırakmıştır. Öyle ise, borçlu temerrüdünü düzenleyen 106. madde kapsamı içinde olaya çözüm getirmek olanağı varken, örnekseme yoluna başvurmak düşünülemez. Koşulları doğmuşsa maddede düzenlenen 3 seçimlik haktan birinin kullanılmasına yasal bir engel yoktur. Sorun, yasaya uygun bulunan fesih hakkının kapsam ve sonuçlarını belirlemekten ibarettir. ... Zira BK.' nun 360. maddesi; tamamlanmış, teslimi önerilmiş eseren kusurlu veya sözleşmeye aykırı olması durumunu düzenlemekte ve iş sahibinin böyle bir eseri kabulden imtina koşullarını belirlemektedir. 360. maddenin 3. fıkrasının, eserin yarıda bırakılması durumunda doğrudan doğruya uygulanamayacağı açıktır. Nitekim bu nedenle aynı yazarlarca, BK. 360/2 - 3 fıkrası hükmünün örnekseme yoluyla eserin tamamlanmamış olması durumuna da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür (Sungurbey - age - 416, 417, 477, 634) (Serozan - age - 185) (Karahasan - age - 269). Öyle ise, 360/3 hükmünü, doğrudan uygulanacak yasal bir kayıtlama kabul etmek doğru değildir. BK. 358/1'deki erken dönme hakkının doğduğu durumlarda eserin ayıplı yapılmasına ilişkin 360/2 - 3 hükmünün uygulanmaması gerektiği de kabul edildiğine göre (Tandoğan -Özel Borç İlişkileri- C. 2. sayfa 47), (Sungurbey -Yasa Hukuk Dergisi- şubat 1982 sayfa 175, 176), (Karahasan - age - 267 - 268 - 273), (Serozan - age - 330), (Seliçi - age - 78), sürekli borç ilişkilerine vergi kuralların uygulanmasını gerektiren sözleşmelerde de yasa ve hakkaniyet gereği, önceyi etkili feshin söz konusu olabileceği açıktır." - YHGK 06.10.1982 tarih, 1982/15-356 E., 1982/817 K. (www.kazanci.com); **Tandoğan**, Cilt II, s. 150-151.*

ifade olunmaktadır.⁶³¹ İlgili madde hükümlerinin, yüklenicinin temerrüdü durumunda kıyasen uygulanmasının kanun koyucunun iradesine aykırılık arz ettiği, zira tartışmaya konu durumda bir yasa boşluğu bulunmadığı ve burada öncelik deliline “evleviyet”⁶³² de yer olmadığı belirtilmektedir.⁶³³ Öncelikle uygulama, kanunun koruduğu daha önemsiz bir menfaat karşısında daha önemli bir menfaati haydi haydi koruduğu düşüncesine dayanmakta olup; ilgili madde hükmü ayıp içerir ve tamamlanmış yapılar için sözleşmeden dönmeyi engellemekte ve fakat eserin tamamlanmadığı hallerde yükleniciyi korumamakta olduğundan ve bu şekilde burada zaten yüklenicinin menfaatinin daha fazla zarar görebileceği halde koruma sağlandığından dolayı öncelik deliline yer olmayacaktır.⁶³⁴

d. Günümüz Anlamında Yüklenicinin Her Koşulda “Emekçi” Olarak Nitelendirilemeyecek Olması ve Ekonomik Olarak Daha Zayıf Olan Arsa Sahibinin Korunması Yönündeki Görüş

Günümüz yüklenicilerinin işi bizatihi yapan küçük ustalar değil sermayesi büyük, organizasyonu geniş ve makineleşmeden faydalanan gerçek ya da tüzel kişiler olmaları karşısında bu prototipte işi tamamlamadan yarıda bırakmış bir yüklenicinin inşaatın yapımı aşamasındaki emeğinin değeri dışında orantılı kar payı alamamasında hakkaniyete hiçbir aykırılık bulunmamaktadır.⁶³⁵ Kaldı ki yüklenicinin, inşaatın yapımında bizzat

⁶³¹ **Öz**, Dönme s. 212.

⁶³² “a foritori”

⁶³³ **Öz**, Dönme s. 213

⁶³⁴ **Öz**, Dönme, s. 213.

⁶³⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 151.

emeği geçmesi halinde bu emeğin karşılığının sebepsiz zenginleşme ya da yeni dönme teorisinin tatbiki çerçevesinde objektif değer üzerinden alması söz konusu olacaktır.⁶³⁶

Diğer taraftan, pratikte çokça karşılaşıldığı üzere orta gelirli vatandaşların zorlukla edindikleri arsalarını birkaç daire edinmek adına “yap-sat” işi yapan yüklenicilere vermeleri şeklinde akdedilen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de büyük sorunlar yaşandığı hususu bir ülke gerçeği olup; işi yarıda bırakıp temerrüde düşen yüklenicinin orantılı ücret hak edebileceğinin savunulması, yüklenicinin menfaatine uymayan işi yarıda bırakmasının yolunu açması bir yana ekonomik bakımdan güçsüz olan arsa sahiplerinin korunması düşüncesine ters düşmektedir.⁶³⁷

e. TBK m. 486 Hükmünün Anlamını Yitirecek Olması

Sözleşme konusu işi, bilhassa kusuru ile tamamlamayan yükleniciye orantılı ücret denmesi, TBK m. 486 (BK m. 371)⁶³⁸ hükmünün anlamının yitirilmesini beraberinde getirecektir.⁶³⁹ Kusurlu yüklenicinin orantılı ücret talep hakkı olması ilgili maddede yer alan “kusuru olmaksızın” şartını anlamsızlaştıracaktır.⁶⁴⁰

⁶³⁶ **Tandoğan**, Cilt II, s. 151.

⁶³⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 151.

⁶³⁸ TBK m.486: “Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermeye yükümlüdür.”

⁶³⁹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 149; **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 498.

⁶⁴⁰ **Tandoğan**, Cilt II, s. 149; **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 498.

f. Arsa Sahibinin Aralarındaki Güven İlişkisinin Zedelendiği Yüklenici ile Müşterek Mülkiyete Sahip Olmasının Bir Kısım Sakıncayı da Beraberinde Getirmesi Olasılığı

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde sözleşmeden dönme halinde yüklenicinin arsa payına ve bağımsız bölüme paydaş kalması durumu önemli sakıncaları bünyesinde barındırmaktadır.⁶⁴¹ Bunlardan bir tanesi, yüklenicinin işi tamamlamadan bırakması nedeniyle yaşanan güven zafiyeti karşısında kendisiyle birlikte oturma ve kat maliki ilişkisinde olmanın yarattığı sakıncalardır.⁶⁴² Şayet yüklenicinin anılan arsa payı ve bağımsız bölümleri eninde sonunda satacağı düşüncesinin öne sürülmesi halinde ise, yükleniciye şartlar bu hale gelmeksizin kar payı içermeyecek bir paranın ödenmesi suretiyle ilişiksizliğin temin edilebileceği yönünde görüş verilmektedir.⁶⁴³ Diğer taraftan, yüklenicinin anılan arsa payı ve bağımsız bölümleri satmasının zaman gerektirebileceği hususu karşısında da güvenden yoksun bir ortamda arsa sahibi ve yüklenicinin bir arada olması dolayısıyla kat mülkiyetinden doğan sakıncalar sürecektir.⁶⁴⁴ Konuya ilişkin yargı kararının ilgili bölümü şu şekildedir.⁶⁴⁵

⁶⁴¹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 152; **Öz**, Dönme s. 197.

⁶⁴² **Tandoğan**, Cilt II, s. 152.

⁶⁴³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 152.

⁶⁴⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 152.

⁶⁴⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 152-153; *“İşi kusuru ile yarıda terk eden ya da sürüncemede bırakan yükleniciye, yaptığı kısımla orantılı bir pay verilmesi halinde, yüklenici taşınmazın paydaşı olacaktır ki, bu durumda yarım kalan işlerin kim tarafından nasıl tamamlanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Kat Mülkiyeti Yasasına göre ana taşınmazın tamamı bitirilmeden kat mülkiyeti kurulamayacağından ve iskan izni alınamayacağından iş sahibinin yalnız kendisine kalacak daireleri bir başkasına*

4. Sözleşmenin İleriye Etkili Feshi Yönündeki Argümanın Dayanakları

a. Yapıt Sözleşmelerinde Sürekli Edimli Sözleşmelere İlişkin Kuralların da Dikkate Alınması Gerektiği

Eser sözleşmelerinde “*sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kuralların da dikkate alınması gerektiği*” noktasından hareketle bu görüş; sürekli edimli sözleşmelerde salt ileriye etkili fesih yoluna başvurulabileceği yönündeki ana ilkenin burada da uygulama alanı bulacağını ifade eder.⁶⁴⁶

b. Yükleniciye “Orantılı Ücret” Ödenmesinin Hakkaniyet Gereği Olduğu

Yüklenicinin teslim gününde yapıyı bitirmemesi neticesinde temerrüde düşmesi çerçevesinde inşaatın büyük kısmının bitmiş olması ve yapının sökülerek kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açması halinde, iş sahibinin genel hükümler uyarınca sözleşmeden

yaptırması mümkün değildir. Sözleşmeye göre yükleniciye kalacak bağımsız bölümleri de yaptırmak zorunda kalacak olan iş sahibini, peşinen böyle bir külfete katlanmak zorunda bırakmak, adil bir çözüm olmayacaktır. Bu harcamalarını, daha sonra yükleniciye tazmin ettirmesi ve gecikme tazminatı alması olanağı ise, haksızlığı giderecek bir neden değildir. İş kusuru ile yarıda bırakan yüklenici hem yaptığı işle orantılı karını almış, hem de işin bizzat iş sahibi tarafından tamamlanmasının sonuçlarından yararlanmış olacaktır. Ayrıca kusurlu yükleniciye böyle bir olanağın tanınması, işin karlı kısımlarını yapıp, istediği zaman eseri yarıda bırakmak gibi kendi kusurundan yararlanmak olanağı da doğurur.” - YHGK 06.10.1982 tarih, 1982/15-356 E., 1982/817 K. (www.kazanci.com)

⁶⁴⁶ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları s. 466 vd.; **Sungurbey**, Yapıt Sözleşmeleri, s. 750, 751.

dönme hakkının TBK m. 475/f.1-(2),(3); f.3 hükümlerinin kıyasen uygulanması çerçevesinde ve dürüstlük kuralı uyarınca sınırlandırılması ve bu şekilde yükleniciye emeğinin karşılığı orantılı ücret ödenmesi yoluyla hakkaniyetin gereğinin yerine getirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁶⁴⁷ Bu noktada, geriye etkili dönme görüşü, yüklenicinin temerrüde düşmesiyle birlikte yapının büyük bölümünü tamamlanmış olması ve var olan inşaatın kaldırılmasının aşırı zarar doğurmasının söz konusu olması durumlarını görmezden geldiği temelinde eleştiriye tabi tutulmuştur.⁶⁴⁸

Yüklenicinin işin büyük kısmını tamamlamak üzere temerrüde düştüğü durumlarda orantılı ücret ve kar payı talep hakkı olmasının işin büyük kısmını (örnek olarak yüzde yetmiş veya seksenini) tamamlayan ve orantılı ücret ve kar payını yeterli gören yüklenicileri işi yarıda bırakmaya sevk edeceği görüşüne karşılık, ileriye etkili fesih taraftarları TBK m. 475/f.1-(2),(3); f.3 hükümlerinin kıyasen uygulanması ile yüklenicinin ücretinin indirilmesinin söz konusu olacağı ve yüklenicinin kusuruyla verdiği zararları karşılamakla yükümlü olduğunun düşünülmesinin bu sorunun çözümünde yeterli olacağını belirtmektedir.⁶⁴⁹

c. TBK m. 475/f.1-(2),(3) ve f.3' ün Yüklenicinin Temerrüdü Durumunda Kıyasen Uygulanabilirliği

İş sahibinin arsasına yapılan tamamlanmış ve fakat ayıplı bir yapı çerçevesinde, sözleşmeden dönülmesi yerine ücret indirimi ve tazminat talep edebileceğine ilişkin kuralın ardında yatan *yapının arsadan sökülerek kaldırılmasının aşırı zarar verecek olması* gerekçesi ile yüklenicinin işi teslim gününde bitirmeyip temerrüde düşmesi ve yapının arsadan sökülerek kaldırılmasının aşırı zararı gündeme getirecek olması halindeki

⁶⁴⁷ **Sungurbey**, Yapıt Sözleşmeleri, s. 749-750.

⁶⁴⁸ **Sungurbey**, Yapıt Sözleşmeleri, s. 752.

⁶⁴⁹ **Sungurbey**, Yapıt Sözleşmeleri, s.763.

gerekçe aynı olduğundan, anılan ortak gerekçe çerçevesinde yüklenicinin temerrüde düştüğü bu durumda da TBK m. 475/f.1-(2),(3); f.3 hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olur.⁶⁵⁰ Bu görüş uyarınca, sözleşme ile kararlaştırılan işin çok büyük kısmını bitirilmiş ve yapının sökülerek kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açacağı hallerde ayıp nedeniyle eser sözleşmesinden dönmeye ilişkin TBK m. 475/f.1-(2),(3); f.3 hükümlerin kıyas yoluyla borçlunun temerrüdünde ilişkin bu durumda da uygulanmalıdır.⁶⁵¹

**d. Bir “Emekçi” Olarak Addedilen Yüklenicinin Emeğinin Korunması
Yönündeki Görüş**

Yüklenicinin emeğinin korunmaya değer olduğu durumlar için emeğinin karşılığının verilmesinin, sözleşmeden dönme değil sözleşmenin ileriye etkili feshi yoluna gidilmesi suretiyle yüklenicinin fesih anına değin tamamladığı iş oranında ücretinin verilmesi ile yerine getirilebileceği savunulmaktadır.⁶⁵²

**e. TBK m. 475 Hükümünün Uygulanması ile TBK m. 486 Hükümünün
Anlamını Yitirmeyeceği**

İşi özellikle kusuru ile tamamlamayan yükleniciye orantılı ücret ödenmesinin TBK m. 486 (BK m. 371) hükümünün anlamının yitirmesine yol açacağı yönündeki görüşe karşılık, ileriye etkili fesih görüşü, TBK m. 475/f.1-(2),(3); f.3 hükümlerinin kıyasen uygulanması ile yüklenicinin ücretinin indirilmesinin yanında, TBK m. 486’ dan farklı olarak TBK m. 475/f.2 çerçevesinde yükleniciden kusuruyla verdiği tüm zararların

⁶⁵⁰ **Sungurbey**, Zorunlu Yanıt, s. 190, bkz. dn. 592.

⁶⁵¹ **Sungurbey**, Yapıt Sözleşmeleri, s.751; **Medeni Hukuk Sorunları**, s. 466 vd.

⁶⁵² **Serozan**, Dönme s. 176.

tazmininin talep edilebileceği noktası göz önünde bulundurularak TBK m. 486 hükmünün anlamını yitirmeyeceği ileri sürmektedir.⁶⁵³

f. Kat Mülkiyeti Devrini Mecbur Kılan Kanun Hükümlerinin Varlığı

Borç ve yükümlülüklerini ifa etmediği üzere öteki maliklerin haklarını çekilmez kılan kat malikleri hakkında “kat mülkiyetinin devri mecburiyeti” hükmünün uygulanabileceği karşısında, arsa sahibinin aralarındaki güven ilişkisinin zedelendiği yüklenici ile müşterek mülkiyete sahip olmasının bir kısım sakıncayı da beraberinde getirebileceği ihtimali bir soyut olasılıktan öteye gitmemektedir.⁶⁵⁴ Bununla birlikte, basiretli bir tacir gibi davranan yüklenicinin, arsa payı ve bağımsız bölümlerini kendi menfaatleri doğrultusunda en iyi fiyat veren ve taksitlerini zamanında ödeyeceğine inandığı kimselere satmayı düşüneceği de açıktır.⁶⁵⁵

⁶⁵³ **Sungurbey**, Yapıt Sözleşmeleri, s. 761.

⁶⁵⁴ İsmet Sungurbey, “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2’ deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not.”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Haziran 1984, S. 6, s. 794-795.

⁶⁵⁵ **Atamulu**, s. 159; **Sungurbey**, Karar Üstüne Not, s. 795; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 25.

5. Yargıtay' ın Görüşü

a. YİBBGK 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. Sayılı Kararı Öncesinde Mevcut Durum

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin bu döneme tekabül eden süreçteki kararları çerçevesinde;

➤ Geriye etkili dönmeyi kabul etmeyip yüklenicinin inşaatın bitirdiği kısmı ile ilgili olacak şekilde orantılı ücret talep etmesine hak tanınması yönünde kararları mevcuttur.⁶⁵⁶ Anılan kararlarda, "sözleşmenin feshi" ibaresi de kullanılmakta ve yüklenicinin orantılı ücretinden bedel indirilmesine ilişkin TBK m. 475/3 (TBK m. 360/3) hükmü temel alınmaktadır. Bununla birlikte, kimi kararlarda yüklenicinin temerrüdü ile eserdeki ayıp hali durumları eşdeğer tutularak TBK m. 475/3' ün doğrudan uygulanması söz konusu olurken, kimisinde evleviyetle ve kararda yazılı olarak belirtilmese de kıyasen uygulanması söz konusu olmuştur.⁶⁵⁷ Bu kararlardan, Yargıtay 15. HD, 21 Mart 1978 gün, 1978/275 E., 1978/586 K.⁶⁵⁸ numaralı kararında TBK m. 475/3' ün öncelik delili olarak uygulanması söz konusu yapılırken; Yargıtay 15. HD, 8 Nisan 1977 gün, 1977/470 E., 1977/837 K.⁶⁵⁹ numaralı kararı çerçevesinde doğrudan doğruya uygulanması gündeme

⁶⁵⁶ **Tandoğan**, Orantılı Ücret s. 8-18.

⁶⁵⁷ **Öz**, Dönme s. 199-201.

⁶⁵⁸ **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları s. 474- 475; **Sungurbey**, Zorunlu Yanıt s. 176; **Tandoğan**, Orantılı Ücret, s. 8- 10. Karar metni için bkz. dn. 617.

