

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ
FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ**

DÖNEM PROJESİ

**KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMEL HUSUSLAR İLE
ARSA PAYI PAYLAŞMA ORANLARI VE TAPU MÜDÜRLÜKLERİ İLE
İLİŞKİSİ**

Selcen KAHYAOĞLU YÜCEL

TAŞINMAZ GELİŞTİRME ANABİLİM DALI

**ANKARA
2013**

Her hakkı saklıdır

ÖZET

Dönem Projesi

KAT KARŞILIGI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMEL HUSUSLAR İLE ARSA PAYI PAYLAŞMA ORANLARI VE TAPU MÜDÜRLÜKLERİ İLE İLİŞKİSİ

Selcen KAHYAOĞLU YÜCEL

Ankara Üniversitesi

Fen Bilimleri Enstitüsü

Taşınmaz Geliştirme Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Sosyal ve ekonomik koşulların değişmesi ve gelişmesi üzerine, toplumda artan konut ve işyeri ihtiyacına paralel olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi daha yaygın biçimde kurulmaya başlanmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ile müteahhit arasında kurulan, tam iki tarafa karşılıklı olarak borç yükleyen ve ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme türüdür. Sözleşme ile müteahhit, arsa sahibinin arsası üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek bir bina meydana getirmeyi ve sonunda bu bağımsız bölümlerden belirlenmiş olanları arsa sahibine devretmeyi taahhüt eder. Arsa sahibi ise, belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcu altına girer. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, eser sözleşmesi ve taşınmaz satım vaaadinin unsurlarını taşıyan çifte tipli, karma yapılı, atipik bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi atipik sözleşmelerden olduğu için, geçerliliği kanunen herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Ancak, sözleşmenin içeriğinde taşınmaz satım vaaadini barındırıyor olması, resmî şekilde yapılması zorunluluğunu doğurur. Resmî şekil, ispat şartı olarak değil, geçerlilik şartı olarak aranır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi, arsasını daha nitelikli bir şekilde değerlendirmiş, müteahhit ise, üzerine inşaat yapacağı arsa için ayrı bir masraf yapmasına gerek kalmaksızın yeni bir iş imkânı elde etmiş olur. Konut ihtiyacı bulunan üçüncü kişilerin de yapılacak bağımsız bölümlerden yararlanması mümkündür. Bununla birlikte, sözleşme taraflarından arsa sahibinin, arsa paylarını müteahhide geçirme borcunun geçerliliğinin resmi şekle bağlı olmasına karşılık; müteahhidin inşaat yapma borcunun şekle tabi olmaması, uygulamada çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı ve unsurları, hukuki niteliği, gerçekleşmesi çeşitleri, şekli ve şekle uyulmamasının sonuçları, hükümleri ve sona ermesi konuları ile arsa payı paylaşma oranları ve tapu müdürlükleri ile ilişkisi üzerinde durulacaktır.

Mayıs 2013, 89 Sayfa

Anahtar Kelimeler: Arsa payı, inşaat, arsa sahibi, müteahhit ve sözleşme

ABSTRACT

Term Project

**THE RELATIONSHIP BETWEEN THE BASICS OF CONSTRUCTION CONTRACT
IN RETURN FOR THE OWNERSHIP OF A CONDOMINIUM APARTMENTS'
WITH THE RATIOS OF LAND ALLOTMENT AND LAND REGISTRY OFFICES**

Selcen KAHYAOĞLU YÜCEL

Ankara University

Graduate School of Natural and Applied Sciences

Department of Real Estate Development

Supervisor: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

As a result of the changes and improvements in the social and economic conditions, construction contracts in return for land allotment have been issued extensively in parallel with increased demand for housing and business stock in the community.

The construction contract in return for land allotment, a contract between owner of real estate and contractor can be defined as a type of freelance contract and incur obligations for both parties. In accordance with the contract, contractor constructs a building with independent sections on the real estate and promises to transfer certain shares to owner. In the case of real estate owner, determined allotments are transferred to contractor. In this regard, the construction contract in return for land allotment is concluded to be a dual-type, mixed-bodied, atypic contract containing the components of freelance contract and real estate sales contract.

As the construction contract in return for land allotment is atypic contract, validity is not regulated in any form by law. On the other hand, as the contract containing the components of real estate sales contract, it should be issued officially. Authentication is required for being the condition of validity, not for being the condition of proof.

Land owner qualifies the property wisely with the the construction contract in return for land allotment, while the contractor has a new job oppurtunity without the need to

charge for construction land. Besides, third parties in the need of housing can also benefit from independent sections. Despite the obligation validity of land owner being one of the parties to the contract as transferring allotted land to the contractor is regulated formally, the obligation of contractor for construction does not depend in any formal form which have brought several issues. In this study, the definition and components of the construction contract in return for land allotment, application types, procedures and the results of unfollowed procedures, provisions and the contract termination as well as the relations to the ratios of land allotment and land registry offices will be discussed.

May 2013, 89 pages

Key Words: Land allotment, construction, land owner, contractor, and contract

TEŞEKKÜR

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin bir çeşidi olarak hukuk literatürü içerisinde yer almaktadır. Eser sözleşmeleri de Türkiye’de uygulama alanı oldukça yaygın olan bir iş görme sözleşmesidir. Bu sözleşme ile günümüz toplumunda gerekli olan işbölümü neticesinde, insanlar ihtiyaçlarını karşılayabilmek için eser sözleşmelerine taraf olmak zorunda kalmaktadırlar. İşte bunlardan biri de inşaatla konu olan bu sözleşmelerdir

Eser sözleşmeleri, günlük hayatımızda iç içe yaşadığımız bir akit türüdür. Üstelik daima genişleyen nitelik ve kapsam, ya da çoğalan türleri ile toplum içinde daha da yayılma eğilimi göstermektedir. Günümüzde ilerleyen teknoloji, ekonomi, sürekli artan toplum ihtiyaçlarının yanında sanayileşen kentlere kırsal kesimden sürekli göçler meydana gelmesi, nüfusun oransız ve plansız artması neticesi hızlı ve düzensiz kentleşme ortaya çıkmıştır. Şehir merkezlerindeki konut yapımına müsait arsaların azalması ve arz-talep dengesinin sonucu olarak fiyatlarda artış görülmüştür. Bahçeli müstakil evler yerini dar alanlar içerisinde kurulmuş, daha fazla insanın barınabileceği, yüksek toplu konut sisteminin alması gerek mali yetersizlik gerekse yer darlığı sonucu toplumsal bir zorunluluk haline gelmiştir. İnşaat sözleşmeleri, gayrimenkullerin fiyatlarının ve inşaatı meydana getirmenin bedellerinin sürekli artış gösterdiği ülkemizde, arsa sahipleri ile müteahhitlerin sık sık kullandıkları bir hukuki işlemdir. Ancak; inşaat sözleşmelerini de kapsayan bu geniş kapsamlı eser sözleşmelerinin uygulanmasında sözleşmenin özelliği itibariyle niteliği bakımından gerek teoride gerekse uygulamalarda uyumsuzluklar ve tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin kurulması, işleyişi ve uygulanmasında çıkan sorunlar sona ermesinde de baş gösterir vaziyettedir. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri Borçlar Kanununda birçok madde ile irdelenerek incelenmeye çalışılmıştır.

Dönem projemin belirlenmesi ve hazırlanması sürecinde desteğini esirgemeyen Anabilim Dalı Başkanımız Sayın Prof. Dr. Harun TANRIVERMİŞ’(Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Geliştirme Anabilim Dalı)e, danışmanım Sayın Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL’(Ankara Üniversitesi Fen

Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Geliştirme Anabilim Dalı) a ve her zaman yanımda olan
canım aileme sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Selcen KAHYAOĞLU YÜCEL

Ankara, Mayıs 2013

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR DİZİNİ.....	xi
1. GİRİŞ.....	1
2. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, UNURLARI ŞEKLİ, TÜRLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	3
2.1 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Kavramı.....	3
2.2 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unurları.....	4
2.2.1 Arsa sahibinin belirli arsa paylarını devretme taahhüdü.....	4
2.2.2 Müteahhidin belirlenen bağımsız bölümleri yapma borcu.....	4
2.2.3 Tarafların anlaşması.....	5
2.3 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şekli.....	7
2.3.1 Genel olarak.....	7
2.3.2 Şekle aykırılığın sonuçları.....	11
2.3.2.1 Genel olarak.....	11
2.3.2.2 Şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceği haller.....	12
2.4 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Türleri.....	14
2.4.1 Arsanın tamamının veya belirli payların yükleniciye devri.....	14
2.4.2 Arsa payının devrinin inşaatın ulaştığı seviyeye göre devri.....	15
2.4.3 Arsa sahibinin arsa paylarını satışını vaat etmesi, yüklenicinin de arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt etmesi.....	16
2.5 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	16
2.5.1 Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması.....	17
2.5.2 Karma bir sözleşme olması.....	17
2.5.3 Sürekli-geçici karmaşığı olan bir borç ilişkisi kurması.....	18
2.5.4 Tapu kütüğüne şerh edilmedi.....	20
3. ARSA PAYI KARILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	21
3.1 Müteahhidin Borçları.....	21

3.1.2 Yapı yapma borcu.....	21
3.1.2.1 Genel olarak.....	21
3.1.2.2 Yapıyı şahsen yapma veya kendi idaresi altında yaptırma borcu.....	22
3.1.2.2.1 Kural.....	22
3.1.2.2.2 Müteahhidin işi başkasına yaptırma yetkisi.....	23
3.1.2.2.2.1 Müteahhidin işi başkasına yaptırma yetkisi ve alt müteahhit kavramı.....	24
3.1.2.2.2.2 Asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişki.....	24
3.1.2.2.2.3 Asıl iş sahibi ile alt müteahhit arasındaki ilişki.....	25
3.1.2.2.2.4 İlk müteahhidin alt müteahhidin davranışlarından dolayı asıl iş sahibine karşı sorumluluğu.....	25
3.1.2.3 Sadakat ve özen borcu.....	26
3.1.2.3.1 Sadakat borcu.....	27
3.1.2.3.2 Özen borcu.....	28
3.2 Yapıyı Teslim Borcu.....	30
3.2.1 Genel olarak.....	30
3.2.2 Teslim borcunun ifa zamanı.....	31
3.2.3 Teslim borcunu ifada temerrüt ve bunun sonuçları.....	31
3.2.3.1 Teslim borcunun ifada temerrüdün şartları.....	31
3.2.3.1.1 Edimin muaccel olması.....	32
3.2.3.1.2 Edimin ifasının mümkün olması.....	34
3.2.3.1.2.1 Genel olarak.....	34
3.2.3.1.2.2 Türk Borçlar Kanununun 486. madde hükmü.....	35
3.2.3.1.3 Edimin yerine getirilmemiş olması.....	36
3.2.3.1.4 İhtar.....	37
3.2.3.2 Teslim borcunun ifada temerrüdün sonuçları.....	38
3.2.3.2.1 Genel olarak.....	38
3.2.3.2.2 Aynen ifa ve gecikme tazminatı.....	38
3.2.3.2.2.1 İş sahibi adına yapılan inşaatlarda aynen ifa isteği.....	38
3.2.3.2.2.2 Kat karşılığı yapılan ifalarda aynen ifa isteği.....	40
3.2.3.2.2.3 Gecikme tazminatı-kira mahrumiyeti isteği.....	41
3.2.3.2.3 İfadan vazgeçme ve müspet zararın tazmini.....	42
3.2.3.2.3.1 Temerrüde düşen müteahhidin işe başlamamış olması.....	42