⁶⁵⁹ legalbank.net; **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, s. 476-477, **Tandoğan**, Orantılı Ücret, s. 10; Karar metni için bkz. dn. 617.

gelmiştir.⁶⁶⁰ Gerçekten de bu karar metni çerçevesinde, borçlunun temerrüdü ile ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk hükümleri ile “ayıp” ve “eksiklik” olgularının adeta iç içe geçmiş olduğu gözlemlenmektedir.⁶⁶¹

➤ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yapıdaki eksiklik oranında bedel indirimine gidilmesi ve hesaplamanın arsa payının esas alınması suretiyle gerçekleştirilmesi ve fakat oranlama sonucu tespit edilecek bu bedelin yükleniciye arsa payı yerine para olacak şekilde ödenmesi yönündeki Yargıtay 15. HD’ nin 30 Kasım 1979 gün, 1979/1709 E., 1979/2437 K. numaralı kararıyla ödenecek tutar açısından fesih, arsa payı yerine para ödenmesi açısından dönme görüşünün benimsendiği görülmekte ise de Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bu yöndeki kararından kısa sürede dönmek suretiyle indirilmiş bedel neticesinde belirlenen yüklenicinin orantılı ücretinin arsa payı olarak verilmesi gerektiği hususunu 24 Ocak 1980 gün, 1979/2453 E., 1980/111 K. numaralı kararıyla kayıt altına almıştır.⁶⁶²

⁶⁶⁰ **Öz**, Dönme s. 200. Anılan karar, Sungurbey tarafından BK m. 360’ ın kıyasen uygulandığı bir karar olarak nitelendirilmiştir. **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları s. 476-477 karar metninde (*kıyasen, İ.S.*) şeklinde parantez içerisinde yer alan bir ibare bulunmaktadır.

⁶⁶¹ **Öz**, Dönme s. 200.

⁶⁶² **Tandoğan**, Orantılı Ücret, s. 12-17, 46-47; **Öz**, Dönme, s. 201-202; “... *İşte bulunacak tutar, meydana getirilen inşaatın bedeli olarak Saim Beygo’ nun mirasçılara miras payları oranında ödettirilmeli ve tapu kaydının da davacılar (arsa sahipleri) adına düzeltilmesine karar verilmelidir ki, bu işlem aynı anda ve karşılıklı yerine getirilmelidir. Bedelin pay olarak düşünülmesi, bütünleyici parça kuralı gereğince inşaatın arsaya bağlı olması nedeniyle, meydana getirilen inşaatın karşılığını alan mirasçılardan ayrıca arsa üzerindeki inşaatın da paydaşı durumuna*

gelmeleri sonucunu doğurur ki, bedelin yukarıda açıklandığı gibi saptanmasından sonra para olarak ödetilmesine yönelik çözümün yeğlenmesinde zorunluluk vardır.”

- Yargıtay 15. HD 30.11.1979 tarih, 1979/1709 E., 1979/2437 K. ayrıca bkz. **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları s.627-631; **Tandoğan**, Orantılı Ücret, s. 12-16. “... 2- *Davalının borcunu ifada temerrüde düşmesi üzerine davacı iş sahibi 12.07.1977 günlü ihtarname ile sözleşmeyi fesih etmiştir. Mahkeme, sözleşmenin haklı olarak fesih edildiğini ve bunun sonucu taraflar arasındaki borç ilişkisinin geçmişi kapsar şekilde sona ermiş bulunduğunu, taşınmaza davalının müdahalesinin men’ ine karar vermek gerektiğini kabul etmiştir. Ne var ki taraflar arasındaki eser sözleşmesinin niteliği ve özelliğinden dolayı, davalı yüklenicinin temerrüde düşmesi davacı arsa sahibinin sözleşmeyi fesih etmesi için yeterli görülemez. Taraflar arasındaki sözleşme arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesidir. Davalı yüklenici, davacıya ait arsa üzerinde bir bina inşa etmeyi ve bundan dört daire ve bir dükkanı davacıya bırakmayı ve davacı ise bunun karşılığında kendisine ait olan bağımsız bölümler dışındaki daireler ve dükkanlara isabet edecek arsa payını davalıya devir ve temlik etmeyi taahhüt etmiştir. Şu halde inşaat davacı iş sahibinin arsası üzerinde yapılmıştır. Ve bilirkişi raporundan anlaşıldığına göre davacının sözleşmeyi fesih ettiği tarihte, yüklenici inşaatın bugün itibarıyla % 75’ ini ve davacıya kalan daireler yönünden % 85’ ini tamamlamıştır. Böyle bir durumda, sözleşmenin, Borçlar Kanunu’ nun 106-108. Maddeleri çerçevesinde geçmişi kapsar şekilde feshi yerine uyumsuzluğa, aynı Yasanın 360 ıncı maddesinin 2 nci ve 3 üncü bentlerini kıyasen uygulamak ve noksan kalan iş değeri nispetinde eser karşılığı olan arsa payını indirmek hem yasal hem de daha hakkaniyetli olur. Çünkü bina büyük kısmı itibarıyla yapılmış olduğundan bunun, sözleşmenin feshi sonucu ortadan kaldırılması yüklenici için fazla zararı mucip olacağı tabiidir. Şu halde, olayda iş sahibi davacı anılan*

➤ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nca verilen 06.12.1982 tarih, 1982/15-356 E., 1982/817 K. sayılı karar ile 15 Hukuk Dairesi' nin yüklenicinin borçlu temerrüdüne ilişkin uyuşmazlıklarda TBK m. 475 (BK m. 360)' in kıyasen uygulanması ile yüklenicinin orantılı ücret talep hakkı ve anılan ücretin aynen ödenmesi yolundaki süreklilik kazanmış görüşünün bırakılarak geçmişe etkili dönme ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı bir tasfiye görüşünün benimsenmesi yoluna gidilmişse de; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu' nun 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararı ile bu yeni görüşün devamlılığın sağlanmasının önü kapanmıştır.⁶⁶³ Anılan YHGK kararı, kusuru ile borçlu temerrüdüne düşmüş yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine sebep olması durumunda sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkıp kalkmayacağı hususunu gerekçeleri ile tartışmaktadır. Bu çerçevede, öncelikle yüklenicinin temerrüdü halinde TBK m.125' te genel hükümlere başvurulması ile uyuşmazlığın çözülmesi imkanı karşısında TBK m. 475/f.1-(2),(3) ve f.3 hükümlerinin

*nedenlerden sadece Borçlar Yasası' nın 360. maddesinin 3. bendi yolu ile 2. bent gereğince işlem yapmak hakkına sahiptir. Sözleşmeyi fesih ederek, inşaatın bitimi için davalının müdahalesinin önlenmesini isteyemez. Mahkemece yapılacak iş, bilirkişi aracılığıyla ilkin inşaatın tamamlanmış olması halinde davalı yükleniciye verilmesi gerekli arsa payını belirlemek, davalının bina inşası borcunu hangi oranda yerine getirdiğini ve hangi oranda yerine getirmediğini saptamak ve buna göre noksan inşaat oranında davalıya verilmesi gerekli olan arsa payını indirmek ve böylece davalıya düşecek olan arsa payını tespit etmek ve ancak bu arsa payı dışında müdahalenin önlenmesine karar vermektir.” - Yargıtay 15. HD, 24.01.1980 tarih, 1979/2453 E., 1980/111 K., ayrıca bkz. **Tandoğan**, Orantılı Ücret, s. 16-17.*

⁶⁶³ **Öz**, Dönme s. 202; YHGK 06.12.1982 tarih, 1982/15-356 E., 1982/817 K.

kıyasen uygulanmasının söz konusu olamayacağı hususu kayıt altına alınmıştır.⁶⁶⁴ Diğer yandan, TBK m. 475/3 (BK m. 360/3)' ün eserin tamamlanmadan yarı bırakılması durumunda sözleşmeden dönme hakkını doğrudan doğruya kısıtlayan bir hüküm olup olmadığı hususu da tartışmaya açılarak, mutlak bir kısıtlama olarak kabul edilemeyeceği ve doğrudan doğruya uygulanamayacağı da belirtilmiştir. Kararda, inşaatın tümünün % 75' ini ve arsa sahibine kalan bağımsız bölümler açısından % 85' ini tamamlamış olan kusurlu yüklenicinin temerrüdü halinde tamamlanan iş ile orantılı ücret ve pay alamamasının hakkaniyete aykırı olmadığı hususu TBK m. 473/1 (BK m. 358/1) dayanak gösterilmek suretiyle ele alınmıştır.⁶⁶⁵ Anılan karar, Tandoğan' ın sözleşme konusu işi kusuru ile tamamlamayan yükleniciye orantılı ücret ödenmesinin TBK m. 486 (BK m. 371) hükmünün anlamsızlaştıracağı yönündeki görüşünü desteklemektedir. Aynı şekilde, güvenden yoksun bir ortamda arsa sahibi ve yüklenicinin bir arada olması dolayısıyla kat mülkiyetinden doğan sakıncalar da ele alınmıştır.⁶⁶⁶

b. YİBBGK 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. Sayılı Kararı ve Sonrasında Mevcut Durum

Yargıtay özel dairesinin yerleşik kararlarıyla Hukuk Genel Kurulunun yukarıda anılan 6 Aralık 1982 günlü kararı arasında TBK m. 475/3 hükmünün, yüklenicinin teslim borcunda kusuruyla temerrüde düşmesi halinde kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı noktasında çıkan uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla YİBBGK oy çoğunluğuyla, çalışma

⁶⁶⁴ Kararın ilgili kısmı için bkz. dn. 630.

⁶⁶⁵ Kararın ilgili kısmı için bkz. dn. 621.

⁶⁶⁶ Kararın ilgili kısmı için bkz. dn. 645.

konumuz için etkisi çok yüksek olan, 25 Ocak 1984 gün, 1983/3 E., 1984/1 K. numaralı kararını vermiştir.⁶⁶⁷

⁶⁶⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 153-156; **“KARAR: 1 - Kararlar arasındaki içtihat uyumsuzluğu, inşaat sözleşmelerinde müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmeyerek kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda; Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağına toplamaktadır. Onbeşinci Hukuk Dairesinin kararlarında, bu hallerde 360. maddenin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararında ise, müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda uyumsuzluğun yalnızca Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri uyarınca çözümlenmesi, 360. maddenin kıyasen uygulanamayacağı görüşü benimsenmiştir. Raportör üyenin, konuya ve ayrıca sorunun çözümüne ilişkin bilimsel görüşler hakkındaki açıklamaları da dinlendikten sonra, aşağıdaki gerekçelerle içtihat uyumsuzluğu giderilmiştir. 2- Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108.) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. **O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğu göre, Hakimin görevi, her şeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde mümkündür. (MK.m.1).****

Kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığı altında düzenlenen Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi hükmü, kural olarak, bir eserin istenen vasıflara uygun olarak meydana getirilmemesi (yani işin ayıplı tamamlanması) hallerinde, uygulanabilir. İnceleme konusu olaylarda ise, müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmemesi yüzünden temerrüde düşmesi ve yapıyı kısmen tamamlaması söz konusudur. Bu nedenlerle, uyuşmazlık konusu olaylarda 360. maddenin doğrudan doğruya uygulanabileceği yolundaki görüş de benimsenmemiştir. Öte yandan, Borçlar Kanunu'nun 358. maddesi genellikle iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline ilişkindir. Bu nedenle, içtihadı birleştirmeye konu olayda 358. maddenin uygulanabileceğini kabul etmek de mümkün görülmemiştir. 3-A) Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin birinci fıkrasında - akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği- belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut -kanun içi- boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medeni Kanunu'nun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen -doğruluk kuralından- yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmen doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da hiç kimse haklı olarak

beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı; herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar açısından bakıldığında; müteahhidin yapının tamamladığı kısmı (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmı ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmı ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.

B) İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri -geçici - sürekli karmaşığı- bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanunu' nun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılamaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç

doğuracaktır? Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (BK. m. 98/2, 43) Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde -hakkı şekle mahkum edecek derecede- adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir? İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk-İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, Medeni Kanun' un 1. maddesinden değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılabilir. Bugün hakim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medeni Kanun tasarısını Millet Meclisine sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: - Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde, MK. m. 2 f.2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve

*olağanüstü bir imkan sağlamaktır- Prof.Dr. Zahit İmre ' nin Türk Medeni Hukukuna göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde (Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973. sh. 173) görüşüne yer verilen İsviçre`de Medeni Hukuk Profesörü MERZ` in ifade ettiği gibi, **bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet mülahazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir.** Ord. Prof. Dr. Andreas B. SCHWARZ` ın (Medeni Kanun` un 2. maddesi ile Borçlar Kanunu` nun 106-108. maddelerine ilişkin) görüşü de; özetle şöyledir: **I – MK. 2. maddesindeki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Bu umumi esaslar Kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir. (Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1946, Sh. 203 vd.) II - MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hakimin, her hadisede -feshin doğuracağı sonuçlar bakımından- böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir. (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül`ula Mardin` e Armağan, İstanbul 1944, sh. 759 vd). Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanun` un 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. **O halde, içtihadı birleştirmeye*****

Anılan karar çerçevesinde şu hususlar üzerinde durulmalıdır;

konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanun' un 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

SONUÇ: *İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun' un 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına; birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25.1.1994 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verildi.” – YİBBGK, 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. (www.kazanci.com), Kararın muhalefet şerhlerini içerir tam metni için bkz. www.kazanci.com.*

➤ Anılan karar her ne kadar TBK m. 475/3 hükmünün yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi halinde kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı noktasında çıkan uyuşmazlığın giderilmesi amacını taşıyor olsa da, kararda söz konusu madde hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hususunda bir açık görüş bulunmamakta ve fakat çözümün TMK m. 2 çerçevesinde aranması hükmün kıyasen uygulanamayacağı görüşünde olunduğunu göstermektedir.⁶⁶⁸

➤ Karar çerçevesinde, yüklenicinin teslim gününde yapıyı tamamlamamış olması nedeniyle temerrüde düşmesi halinde TBK m. 475/3 hükmünün doğrudan doğruya uygulamayacağı hususu açıkça belirtilmiştir.⁶⁶⁹

➤ Karar çerçevesinde, TBK m.473/1 hükmünün arsa sahibinin sözleşmeden erken dönme haline ilişkin olduğunun belirtilmesi suretiyle içtihadı birleştirmeye konu yüklenicinin işi teslim gününden önce tamamlayamaması nedeniyle temerrüde düşmesi durumunda uygulanmasının söz konusu olamayacağı ifade olunmuştur.⁶⁷⁰

➤ Karar çerçevesinde, eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri çerçevesinde vuku bulan uyuşmazlıklarda "*sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerektiği*" argümanı vurgulanırken, "*geçici - sürekli karmaşığı*" nitelikte olduğu kabul edilen inşaat sözleşmesinin yüklenicinin teslim borcunda temerrüdü nedeniyle feshinin geçmiş ya da geleceğe etkili sonuç doğuracağı sorununa odaklanılmıştır. Varılan sonuç, TBK m. 125 (BK m. 106, 108) hükmünün ani borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin kuralların sonuçlarına göre düzenlenmiş olması ve kısmi temerrüt halinde uygulanacak hükümleri içermemesi çerçevesinde ortaya çıkan kanun boşluğunun sadece somut durumun özelliğinin anılan madde hükmüne başvurulmasını

⁶⁶⁸ YİBBGK, 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K.; **Tandoğan**, Cilt II, s. 153-160.

⁶⁶⁹ YİBBGK, 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K.; **Tandoğan**, Cilt II, s. 153-160.

⁶⁷⁰ YİBBGK, 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K.; **Tandoğan**, Cilt II, s. 153-160.

haklı kıldığı haller için TMK m.2/2' de yer alan "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılması suretiyle doldurularak sözleşmenin feshinin sürekli edimli sözleşmelerde olduğu gibi ileriye etkili sonuçlar doğuracağı hususu ifade olunmuştur.⁶⁷¹

➤ Karar çerçevesinde, inşaatın tamamlanan kısmına ilişkin mülkiyetin mütemmim cüz kaidesi çerçevesinde arsa sahibine kalacağı, yüklenicinin kısmi ifasına ilişkin bedelin ise yükleniciye iade edileceği hususu açık olmasına rağmen, anılan bedelin iadesinin aynen olup olmadığı hususunda netlik bulunmamaktadır.⁶⁷² Tandoğan' a göre inşaatın tamamlanan kısmının mülkiyeti arsa sahibine kaldığına göre, yükleniciye kısmi ifası çerçevesinde verilecek bedel ancak nakden olabilmektedir.⁶⁷³ Erman ise, yüklenicinin talep edeceği bedelin orantılı arsa payı olacağını belirtmektedir.⁶⁷⁴

➤ Anılan karar çerçevesinde, *kat karşılığı inşaat sözleşmesinin* arsa sahibi tarafından yüklenicinin teslim borcunda kusuruyla temerrüde düşmesine dayanılarak feshedilmesinde uyuşmazlığın kural olarak TBK m. 125 hükmü çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği; ve fakat sadece somut durumun özelliğinin anılan madde hükmüne başvurulmasını haklı kıldığı haller için TMK m. 2/2 hükmünden faydalanması yoluna gidilmesi suretiyle sözleşmenin ileriye etkili fesih hükümleri uygulanarak sonlandırılmasının imkan dahilinde olduğu kabul edilmiştir.⁶⁷⁵

⁶⁷¹ YİBBGK, 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K.; **Tandoğan**, Cilt II, s. 153-160.

⁶⁷² YİBBGK, 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K.; **Tandoğan**, Cilt II, s. 153-160.

⁶⁷³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 153-160.

⁶⁷⁴ **Erman**, s.115; Yargıtay 15.HD 22.10.1998 tarih, 1998/2788 E. 1998/3967 K.; Yargıtay 15. HD 11.06.1993 3969 E., 2745 K.; Her iki karar için bkz. **Erman**, s. 115, dn 121.

⁶⁷⁵ YİBBGK, 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K.

Bugün Yargıtay' ın kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ileriye etkili fesih hükümlerinin uygulanması için kabul ettiği inşaat tamamlanma oranı % 90 ve bu oranın üzerindeki rakamlardır.⁶⁷⁶ Bu seviyenin altında yer alan rakamlar çerçevesinde geriye etkili dönme hükümleri uygulanmaktadır.⁶⁷⁷ Yargıtay kararlarında sıklıkla sözleşmeden dönme yerine geriye etkili fesih ibaresinin kullanıldığı gözlemlenmektedir.