3.2.3.2.3.2 Temerrüde düşen müteahhidin işi kısmen yapmış olması.....	43
3.2.3.2.4 Sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini.....	44
3.3 Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	48
3.3.1 Ayıba karşı tekeffülün şartları.....	48
3.3.1.1 Yapının teslim edilmiş olması.....	48
3.3.1.2 Yapının ayıplı olması.....	48
3.3.1.2.1 Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin eksikliği.....	49
3.3.1.2.2 Gerekli niteliklerin eksikliği.....	49
3.3.1.2.3 Ayıp türleri.....	49
3.3.1.2.3.1 Hukuki ayıp-fiili ayıp.....	49
3.3.1.2.3.2 Gizli ayıp-açık ayıp.....	50
3.3.1.2.3.3 Önemli ayıp-önemsiz ayıp.....	50
3.3.1.3 Ayıbın arsa sahibine yüklenmemesi.....	51
3.3.1.4 Arsa sahibinin yapıyı kabul etmemiş olması.....	52
3.3.1.5 Arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olması.....	52
3.3.1.5.1 Muayene külfeti.....	52
3.3.1.5.2 İhbar külfeti.....	55
3.3.2 Arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları.....	59
3.3.2.1 Genel olarak.....	59
3.3.2.2 Sözleşmeden dönme hakkı.....	60
3.3.2.2.1 Yapıdaki ayıpların arsa sahibinin kabule zorlanamayacağı derecede önemli olması.....	60
3.3.2.2.2 Yapının yıkılması ve kaldırılması aşırı bir zararı gerektirmemesi.....	61
3.3.2.2.3 Dönme beyanı.....	62
3.3.2.3 Ücretin indirilmesini talep hakkı.....	63
3.3.2.4 Ayıbın giderilmesini talep hakkı.....	64
3.3.2.5 Tazminat talep hakkı.....	67
3.3.3 Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı.....	68
4. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI.....	70
4.1 Arsa Paylarını Devir Borcu.....	70
4.2 İnşaatın Yapılması İçin Kendisine Düşen Yükümleri Yerine Getirme Borcu...71	

5. ARSA PAYI PAYLAŞMA ORANLARI VE TAPU MÜDÜRLÜKLERİNİN SORUMLULUĞU.....	74
5.1 Arsa Payı Paylaşma Oranı.....	74
5.1.1 Arsa payı.....	74
5.1.2 Arsa payının tespiti.....	74
5.1.3 Ana yapı ve bağımsız bölümün değerini etkileyen unsurlar.....	75
5.1.4 Arsa payının önemi.....	75
5.2 Tapu Müdürlüklerinin Sorumluluğu.....	76
6. SONUÇ.....	78
KAYNAKLAR.....	80
EK Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Örneği.....	82
ÖZGEÇMİŞ.....	89

KISALTMALAR DİZİNİ

TBK	Türk Borçlar Kanunu
Bkz	Bakınız
C	Cilt
E	Esas
HD	(Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	(Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	(Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kararı
K	Karar
Karş	karşılaştırınız
md	madde
RG	Resmi Gazete
S	Sayı
s	sayfa
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı

1. GİRİŞ

Hızlı nüfus artışı, büyük şehirlerdeki konut açığı, bireylerin daha rahat konut ve kullanılabilir iş yerlerine sahip olma arzuları 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun akit serbestfisi esastndan yararlanılarak uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi veya kat yapımı sözleşmesi olarak anılan sözleşme türünün doğmasına sebep olmuştur.

Bireylerin sosyal güvenlik ihtiyacı asırlar boyunca kendine ait bir konuta sahip olma doğrultusunda gelişmiş, böyle bir konuta malik olan ise, daha iyisini arzulama yolunu seçmiştir. İmkânların darlığı, iş sahibi tarafından arsanın mülkiyetinin tamamının veya bir bölümünün müteahhide (yükleniciye) geçirilmesi veya geçirilmesinin taahhüt edilmesi karşılığında, karşı edim olarak yüklenici de inşaatı yapma edimini üstlenmektedir.

Üniversitelerin Hukuk Fakültesi, Mühendislik ve Mimarlık Fakülteleri, Taşınmaz (Gayrimenkul) Geliştirme Bölümleri ve diğer akademik birimlerinde kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ile ilgili çalışmaların yapılmış olduğu ve bu çalışmalarda tarafların, karşılıklı haklarını koruyabilmeleri açısından kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde karşılaşılması olası sorunlar ile bunların çözüm yolları konusunda yeterli bilgi sahibi olunmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Seliçi 1978, Ayazlı 1987, Özyürek 1988, Kartal 1992, Sarı 2006, Erman 2007, Alpöğünç 2010, Kostakoğlu 2011, Yıldırım 2011). Bu çalışmadaki temel amaç, tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğacak hak ve yükümlülüklerini anlatarak karşılaşılabilecekleri problemleri tanımlamaktır.

Türkiye’de konut açığının kapanmasında büyük rolü görülen ve eser sözleşmesinin bir türü olan “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”nin, eser sözleşmesinden ayrı olarak incelenmesi kendini bir zorunluluk olarak hissettirmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kavramı, unsurları, şekli, türleri ve hukuki niteliği, ikinci bölümünde arsa payı karşılığı inşaat

sözleşmesinin hüküm ve sonuçları ile üçüncü bölümünde arsa payı paylaşma oranları ve Tapu Müdürlüklerinin sorumluluğu anlatılmıştır.

2. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, UNSURLARI, ŞEKLİ, TÜRLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Kavramı

Türkiye’de sanayinin gelişmesiyle birlikte çarpık kentleşme meydana gelmiş, bunun sonucu olarak da konut sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunu çözmek için gittikçe çok katlı apartmanlar yapılmaya başlanmıştır. Bir tarafta müteahhit, diğer tarafta arsa sahibi aralarında anlaşarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaya başlamışlardır. Uygulamada, “taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi” şeklinde değişik isimlerle adlandırıldıkları görülmektedir (Karahasan 1979).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi¹ Borçlar Kanununda düzenlenmediği için herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Borçlar Kanunumuzda yer alan taşınmaz satış sözleşmesi ile eser sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır (Erman 2007). Eser sözleşmesinin 6098 Sayılı TBK md. 470’te tanımı yapılmıştır. Buna göre, “eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Eser sözleşmesinin unsurlarını arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uyarlanacak olursa şu şekilde bir tanım yapılabilir: Bina (bir şey, eser) meydana getirme taahhüdünde bulunan yüklenici yani müteahhit ile meydana getirilen şey karşılığında arsa payı (maddi bir değer) veren arsa sahibi arasında yapılan sözleşmeye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi denir. Ama unutmamak gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karma sözleşmeler olması ve sürekli bir edim doğurması sebebiyle eser sözleşmelerinden ayrı özellik göstermektedirler (Kostakoğlu 2006).

¹ Bu sözleşmeye Yargıtay kararlarında “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” denilmektedir. Bakınız: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E: 1987/2, K: 1988/2, T: 30.09.1988 (<http://www.kazanci.com.tr/>); Erişim Tarihi: 12.10.2012.

2.2 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

2.2.1 Arsa sahibinin belirli arsa paylarını devretme taahhüdü

Müteahhidin veya yüklenicinin sözleşme gereği borcunu yerine getirmesi karşılığında, arsa sahibi de sözleşmede belirtmiş oldukları arsa paylarını müteahhide devretme borcu altına girmektedir.

Arsa sahibi birden fazla kişi olabileceği gibi, gerçek veya tüzel kişi de olabilir². Arsa sahibi bu borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmeli, hukuki ve maddi imkânsızlıklar içeren bir arsa için sözleşme yapmamalıdır. Örneğin, arsa üzerinde imar yasağının bulunması durumunda hukuki bir imkânsızlık var demektir. Burada arsa sahibinin borcunu yerine getirmiş olmasından bahsedilemez. Bununla birlikte taşınmazın tapuya kayıtlı olmaması durumunda ise, mülkiyetin devri zilyetliğin verilmesiyle gerçekleştiğinden, arsa sahibinin arsa paylarının zilyetliğini müteahhide vermesiyle, arsa sahibi devir borcunu yerine getirmiş sayılır (Erman 2007).

2.2.2 Müteahhidin belirlenen bağımsız bölümleri yapma taahhüdü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, bağımsız bölüm (kat) yapma borcu altına girmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) md. 2’de tanımlara yer verilmiştir. Buna göre; “Kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütününe (Ana gayrimenkul); yalnız esas yapı kısmına (Ana yapı) ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine (Bağımsız bölüm); bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan yerlere (Eklenti); bağımsız bölümler üzerinde

² Bakınız: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:1993/860, K:1994/181, T:30.03.1994. “... Öncelikle, kooperatif ana sözleşmesinin ve ticaret sicili dosyasının getirilerek, ana sözleşme ile yönetim kurulu üyelerine ne gibi yetkilerin verildiği ve bu yetkileri kimlerin ne şekilde kullanabileceklerinin belirlenmesi, Kooperatifin amacı ve bu amaç içinde kat karşılığı inşaat yapıp yapmayacağının tespiti gerekir. Kooperatif sözleşmesinin inikadından sonra müdür olarak tayin olunan Hayati tarafından imzalanan akıtlere ve yapılan inşaaata, kooperatifçe onay verilip verilmediğinin tartışılması gerekir. Kooperatiflerde en yetkili organ genel kurul olup yasanın amir hükümleri dışında kooperatifle ilgili her konuda karar almaya yetkilidir. Bu nedenle, vekilce gerçekleştirilen sözleşmelerin geçersiz olduğu kabul edilse bile, genel kurulca benimsenmişse artık bu akdin feshinin istenmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. O halde, Genel Kurulun bu işleme onay verip vermediği araştırılıp tartışılmalıdır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

kurulan mülkiyet hakkına (Kat mülkiyeti) ve bu hakka sahip olanlara (Kat maliki)”denir.

634 Sayılı Kanununun 2. maddesine istinaden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin borcu, sadece bağımsız bölümleri inşa etmek değil, aynı zamanda bağımsız bölümlerin dışında olup da doğrudan doğruya bu bağımsız bölümlere özgülenmiş olan eklentileri de inşa etmektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temel amacına bakıldığında taraflar, binanın tamamlanarak kat mülkiyetine geçirilmesini ve herkesin kendisine ait bağımsız bölümlerinin olmasını istemektedirler (Erman 2007).

Müteahhidin sözleşme gereği kendisine düşecek bölümleri eksik yapmış olması (örneğin, müteahhidin kendisine düşecek olan bölümlerdeki odaların duvarlarının boyanmamış olması, mutfak dolaplarının yapılmamış olması, muslukların takılmamış olması vs.) taşınmazın kat mülkiyetine dönüştürülmesine engel teşkil etmediği sürece müteahhidin borcunu yerine getirmediğinden söz edilemez (Kartal 1983). Bu durum müteahhidin kendisine düşecek bölümleri istediği gibi yapabileceği anlamına gelmemektedir. Şayet müteahhit kendisine düşecek bölümleri imara aykırı bir şekilde yaparsa (örneğin, kendisine düşecek olan bölümlerin balkonunu yapmayarak odaları genişletmesi, pencereleri projeye aykırı olarak daha farklı veya büyük-küçük yapması vs.) ve bu durum kat mülkiyetine geçmeyi engellerse, burada müteahhidin borcunu yerine getirmemesi durumu söz konusu olur.

2.2.3 Tarafların anlaşması

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Ayrıca tarafların Kanunda gösterilen şekil şartına uygun olarak iradelerini açıklamaları gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme taraflar için bir hak ve yükümlülük doğurmaz (Edis 1993).