⁶⁷⁶ “Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi istemine ilişkindir. HMK' nin 297/2 maddesi "Hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir." hükmünü içermektedir. Sözleşmenin feshinin ileriye mi yoksa geriye mi etkili fesih olacağı hususu inşaatı yargılama safhasındaki son durumu itibari ile belirlenmelidir. **Sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilebilmesi için inşaat seviyesinin %90 oranının üzerinde ve kabul edilebilir nitelikte olması gerekir.** Somut olayda sözleşmenin feshine karar verilmiş ise de feshin ne şekilde olduğu belirlenmemiştir. Bu durumda mahkemece, mahallinde uzman bilirkişiler marifetiyle yeniden keşif yapıp, **tüm bağımsız bölümler ve ortak alanlar görülerek keşif tarihi itibari ile inşaatın hali hazır durumu belirlenip, sonucuna göre infazı kabil hüküm tesis edilmesi gerekirken, infazda tereddüt uyandıracak şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.**” – Yargıtay 23. HD, 21.05.2018 tarih, 2015/5183 E., 2018/3243 K. (www.kazanci.com)

⁶⁷⁷ “25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Y.İ.B.K. na göre; kural olarak fesih geriye etkili sonuçlar doğurur ise de, inşaatın bitirilme oranının haklı gösterdiği hallerde feshin ileriye etkili yapılması mümkün kabul edilmiştir. Dosya kapsamına göre **inşaatın getirildiği seviye %82.03 dür. Bu seviye gerek Hukuk Genel Kurulu' nun gerekse Dairemizin yerleşik uygulaması doğrultusunda feshin ileriye etkili yapılmasını hakkı**

Bununla birlikte, Yargıtay'ın ileri etkili fesih hükümlerinin uygulanması için belirlediği % 90 ve üzeri inşaat tamamlama oranının yanında inşaat çerçevesinde eksik kalan işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmaması yönünde kriter belirlediği kararının da bulunduğu gözlemlenmektedir.⁶⁷⁸

kılmaz.” – Yargıtay 15. HD, 10.03.2003 tarih, 2003/492 E., 2003/1152 K.; “*Teslim süresi geçmesine karşılık inşaat ancak % 52 seviyesine getirilmiş, yüklenici temerrüdü gerçekleşmiştir. Gerek Hukuk Genel Kurulu' nun gerekse Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bu seviye feshin geriye etkili yapılmasını gerektirir.*” – Yargıtay 15. HD, 06.11.2003 tarih, 2003/1903 E., 2003/5288 K.; “*İşbu dava tarihine kadar teslim süresinin geçmesine rağmen, inşaatın getirildiği seviye ortalama %33'tür. Bu durumda, somut olayda davalı yüklenici BK' nın 106-108. maddeleri uyarınca temerrüde düşmüş olup, davacı taraf sözleşmeden dönmede haklıdır.*” – Yargıtay 15. HD, 21.12.2006 tarih, 2005/7594 E., 2006/7533 K.; “*Dava, kat karşılığı inşaat yapımı konusunda imzalanan sözleşmelerin ifa ile sonuçlanmaması sebebiyle feshi, diğer davalılara devredilen daire tapularının iptaliyle davacılar adına tescili istemiyle açılmıştır. Davalı yüklenici inşaatı %20 seviyelerinde gerçekleştirdiği ve bu sebeple akdin geriye etkili şekilde feshedilmesi karşısında yüklenici yaptığı imalatın bedelini arsa sahiplerinden talep edebilir ise de davacılar tapu istemeye hakkı bulunmamaktadır.*” – Yargıtay 15. HD, 17.05.2012 tarih, 2012/734 E., 2012/3568 (www.kazanci.com)

⁶⁷⁸ “*Bu durumda mahkemece mahallinde keşif ve inceleme yapılarak, davalı yüklenicinin savunmaları doğrultusunda, davalının yaptığı inşaat seviyesi belirlenip, somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda T.M.K.' nin 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla inşaatın tamamlanma seviyesi %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma*

Sözleşmenin ileriye etkili fesih hükümlerinin tatbiki ile sonlandırılması çerçevesinde yüklenicinin edim karşılığı olarak tamamladığı inşaat oranında arsa payı ve bağımsız bölümlerin devrini talep edebileceği kayıt altına alınmıştır.⁶⁷⁹

engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı ve şimdi olduğu gibi geriye etkili fesih istemiyle tapudaki şerhin kaldırılması isteminin kabulüne karar verilmelidir.”

– **Yargıtay 23. HD, 11.06.2013 tarih, 2013/4203 E., 2013/3983 K.**
(www.kazanci.com)

⁶⁷⁹ “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 25.01.1984 gün, 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, ileriye etkili olarak feshine mahkemece karar verilmiş olması veya sözleşmenin, taraflarının iradelerinin birleşmesi sonucu taraflarca, ileriye etkili olarak sonuç doğurur şekilde feshi halinde yüklenici, sözleşme uyarınca kendisine verilmesi gereken bağımsız bölüm ya da bölümlerin adına tapuya tescilini veya ifa yerine geçen olumlu zarar kapsamında bedelini, arsa sahibinden talep edebilir. Bu hukuksal nedenle, yukarıda açıklandığı gibi, somut olayda sözleşmenin geriye etkili olarak fesih olunduğu sabit olduğu halde; ileriye etkili fesih varmışçasına (2) numaralı bağımsız bölümün bedelini belirleyen bilirkişi kurulu raporu hükme dayanak alınarak, mahkemece kısmı davanın kabulüne karar verilmesinde isabet yoktur.” – **Yargıtay 15. HD, 16.01.2009 tarih, 2008/69 E., 2009/103 K.** (www.kazanci.com)

B. TBK m. 473/1 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yüklenicinin Sözleşme Konusu İşi Vadesinde Yetiştiremeyeceğinin Anlaşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi

1. Genel Olarak

Yüklenicinin iş görme sürecindeki gecikmelerinin inşaatın zamanında teslimini olanaksız kılacağı anlaşılan hallerde, teslim gününü beklemezsin iş sahibi,nin sözleşmeden dönmesi hususu TBK çerçevesinde hüküm altına alınmıştır.⁶⁸⁰ Kanun koyucu, *TBK m.473/1* hükmünde eser sözleşmesi çerçevesinde eserin tesliminin yanında, meydana getirilmesinin de borçlanıldığını dolaylı şekilde yansıtarak işin icrasındaki temerrüdü düzenlemiştir.⁶⁸¹ İlgili hüküm her ne kadar eser sözleşmesine ilişkin olsa da, karma sözleşme niteliğinde olan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri çerçevesinde de uygulama alanı bulmaktadır.⁶⁸²

⁶⁸⁰ **Aral/Ayrancı**, s. 390, **Kurt**, s. 66; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 79; **Tandoğan**, Cilt II, s. 113.

⁶⁸¹ **Aral/Ayrancı**, s. 390; **Kurt**, s. 66; **Tandoğan**, Cilt II, s. 113.

⁶⁸² **Erman**, s. 77; “... 2-)Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş (arsa) sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. (TBK 473/1 madde) Sözleşmeden dönülebilmesi için geçerli bir sözleşmenin mevcudiyeti şarttır. Somut olayda da, **yüklenicinin henüz yapı ruhsatı almadığı, inşaat faaliyetlerine başlamamak suretiyle sözleşmeyi ifadan kaçındığı, bu itibarla sözleşme edimlerini yerine getirmeyerek kusurlu davrandığı anlaşıldığından, sözleşmenin geriye etkili**

2. Uygulanma Koşulları

İlgili madde hükmü şu şekildedir: “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”⁶⁸³

Bu hükmün konumuz olan sözleşmeye tatbiki ile yüklenicinin bağımsız bölümleri (daireleri) teslim tarihinin sona ermesini beklemeksizin temerrüde düşürülmesi için gerekli iki koşul bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı yükümlülüğüne objektif aykırılık teşkil edecek şekilde inşaatın yapımında gecikmesi hususu oluşturmakta; anılan gecikme mefhumu ilgili madde hükmünde sayıldığı üzere “işe zamanında başlanılmaması”, “sözleşme hükümlerine aykırı olacak şekilde işin geciktirilmesi” ya da tüm “tahminler uyarınca işin sözleşmede kayıt altına alınan süre çerçevesinde bitirilemeyeceğinin anlaşılması” noktalarında toplanmaktadır.⁶⁸⁴

olarak feshi koşullarının olayda gerçekleştiği halde; mahkemece, karşı davada sözleşmenin feshi yerine iptaline karar verilmesi doğru olmamıştır.” – Yargıtay 23.

Hukuk Dairesi, 19.03.2019 tarih, 2016/3256 E., 2019/1060 K. (www.kazanci.com)

⁶⁸³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

⁶⁸⁴ **Erman**, s. 77-78; Yargıtay’ ın kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin edim yükümlülüklerinin ifasında temerrüde düşmesi nedeniyle *geriye etkili dönmeye* ilişkin olmak üzere vermiş olduğu bir kararda; yüklenicinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 18/2 uyarınca basiretli davranmakla yükümlü olduğu ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulmasından önce sözleşme öncesinde hukuki ve fiili durumlarını incelediği taşınmazlarla ilgili bürokratik işlemlerin uzayabileceğini öngörmesi gerektiği ve bu çerçevede arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinde hüküm

Madde hükmünün tatbiki için gerekli ikinci koşul ise yükleniciye işe başlama/ devam etme konularında ihtar çekilmesi ve ona uygun bir mehil verilmesidir.⁶⁸⁵ Bu koşulun dayanağı, hakim görüşün ilgili madde hükmünde yer alan temerrüdün, madde hükmünde yer almayan koşullarına dair boşlukların, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler çerçevesinde tamamlanması gerektiğini öne sürmesidir.⁶⁸⁶ Yine, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler kapsamında yükleniciye süre verilmesini gerektirmeyen haller bu madde hükmü için de geçerli olacak ve böyle bir durumun varlığında yükleniciye süre verilmeyecektir.⁶⁸⁷

altına alınan yüklenici edimlerine ve bu edimlerin yerine getirilmesi için belirlenen sürelerle uyulmasını talep etmesinin hiçbir şekilde kötü niyetli sayılmayacağı hususları kayıt altına alınmıştır; “... *TTK 18/2 maddesi uyarınca basiretli davranmakla yükümlü ve işin uzmanı olan yüklenici şirketin sözleşme öncesinde hukuki ve fiili durumlarını incelediği taşınmazlarla ilgili bürokratik işlemlerin uzayabileceğini öngörmesi gerekir. Sözleşmede açıkça belirlenen edimlere ve belirlenen sürelerle uyulmasını isteyen arsa sahibinin de kötü niyetli sayılması mümkün değildir.*” – Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 10.09.2018 tarih, 2018/1762 E., 2018/3126 K. (www.kazanci.com)

⁶⁸⁵ **Erman**, s. 81.

⁶⁸⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 392; **Erman**, s. 77; **Kurt**, s. 67; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 80; **Tandoğan**, Cilt II, s. 118 ve eserin anılan sayfasının (125b) şeklindeki dipnotunda yer alan yazarlar.

⁶⁸⁷ **Erman**, s. 81; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri.

3. TBK m. 473/1 Anlamında Sözleşmeden Dönme ve Sonuçları Üzerine Görüşler

Tandoğan, TBK m. 473/1 (BK m.358/1) anlamında erken dönme hakkının salt işin çok az kısmının yapıldığı hallerle sınırlı olacak şekilde değil; işin büyük kısmının tamamlanıp teslim tarihinin henüz gelmediği ve büyük bir inşaatın yarısından az miktara tekabül edecek kısmının tamamlanıp kalan kısmının geriye bırakıldığı hallerde de uygulandığını belirtmektedir.⁶⁸⁸ Yazarın, yüklenicinin teslim gününde işi tamamlamaksızın temerrüde düşmesi çerçevesinde sözleşmeden geriye etkili dönme başlığında ele alınan argümanları ile bu argümanların gerekçeleri burada aynen geçerlidir.⁶⁸⁹ Bu çerçevede, burada, yazarın belirtilen argüman ve gerekçelerine atıfta bulunmakla yetinilmektedir.

Sungurbey, inşaatın binde otuz beş, yüzde yirmi yedi gibi çok az bir kısmının bitirilmiş ve geriye kalan bölümünün teslim tarihine kadar yetiştirilemeyeceğinin anlaşıldığı bir kısım Yargıtay 15. Hukuk Dairesi kararı⁶⁹⁰ çerçevesinde TBK m. 473/1

⁶⁸⁸ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 496.

⁶⁸⁹ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 497. Yazar burada, Sungurbey' in *Zorunlu Bir Yanıt* çerçevesinde tarafına yöneltmiş olduğu eleştirilere cevaben “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alma Sorunu Üzerinde Görüşler” isimli makalesi çerçevesinde TBK m. 473/1 (BK m. 358/1)’ deki erken dönme dolayısıyla ileri sürdüğü ve çoğu TBK m. 125/2 anlamında sözleşmeden dönme çerçevesinde geçerli olan gerekçeleri listelemek suretiyle her iki dönme halinde de ortak gerekçelere dayandığını ifade etmektedir.

⁶⁹⁰ Yargıtay 15. HD, 22.10.1973 tarih, 202 E., 170 K.; Yargıtay 15. HD, 21.10.1976 tarih, 2063 E., 3223 K.; Yargıtay 15. HD, 13.12.1973 tarih, 362 E., 360 K.; Yargıtay

(BK m. 358/1) hükmüne dayalı erken dönme hakkının kullanılmasının TBK m. 475 (BK m. 360) hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle sınırlandırılmayacağını ve böylelikle yükleniciye orantılı ücret ödenmesi adına haklı neden bulunmadığını belirtmiştir.⁶⁹¹ Sungurbey, bu düşüncelerini anılan Yargıtay kararlarının tetkiki çerçevesinde ifade etmiştir.⁶⁹² Öte yandan, Sungurbey, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin TBK m. 473/1 (BK m. 358/1) çerçevesinde sözleşmeden erken dönmeye ilişkin kararların incelenmesi doğrultusunda Tandoğan tarafından ifade olunan yüklenicinin işin % 80' ini yapmak suretiyle inşaatı tamamlamaktan kesin bir şekilde kaçınması durumunun hayat gerçekleri ile bağdaşmadığını ifade etmiş, bu yönde bir olasılığın ortaya çıkması ve arsa sahibinin TBK m. 473/1' e dayanarak dönme hakkını kullanması durumunda dahi Kanunun 475. madde hükmünün kıyasen uygulanacağı ve yükleniciye tamamladığı iş oranında orantılı ücret ödenmesi suretiyle hakkaniyet gereğinin yerine getirileceğini bildirmiştir.⁶⁹³

Erman, dürüstlük kuralının haklı kıldığı durumlarda TBK m. 473/1' deki dönme hakkının sözleşmeyi geçmişe etki edecek şekilde ortadan kaldırdığını; fakat anılan hükme inşaat başlanmadığı ya da başlanıp devamının sağlanmadığı ve inşaat tamamlanma

15. HD, 16.03.1978 tarih, 2261 E., 530 K.; Yargıtay 15. HD, 25.12.1973 tarih, 430 E., 422 K., **Sungurbey**, Zorunlu Yanıt s. 174-175.

⁶⁹¹ **Sungurbey**, Zorunlu Yanıt s. 175-176.

⁶⁹² **Sungurbey**, Zorunlu Yanıt s. 175-176.

⁶⁹³ İsmet Sungurbey, “Yapıt Sözleşmelerinde Bozukluklara İlişkin BK. 360, II/III' ün Örneksene Yoluyla Borçlu Direnmesine De Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan' ın Son Yazısı Üstüne Notlar”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Haziran 1982, C. V, S. 6, s. 29-30.; Doktrinde TBK m. 473/1 (BK m.358/1)' de yer alan dönme hakkının “erken dönme hakkı” olarak ifade edilmesi söz konusu olmuştur.

oranının sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını haklı kılacak düzeyde olduğu durumlarda başvurulması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁹⁴ Bununla birlikte büyük kısmının tamamlandığı ve fakat teslim gününe yetişme imkanı bulmayan bina inşası çerçevesinde ve teslim tarihi gelmekle birlikte yüklenicinin temerrüdü sebebiyle ileriye etkili fesih hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olduğu durumlar çerçevesinde burada TBK m. 473/1 hükmü nezdinde geriye etkili dönme hükümlerinin uygulanması yerinde olmaz.⁶⁹⁵

Kanunun m. 473/1 hükmünün sonucu olarak arsa sahibi kusursuzluğunu kanıtlayamayan yükleniciden olumsuz zararının giderilmesini talep edebilirken; ifaya ekli cezai şart talep edemez.⁶⁹⁶

C. TBK m. 475/1 - (1) Çerçevesinde Arsa Sahibinin Yapının Ayıplı Olmasından Dolayı Sözleşmeden Dönmesi

1. Genel Olarak

Arsa sahibinin, yükleniciye karşı kullanabileceği ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kaynaklı üç seçimlik hakkından bir tanesini⁶⁹⁷ TBK m. 475/1-(1)' de

⁶⁹⁴ **Erman**, s. 83-84.

⁶⁹⁵ **Erman**, s. 84.

⁶⁹⁶ **Erman**, s. 84.

⁶⁹⁷ TBK m. 475/1: “Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

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

ifadesini bulan “sözleşmeden dönme” hakkı oluşturmaktadır.⁶⁹⁸ Yüklenici tarafından inşa edilen bina, kullanılmayacak veya kabulü hakkaniyete aykırı olacak kadar ayıplı ise veya aynı paralelde sözleşme hükümlerine aykırı olacak şekilde inşa edildiyse ve tüm bunlara ek olacak şekilde Kanunun m. 475/3 hükmü uyarınca sökülmesi ve kaldırılması yüklenici aleyhine aşırı/oransız zarar doğurmayacaksa arsa sahibinin dönme hakkını kullanması söz konusu olabilecektir.⁶⁹⁹

Dönme, iş sahibine (burada arsa sahibine) tanınan yenilik doğuran bir haktır.⁷⁰⁰ Kural olarak, inşaat ya da arsa sahibi tek taraflı iradesi ile anılan hakkı kullanabileceği gibi hakkın kullanılmasının iki tarafın tacir olması dışında⁷⁰¹ belirli bir şekil kıstası da bulunmamaktadır.⁷⁰² Kural olarak sözlü ya da yazılı olması bir farklılık arz etmeyecek bu

2. *Eseri alıyoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme,*

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

⁶⁹⁸ **Erman**, s. 142; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 63.

⁶⁹⁹ **Aral/Ayrancı**, s. 406-407; **Erman**, s. 142-146; **Gökyayla/Zevkliler**, s. 528; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 65-66; **Öz**, İnşaat, s. 217; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 163; **Tandoğan**, Cilt II, s. 183.

⁷⁰⁰ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 160.

⁷⁰¹ Hem yüklenici hem de arsa sahibinin tacir olması halinde TTK m. 18/3 hükmü uygulanır: “*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.*”, **Öz**, İnşaat, s.218

⁷⁰² **Erman**, s. 146; **Öz**, İnşaat, s. 218; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 161; **Tandoğan**, Cilt II, s. 178.

beyanın iş sahibi tarafından yazılı olarak ve/veya noter kanalıyla yapılması ispat açısından kolaylık sağlayacağı gibi; dönme beyanın açık ya da zımni olacak şekilde yapılması da söz konusu olabilecektir.⁷⁰³ Arsa sahibince dava dilekçesinde dahi öne sürülmesi mümkündür.⁷⁰⁴ Ve fakat burada, belirtilmesi yüksek önem arz eden husus, Yargıtay'ın yerleşik kararlarında sözleşmeden dönme ya da dönmeye ilişkin kararlarda sıklıkla eski bir alışkanlıkla kullanılagelen “fesih” hallerinde Kanunda aranmayan; “*tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi mümkün olmadığı ve bu tip sözleşmelerden sadece tarafların iradelerinin birleşmesi ya da mahkemenin vereceği karar nezdinde dönülebileceği/sözleşmenin feshedilebileceği*” kısıtlarının bulunması hususudur.⁷⁰⁵ Yargıtay kararlarındaki çelişkiler aşağıdaki paragraflarda detaylı olarak ele alınacaktır.

Dönme hakkının kısıtlanması hususları takip eden başlıklar çerçevesinde incelenecek olmakla birlikte, inşaat sözleşmelerinin uygulamasında tamamlanmış inşaatın teslim edilmesini müteakip inşaat sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme yoluna gitmesinin çok nadir karşılaşılabilecek bir durum olduğu belirtilmektedir.⁷⁰⁶ Nitekim Erman da, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönebilmesinin neredeyse mümkün olmadığını vurgulamaktadır.⁷⁰⁷

Bununla birlikte, uygulamada bu hakkın kullanımına ilişkin karara rastlamak da mümkündür. Yargıtay 15. Hukuk Dairesince verilen bir kararda, “*arsa sahipleri*

⁷⁰³ **Erman**, s. 146; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 161; **Tandoğan**, Cilt II, s. 178.

⁷⁰⁴ **Erman**, s. 146.

⁷⁰⁵ **Öz**, Eleştiri, s. 21-23.

⁷⁰⁶ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 166.

⁷⁰⁷ **Erman**, s. 143.

tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı bir binanın, binanın güçlendirme maliyetinin toplam maliyetin % 60' ına varması” göz önünde bulundurulmak suretiyle geriye etkili dönme hükümleri nezdinde sözleşme sonlandırılmıştır.⁷⁰⁸

⁷⁰⁸ “... 2- Borçlar Kanunu'nun 360/1 maddesine göre, yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ve mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir. Somut olayda mahkemece, yapılan binanın projesine ve sözleşmeye uygun şekilde yapılmadığı, arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu gerekçesi ile sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Bu sonuca varılırken binanın güçlendirme maliyetinin toplam maliyetin %60' ına varması da dikkate alınmıştır. Dosyadaki bilgilerin ve raporların değerlendirilmesinden, davalı yüklenici Ö.Ç. tarafından sözleşme şartlarına uygun kabul edilebilecek nitelikte yasal inşaat yapılmadığı, bu nedenle iskan ruhsatı da alınmadığı, davacı arsa sahiplerinin BK' nın 360/1. maddesi uyarınca bu eseri kabule zorlanamayacakları sonucuna varılmaktadır. Bu durumda davacılar arsa sahipleri ve davalı yüklenici Ö.Ç. arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine karar verilmesi gerekir. Mahkemece yüklenici Ö.Ç. tarafından yapılan binanın arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu kabul edildiği halde, arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili yerine, geleceğe yönelik (ileriye etkili) olarak feshine karar verilmesi doğru olmamıştır.”

– Yargıtay 15. HD, 09.06.2006 tarih, 2006/1309 E., 2006/3450 K.

2. Uygulanma Koşulları

a. Ayıbın Ağırlığı

İnşaat sözleşmelerinin uzun ve masraflı hazırlık aşamalarının göz önünde bulundurulması suretiyle Kanun koyucu herhangi bir ayıbın varlığını arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi için yeterli görmemiş, belirli ağırlıktaki ayıpların varlığını aramıştır.⁷⁰⁹ TBK m. 475/1-(1) hükmünde eserin *kullanılmayacak* ya da *hakkaniyet gereğince kabule zorlanılmayacak* kadar ayıplı olması ya da *sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması* halleri bu kapsamda sözleşmeden dönmeyi gündeme getirebilecek kadar önemli ayıplar olarak ifadesini bulmuştur.⁷¹⁰ Burada, ayıbın önemli nitelikte olmasını belirleyecek olan birinci kıstası ayıbın binayı tamamen ve kesin olacak şekilde kullanılmaz hale getirmiş olması hususu oluşturmaktadır.⁷¹¹ Belirtilmesi gereken önemli nokta, söz konusu ayıbın binayı kullanılmaz hale getirmekle birlikte, yüklü masrafi gerektirmeyecek bir onarım çerçevesinde giderilmesinin imkan dahilinde olması halinde kural olarak sözleşmeden dönme hakkının kullanılmayacak olmasıdır.⁷¹² Ayıbın eseri kabule zorlanamayacak kadar önemli nitelikte olması halini belirleyen ikinci kıstası ise, sözleşmenin binada özel bir kullanım şeklini öngören ve anılan kullanım şekline has niteliklerin belirlendiği bir hüküm içermesi oluşturmakta olup; inşa edilen binada sözleşme kapsamında belirlenen niteliklerin bulunmaması binanın arsa sahibi için kullanılmaya elverişli olmadığı yönünde bir karine teşkil eder.⁷¹³ Husus, her somut

⁷⁰⁹ **Öz**, İnşaat, s. 214.

⁷¹⁰ **Öz**, İnşaat, s. 214.

⁷¹¹ **Erman**, s. 143; **Öz** s. 214

⁷¹² **Erman**, s. 143; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 163.

⁷¹³ **Erman**, s. 143; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 163.

uyuşmazlık çerçevesinde dürüstlük kuralları ve tarafların menfaat dengesi göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmelidir.⁷¹⁴

b. Yapının Sökülmesi ve Kaldırılmasının Yüklenici Aleyhine Oransız Zarar Doğurmaması

TBK 475/3 ile iş sahibinin (burada arsa sahibi) arsasında yapılan inşaat çerçevesinde dönme hakkı kısıtlanmıştır.⁷¹⁵ TBK m. 475/3 hükmünün özünde, binanın kaldırılmasının yüklenici aleyhine aşırı bir zarar doğuracağı hallerde iş sahibinin (burada arsa sahibi) eseri kabule zorlanması gerektiği düşüncesi yer almakta; bu düşünce “ekonomik bakımdan değerli malların imkan ölçüsünde korunması ve tahrip edilmemesi” ilkesine riayet edilmesi ile paralellik arz etmektedir.⁷¹⁶ Bu çerçevede, TBK m. 475/f. 3 anlamında binanın sökülmesi ve kaldırılması eylemlerinin yüklenici aleyhine oransız bir zararı doğurup doğurmadığı hususu yönündeki inceleme ancak yapıdaki ayıbın TBK m. 475/1 –(1) anlamında *önemli ayıp* olması halinde yapılabilir.⁷¹⁷ Binadaki ayıpların Kanunun m. 475/1 – (1) anlamında önemli ayıp olduğunun ispat yükü arsa sahibine; binanın sökülerek kaldırılmasının aleyhine oransız zarar yaratacak olduğunun ispat yükü ise yükleniciye aittir.⁷¹⁸

Oransız zarar olgusu her somut durumun özelliğine bağlı olup; her somut durumun koşulu uyarınca, binanın arsa ile birlikte belirlenecek değeri ile arsadan

⁷¹⁴ **Erman**, s. 143-145.

⁷¹⁵ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 163.

⁷¹⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 407; **Erman**, s. 145; **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 163-164; **Tandoğan**, Cilt II, s. 183.

⁷¹⁷ **Erman**, s. 145.

⁷¹⁸ **Erman**, s. 146.

kaldırılması halinde vuku bulacak değer düşüklüğünün göz önünde bulundurulması suretiyle tayin edilir.⁷¹⁹ Bir örnek çerçevesinde ele alınacak olursa, yapılan inşaatın temelini sağlam olmaması ve bu hali ile yapı teknik kuralları uyarınca takviye imkanının olmaması durumunda arsa ile belirlenecek değeri oldukça düşük olup, böyle bir yapının yıkılması halinde salt enkaz değeri olabilecektir; burada arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı olduğundan bahsedilebilecektir.⁷²⁰ Bununla birlikte, yapıdaki ayıpların kullanımı tamamen engellemesi, binanın değerini mühim şekilde düşürmesi ve tehlikeli bir duruma mahal vermesi söz konusu ise de arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı olduğu kabul edilmektedir.⁷²¹ Arsa sahibinin dönme hakkını kullanabilmesinin kabul edildiği bir diğer durum ise somut uyuşmazlık çerçevesinde bedel indirilmesinin, yapının sökülerek kaldırılmasından daha çok zararı gündeme getirebilecek olması halidir.⁷²² Bu çerçevede de arsa sahibi dönme hakkını kullanabilecektir.⁷²³

3. TBK m. 475/1 - (1) Hükmü Uyarınca Dönmenin Sonuçları

Eren, TBK/f.1-(1) anlamında dönmenin sonuçlarının yeni dönme görüşü uyarınca ele alınması gerektiğini belirterek, dönme üzerine taraflar arasında kurulan sözleşme tasfiyesi ilişkisi uyarınca tarafların karşılıklı olarak edimlere ilişkin alacaklarının sona ereceğini ve dönme öncesinde ifa edilen edimlerin sözleşme hükümleri uyarınca iadesinin gündeme geleceğini bildirmektedir.⁷²⁴

⁷¹⁹ **Erman**, s. 145; **Tandoğan**, Cilt II, s. 183.

⁷²⁰ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri s. 164.

⁷²¹ **Erman**, s. 145-146.

⁷²² **Erman**, s. 146.

⁷²³ **Erman**, s. 146.

⁷²⁴ **Eren**, Borçlar Özel s. 643-644.

Tandoğan' a göre burada sözleşmeden dönme geçmişe etkili olmakla birlikte, dönme üzerine vuku bulan iade yükümlülüklerinin dayanağını sebepsiz zenginleşme hükümleri oluşturmadığı gibi iadeye ilişkin talep hakkı aynı nitelikte de değildir.⁷²⁵ Zira, dönme ile sözleşmenin hiç var olmamışçasına ortadan kaldırılması söz konusu olmayıp, sözleşmenin içerik değiştirmesi suretiyle iade yükümlülükleri gündeme gelmiştir.⁷²⁶

Seliçi, dönmenin geçmişe etkili olduğunu ifade etmekle birlikte, organizma şeklinde devam eden borç ilişkisinin içeriğini tersine çevirmek suretiyle borç ilişkisinden doğan geri verme taleplerini gündeme getirdiğini belirtmektedir.⁷²⁷ Yazara göre, arazinin iş sahibine (burada arsa sahibi) ait olduğu inşaat işlerinde mütemmim cüz haline gelen binanın geri verilmesi anlamlı olmayıp; iade borcu ancak ayıplı inşaatın kaldırılması ve hurdanın alınması kapsamında olabilir.⁷²⁸ Seliçi, ayıplı yapının sökülmesinin ise yüklenicinin bir borcu olmadığı ve fakat tarafına tanınan bir hak olarak ele alınabileceğini ve bu anlamda kural olarak inşaat sahibinin (burada arsa sahibi), ayıplı binanın sökülerek alınmasını talep hakkı bulunmamasıyla birlikte mülkiyet hakkı çerçevesinde ayıplı binayı yüklenicinin menfaatini gözetmek suretiyle taşınmazdan uzaklaştırabileceğini belirtmektedir.⁷²⁹ “Bu noktada, yüklenicinin ayıplı binanın taşınmazdan sökülmesine ilişkin olacak masraflardan sorumlu tutulması için inşaat sahibince tarafına yapının sökülmesi için uygun bir mehil tanımış olması ve bu mehil zarfında yüklenicinin buna yönelik bir faaliyetinin olmaması kıstası Seliçi tarafından benimsenmektedir.⁷³⁰ Bu

⁷²⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 178-179.

⁷²⁶ **Tandoğan**, Cilt II, s. 179.

⁷²⁷ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 161-162.

⁷²⁸ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 165.

⁷²⁹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 165.

⁷³⁰ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 165.

çerçevede, yüklenicinin, ayıplı binanın inşaattan uzaklaştırılması için iş sahibince yapılan masraflara katlanması söz konusu olacaktır.⁷³¹ Tandoğan' ın görüşü de aynı doğrultudadır.⁷³²

Öz' e göre YİBBGK' nın 25 Ocak 1984 tarih, 1983/3 Esas, 1984/1 Karar numaralı kararının burada uygulanması söz konusu olmaz.⁷³³ Zira, m. 475/3 hükmü çerçevesinde sadece sökülerek kaldırılması aşırı zarar doğurmayacak inşaatlar kapsamında sözleşmeden dönülmesi söz konusu olacaktır.⁷³⁴ Dönme ile sözleşme geriye etkili olacak şekilde ortadan kalkacaktır.⁷³⁵ Bu durumda, yüklenici arsa sahibinden sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ayıplı yapının yıkılması halinde hurda malzemelerinin, yapının yıkılmaması halinde ise işçilik ve malzeme maliyetini isteyebilmelidir.⁷³⁶

TBK m. 475/f.2 anlamında arsa sahibinin tazminat talep hakkı çerçevesinde ise; Öz, anılan hüküm kapsamında arsa sahibinin talep edebileceği tazminatın geriye etkili dönme hükümlerine paralel olacak şekilde ayıplı binanın yıkılması ile kaldırılması için gereken masraflar ya da sözleşme yürürlükte iken kaçırdığı fırsatlar vb. şeklindeki olumsuz zararları kapsayacağını belirtmektedir.⁷³⁷

TBK m. 475/f.2 hükmü, BK m. 360 hükümlerinden farklılık arz edecek şekilde her bir seçimlik hakkın tamamlayıcısı değil ve fakat hiçbir seçimlik hak dahi

⁷³¹ **Seliçi**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 165.

⁷³² **Tandoğan**, Cilt II, s. 180.

⁷³³ **Öz**, İnşaat, s. 219.

⁷³⁴ **Öz**, İnşaat, s. 219.

⁷³⁵ **Öz**, İnşaat s. 218; aynı görüşte **Erman**, s. 146.

⁷³⁶ **Öz**, İnşaat 218-219.

⁷³⁷ **Öz**, İnşaat s. 219-220.

kullanılmaksızın genel hükümlere göre “TBK m. 112” öne sürülebilecek bir tazminat talep hakkını bünyesinde barındırmaktadır.⁷³⁸ Husus, Kanunun 112. Maddesinde muayene, bildirim külfetinden bahsedilmediği üzere iş (arsa) sahibince anılan yükümlülük gereğinin yerine getirilmediği durumlarda bile bu tazminatın talep edilebileceği noktasında önem taşımaktadır.⁷³⁹ Öte yandan, tazminat talebi TBK m. 478 son cümle hükmü saklı kalmak üzere TBK m. 147/6 hükmü çerçevesinde zamanaşımına tabi tutulacaktır.⁷⁴⁰ TBK m. 475/2 hükmü anlamında tazminat talep hakkı kural olarak kusur sorumluluğuna dayanır.⁷⁴¹

Eren’ e göre ise TBK m. 475/2’ de ifade olunan tazminat talep hakkı, seçimlik haklarla birlikte istenebilen kümülatif bir hakka işaret etmekte olup; anılan madde çerçevesinde sadece eserin ayıplı olmasından kaynaklı *ayıptan doğan ve ayıbı takip eden zararların*⁷⁴² giderilmesi talep edilebilecek ve burada TBK m. 112 hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır.⁷⁴³ Yüklenicinin sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayanmakta olup; iş sahibi de tazminat talep hakkı çerçevesinde ayıp ihbar külfetini zamanında yerine getirmiş ve kusurlu olmamalıdır.⁷⁴⁴

⁷³⁸ **Demir**, s. 97; **Gökyayla/Zevkliler**, s. 531, **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 69; **Öz**, İnşaat. s. 219-221;

⁷³⁹ **Öz**, İnşaat s. 219-221.

⁷⁴⁰ **Öz**, İnşaat s. 221.

⁷⁴¹ **Gökyayla/Zevkliler**, s. 532, **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 69.

⁷⁴² Kazanç ve kira geliri kayıpları “ayıbı takip eden zararlar” çerçevesinde değerlendirilmektedir. **Eren**, Özel s. 647.

⁷⁴³ **Eren**, Özel s. 646-648.

⁷⁴⁴ **Eren**, Özel s.646-648.

D. TBK m. 484 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Tam Tazminat Karşılığı Sözleşmeyi Feshetmesi

1. Genel Olarak

TBK m. 484 çerçevesinde iş sahibine gerekçe göstermeksizin fesih hakkı tanınmakla birlikte; adalete aykırı sonuçların önüne geçmek adına yükleniciye eserin yapılan kısma ilişkin bedelin ödenmesi ve yüklenicinin tüm zararının giderilmesi hususları da kayıt altına almıştır.⁷⁴⁵

TBK m. 484 çerçevesinde fesih⁷⁴⁶ hakkı, ileriye etkili sona erdirmeyi düzenlemesi ve iş sahibine neden göstermeksizin keyfi olacak şekilde sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınması bakımlarından diğer sözleşmeden dönme hükümlerinden farklı bir özellik arz etmektedir.⁷⁴⁷

Eser sözleşmesi açısından düzenlenen TBK m. 484 hükmündeki fesih hakkının tanınma nedenlerinin, eser sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi ile yüklenici arasındaki güven ilişkisinin yüksek önem arz etmesi ve özellikle iş sahibinin duyduğu güvenin zedelendiği bir yüklenici ile çalışmaya zorlanmaması ve inşaat sözleşmesi ve diğer her

⁷⁴⁵ **Öz**, İnşaat s. 235.

⁷⁴⁶ İsviçre Borçlar Kanunu' un TBK m. 484 (BK m. 369)' ü karşılayan 377. maddesinde iş sahibinin “sözleşmeden dönmesinden” (vom Vertrag zurücktreten) bahsedilmektedir. **Buz**, İş Sahibinin Feshi, s.218; **Serozan**, Dönme, s. 177. **Öz**, kelimenin fesih olarak çevrilmesinin - tesadüfen – isabetli olduğunu belirtmektedir. **Öz**, Dönme, s. 144, dn. 21. Zira, madde çerçevesinde orantılı bedel verme borcunun kabulü aslında sözleşmenin ileriye etkili şekilde ortadan kalktığını göstermektedir. **Öz**, Dönme s. 144.