6098 sayılı TBK md. 1, “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” ifadesiyle sözleşmenin ne zaman meydana geleceğini;

ikinci paragrafı ile “İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir” demekle de rızanın ne şekilde olabileceğini belirtmiştir.

6098 Sayılı Kanunun md. 2’de; “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır” denilerek tarafların mutlaka esaslı noktaları belirtmeleri gerektiği, ikinci derecedeki noktaları belirtmemiş olsalar bile sözleşmenin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

6098 Sayılı Kanunun md. 12’de ise sözleşmenin şekil şartı düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmenin geçerli olabilmesi için kanun koyucu bir şekil şartı aramış ise, sözleşmenin geçerli olması tarafların bu şekil şartına uymalarına bağlıdır. Tarafların bu şekil şartına uymamaları durumunda, sözleşme taraflar için herhangi bir hak ve yükümlülük doğurmaz.

Borçlar Kanunu’nda her ne kadar şekil serbestisinden bahsedilse de, kamu düzenini ilgilendiren sözleşmeler, tarafların rıza ve iradelerine rağmen kanunda belirtilen biçimde düzenlenmedikçe hukuki sonuç doğurmazlar. Bu tür sözleşmeler toplum ve düzeni korudukları için kanun koyucu tarafından belirli bir şekil şartına bağlanmışlardır (Özdemir 1995).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, eser sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmelerinin unsurlarının bulunduğu bahsedilmiştir. Müteahhidin borcunu yerine getirmesi yani binayı yapıp arsa sahibine teslim etmesi eser sözleşmesi niteliğinde; buna karşılık, arsa sahibinin borcu yani arsanın kararlaştırılan paylarını müteahhide devretmesi ise satım sözleşmesi niteliğindedir. TBK m. 470’te düzenlenen eser sözleşmesine bakıldığında, sözleşme serbestisine tabi olduğunu, yani sözleşmenin şekle bağlı olmadığını görülmektedir.

Eser sözleşmesinde şekil serbestisi söz konusu olsa da, arsa sahibinin borcunu yerine getirebilmesi için arsa paylarının mülkiyetinin devri gerektiğinden dolayı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekir. Bununla birlikte taraflar sözleşmenin içeriğini istedikleri gibi belirleyebilirler. Taraflar, inşaatın başlama ve

bitim tarihi, müteahhidin borcunu zamanında yerine getirmemesi durumunda ne yapacakları, müteahhidin arsa sahibine ödeyeceği ceza miktarı, inşaatla ilgili sigorta, ipotek, resim harçlarının kimin tarafından ödeneceği, sözleşmeden doğacak ihtilaflar için hangi mahkemenin yetkili olacağı gibi konularda anlaşabilirler (Kaya 1993).

2.3 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

2.3.1 Genel olarak

Tarafların birbirine uygun olarak iradelerini sözlü veya yazılı bir şekilde açıklamaları halinde sözleşme kurulmuş olur. Yani sözleşmenin belli bir şekilde yapılması gerekmemektedir. Ancak taraflardan birinin sözleşmeyi inkar etmesi durumunda, MK md. 6 uyarınca sözleşmenin varlığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat külfeti altındadır. İspat hukuku yönünden iddia, HMK md. 200 ve devamı hükümlerince ispatlanmalıdır. Örneğin, eğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sözlü yapılmış ise ve arsa sahibi de yapılan sözleşmeyi inkar etmişse müteahhit, yaptığı işin değeri 2.500,00. TL'yi geçtiği takdirde inşaatı kendisinin yaptığını ve aralarında sözleşme olduğunu ispat için şahit dinletemez. Müteahhit iddiasını ancak yazılı bir delille ya da karşı tarafa teklif edeceği yeminle ispat edebilir. Şekil şartı aranmayan durumlarda bile ispat bakımından sözleşmelerin şekle bağlı yapılmaları gerekmektedir (Kostakoğlu 2011). Konuyla ilgili Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 03.10.1984 tarih, 1984/1631 Esas ve 1984/3265 Karar Sayılı kararı aynen şöyledir: “Eser sözleşmesi borçlar kanunumuzda belli bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak olayımızda, yapımı yüklenilen inşaat, iş sahibi davalı tarafından inkar edilerek taraflar arasında akde ilişkinin mevcudiyeti, inkar ile ihtilaflı hale gelmektedir. HUMK'un değişik 288. maddesi hükmünce; uyuşmazlığın miktarı veya değeri beş bin lirayı (12.01.2011 T. 6100 Sayılı Kanunla halen 2.500,00. TL'dir) geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu maddede ön görülen şekil koşulu, geçerlik için değil, usul hukuku yönünden konulmuş bir ispat şeklidir. İspat şeklinin zorunluluğu nedeni ile hukuki işlemlerin kural olarak tanık sözleri ile ispatı olanağı da yoktur”.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsanın yani taşınmazın mülkiyetinin devri söz konusudur. Taşınmaz satım sözleşmeleri de resmi şekil şartına tabidir (TMK md. 706, TBK md. 237, Tapu Kanun md. 26). TMK md. 706'ya göre, "taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlıdır". TBK md. 237'ye göre de, "Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır". Tapu Kanununun md. 26'ya göre de taşınmaz malların satımına ilişkin sözleşmelerin tapu memuru huzurunda yapılması ve resmi senetlerin de tapu sicil müdürü veya görevlileri tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hukuki niteliği bakımından karma bir sözleşmedir. Yüklenicini (müteahhidin) borcunu yerine getirmesi yani binayı yapıp arsa sahibine teslim etmesi eser sözleşmesi; buna karşılık, arsa sahibinin borcunu yerine getirmesi, yani arsanın kararlaştırılan paylarını yükleniciye (müteahhide) devretmesi satım sözleşmesi niteliğindedir. Eser sözleşmesi resmi şekle tabi değilken, satım sözleşmesi resmi şekle tabidir. Yani taraflardan birinin (arsa sahibinin) edimi resmi şekle tabi iken, diğerinin (yüklenicinin) edimi resmi şekle tabi değildir. Taraflardan birinin ediminin resmi şekle tabi olduğu durumlarda, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin, 16.05.1994 tarih ve 1994/3202 E. ve 1994/3218 sayılı kararına göre: "...Tapulu taşınmaz üzerine, arsa payı devrini de öngören eser sözleşmelerinin ve hatta eser sözleşmesindeki bazı hususların ileride yapılacağına dair akitlerin, noterlerce, "düzenleme" şeklinde yapılması gerekmektedir. Sözleşme, "onaylama" şeklinde yapılmışsa, arsa maliklerinin, tapu paylarını devir borcu doğmaz..." .