⁷⁴⁷ **Erman**, s. 215; **Öz**, Dönme, s. 138-139; **Öz**, İnşaat, s. 235.

tür eser sözleşmesi çerçevesinde işin icrasının yüklenici için bir borç olması, bunların yüklenici için bir hak olmaması, iş sahibinin kendi yararına gerçekleştirilen yüklenicinin bu faaliyetinden istediği takdirde vazgeçmesinin imkan dahilinde olması noktalarında toplandığı belirtilmektedir.⁷⁴⁸

2. Genel Olarak TBK m. 484 Hükümünün Uygulanma Koşulları

a. Sözleşme Konusu İşin Natamam Olması

Anılan madde hükmü çerçevesinde fesih hakkı sadece işin tamamlanmasından önce yani yüklenicinin henüz işe başlamamış olması hali ile işin icrası devam ederken kullanılabilir.⁷⁴⁹ TBK m. 484 kapsamında fesih hakkı kullanımının zaman üst sınırı olan eserin tamamlanmış olması olgusu çerçevesinde öncelikle eserin tamamlanarak teslim edilmemiş olması halinde dahi feshi hakkının sona ermiş olduğunun kabul edildiğinin belirtilmesi gerekmektedir.⁷⁵⁰ Konumuz olan sözleşme olduğu gibi iş sahibine (burada arsa sahibi) teslimi ve mülkiyetin devri gerekli eserler çerçevesinde, anılan hususlar henüz gerçekleşmeksizin eserin tamamlanmış olması halinde de iş sahibinin bu hakkı sona erer.⁷⁵¹ Bununla birlikte, ayıplı olsa dahi tamamlanmış bir inşaat çerçevesinde de anılan fesih hakkını kullanamayacaktır.⁷⁵²

⁷⁴⁸ **Erman**, s. 215; **Öz**, İnşaat, s. 235; **Tandoğan**, Cilt II, s. 343.

⁷⁴⁹ **Buz**, İş Sahibinin Feshi s. 229; **Öz**, İnşaat s. 236; **Tandoğan**, Cilt II, s. 344.

⁷⁵⁰ **Buz**, İş Sahibinin Feshi s. 228-229.

⁷⁵¹ **Öz**, Dönme s. 140.

⁷⁵² **Öz**, Dönme, s. 140; **Öz**, İnşaat, s. 236.

b. Fesih Bildiriminde Bulunma

TBK m. 484 anlamında istenilen sonucun doğması için iş sahibinin bu bozucu yenilik doğuran hakkını kullanması gerekmekte olup, iş sahibinin kural olarak tek taraflı varması gerekli fesih bildiriminin yükleniciye ulaşmasıyla sözleşme son bulmaktadır.⁷⁵³ Doktrinde, fesih bildiriminin TBK m. 484 hükmüne dayanılmış olduğu ve tazminat teklifini içerip içermemesi noktasında bir tartışma mevcuttur.⁷⁵⁴

Bir görüş⁷⁵⁵, iş sahibinin fesih bildiriminin madde hükmü ile tazminat teklifini içermesi gerektiği aksi halde yüklenicinin bildirimini kabul etmemek suretiyle geçersiz kılmasının mümkün olduğu yönündedir.⁷⁵⁶ Anılan görüş uyarınca, fesih bildiriminde tazminat teklifinin yer almaması ve yüklenicinin bu hususta bildirimine çekince eklememesi yüklenicinin tazminattan vazgeçmiş sayılmasını gündeme getirmektedir.⁷⁵⁷

Bir diğer görüş⁷⁵⁸, iş sahibinin fesih bildirimini içeriğinde tazminat teklifinin bulunmaması halinde yüklenicinin iş sahibinden fesih sebebinin açıklamasını isteyebileceği ve iş sahibinin feshin dayanağını bildirmemesi halinde yüklenicinin feshi geçersiz sayabileceği yönündedir.⁷⁵⁹ Bu görüş uyarınca, dayanak ve tazminat teklifi içermeyen fesih bildiriminin yüklenici tarafından çekince eklenilmeksizin kabulü,

⁷⁵³ **Öz**, Dönme s. 140; **Tandoğan**, Cilt II, s. 345.

⁷⁵⁴ **Öz**, Dönme s.140-143; **Tandoğan**, Cilt II, s. 345 – 346.

⁷⁵⁵ *Becker, Art 377 N.2, Tunçomağ C.II, s.1090*, Nakleden **Öz**, Dönme, s. 140, dn. 11.

⁷⁵⁶ **Öz**, Dönme s. 140; **Tandoğan**, Cilt II, s.345.

⁷⁵⁷ **Öz**, Dönme s.140; **Tandoğan**, Cilt II, s. 345.

⁷⁵⁸ *Oser – Schönenberger, Art. 377, Nr.2; Bürgi, FJS, 623, s.7, no.1*, Nakleden **Tandoğan**, Cilt II, s. 345 dn. 88.

⁷⁵⁹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 345.

yüklenicinin tazminat talebinden vazgeçmiş olduğu anlamına gelmemekte ve fakat bu feshin TBK m. 484 anlamında yapıldığına ilişkin bir karine teşkil etmemektedir.⁷⁶⁰

Son görüş⁷⁶¹ ise, TBK m. 484 anlamında fesih hakkının sebep ve tazminat teklifi içermeyen bir bildirim çerçevesinde de kullanılabilceği yönündedir.⁷⁶² Anılan görüşün temeli, fesih bildirimının yükleniciye varmakla sonuçlarını doğurması ve fesih sebebinin bildirilmediği uyuşmazlıklara ilişkin olacak şekilde yargılama sürecinde tarafların feshin geçerli olup olmadığı üzerindeki tereddütlerinin giderilmesi noktalarında toplanmaktadır.⁷⁶³ Buna ek olacak şekilde, feshin karşı tarafın kabulüne bağlı olmaması ve iş sahibinin gidermekle yükümlü olacağı tazminat miktarını hesaplamasının kendisinden beklenemeyeceği argümanları da anılan gerekçeleri desteklemektedir.⁷⁶⁴ Bu görüş çerçevesinde, bünyesinde sebep barındırmayan her fesih bildiriminin TBK m. 484 çerçevesinde fesih hakkının kullanıldığı yönünde bir karine teşkil ettiği belirtilmektedir.⁷⁶⁵

Bu görüş çerçevesinde, TBK m. 484 anlamında tazminat ödenmesi fesih hakkının bir koşulu değil neticesi olarak kabul görmektedir.⁷⁶⁶

⁷⁶⁰ **Tandoğan**, Cilt II, s. 345.

⁷⁶¹ *Gautschi, Art 377 Nr. 8, 9a -b*, Nakleden **Öz**, Dönme, s. 141, dn. 14.

⁷⁶² **Öz**, Dönme, s.141; **Tandoğan**, Cilt II, s. 345-346.

⁷⁶³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 345-346.

⁷⁶⁴ **Öz**, Dönme s. 141; **Tandoğan**, Cilt II, s. 346.

⁷⁶⁵ **Öz**, Dönme s. 141.

⁷⁶⁶ **Öz**, Dönme s. 141

3. TBK m. 484 Hükümünün Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Kapsamında Uygulanabilirliği

Erman tarafından TBK m. 484 hükmünün eser sözleşmesi açısından savunulabilecek yukarıda açıklanan dayanaklarının kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde aynı şekilde kabul edilmesinin zor olduğu belirtilmektedir.⁷⁶⁷ Zira, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin inşa edeceği bina çerçevesinde hak elde etmesi karşısında işin icrasının salt iş sahibinin yararına gerçekleştirildiğinden bahsedilemez.⁷⁶⁸ Bununla birlikte, başka bir haklı sebep olmaksızın salt güven ilişkisinin zedelenmesi nedeniyle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin TBK m. 484 anlamında feshedilmesi sözleşmenin karma niteliği ve yüklenicinin ifa menfaati doğrultusunda çalışmasının engellenmemesini talep etme hakkı bulunması durumu ile uyum sağlamaz.⁷⁶⁹

Kostakoğlu, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taşınmazın satış vaadini içermesi temelinde tazminat karşılığında tek taraflı feshedilemeyeceği yönünde görüşünü bildirmektedir.⁷⁷⁰ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa payı ve bağımsız bölüme hak kazanabilecek olan yüklenicinin, anılan hakkının hüküm çerçevesinde tazminatla karşılanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşması düşünülemeyecek, bu durum menfaatler dengesini de bozacaktır.⁷⁷¹

⁷⁶⁷ **Erman**, s. 215.

⁷⁶⁸ **Erman**, s. 215.

⁷⁶⁹ **Erman**, s. 215-216.

⁷⁷⁰ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 706.

⁷⁷¹ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 706.

Buz, iş sahibine tanınan bu hakkın salt eser sözleşmesi ile sınırlı olacak şekilde söz konusu olduğunu ve karma niteliği haiz kat karşılığı inşaat sözleşmesinin TBK m. 484 (BK m. 369) hükmü çerçevesinde feshinin mümkün olmadığını belirtmektedir.⁷⁷²

Öz ise, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde TBK m. 484 hükmünün uygulanabilirliğini hesaplama yöntemini ele almak suretiyle şu şekilde açıklamaktadır: Yüklenicinin fesih anına değin inşa ettiği kısmın sözleşme ile kararlaştırılan tüm işe oranının, sözleşme ile kendisine verilmesi kararlaştırılan arsa payına oranı çerçevesinde bir orantılı bedel (Öz' e göre bu bedel arsa payı şeklinde olacaktır.) ve buna ek olacak şekilde kendisine sözleşme ile verilmesi kararlaştırılan arsa payının geri kalan kısmının değerinden, henüz inşası yapılmamış kısmına ilişkin masrafların çıkarılması ile bulunan fiktif kara tekabül eden arsa payı miktarında bir tazminatın yükleniciye verilmesi söz konusu olacaktır.⁷⁷³ Yani, yüklenici orantılı bedel ve tazminat olacak şekilde toplamda iki ayrı kalem taşınmaz mülkiyetine sahip olacaktır.⁷⁷⁴ Öz, burada aynen tazmini benimsemektedir.⁷⁷⁵ Bununla birlikte Yargıtay TBK m. 484 anlamında fesih çerçevesinde nakden tazmini öngörmektedir.⁷⁷⁶

Yavuz da, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde de güven ilişkisi argümanına dayanılarak arsa sahibinin TBK m. 484 hükmünden yararlanabileceğini belirtmektedir.⁷⁷⁷

⁷⁷² **Buz**, İş Sahibinin Feshi, s. 223.

⁷⁷³ **Öz**, Dönme, s. 149, dn. 38.

⁷⁷⁴ **Öz**, Dönme, s. 149, dn. 38.

⁷⁷⁵ **Öz**, Dönme, s. 149, dn. 38.

⁷⁷⁶ **Erman**, s. 217; Yargıtay 15. HD, 02.07.2018 tarih, 2018/1506 E., 2018/2778 K. bkz. dn. 782.

⁷⁷⁷ **Yavuz**, Özel Hükümler, s. 1097.

Yargıtay, TBK m. 484 hükmünün kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde de aynen uygulanacağını kabul etmektedir.⁷⁷⁸ Genel olarak eser sözleşmesi çerçevesinde TBK m. 484 hükmü kapsamında yer alan Yargıtay kararlarından doğrudan doğruya bu hükme dayananların az olduğu; bununla birlikte anılan kararların çoğunluğunda TBK. m. 473, 360, 482 hükümlerine dayanılmakla birlikte kanuni şartların oluşmaması temelinde geçersiz kabul edilen dönme beyanlarının TBK m. 484 kapsamında değerlendirildiği, bu anlamda bu kararlarda TBK m. 484’ den bir “torba hüküm” olarak yararlanıldığı belirtilmiştir.⁷⁷⁹ Buz, sözleşmeden dönme hükümlerine ilişkin yasal koşulların oluşmaması neticesinde dönme beyanının TBK m. 484 kapsamında feshe dönüştürülerek yorumlanması görüşüne katılmamaktadır.⁷⁸⁰ Yargıtay’ ın kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde Buz’ un yaklaşımını destekler eski ve yeni tarihli kararları mevcuttur.⁷⁸¹

⁷⁷⁸ **Kostakoğlu**, Kat Karşılığı İnşaat, s. 706.

⁷⁷⁹ **Buz**, İş Sahibinin Feshi, s.216, 217.

⁷⁸⁰ **Buz**, İş Sahibinin Feshi, s. 216-217; Bu noktada Öz ise, iş sahibinin fesih beyanı çerçevesinde belirtmiş olduğu gerekçenin asılsız olduğuna vakıf olması ya da vakıf olmasının kendisinden beklendiği hallerde bir başka dönme hükmüne dayalı uyumsuzluğun TBK. 484 kapsamında değerlendirilmesini adil bulurken; iş sahibinin durumu hatalı değerlendirmekte mazur olması halinde bu değerlendirmeyi kabul edilebilir bulmamaktadır. Belirtilen ikinci durumda haklı bir fesih/sözleşmeden dönme sebebi bulunmadığı üzere sözleşmenin devam edeceği belirtilmiştir. **Öz**, İnşaat s.236.

⁷⁸¹ “Eser sözleşmesinin bir türü olan ve uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak adlandırılan akitler karşılıklı taahhütleri havi sözleşmelerden olup sonuçları da BK’ nin 106 ve devamı maddelerinde öngörülen düzenlemeye tabi tutulmuş, Yargıtay içtihatları ve doktrinde de bu şekilde benimsenmiştir. O halde davalı tarafından feshi

kabul edilmeyen akdin, davacının tek taraflı irade beyanı ile bozulduğunun kabulü mümkün değildir. Bu durumda akdin bozulmasında şartların oluşup oluşmadığı BK' nın 20,106 ve devamı, 117 ve 369. maddeleri ışığında değerlendirilmelidir. Olayda akdin ifasını başlangıçta imkansız kılan bir durum bulunmadığı gibi sonradan ortaya çıkan bir engel de söz konusu olmadığından fesihte BK' nın 20 ve 117. maddelerinin uygulama alanı yoktur. Öte yandan arsa sahibinin BK' nın 369. maddesine göre akdi tek taraflı fesih imkanı var ise de davacı davasını bu maddeye dayandırmadığından davacıya bu şekilde akdi fesih yetkisi de tanınamaz. Öyleyse dava BK' nın 106 ve devamı maddelerindeki düzenlemelere göre irdelenip çözümlenmelidir.” – Yargıtay 15. HD, 02.12.1993 tarih, 1993/1191 E., 1993/4996 K. Buz, İş Sahibinin Feshi s. 217, dipnot 28, (www.kazanci.com); “Davada çözümlenmesi gereken ilk husus feshin B.K.' nun 369.maddesine dayanılarak yapıp yapılmadığı hususudur. Bunun için iş sahibinin iradesine bakılır ve o irade yorumlanır. Davalı arsa sahipleri tarafından davacı yükleniciye gönderilen 29.3.1996 tarihli ihtarnamede "inşaata hemen başlanmadığı ve aracılık hizmeti veren emlak bürosunun komisyonunun ödenmediği, bu hususların güven kaybına neden olduğu ve işlerin sağlıklı yürümeyeceği ve zamanında bitirilemeyeceği intibahı uyandırdığı" belirtilerek sözleşmenin haklı nedenlerle feshedildiği bildirilmiştir. Görüldüğü gibi arsa sahipleri feshi kendilerince haklı gördükleri birtakım sebeplere bağlamışlar, sözleşmeyi B.K.' nun 369.maddesine dayanarak feshettiklerine dair bir açıklamaya yer vermemişlerdir. Bu nedenle mahkemece feshin B.K.' nun 369'a göre yapıldığının kabul edilerek davanın bu doğrultuda sonuçlandırılması hatalı olmuştur.” – Yargıtay 15. HD, 06.12.2004 tarih, 2004/1836 E., 2004/6272 K. (www.kazanci.com)

Bununla birlikte, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde doğrudan doğruya TBK m. 484 dayanan feshe ilişkin güncel kararları mevcuttur.⁷⁸²

⁷⁸² “Bilindiği üzere BK' nın 369. maddesinde, eserin tamamlanmasından önceki bir aşamada iş sahibinin, yapılmış işlerin bedelini vermek ve yüklenicinin zarar ve ziyanını baliğın mabelağ (ferah ferah, bol bol) tazmin etmek şartı ile herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi feshedebileceği öngörülmüştür. Anılan yasa hükmüne göre, yüklenici zararı hesaplanırken BK' nın 325. maddesinde ifade edilen kesinti yöntemi değil, toplama yöntemi uygulanır. Bu yöntemde, yüklenicinin fesih tarihine kadar yaptığı giderlere (olumsuz zarar), şayet eser tamamlanmış olsaydı o tarihte elde edeceği net kar (olumlu zarar) eklenerek toplam zarar miktarı bulunur. Nitekim BK' nın 369. maddesi uyarınca yapılan fesih sonucu yüklenicinin olumlu ve olumsuz tüm zararlarını en üst düzeyde isteyebileceği muhtelif Yargıtay kararlarında ifade edilmiş bulunmaktadır (Y.15.HD.10.04.1989 T., 2592/1833 sy., 16.10.1989 T., 1623/4247 sy.). **Bunun yanında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tapuda pay devri edimi de içerdikleri için kural olarak ancak taraf iradelerinin birleşmesi ile ya da mahkeme kararı ile feshedilebilirlerse de BK' nın 369. maddesi uyarınca gerçekleştirilen fesih işlemlerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla bozucu yenilik doğuran hak sonuçlarını doğurur ve sözleşme ilişkisi sona erer. Bu itibarla da yüklenicinin tazminat alacağı hesabı anılan tarihteki rayiçler üzerinden yapılır.**”

– **Yargıtay 15. HD, 27.01.2012 tarih, 2010/7098 E., 2012/350 K.** (www.kazanci.com); “Tüm dosya kapsamına göre taraflar arasında düzenlenen Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nin davalı tarafından haksız feshedildiği, davalının TBK' nın 484. (BK' nın 369) maddesi uyarınca davacının zararlarını karşılamak zorunda olduğu ihtilafsızdır. Feshin yapıldığı ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan

4. TBK m. 484 Hükümü Uyarınca Feshin Sonuçları

TBK m. 484 hükmü uyarınca fesih sözleşmeyi ileriye etki edecek şekilde sonlandırır.⁷⁸³ Yargıtay'ın konumuz olan sözleşmenin feshi ile sözleşmeden dönmenin sadece tarafların iradesinin birleşmesi halinde veya dava yoluyla gerçekleşebileceği yönündeki içtihatlarının aksine TBK m. 484 anlamında arsa sahibinin sözleşmeyi feshi sonuçlarını fesih iradesinin yükleniciye ulaşması ile doğurmakta ve bu bozucu yenilik doğuran hakkın yükleniciye varması ile bu andan itibaren sözleşme ilişkisi sona ermektedir.⁷⁸⁴

818 Sayılı BK' nın 369. maddesine göre kar kaybının hesabında kalan imalat bedeliyle yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümlerin, feshin gerçekleştiği tarihteki mahalli rayiçlere göre bedellerinin belirlenmesi gerekmektedir. Somut olayda yüklenici tarafından açılan dava tarihi itibarıyla fesih iradelere birleştiğinden hükme esas alınan raporu düzenleyen bilirkişilerden ek rapor alınarak dava tarihindeki piyasa fiyatları ile kalan imalat bedeliyle yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümlerin bedellerinin belirlenmesi buna göre davanın sonuçlandırılması gerekirken sözleşme tarihindeki Bayındırlık Birim fiyatlarına göre hesap yapılan bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmesi doğru olmamış, açıklanan bu gerekçeye göre kararın temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir.” – Yargıtay 15. HD, 02.07.2018 tarih, 2018/1506 E., 2018/2778 K. (www.kazanci.com)

⁷⁸³ Tandoğan, Cilt II, s. 346.

⁷⁸⁴ “Nitekim BK' nın 369. maddesi uyarınca yapılan fesih sonucu yüklenicinin olumlu ve olumsuz tüm zararlarını en üst düzeyde isteyebileceği muhtelif Yargıtay kararlarında ifade edilmiş bulunmaktadır (Y.15.HD.10.04.1989 T., 2592/1833 sy., 16.10.1989 T., 1623/4247 sy.). Bunun yanında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tapuda pay

TBK m. 484 anlamında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi çerçevesinde, arsa sahibinin iki adet borcu bulunmaktadır. Anılan borçlar; inşanın tamamlanan kısmı ile orantılı yükleniciye ücret ödenmesi ve zarar tazmin borcudur.⁷⁸⁵

Genel olarak eser sözleşmesi anlamında TBK m. 484 hükmü çerçevesinde belirtilmesi gereken önemli husus, Türk – İsviçre Hukukunda, iş sahibinin, sözleşmede

devri edimi de içerdikleri için kural olarak ancak taraf iradelerinin birleşmesi ile ya da mahkeme kararı ile feshedilebilirlerse de BK' nın 369. maddesi uyarınca gerçekleştirilen fesih işlemlerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla bozucu yenilik doğuran hak sonuçlarını doğurur ve sözleşme ilişkisi sona erer. Bu itibarla da yüklenicinin tazminat alacağı hesabı anılan tarihteki rayiçler üzerinden yapılır. Somut uyuşmazlığa dönüldüğünde; arsa sahibi vekilince yükleniciye gönderilen 05.10.2006 günlü ihtarname ile taraflar arasındaki sözleşme BK 369. maddesi hükmüne göre feshedilmiştir. Mevcut fesih istemli dava da 31.10.2006 tarihinde açılmıştır. Bu durumda, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, yüklenici tarafından açılan birleştirilen davaya konu BK' nın 369. maddesi gereğince oluşturduğu bildirilen tazminat alacağı hesabının 2006 yılı ikinci yarıyıl serbest piyasa (mahalli) rayiçleri üzerinden yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır.” – Yargıtay 15. HD, 27.01.2012 tarih, 2010/7098 E., 2012/350 K. (www.kazanci.com)

⁷⁸⁵ **Erman**, s. 216-217; **Öz**, İnşaat s. 237-238; aksi görüşte **Buz**, (kat karşılığı inşaat sözleşmesine TBK m. 484 hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığını bildirmekle birlikte, bkz. dn. 772), genel olarak eser sözleşmesi çerçevesinde TBK m. 484 hükmünde yükleniciye tanınan talep hakları bakımından ikili bir ayrıma gidilmesinin anılan taleplerin farklı hukuki niteliklere sahip olduğu sonucuna varılamayacağı; işin fesih anına değin tamamlanmış kısmının da ifa talebi değil tazminat talebi olduğu görüşündedir. **Buz**, İş Sahibinin Feshi, s. 257-258.

kararlaştırılan işin yüklenicinin fesih anına kadar tamamlamış olduğu ilgili kısmına ilişkin bedel ödeme borcu ile yüklenicinin zararının tazminine ilişkin tazminat borcu arasındaki ilişkinin açık bir şekilde ortaya konulamamış olmasıdır.⁷⁸⁶

Bu noktada, Buz, doktrinde önce anılan ilk borcun yani tamamlanan kısma ilişkin bedel ödeme borcunun inceleme konusu yapıldığını, bunu müteakip ikinci borç olan tazminat ödeme borcunun ele alınarak sadece bu tazminat kalemi açısından toplama (olumlu) yöntemi veya kesinti (olumsuz) yöntemi çerçevesinde hesaplama yapılabileceğinin ifade olunduğunu, Türk ve İsviçre hukukunda toplama yönteminin benimsendiğinin ifade edilmesi ile yetinilerek toplama yönteminin sadece tazminat borcu açısından anlamını bulan bir yöntem olarak kabul edildiğini; oysa ki toplama yönteminin fesih hakkının kullanımını müteakip sözleşmenin bütün olarak tasfiyesine ilişkin yöntem olduğunu belirtmektedir.⁷⁸⁷ Buz, “toplama yöntemi” ne ismini veren toplama işleminin kalemlerinin işin fesih anına değin tamamlanmış kısmı ile henüz tamamlanmayan kısmına ilişkin yapılan iki ayrı değerlendirmeden ibaret olduğunu ve bu yöntemin salt işin tamamlanmış kısmına ilişkin tazminat hesaplamasında uygulanacağının kabulü halinde hiçbir toplama işleminde söz edilemeyeceğini bildirmektedir.⁷⁸⁸

Öz ise, TBK m. 484 (BK m. 369) hükmünün incelenmesine ilişkin Türk ve İsviçre Hukuku doktrinde yer alan eserlerde, iş sahibinin yapılan kısmın bedelinin ödenmesi borcunu inceleyen bir yazara rastlamamakla birlikte, Türk – İsviçre Hukuku doktrinde bu borcun tazminatın hesaplanması çerçevesinde ele alınarak adeta “bu bahis içerisinde

⁷⁸⁶ **Buz**, İş Sahibinin Feshi, s. 233; Orantılı Bedelin Tazminat Borcundan Ayırt edilmesi hususunda bkz. **Öz**, Dönme s. 143-144; **Buz**, İş Sahibinin Feshi s. 233-241.

⁷⁸⁷ **Buz**, İş Sahibinin Feshi s. 233.

⁷⁸⁸ **Buz**, İş Sahibinin Feshi s.233.

eritildiğini” belirtmiştir.⁷⁸⁹ Bir başka ifadeyle, Öz’ e göre anılan çalışmalar fesih anında ortada eserin yapılmış bir kısmının bulunması halinde tazminatın ne şekilde etkileneceği hususunu açıklamaktan uzak kalmaktadır.⁷⁹⁰ Öz, bu çerçevede önerilen toplama ve kesinti yöntemlerinin ancak eserin yapılmış kısmına dair orantılı bedel ödeme borcu dikkate alınmaksızın uygulanabileceğini, şayet bu şekilde uygulanmazsa inşaatın tamamlanan kısmının bir değer taşıması ve hangi şekilde kimde kalacağını belli olmaması hususlarının tazminat hesabını belirsizleştireceğini bildirmektedir.⁷⁹¹ Bu çerçevede, Öz’ e göre TBK m. 484 kapsamındaki uyuşmazlıklarda, yüklenici hakkında orantılı bedel ve tazminat olmak üzere iki ayrı alacak kalemine hükmedilmesi gerekmekte; iş sahibinin iki borcunu bir aşamada ele alan çözümler madde hükmünün sistemi ile bağdaşmamaktadır.⁷⁹²

a. Yüklenicinin İnşa Ettiği Kısma İlişkin Orantılı Bedel Verilmesi

Öz, iş sahibinin bedel borcunun paradan başka bir şey olması halinde de sonucun değişmeyeceğini belirtmek suretiyle kat karşılığı inşaat sözleşmesini ele almıştır.⁷⁹³ Bu çerçevede, arsa sahibinin yüklenicinin inşaat ettiği kısma ilişkin bedel borcunu arsa payı üzerinden hesaplayan Öz, orantılı bedeli şu şekilde bulmuştur. Buna göre, arsa sahibi anılan borcu çerçevesinde, fesih anına değin yüklenici tarafından inşa edilen kısmın sözleşme ile kararlaştırılan tüm işe oranının (*Anılan belirlemede masraflar esas alınır.*), sözleşme ile yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa payına oranı çerçevesindeki

⁷⁸⁹ Öz, Dönme s. 143.

⁷⁹⁰ Öz, Dönme s.143.

⁷⁹¹ Öz, Dönme, s. 148-149.

⁷⁹² Öz, Dönme, s.148-149.

⁷⁹³ Öz, Dönme, s. 149 dn. 38.

orantılı arsa payını yükleniciye devretmelidir.⁷⁹⁴ Erman' ın görüşü de aynı doğrultudadır.⁷⁹⁵ Fakat belirtildiği üzere Yargıtay sadece nakden tazmine hükmetmektedir.⁷⁹⁶

b. Yükleniciye Tazminat Ödenmesi

Bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi fesheden arsa sahibinin yüklenicinin zararını tam olarak gidermesi gerekmekte olup; burada yüklenici tarafından talep edilebilecek zararın olumlu zarar olduğu ifade olunmaktadır.⁷⁹⁷ Yüklenicinin bu anlamda olumlu zararının tazminini talep etmesinde arsa sahibinin kusurlu olması şartı aranmayacaktır.⁷⁹⁸

Yukarıdaki paragraflarda ifade olunan tazminat hesabına esas yöntemlere değinilecek olursa; toplama yöntemi adı verilen yöntem nezdinde yüklenicinin fesih anına değin yapmış olduğu giderlerin, eserin tamamlanmış olması halinde elde edilecek safi olmayan kar ile toplanması söz konusu iken; kesinti yönetimi çerçevesinde tazminat miktarının hesaplanması, borcun tamamen ifa edilmiş olması halinde yüklenicinin sözleşme çerçevesinde elde edeceği tam bedelden, işi bitirmemesi çerçevesinde harcamadığı giderlerin toplamı ve serbest kalması sebebiyle başka bir işten elde edilen kazançlar yahut anılan yönde bir iş yapmaktan kasti olarak kaçınması çerçevesinde elde

⁷⁹⁴ **Erman**, s. 216-217; **Öz**, İnşaat, s. 237; **Öz**, Dönme, s. 149, dn. 38.

⁷⁹⁵ **Erman**, s. 216-217.

⁷⁹⁶ **Erman**, s. 217; **Yargıtay 15. HD, 02.07.2018 tarih, 2018/1506 E., 2018/2778 K. bkz. dipnot 739.**

⁷⁹⁷ **Öz**, Dönme s.147; **Tandoğan**, Cilt II, s. 347.

⁷⁹⁸ **Öz**, Dönme s.147.

etmediği kazançların toplamının indirilmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir.⁷⁹⁹ Tandoğan TBK m. 484 (BK m. 360)' ün daha çok toplama yönteminin esas alındığını belirtmiş⁸⁰⁰; Kartal ise ilgili maddede hangi yöntemin kullanılacağı hususunda bir açıklık olmadığını ifade ederek kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından kesinti yönteminin uygulanmasının daha yararlı olduğunu belirtmiştir.⁸⁰¹ Kartal, Yargıtay kararlarında bir yöntemin daha yoğunlukta olacak şekilde uygulanmadığını belirtmiş ve kesinti yönteminin uygulandığı kararlara da atıfta bulunmuştur.⁸⁰² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin yerleşik içtihatları uyarınca olumlu zarar kapsamındaki kar mahrumiyeti tazminatının hesaplanması kesinti yönteminin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmektedir.⁸⁰³

⁷⁹⁹ **Öz**, Dönme s. 147-148; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 126-127; **Tandoğan**, Cilt II, s. 348.

⁸⁰⁰ **Tandoğan**, Cilt II, s. 349.

⁸⁰¹ **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 127-128.

⁸⁰² **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 127; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 127, dn. 63.

⁸⁰³ *"Haksız fesihten dolayı olumlu zarar kapsamında ki kar yoksunluğu, 818 Sayılı Kanunun 356/1. maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 325. maddesinde düzenlenen "Kesinti Yöntemi" ne göre hesaplanması gerekir. Bu yönteme göre, sözleşme konusu eserin hiç yapılmamış olması halinde tüm iş bedeli; kısmen yapılmış ise yapılmayan kısmın bedeli, sözleşmenin feshi tarihi itibarıyla belirlenir ve sonra da bu bedelden yüklenicinin işi tamamen ya da kısmen tamamlamaması sebebiyle sağladığı tasarruf, bu süre içinde başka bir iş yapmışsa bu işten elde ettiği kar, başka bir iş yapmaktan kasten kaçınmışsa kazanabileceği kar miktarı saptanan bedelden çıkarılır ve bulunan miktar, haksız fesih sebebiyle gerçekleşen kar yoksunluğu tazminatı olarak hesaplanmış olur. Mahkemece, yukarıda açıklanan yasal nedenlerle, davacı yüklenicinin "Kesinti Yöntemi" ne göre uzman bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak; sadece "Kar Yoksunluğu" tazminatı tutarının tespitiyle, taleple bağlı*

Hesaplama yöntemine gelince, Öz' ün kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde öngördüğü hesaplama, yükleniciye sözleşme ile verilmesi kararlaştırılan arsa payının geri kalan kısmının değerinden, henüz inşası yapılmamış kısmına ilişkin masrafların çıkarılması ve bulunması halinde TBK m. 408' e kıyasen gerekli indirimlerin de yapılması çerçevesinde bulunan fiktif kara tekabül eden arsa payı miktarında bir tazminatın yükleniciye verilmesi şeklindedir.⁸⁰⁴ Erman da bu yöntemi benimsemiştir.⁸⁰⁵

Öz, burada aynen tazmini benimsemiş olsa da⁸⁰⁶ değinildiği gibi Yargıtay TBK m. 484 anlamında feshin sonucu olarak nakden tazmini öngörmektedir.⁸⁰⁷



kalınmak suretiyle, kar kaybı tazminatına hükmedilmesi gerekirken; yanlış değerlendirme sonucu "toplama metodu" uygulanarak 818 Sayılı Kanununun 369. maddesi hükmüne dayalı olarak yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir.” – Yargıtay 15. HD, 02.07.2014 tarih, 2013/4839 E., 2014/4650 K. (www.kazanci.com)

⁸⁰⁴ Öz, Dönme, s. 149, dn. 38.

⁸⁰⁵ Erman, s. 216-217.

⁸⁰⁶ Öz, Dönme, s. 149, dn. 38.

⁸⁰⁷ Erman, s. 217, dn. s. 56; Yargıtay 15. HD, 02.07.2018 tarih, 2018/1506 E., 2018/2778 K. bkz. dn. 782.

III. YÜKLENİCİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE SÖZLEŞMEYİ FESİH HALLERİ

A. TBK m. 480/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Öngörülemeyen Haller Dolayısıyla Sözleşmeden Dönmesi

Götürü ücretten kasıt, sözleşmede eser bedelinin başlangıçta kesin olarak belirlenmesidir. Para yerine bir şey ya da başka bir eserin ücret olarak kabul edilmesi halinde de götürü ücretin varlığından bahsedildiği üzere konumuz olan sözleşme çerçevesinde yüklenicinin edimi karşılığında arsa payı, bağımsız bölüm alması da yüklenicinin ücretinin götürü (sabit) olduğunu göstermektedir.⁸⁰⁸

TBK m. 480/2 hükmü, BK m. 365/2 hükmünden farklı olacak şekilde sözleşmenin uyarlanmasını bedel artırımı ile sınırlı tutmaması ve sözleşme hükümleri çerçevesinde her türlü değişiklik kapsamında uyarlama yapma olanağı karşısında ilgili hükmün kat karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanabilirliğini daha mümkün kılmıştır.⁸⁰⁹ Bu çerçevede, sözleşme uyarlama şartlarının gerçekleşmiş olması halinde arsa sahibi tarafından yükleniciye sözleşme ile verilmesi kararlaştırılan arsa payı ve bağımsız bölümlerin artırımı yoluna gidilmesi ve/veya yükleniciye bir miktar para da verilmesi şeklinde arsa sahibine bir borç yüklenmesi mümkün olabilecektir.⁸¹⁰

⁸⁰⁸ **Erman**, s. 212-213; **Tandoğan**, Cilt II, s. 234-235, Yavuz Özel Hükümler s. 1088; *“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kural olarak taraflarca aksine bir hüküm kurulmadığı takdirde götürü bedelli sözleşmelerden olup, ...” – Yargıtay 23. HD, 18.12.2015 tarih, 2014/8139 E., 2015/8249 K. (www.kazanci.com)*

⁸⁰⁹ **Öz**, İnşaat, s.72- 74.

⁸¹⁰ **Öz**, İnşaat, s.74.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde özellikle maliyet artışlarına karşın arsa değerinin artmaması veya anılan maliyet artışına oranla arsa değerinin önemsiz bir artış göstermesi durumunda uygulama alanı bulabilecek⁸¹¹ olan TBK m. 480/2 hükmü⁸¹² çerçevesinde uyarlama şartlarının oluşması halinde yüklenici dava yoluyla sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilecek ve bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme ya da “dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde sözleşmeyi fesih hakkı”⁸¹³ nı kullanabilecektir.

İlgili madde hükmünün uygulanma şartlarının şu şekilde sıralanması mümkündür;

➤ Sözleşme taraflarının başlangıçta tahmin etmedikleri ya da taraflarca öngörülmesine rağmen meydana gelmeyeceği kabul gören olağanüstü bir olayın (durumun) varlığı şarttır.⁸¹⁴ Olağanüstü durumun doğa olayı⁸¹⁵ ya da beşeri bir olay⁸¹⁶;

⁸¹¹ **Yavuz**, Özel Hükümler, s.1089; **Erman**, s. 212-214.

⁸¹² “*Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.*” – TBK m. 480/2

⁸¹³ TBK m. 480/2.

⁸¹⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s. 656-657; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 133; **Tandoğan**, Cilt II, s. 239

⁸¹⁵ Üzerinde inşaat yapılacak arsanın jeolojik durum ve yapısının öngörülenden farklı olması, deprem, yıldırım düşmesi, sel, doğa olayları; **Eren**, Borçlar Özel s.656.

⁸¹⁶ Devalüasyon, aşırı enflasyon, işçi ve malzeme ücretlerindeki aşırı artış, savaş, grev, isyan bu kategoridedir. **Eren**, Borçlar Özel, s. 656.

mücbir sebep ya da beklenmedik bir olay ya da ortaya çıkış zamanları bakımından sözleşmenin imzalanması aşamasında⁸¹⁷ ve imzalandıktan sonra⁸¹⁸ ortaya çıkan olağandışı durumlar olarak şeklinde kategorize edilmesi mümkündür.⁸¹⁹ Bir durumun olağanüstü olarak değerlendirilmesindeki kıstas basiretli her yüklenici bakımından öngörülemez ve anılan özen sahibi ve uzman her yükleniciyi etkileyecek nitelikte olması noktasında yatmaktadır.⁸²⁰ Bununla birlikte, bulunması halinde mevcut yüklenicinin özel meziyet, donanım ve deneyimlerinin anılan objektif nitelikteki yüklenicinin sahip olduğu niteliklere eklenilmesi suretiyle değerlendirmenin daha ağır şartlar çerçevesinde yapılması gerekir.⁸²¹

➤ Yukarıdaki maddede bahsedilen olağanüstü durumların götürü bedel ile işin ifasına engel teşkil etmesi ya da ifayı aşırı derecede zorlaştırması gerekmekte olup; burada kastedilen ifa imkansızlığı değil ifanın mümkün olması ve fakat masrafların öngörülemez şekilde aşırı derecede artmış olmasıdır.⁸²² Ve fakat, anılan ifa güçlüğüne yüklenicinin iflas ya da ekonomik çöküşüne sebep olması bu madde anlamında bir şart olarak ele alınmayacaktır.⁸²³ Madde hükmünün uygulanabilmesi için

⁸¹⁷ İnşaat ya da kazı alanının sıra dışı jeolojik yapısı. **Eren**, Borçlar Özel, s. 656.