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle uyulmadan yapıldıkları takdirde kural olarak geçersiz olurlar (Erman 2007). Sözleşmenin geçersizliği durumunda taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde verdiklerini isteyebilirler³.

³ Yargıtay 15. HD, 30.05.1979, 1979/947 E. ve 1979/1313: Çift tipli bir karma sözleşme olan arsa karşılığında kat (daire) yapımı sözleşmesinin geçerliği ise, kamusal biçimde (resmi şekilde) yapılmasına bağlıdır. 16.5.1973 günlü sözleşmeyle, arsa malikinin, arsasını yükleniciye geçirim borcu altına girdiği çok belirgindir. Taşınmaz ya da pay mülkiyetinin geçirimine yönelik anlaşmanın, MK. m.634; BK. m. 213 gereğince kamusal biçimde düzenlenmesinde zorunluluk vardır. TK. md. 26'ya göre, böyle bir sözleşmeyi senetleme yetkisi de, tapu kütük memuruna tanınmıştır.

Sebepsiz zenginleşme 6098 Sayılı Kanunun md. 77 ve devamında düzenlenmiştir. 6098 Sayılı Kanunun md. 77'e göre, "Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının mal varlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur." Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olduğu hallerde, yüklenici (müteahhit) edimini yerine getirdiği takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak arsa sahibinden yapmış olduğu edimleri tazmin eder (Öz 1990). Bu gibi durumlarda hakkaniyete dikkat ederek "denkleştirici adalet prensibini" uygulamak gerekir. Şöyle ki, müteahhidin yapmış olduğu kısımların inşaat ve maliyet bedelleri, inşaatın yapıldığı tarih dikkate alınarak verildiği takdirde burada hakkaniyete aykırılıktan söz edilir. Bu nedenle müteahhidin sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle yapmış olduğu imalatların bedellerinin, sebepsiz zenginleşme çerçevesinde imalatın yapıldığı tarih değil de ifanın gerçekleşmeyeceğini öğrendiği tarih dikkate alınarak hesaplanmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, noter önünde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir (Noterlik Kanunu md. 60). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde tasdik (onaylanma) şeklinde yapıldıkları takdirde şekil yönünden geçerli olmazlar (Erman 2007). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmış olsa bile sonradan tarafların sözleşmenin içeriğini değiştirmeleri durumunda 6098 Sayılı Kanunun md 13 uyarınca⁴ tarafların bu değişikliği de resmi şekilde yapmaları gerekmektedir⁵.

⁴ TBK m. 13'e göre, "Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur."

⁵ Bakınız: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.12.2002 tarih 2002/ 4641 Esas. 2002/961 Sayılı Kararına göre: "... Davacı yüklenicinin cezanın arttırılmasına dair taahhüdü adi yazılı düzenlenmiştir. TBK 13. maddesi hükmünce yüklenicinin durumunu ağırlaştırın bu taahhüt ilk ek sözleşmeler gibi noterde düzenlenmediğinden geçerli sonuç doğurmaz..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Tapulu taşınmaz üzerine, arsa payı devrini de öngören eser sözleşmelerinin ve hatta eser sözleşmesindeki bazı hususların ileride yapılacağına dair akıtların, noterlerce, "düzenleme" şeklinde yapılması gerekmektedir. Sözleşme, "onaylama" şeklinde yapılmışsa, arsa maliklerinin, tapu paylarını devir borcu doğmaz.

Aynı şekilde taraflar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmak için ön sözleşme düzenleyeceklerse, bunu da 6098 Sayılı Kanunun md 29 uyarınca⁶ resmi şekilde yapmaları gerekmektedir⁷ 6098 Sayılı Kanunun md. 29/II tarafların hukuki menfaatlerini korumakta ve şekle ilişkin uyuşmazlıkları da çözümlenmektedir (Kostakoğlu 2011).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmadığı takdirde sözleşme geçersiz olduğundan, yüklenici (müteahhit) ediminin tamamını veya büyük bir kısmını yerine getirmiş olsa bile sözleşmenin geçersizliğinden dolayı arsa sahibinden arsa paylarının kendisine geçirilmesini talep edemez. Bu noktada müteahhidin durumu ne olacaktır? Bu gibi durumlarda tarafların iradeleri dikkate alınarak “tahvil” yoluyla müteahhidin hakkını alması sağlanmalıdır. Uygulamaya bakıldığında müteahhidin amacı arsa payını veya daireyi almak değil, bunların satışı sonucu elde edilen değerini yani parayı almaktır. Burada şekil eksikliğinden dolayı sözleşmenin geçersiz olduğunu belirtmek yerine, arsa sahibiyle yüklenici (müteahhit) arasında bir eser sözleşmesinin var olduğunu, arsa paylarının da önceden bedellerinin belli olmadığından “yaklaşık ücretle” yapılmış olan bir istisna sözleşmesinden bahsetmek daha doğru olur (Erman 2007).