⁸¹⁸ Yasa değişikliği, savaş, genel grev, isyan, işçi ve malzeme ücretlerindeki aşırı artış bu kategoridedir. **Eren**, Borçlar Özel s. 656.

⁸¹⁹ **Eren**, Borçlar Özel s. 656.

⁸²⁰ **Eren**, Borçlar Özel s. 657; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 90.

⁸²¹ **Eren**, Borçlar Özel s. 657.

⁸²² **Eren**, Borçlar Özel s. 658; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 92.

⁸²³ **Eren**, Borçlar Özel s. 659.

edimler arasındaki somut denge çerçevesinde önemli bir oransızlığın vuku bulması gerekmektedir.⁸²⁴

➤ Edimler arasındaki denge çerçevesinde vuku bulan önemli bozukluk yüklenicinin kusur ve ihmalden kaynaklanmamalıdır.⁸²⁵

➤ Yüklenicinin olağanüstü durumun idrakine varır varmaz durumu derhal iş sahibine bildirmesi gerekmektedir.⁸²⁶

➤ TBK m. 480/2 hükmünün emredici nitelikte olmaması karşısında tarafların sözleşme çerçevesinde anılan madde hükmünün aksini kararlaştırmaları mümkün olabileceğinden; yüklenicinin anılan madde hükmünde ifade olunan haklardan önceden sözleşme çerçevesinde feragat etmemiş olması gerekmektedir.⁸²⁷

Eren ve Gümüş TBK m. 480/2 hükmü çerçevesinde yükleniciye seçimlik hak tanınmadığı görüşündedir.⁸²⁸ Türk Borçlar Kanunu kanun koyucusu, TBK m. 480/2 hükmü ile yükleniciye tanınan uyarılama hakkı ile dönme ya da fesih hakkı arasında “*dışlama ilkesi*” benimsenmiştir.⁸²⁹ Bu çerçevede, yüklenici, uyarılama talebinin yerinde olduğu hallerde tali nitelikteki dönme ya da fesih hakkını kullanma yoluna gidemez.⁸³⁰ Bir başka deyişle, madde hükmündeki belirtilen haklar birbirleri ile yarışan seçimlik haklar olmadığından belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, yüklenici, anılan

⁸²⁴ **Eren**, Borçlar Özel s. 659.

⁸²⁵ **Eren**, Borçlar Özel s. 659.

⁸²⁶ **Eren**, Borçlar Özel s. 660; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 93.

⁸²⁷ **Eren**, Borçlar Özel s. 660-661, **Tandoğan**, Cilt II, s.247.

⁸²⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 662; **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 94.

⁸²⁹ **Eren**, Özel, s. 662.

⁸³⁰ **Eren**, Özel s. 662.

haklardan bir tanesini seçme yoluna gidemeyecektir.⁸³¹ Uyarlama talebinin dava yolu ile ileri sürülmesini müteakip yapılan yargılama neticesinde sözleşmenin uyarlanmasına karar verilebilir. Şayet, bunun mümkün olmaması halinde ise ilgili mahkeme uyarlamanın mümkün olmadığına ilişkin bir tespit hükmü verecek; yüklenici kararın kesinleşmesini müteakip dönme ya da şartları mevcutsa fesih hakkını kullanma yoluna gidebilecektir.⁸³² Bu noktada, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde dönme ya da fesih hakkının tarafların iradesinin birleşmemesi halinde ancak dava yoluyla ileri sürülebileceği hususunu yinelemekte fayda bulunmaktadır. Netice itibarıyla, uyarlamanın mümkün olmadığı hallerde hakimin re' sen sözleşmenin geriye etkili dönme ya da ileriye etkili fesih hükümlerini uygulamak suretiyle sözleşmeyi sona erdirmesinden bahsedilemeyecektir.⁸³³

Yavuz, konumuz olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında ele aldığı madde hükmü çerçevesinde yüklenicinin uyarlama ya da sözleşmeden dönme taleplerinin birer seçimlik yetki olduğunu belirtmektedir.⁸³⁴

Öz de, hakimin taleple bağıllık ilkesine dikkat çekmekle birlikte, TBK m. 480/2 kapsamında yükleniciye seçimlik hak tanınmış olduğuna yönelik açıklamalarda bulunmuş ve yüklenicinin dava çerçevesinde terditli olacak şekilde bu talepleri ileri sürmesi halini de ele almıştır.⁸³⁵

TBK m. 480/2 hükmünde ifadesini bulan dönme veya fesih hakkı çerçevesinde ise burada kural olarak sözleşmeden geriye etkili dönme söz konusu olmakla birlikte; BK

⁸³¹ **Eren**, Özel. S.662.

⁸³² **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 94.

⁸³³ **Gümüş**, Borçlar Özel Cilt II, s. 94.

⁸³⁴ **Yavuz**, Özel Hükümler, s. 1089.

⁸³⁵ **Öz**, İnşaat, s. 72.

m. 365/2 hükmünden farklı olacak şekilde bu hükme eklenen son cümle⁸³⁶ ile yüklenici dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda ileriye etkili fesih hakkını kullanmalıdır.⁸³⁷ İlgili maddenin gerekçesinde 25 Ocak 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararına atıfta bulunmaktadır.⁸³⁸

B. TBK m. 125/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Arsa Sahibinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi

Arsa sahibinin sözleşme çerçevesinde taahhüt ettiği arsa payının yükleniciye devirde temerrüdü ile burada da karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler kapsamında borçlu temerrüdünü düzenler hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir.⁸³⁹

Arsa sahibi; sözleşme çerçevesinde kayıt altına alınan zamanda arsa paylarını devretmeme şeklinde borçlu temerrüdüne düşebileceği gibi⁸⁴⁰; arsa paylarını başlangıçta yükleniciye devrederek edimini ifa etmesi çerçevesinde haklarını güvence altına almak üzere anılan paylar üzerine tesis etmiş olduğu ve inşaatın belirli seviyelere ulaşması halinde peyderpey kaldırılması söz konusu olacak ipoteği⁸⁴¹ çözmedeki temerrüdü çerçevesinde de borçlu temerrüdüne düşebilmektedir.⁸⁴²

⁸³⁶ “Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.” – TBK m. 480/f.2 c.2

⁸³⁷ **Eren**, Özel, s. 664-665.

⁸³⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 664-665.

⁸³⁹ **Öz**, İnşaat, s. 97-100.

⁸⁴⁰ **Öz**, İnşaat, s. 97-100.

⁸⁴¹ **Erman**, s. 12-13; **Kartal**, Kat Karşılığı, s. 29.

⁸⁴² **Öz**, İnşaat, s. 97, 100.

Bu noktada yüklenici, işi bitirmesi için finans olanağı kalmadığı ya da inşaat işi için gerekli masrafların sözleşme ile elde edeceği arsa payı ve bağımsız bölümlerin değerinin üzerinde olması noktasında sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir⁸⁴³.

Bu noktada belirtilmesi gereken husus, şayet inşaatın % 90 ve üzeri tamamlanması söz konusu ise YİBBGK, 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararı ve yerleşik içtihatlar uyarınca sözleşmenin ileriye etkili feshinin söz konusu olmasıdır. Öz' e göre bu noktada, yüklenici tamamladığı iş oranında arsa payı ve bağımsız bölümü ve arsa sahibinin kusursuzluğunu ispat edememesi halinde elde edemediği arsa payı ve bağımsız bölümlerin değeri ile işin gecikmesinden kaynaklı olumlu zararının tazminini talep edebilecektir.⁸⁴⁴

Sözleşmeden dönmenin geriye etkili olarak sonuçlarını doğurması halinde ise yüklenici arsa sahibinin kusursuzluğunu ispatlayamaması halinde olumsuz zararını talep edebilecektir.⁸⁴⁵ İade yükümlülükleri bakımından yüklenicinin temerrüdü çerçevesinde arsa sahibinin TBK m. 125/2 anlamında sözleşmeden dönmesine ilişkin üzerinde ayrıntıları ile durulan görüşler burada da geçerli olduğundan, ilgili kısma atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

C. Yüklenicinin Arsa Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa sahibinin binayı kabul etme borcu yoktur. Binanın yaptırılması ve tesellümü onun açısından bir hak olarak

⁸⁴³ Öz, İnşaat, s. 99.

⁸⁴⁴ Öz, İnşaat, s. 99 -100.

⁸⁴⁵ Öz, İnşaat, s. 99.

düzenlenmiştir. Bu çerçevede, yüklenicinin inşaatı yapma ve ilerletmesine engel olan arsa sahibi alacaklı temerrüdüne düşecektir.⁸⁴⁶

Bir diğer husus olarak, İmar Kanunu m. 22 çerçevesinde yapı ruhsatını almaya yapı sahiplerinin ya da kanuni vekilleri yetkili kılınması hükmü karşısında arsa sahibinin (ayrıca bir taahhüdünün bulunmaması halinde) ilgili izni almak üzere bizzat başvuru yapmaması ya da yükleniciye bu uğurda vekalet vermemesi halinde de borçlu temerrüdü değil alacaklı temerrüdüne düşmesi söz konusu olacaktır.⁸⁴⁷

Öz' e göre bu tür durumlar çerçevesinde arsa sahibinin inşaatın yapımını engellemesi yanında yüklenici ile çalışmak istemediği ve sözleşmeyi sonlandırma düşüncesinde olduğu yönündeki beyanları arsa sahibinin sözleşmeyi TBK m. 484 hükmü uyarınca feshettiğini gösterir.⁸⁴⁸ Bununla birlikte, işin yapılmasına imkan vermeyen arsa sahibinin anılan yönde beyanlarının bulunmaması halinde yüklenici alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde TBK m. 110 hükmünün yollamasıyla borçlu temerrüdüne dair TBK m. 123 – 125 hükümleri çerçevesinde arsa sahibine ek bir süre tayin etmek suretiyle sürenin faydasız kalması halinde sözleşmeden dönebilecektir.⁸⁴⁹

Öz, bu durumda olumlu zarar talep edemeyen ve olumsuz zarar talep etmesi de tartışma konusu olan yüklenicinin kusurlu arsa sahibi karşısında mağduriyet yaşayacağını bildirmekle; yüklenicinin dönme hakkını kullanımında kendisi için fayda görmediği bu tür hallerde, arsa sahibine, süre sonunda inşaatı izin vermemesi halinde kendisinin TBK m. 484 anlamında sözleşmeyi feshetmiş sayılacağına şerh düşülmesi ile arsa sahibinin

⁸⁴⁶ Öz, İnşaat, s.112.

⁸⁴⁷ Öz, İnşaat, s. 112.

⁸⁴⁸ Öz, İnşaat, s. 112.

⁸⁴⁹ Öz, İnşaat s. 113

buna rağmen inşaaata izin vermemesi halinde sürenin sonunda TBK m. 484 uyarınca tüm olumlu zararının giderilmesini talep edebilmesini öngörmektedir.⁸⁵⁰



⁸⁵⁰ **Öz**, İnşaat s. 113.

IV. YARGITAY' IN KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN UYGULAMASI

A. Sözleşmeden Dönme ve Sözleşmeyi Feshin Ancak Taraf İradelerinin Birleşmesi ya da Mahkeme Kararı ile Mümkün Olacağı

Öncelikle, Yargıtay kararları çerçevesinde dönme hakkı hususunda da sıklıkla fesih hakkından söz edildiğini yineler; Yargıtay' ın yerleşik içtihatlarının özellikle yüklenicinin temerrüdü sebebiyle dönme ve fesih hakkının kullanılması noktasında doktrin ve Kanun hükümlerinde yer alanın aksine bu hakların ancak taraf iradelerinin üzerinde birleşmesi veya mahkemenin vereceği kararın üzerine sonuç doğurabileceği yönünde bir uygulamayı bünyesinde barındırdığını belirtiriz.⁸⁵¹ Bu noktada, öncelikle

⁸⁵¹ “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir. **Dairemizin kararlılık gösteren içtihatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, mahkeme kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı - sözleşmenin feshi- davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri fesihte birleşmediği sürece ancak mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır. Somut uyuşmazlığımızda, mahkemece davalı yüklenicinin kusuru olmaması nedeniyle**

sözleşmenin feshi talebinin de reddine karar verilmiş ise de, davalı yüklenici tarafından davacı arsa sahibine karşı ... 5. Asliye Hukuk Mahkemesi 2017/244 Esas sayılı dava dosyası ile de sözleşmenin feshi ile menfi ve müspet zarar tazmininde bulunduğu, böylelikle tarafların iradelerinin sözleşmenin feshi konusunda birleştiği anlaşıldığından mahkemece sözleşmenin feshi talebinin kabulü gerekirken reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması uygun bulunmuştur.” – **Yargıtay 15. HD, 20.12.2018 tarih, 2018/2608 E., 2018/5171 K.** (www.kazanci.com); “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin feshi ile birlikte müspet ve menfi zararların da tahsilini talep etmişlerdir. Yüklenici tarafından açılan bu davanın tarihi 07.02.2008 ise de, yüklenici şirket bu davayı açmakla daha önce 01.03.2007 tarihinde arsa sahipleri tarafından ortaya konulan fesih iradesine karşı çıkmadığından ve sözleşmenin feshi konusunda taraf iradeleri birleştiğinden şerhin terkinini istemiyle açılan iş bu davada işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davacının ileri de bu hakkını yeniden kullanabileceği, dava tarihi itibarıyla dava koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.*” – **Yargıtay 15. HD, 19.04.2010 tarih, 2010/1282 E., 2010/2239 K.** (www.kazanci.com); “2- *Taraflar arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin açılan dava sonucu feshine karar verildiği ve fesih kararının 24.03.2004 tarihinde kesinleştiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Arsa payı devrini içeren inşaat sözleşmeleri taraf iradelerinin bu yönde birleşmemesi durumunda mahkeme kararı ile feshedilir. Dairemizin yerleşen uygulaması da bu yöndedir. Yüklenici, gerçekleşen imalat bedelini fesih kararının kesinleşmesinden sonra talep edebileceğinden, 2004 yılı yerel piyasa fiyatlarına göre imalat tutarı hesaplanmalıdır. Bilirkişinin seçenekli hesabından inşaat ruhsat tarihi itibarıyla*

fesih ve dönmenin tek taraflı birer işlem olması ve iki tarafın anlaşarak sözleşmeyi ortadan kaldırmalarının ise ancak “ikale” olarak nitelendirilebileceği çerçevesinde bu içtihatlar eleştiriler yöneltilmektedir.⁸⁵²

Bununla birlikte, ilgili kısımda belirtildiği gibi TBK m. 484 çerçevesinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin fesih halinde ise fesih iradesinin yükleniciye ulaşmasıyla bu bozucu yenilik doğuran hakkın neticelerini doğuracağı ve sözleşme ilişkisinin sona ereceği hususları kayıt altına alınmıştır.⁸⁵³

B. Sözleşmeden Geriye Etkili Dönme Çerçevesinde Yüklenicinin Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri (TBK m. 77-82) Kapsamında İade Talebinde Bulunabileceği

Konumuz olan sözleşme çerçevesinde yüklenicinin arsa sahibinin taşınmazında yaptığı taşınmaz yapı işlerinin TMK m. 684 anlamında bütünleyici parça kuralı uyarınca kendiliğinden arsanın mülkiyetine dahil olması karşısında, sözleşmeden dönme halinde yüklenicinin yaptığı kısmın işçilik ve malzeme değerine tekabül eden maliyet bedelinin

saptadığı bedelle bağlı kalınarak hükme varılması bozma nedenidir.” – Yargıtay 15.

HD, 10.06.2008 tarih, 2007/6331 E., 2008/3831 K. (www.kazanci.com)

⁸⁵² Öz, Eleştiri, s. 22-27.

⁸⁵³ “... *Bunun yanında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tapuda pay devri edimi de içerdikleri için kural olarak ancak taraf iradelerinin birleşmesi ile ya da mahkeme kararı ile feshedilebilirlerse de BK' nın 369. maddesi uyarınca gerçekleştirilen fesih işlemlerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla bozucu yenilik doğuran hak sonuçlarını doğurur ve sözleşme ilişkisi sona erer.*” – Yargıtay 15. **HD, 27.01.2012 tarih, 2010/7098 E., 2012/350 K.** (www.kazanci.com)

sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesini talep edebileceği doktrin ve Yargıtay uygulamasında yerleşik görüşü oluşturmaktadır.⁸⁵⁴

⁸⁵⁴ **Öz**, Eleştiri, s. 33; *“Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olacak şekilde feshedilmesi halinde sözleşme yokmuş gibi tasfiye yapılır ve yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yaptığı inşaat bedelini isteyebilir. Sözleşmenin ileriye etkili olacak şekilde feshedilmesi halinde ise, yüklenici yaptığı inşaatın fiziki seviye oranına göre arsa payının devrini talep edebilir. ... Çünkü, eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa, sözleşme yokmuşçasına tasfiye yapılacağından, yüklenici inşaattan yaptığı kısma orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince imal ettiği inşaat bedelini alacak ve fakat fesih ileriye etkili kabul edilirse, inşaatı getirdiği fiziki seviyeye orantılı arsa payı devrini talep edebilecektir. Gerek Dairemizin ve Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin, gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun uygulaması açıklanan doğrultudadır.”*– Yargıtay 14. HD, 01.04.2009 tarih, 2009/1031 E., 2009/4125 K. (www.kazanci.com); *“Mahkemece, sözleşmenin geriye etkili olarak feshine karar verildiğinden, davalı yüklenici, karşı tarafın mal varlığında kalan edinimin nedensiz zenginleşme hükümlerine göre parasal karşılığını isteyebilir. Davalının bu talebi sözleşmenin tasfiyesine yönelik olup, ayrıca harç yatırılmasına gerek olmadan talepte bulunabileceğinden, bu yöndeki talebin değerlendirilmemesi hatalı olmuştur. Bu durumda mahkemece, davalının bu talebiyle ilgili gerekli araştırma yapılarak, gerektiğinde bilirkişiden rapor alınmak suretiyle sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır.”* – Yargıtay 23. HD, 04.11.2014 tarih, 2014/4792 E., 2014/6928 K., (legalbank.net)

SONUÇ

Hızlı artan nüfus, büyük şehirlerde oluşan konut açığı ve bireylerin konut ve kullanılabilir işyerlerine daha rahat imkanlarla sahip olma istekleri; sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde tezahür eden tip serbestisi prensibinin bir sonucu olacak şekilde, eser sözleşmesi ve satış ya da satış vaadi sözleşmesine ait unsurların Kanunda öngörülmeyen şekilde birleştirilmesi sonucu uygulamadaki ismi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde bir sözleşme türünün doğmasını gündeme getirmiştir.