Şekil bakımından bir diğer konu da, müteahhit kendisine devredilecek olan arsa paylarını üçüncü kişilere devrettiği durumlarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekil bakımından eksik olduğu takdirde üçüncü kişilerin durumlarının ne olacağı konusudur. Müteahhidin haklarını üçüncü kişilere devretmesi teknik anlamda “alacağın temlikidir. 6098 Sayılı Kanunun md. 184 uyarınca⁸ alacağın temliki resmi şekil şartına tabi değildir. Diğer bir ifade ile adi yazılı şekilde yapılan bir alacağın temliki sözleşmesi

⁶ TBK. m. 29’ a göre: “Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak olan sözleşmenin şekline bağlıdır”.

⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 30.10.1990 tarihli 1990/3418 E. ve 1990/4382 sayılı kararına göre: “... Taraflar arasında yapılmış olan ön protokoller içeriğinden, ileri de tarafların kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapacakları anlaşılmaktadır. BK. 22 hükmü gereğince bir sözleşmenin ileride yapılması için sözleşme yapılması olanağı bulunmaktadır. Ancak, kanun iki tarafın yararı için bu sözleşmenin geçerliliğini şekle bağlamış ise, bu şekle ön sözleşmenin yapılmasında da uyulması gerekmektedir. Taraflar arasında yapılan ön protokoller adiyen ve haricen düzenlenmiş olup, biçim yönünden hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcı nitelikte değildir...”

⁸ TBK. m 184’e göre: “...Alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir”.

geçerlidir. Mütteahhit 6098 Sayılı Kanunun md. 191 uyarınca⁹ üçüncü kişi alacaklıya borcu garanti etmiş olur ve üçüncü kişinin yani temlik alanın menfi zararını 6098 Sayılı Kanunun md. 193 uyarınca¹⁰ karşılamak zorundadır (Erman 2007).

2.3.2 Şekle aykırılığın sonuçları

2.3.2.1 Genel olarak

6098 Sayılı Kanunun md 12/II uyarınca kanunen belirli bir şekle tabi olan sözleşmeler, bu şekle uygun olarak yapılmadıkça geçerli olmazlar. Taraflar sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmemiş olsalar bile hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre de resmi şekilde yapılmamış bir sözleşmenin müeyyidesi kesin hükümsüzlüktür. Bu konuyla ilgili Yargıtay'ın 30.09.1988 tarih 1987/2 E. ve 1988/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı şu şekildedir: “... Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen “butlan” görüşüne karşı son yıllarda “kendine özgün geçersizlik görüşü” de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz...”¹¹.

⁹ TBK. m 191'e göre: “Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur..”.

¹⁰ TBK. m 193'e göre: “Devralan garanti ile yükümlü olan devredenden aşağıdaki istemlerde bulunabilir: 1. İfa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, 2. Devrin sebep olduğu giderleri, 3. Borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri, 4. Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararları”.

¹¹ A. von Tuhr; Oser/Schöenberger; H. Becker; H. Tandoğan; BGE 86 II 400 vd; 92 II 324 vd; 95 II 42 vd; 98 II 316; 104 II 101, 106 II 151; 26.5.1954 gün 8/18 ve 12.4.1944 gün 14/13 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları.

Birçok hukukçu tarafından ileri sürülen görüş, şekle aykırılık hakim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı ve şekle aykırılığı sadece tarafların ve külli haleflerinin ileri sürebileceği yönündedir (Güral 1973, Sungurbey 1984, Karahasan 2002). Bu görüşü savunan yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kamu düzenini ihlal etmediği için sadece tarafları bağladığı, bundan dolayı da taraflardan biri sözleşmenin şekli koşullarını taşımadığını iddia etmediği sürece hâkim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı görüşündedirler (Özdemir1995). Hâkim, HMK m. 26 çerçevesinde tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlıdır ve re'sen araştırması yargılama kurallarına aykırıdır (Kostakoğlu 2011).

2.3.2.2. Şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceği haller

Şekil eksikliğini hâkim re'sen dikkate alması gerekir. Ancak bazı durumlar vardır ki, şekil eksikliğinden dolayı sözleşmenin hükümsüz olduğunu iddia etmek hakkaniyete aykırılık oluşturur. Bu durum somut olaya göre ayrıca değerlendirilmelidir. Sözleşmede şekil eksikliğinden söz etmek, hakkın kötüye kullanılması şeklinde ise ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilmemelidir (Erman 2007).

Şekil şartına uyulmadan yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar borç ve haklarını tamamen yerine getirdikleri takdirde hukuki sonuç doğmuş olur. Bu durumda artık sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek verilen şeyin iadesinin istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder (İşbora 2009).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.10.1991 tarih 1991/396 Esas ve 1991/511 Sayılı Kararı şu şekildedir: "... olayda davacı arsa sahibi tarafından tapuda davacı yüklenici şirkete arsa payı devir ve kaydı yapıldığı gibi, davalı yüklenici de inşaatı bitirerek davacı arsa sahibine dört adet bağımsız bölümü teslim etmiş ve böylece taraflar karşılıklı olarak ifada bulunmuşlardır. Bu durumda taraflar arasında ki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK. 2. maddesinde öngörülen objektif iyi niyet kurallarına aykırıdır, sözleşme artık geçerli olup, hukuki sonuç doğurur...".

Sözleşme şekil bakımından geçersiz bile olsa hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin geçersizliği iddia edilemeyecek ve sözleşme hukuki sonuçlarını doğuracaktır.