Kanunda tanım, unsur ve hükümlerine ilişkin düzenleme yapılması yoluna gidilmeyen söz konusu sözleşme; şerh edilebilirliği hususunu hüküm altına alır TMK m. 1009 ile şerhine ilişkin bir özel düzenlemeyi hüküm altına alır TK m. 27/f.6 ve aynı şekilde Tapu Sicil Tüzüğü' nün 47/1-c maddesi çerçevesinde “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” teriminin kullanılması yoluna gidilmesi suretiyle mevzuat çerçevesinde anılmıştır.

Üzerinde muhtelif tanımlamalar olmakla birlikte, tüm görüşler ve sözleşmenin ani- sürekli borç ilişkisi doğurması çerçevesinde ele alınan YİBBGK 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararının göz önünde bulundurulması suretiyle anılan sözleşmenin, arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilen ve konusunu yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde ve söz konusu arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek üzere bütünlük taşır biçimde bina yapma ve arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin devri borcunu üstlenmesi ve buna karşılık arsa sahibinin, kendisine ait arsa paylarının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye ya da üçüncü kişilere devir borcunu üstlenmesi çerçevesinde tarafların anlaşmasından alan Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde düzenlenmemiş, geçerliliği şekle bağlı, sürekli – geçici borç karmaşığı borç ilişkisi doğuran tapu siciline azami beş yıl süre ile şerh edilebilir çifte tipli karma bir sözleşme şeklinde tanımlanması isabetli olacaktır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa sahibinin iki adet asli borcu bulunmakta olup; bunlardan ilkinin arsanın inşaaata elverişli ve ayıpsız bir şekilde yükleniciye teslim borcu; ikincisini ise sözleşme ile kayıt altına alınan arsa paylarının yükleniciye devir borcu oluşturmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borçları hususunda doktrinde üzerinde mutabık kalınan tam bir kategori ayrımı bulunmamakla birlikte; sözleşmenin tanımında yer alan yüklenicinin asli edim borçları çerçevesinde ve bu asli edimlerin söz konusu sözleşme türüne uygun yan borçları ile en nihayetinde yargı içtihatları da göz önünde bulundurulmak üzere yüklenicinin arsa sahibince sözleşme gereği tarafına devredilecek olan arsa paylarına karşılık arsa üzerinde bütünlük taşıy bir bina inşa etmek ve inşa ettiği bina çerçevesinde, sözleşme ile arsa sahibine devri kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine devretmek şeklinde asli borçları ve bununla birlikte sözleşme çerçevesinde özellik arz eden diğer borçları bulunduğu söylenilebilecektir.

Bu çerçevede, yüklenicinin “Sözleşmeye Uygun Bina İnşa Etme Borcu”; “Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu”; bina ve bağımsız bölümleri teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğinde olan “Ayıba Karşı Tekeffül Borcu” ve “Arsa Sahibince Tarafına Yetki Verilmesi ya da Sözleşmede Kayıt Altına Alınması Çerçevesinde Yüklendiği Muhtelif Borçları“ bulunmakta olup; “Yüklenicinin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altına Yaptırma Borcu”, “Araç – Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu”, “İşe Zamanında Başlama ve İşe Devam Etme Borcu” ve “Sadakat ve Özen Borcu” şeklindeki borçları “Sözleşmeye Uygun Bina İnşa Etme Borcu” kapsamında ele alınmaktadır.

Arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde fesih ve dönme hakkını kullanabileceği haller arasında; “TBK m. 125/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi”, “TBK m. 473/1 Çerçevesinde Yüklenicinin Sözleşme Konusu İş Vadesinde Yetiştiremeyeceğinin Anlaşılması

Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi”); nadir de olsa “TBK m. 475/1 - (1) Çerçevesinde Yapının Ayıplı Olmasından Dolayı Sözleşmeden Dönmesi” ve “TBK m. 484 Çerçevesinde Tam Tazminat Karşılığı Sözleşmeyi Feshetmesi” sayılabilir. Anılan durumlardan “TBK m. 484 Çerçevesinde Tam Tazminat Karşılığı Sözleşmeyi Feshetmesi” halinde ileriye etkili feshi hükümlerinin uygulanacağı tartışmasıdır. Geriye kalan durumlardan, “TBK m. 125/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi” hali yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin fesih olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında bünyesinde çok büyük bir tartışmayı barındırmakta; geriye etkili dönme ve ileriye etkili feshi görüşlerinin anılan madde üzerinden yapılan tartışma neticesinde şekillenmektedir. “TBK m. 473/1 Çerçevesinde Yüklenicinin Sözleşme Konusu İş Vadesinde Yetiştiremeyeceğinin Anlaşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi” durumunda anılan tartışmaların etkisini gösterdiği görüşler bulunmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde çok nadir uygulanma imkanı bulan “TBK m. 475/1 - (1) Çerçevesinde Yapının Ayıplı Olmasından Dolayı Sözleşmeden Dönmesi” halinde ise baskın görüş burada dönme üzerine yeni dönme teorisi uygulanacağını yönündedir. Bu maddenin çalışmada ele alınmasındaki önem ise; arsa sahibinin “TBK m. 125/2 Çerçevesinde Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi” üzerine yapılan tartışmalar çerçevesinde TBK m.475/f.3 hükmünün yüklenicinin temerrüdü durumunda kıyasen, doğrudan doğruya ya da evleviyetle uygulanıp uygulanmayacağı meselesinin geniş yer tutmasıdır.

Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde fesih ve dönme hakkını kullanabileceği haller arasında; “TBK m. 480/2 Çerçevesinde Öngörülemeyen Haller Dolayısıyla Sözleşmeden Dönme”, “TBK m. 125/2 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi”, “Arsa Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi” sayılabilir. Anılan

durumlardan, TBK m. 480/2 hükmü çerçevesinde ifade olunan dönme ve dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde fesih hakkının seçimlik hak olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, anılan madde çerçevesinde dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde yükleniciye sözleşmeyi ileriye etkili fesih hakkının açıkça tanındığı gözlemlenmektedir. Görüşümüzce, TBK m. 480/2 hükmü çerçevesinde yükleniciye tanınan uyarılama hakkı ile dönme ya da fesih hakları birbirleri ile yarışan seçimlik haklar olmamakla birlikte; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde fesih ve dönme hakkının ancak tarafların üzerinde iradelerinin birleşmesi ya da dava yoluyla kullanılabilmesine ilişkin Yargıtay içtihatları ve yargılamanın uzun aşamaları göz önünde bulundurulduğunda anılan madde hükmünün pratikte uygulanmasının uzun bir yargılama sürecini beraberinde getirebileceği şüphesizdir. “TBK m. 125/2 Çerçevesinde Arsa Sahibinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi” durumunda somut uyuşmazlığa göre geriye etkili dönme ya da ileriye etkili feshin hüküm sonuçlarını doğurması söz konusu olacaktır. “Arsa Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi” halinde de durum aynıdır.

Türk Borçlar Hukuku literatüründe “fesih” ve “dönme” kavramları üzerindeki terim kargaşası etkilerini kat karşılığı inşaat sözleşmesi üzerinde bir hayli göstermekte; söz konusu sözleşmeye ilişkin olarak fesih ve dönmenin her ikisinin de fesih olarak adlandırılmasına doktrin ve özellikle Yargıtay kararlarında sıklıkla rastlanılmaktadır. Burada esas itibarıyla tartışılan husus yüklenicinin yapıyı zamanında tamamlamaması ya da tamamlayamaması neticesinde işi yarıda bırakması suretiyle teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde somut uyuşmazlıkların dönme ya da fesih hükümlerinden hangisine dayanılarak çözümleneceği noktasında toplanmakta ve tatbik edilen hükümler uyarınca kararlar “geriye etkili dönme” ve “ileriye etkili fesih” çerçevesinde sözleşmenin sonlandırılmasına göre çeşitlilik arz etmektedir. Buradaki kavram kargaşası da Yargıtay kararlarında “geriye etkili dönme” nin “geriye etkili fesih” ya da “fesih” olacak şekilde

andandırması çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Yoksa, ileriye etkili fesih yönünde verilen kararlarda bir kavram kargaşasından söz edilemeyecektir.

Türk Hukuku nezdinde iş sahibine ait taşınmaz üzerinde bina inşasına ilişkin inşaat sözleşmeleri ve pek tabii çalışmamızın konusu olan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri çerçevesinde yüklenicinin yapıyı zamanında tamamlamaması ya da tamamlayamaması neticesinde işi yarıda bırakması suretiyle teslim borcunda temerrüde üzerine sözleşmeden dönme halinin hangi sonucu beraberinde getireceği hususu büyük tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Doktrin ve Yargıtay içtihatları çerçevesinde, karşıt görüşleri ve çok çeşitli kararları beraberinde getiren bu sorun, hukukçuların görüşlerinin, yüklenicinin sözleşme ile yapmayı taahhüt ettiği yapının yapımına başlanmış ve fakat teslim tarihinden önce tamamlanmamış olması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin hangi hukuki sonucu beraberinde getireceği noktasında, geriye etkili dönmenin sonuçları ve bu görüşün karşısında her bir somut olay için menfaat dengesine göre ileriye etkili fesih sonuçlarının gündeme geleceği hususlarında birbirlerinden ayrılımlarını gündeme getirmiştir.

Süregelen süreçte, Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile çalınan konumuz olan sözleşmenin arsa sahibi tarafından yüklenicinin işi teslim gününe değin tamamlamaksızın kusuruyla temerrüde düşmesi çerçevesinde sonlandırılmasına ilişkin olacak şekilde, uyuşmazlığın kural olarak TBK m. 125 hükmü çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği ve fakat somut durumun haklı gösterdiği durumlarda TMK m. 2/2 hükmünden faydalanması yoluna gidilmesi suretiyle sözleşmenin fesih hükümlerine dayanılarak sonlandırılacağı kabul edilmiştir. Bugün çerçevesinde Yargıtay'ın yüklenicinin teslim borcunda temerrüdüne ilişkin sözleşmelerin fesih hükümleri uyarınca sonlandırılması için kabul ettiği inşaat tamamlanma oranı % 90 ve bu oranın üzerindeki rakamlar olup; bu seviyenin altında yer alan rakamlar çerçevesinde geriye etkili dönme hükümleri uygulanmaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay'ın ileri etkili fesih hükümlerinin uygulanması için belirlediği

% 90 ve üzeri inşaat tamamlama oranının yanında inşaat çerçevesinde eksik kalan işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmaması yönünde kriter belirlediği kararının da bulunduğu gözlemlenmektedir.

Yargıtay, özellikle yüklenicinin temerrüdü sebebiyle dönme ve fesih hakkının kullanılması noktasında doktrin ve Kanun hükümlerinde yer alanın aksine anılan hakların ancak taraf iradelerinin üzerinde birleşmesi veya dava açılması kanalıyla kullanılabilceğini içtihat etmektedir. Bununla birlikte arsa sahibinin TBK m. 484 kapsamında sözleşmeyi feshi Yargıtay' ın uygulamasının bir istisnası olarak göze çarpmaktadır.



KAYNAKÇA

- Altaş, Hüseyin, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. m. 368)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.
- Aral, Fahrettin, Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Atamulu, İsmail, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Ayazlı, Pervin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları – Hukuki Özellikleri – Şekil Sorunu)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S.1, s.43 – 51.
- Becker, Herman, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184-551, (Çeviren: Suat Dura), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993.
- Buz, Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.
- Buz, Vedat, “İş Sahibinin BK m. 369’ a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2001, C. 21, S. 2, s. 209 – 265.
- Çenberci, Mustafa, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.
- Demir, Mehmet, **Türk Borçlar Kanunu’ nun Getirdiği Yenilikler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Durak, Yasemin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, C.1, Özel Sayı, 207- 252.
- Eren, Fikret, 6098 Sayılı **Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

- Erman, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2010.
- Esener Turhan, Güven Kudret, **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- Gökyayla, Emre K., Zevkliler, Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2018.
- Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt II, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Karakurt Gümüşsoy, Güler, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 16, S. 2, s. 769 – 785.
- Kartal, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (III)”, **Yargıtay Dergisi**, 1983, C. 9, S.3, s. 551 - 568.
- Kartal, Bilal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993.
- Kaya, Özgür Katip, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1993.
- Kılıçoğlu, Ahmet, “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1975, C. 32, S. 1, s. 186 – 199.
- Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, 4. Basıdan 7. Tıpkıbası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

- Kostakoğlu, Cengiz, “Eser Sözlşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözlşmelerinde Şekil”, **Yasa Hukuk Dergisi**, 1984, C. 7, S. 7, s. 925 – 932.
- Kostakoğlu, Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözlşmeleri**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2015.
- Kuntalp, Erden, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1971.
- Kurt, Leyla Müjde, **(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Oğuzman, Kemal, Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı**, 2017, s. 299 – 398.
- Öz, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözlşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989.
- Öz, Turgut, **İnşaat Sözlşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Öz, Turgut, “Kat Karşılığı İnşaat Sözlşmesinde Şekil Sorunları”, 2017, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’ a Armağan**, s. 495 – 508. (Kısaltma: Şekil Sorunları)
- Öz, Turgut, “Yargıtay’ ın Kat Karşılığı İnşaat Sözlşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, 2018, C. 10, S. 100, s. 21 – 39.
- Özmen, Etem Saba, Karaman Akçura, Tuba, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözlşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2013, C. 87, S. 1, s. 45 – 73.
- Reisoğlu, Safa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözlşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2007, C. 24, S. 2, s. 5 – 17.

- Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2013.
- Seliçi, Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976. (Kısaltma: Sürekli Borç İlişkileri)
- Seliçi, Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978. (Kısaltma: İnşaat Sözleşmeleri)
- Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (Kısaltma: Dönme)
- Serozan, Rona, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Sungurbey, İsmet, “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir” (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ a Zorunlu Bir Yanıt), **Yasa Hukuk Dergisi**, Şubat 1982, C. V, S. 2, s.173 – 194. (Kısaltma: Zorunlu Yanıt)
- Sungurbey, İsmet, “Yapıt Sözleşmelerinde Bozukluklara İlişkin BK. 360, II/III’ ün Örneksene Yoluyla Borçlu Direnmesine De Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ ın Son Yazısı Üstüne Notlar”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Haziran 1982, C. V, S. 6, s. 749 – 764. (Kısaltma: Yapıt Sözleşmeleri)
- Sungurbey, İsmet, “Yapıt Sözleşmelerinde Bozukluklara İlişkin BK. 360, II/III’ ün Örneksene Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Ocak 1983, S. 1, s. 13 – 33.

Sungurbey, İsmet, “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde Ismarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin Ismarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2’ deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not.”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Haziran 1984, S. 6, s. 781 – 795. (Kısaltma: Karar Üstüne Not)

Sungurbey, İsmet, **Medeni Hukuk Sorunları**, Dördüncü Cilt, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.

Tandoğan, Haluk, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, Ankara, Ajans – Türk Matbaası, 1961.

Tandoğan, Haluk, “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1981, C. 11, S. 1, s. 1 – 49. (Kısaltma: Orantılı Ücret)

Tandoğan, Haluk, “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt Yanıt)”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Nisan 1982, C. V, S. 4, s. 493 – 499. (Kısaltma: Zorunlu Yanıt Yanıt)

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, 1989 Yılı Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 1971.

- Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1974.
- Turanboy, Asuman, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1990, C. 41, S. 1, s. 151 – 189.
- Uygur, Turgut, **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaacılık, 1993.
- Von Tuhr, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt 1 – 2, (Çeviren: Cevat Edege), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983.
- Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2013.
- Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2014.
- Yener, Mehmet Deniz, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2011.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

<https://legalbank.net>

<https://www.kazanci.com>

ÖZET

Türk Borçlar Hukuku literatüründe “fesih” ve “dönme” kavramları çerçevesinde var olan terim kargaşası etkilerini kat karşılığı inşaat sözleşmesi üzerinde bir hayli göstermekte olup, özellikle yargı içtihatlarında anılan kavramların her ikisinin birden fesih olarak adlandırılmasına sıklıkla rastlanılmaktadır.

Yüklenicinin inşaatın büyük bir bölümünü tamamlamış olmasına rağmen bağımsız bölümleri teslim borcunda temerrüde düşmesi üzerine TBK m. 125/f.2 çerçevesinde arsa sahibine ileriye etkili (ex nunc) fesih hakkı tanınması, doktrin ve yargı içtihatlarında yoğun tartışmaları gündeme getirmiş bir noktaya işaret etmektedir.

Çalışma nezdinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili (ex nunc) feshi sonucunu doğuran tüm koşulların doktrinde yer alan görüşler ve Yargıtay içtihatları çerçevesinde incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde “kat karşılığı inşaat sözleşmenin hukuki çerçevesi”, takip eden bölümde arsa sahibi ile yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı “borçları” ve son bölümünde arsa sahibi ve yükleniciye tanınan fesih ve dönme haklarının irdelendiği “kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve sonuçları” ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İleriye Etkili (ex nunc) Fesih, Dönme, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Arsa Payı, Kavram Kargaşası

ABSTRACT

The terminological confusion in the framework of the conception of “termination” and "rescission" within the Turkish Law of Obligations reveals its effects on the construction agreement in return for flat (*or land share*), especially often seen that both of conceptions are mentioned on supreme court decisions as “termination”.

Although, the contractor has completed a major portion of construction, granting the land owner the right to proactive (ex nunc) termination within the framework of art. 125/p.2 CO, upon default in the delivery of the independent sections has brought intense debates around the doctrine and Supreme Court practices.

In the scope of this study, it is aimed to examine all the conditions that lead to the proactive (ex nunc) termination of the construction agreement in return for flat within the framework of the doctrinal opinions and the Supreme Court practices.

The study examines “the legal framework of the construction agreement in return for flat” in the first chapter; contractual “obligations” of the land owner and the contractor in the following chapter and the rights of termination and rescission granted to the landowner and contractor within the context of “termination of the construction rights in return for flat” in the final chapter.

Key Words: Proactive (ex nunc) Termination, Rescission, The Construction Agreement in Return For Flat (*or land share*), Land Share, The Terminological Confusion