Bir tarafın sözleşmedeki edimlerini yerine getirmesine rağmen diğer taraf edimini yerine getirmeyip sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi de hakkın kötüye kullanılmasıdır. Örneğin, müteahhidin sözleşmeye uygun olarak binayı yapmasına rağmen arsa sahibinin müteahhide arsa paylarını devretmemesi ve bu durumda şekil eksikliğini iddia etmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır (Erman 2007). Burada müteahhit arsa paylarının kendisine devredileceği düşüncesiyle hareket etmiş ve edimini yerine getirmiştir. Arsa sahibinin de inşaatı görmesine rağmen hiç bir itirazda bulunmamış olması hakkın kötüye kullanılmasıdır ve böyle bir durum yasa ile korunamaz (Özyörük 1988). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında sözleşme şekil bakımından geçersiz olsa bile hakimin dürüstlük kuralını gözeterek karar vermesi gerektiğini belirtilmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekil bakımından eksik olsa bile, müteahhidin inşaatı başlaması ve aynı şekilde arsa sahibinin de sözleşmede müteahhide düşen arsa paylarını müteahhide veya onun gösterdiği kişiler üzerine geçirmek suretiyle tarafların edimlerini kısmen dahi olsa yerine getirmeleri sözleşmeyle kendilerini bağlı saydıkları iradesini gösterir (İşbora 2009).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kısmi edim olarak “ifanın büyük kısmı itibariyle yerine getirilmiş olmasını kabul ederken, sonraları Yargıtay 15. HD kısmi ifa olarak edimin en az yarısının ifasını sözleşmenin gerekliliği için yeterli görmektedir¹².

Taraflardan biri sözleşmeden sonra davranışlarıyla sözleşmenin geçerli olduğu konusunda karşı tarafta güven uyandırmışsa, sözleşme henüz tamamen ifa edilmiş

¹² Yargıtay 15. HD. 01.04.1991 tarih 1991/4445 E. ve 1991/1613 Sayılı Kararına göre: “... Uyuşmazlık konusu inşaat sözleşmesi kat karşılığı olup; doğal olarak tapuda pay devrini de içerdiğinden, resmi biçimde yapılmadıkça geçersizdir. Ancak, davacılar tapudaki payların tümünü davalıya güvenerek intikal ettirdiklerine ve böylece pay devri yapıldığına göre artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilmesi olanaksızdır...”.

olmamasına rağmen taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi hakkını kötüye kullandığını gösterir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle tabi olduğunu bildiği halde istediği zaman sözleşmeyi hükümsüz kılabilmek için kendi yararına eksiklik yapan bir kimse sözleşmenin şekle aykırılığını iddia edemez (Tekinay vd. 1993).

Müteahhit ile arsa sahibi arasında şekle uygun olmadan yapılan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhit kendisine düşen payı üçüncü bir kişiye devrettiği zaman üçüncü kişinin durumu ne olacaktır? Müteahhidin haklarını üçüncü bir kişiye devretmesi alacağın temlikidir. Alacağın temliki resmi bir şekle tabi olmadığı gibi borçlunun da rızasına gerek yoktur. Alacağın temlikiyle, alacağı devralan kişi devirle birlikte tüm imtiyaz ve ferî haklara da sahip olur. Müteahhidin sözleşmeye göre inşaatı tamamlaması durumunda alacağı devralan kişi arsa sahibine karşı tescil isteminde bulunabilir (Erman 2007).

2.4 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Türleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gerek Borçlar Kanununda gerekse diğer kanunlarda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sözleşme serbestisi çerçevesinde çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

2.4.1 Arsanın tamamının veya belirli paylarının yükleniciye devri

Taraflar aralarında yapacakları eser sözleşmesinde, bir taraftan müteahhidin arsa sahibi için yapacağı dairelerin niteliklerini, diğer taraftan da müteahhide arsa paylarının ne zaman geçirileceğini ve diğer koşulları belirtirler.

Bu sözleşmeden sonra arsa sahibi, kat irtifakı kurulmuş olan arsadan müteahhitte yapmış olduğu sözleşme uyarınca, müteahhide düşecek payları (arsanın tamamını veya bir kısmını) tapuda devretmektedir. Arsa sahibi devredilen paylar üzerinde kendi lehine ipotek hakkı kurar (İşbora 2009). Bunun amacı, arsa sahibinin kendi haklarını güvence

altına almak istemesidir. Ancak bu teminat çoğu zaman arsa sahibinin haklarını yeterince güvence altına alamamaktadır. Şöyle ki, müteahhidin inşaatı tamamlamadan bırakması durumunda, müteahhit kendisine devredilmiş olan arsa paylarını üçüncü bir kişiye devretmiş veya satış vaadinde bulunmuşsa ve bunu da tapuya şerh ettirmişse, arsa payları üzerindeki mevcut ipotek arsa sahibinin haklarını karşılamamaktadır (Erman 2007). Anlaşma gereğince konulan ipotek inşaatın ulaştığı seviyeye paralel olarak kaldırılır (Kartal 1983, Ayazlı 1987, Kaya 1993, Yavuz 1997, Karahasan 2002).

Arsa payları müteahhit adına devredilirken tescil sırasında taşınmaz üzerinde kat irtifakı da kurulmaktadır. Kat irtifakı bünyesinde, müteahhide devredilen ve devredilmeyip de arsa sahibinde kalan bütün bağımsız bölümler belirtilmektedir (Ayazlı 1987, Karahasan 2002).

Bunun yanında, arsa üzerinde kat irtifakı kurulmadan, arsa paylarının satışı, müteahhide devredilmiş şeklinde de gösterilebilir. Aslında tarafların devirdeki amacı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Burada iki sözleşme yani taşınmaz satım sözleşmesi ve inşaat sözleşmesi bulunmaktadır. İki sözleşme de birbirinden bağımsız olmadıklarından dolayı devir ile inşaat sözleşmesini bir arada değerlendirmek gerekir (Kartal 1983, Kaya 1993, Yavuz 1997). Çünkü buradaki amaç arsa paylarını devretmek değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaktır.

2.4.2 Arsa payının devrinin inşaatın ulaştığı seviyeye göre devri

Arsa sahibi, inşaatın ulaştığı seviyeye göre arsa paylarını müteahhide kısım kısım devretmektedir ya da inşaatın belli aşamaya ulaşması durumunda, müteahhide arsa payını satabilmesi için vekalet vermektedir (Kartal 1983, Ayazlı 1987, Kaya 1993, Yavuz 1997, Erman 2007). Örneğin, arsa sahibi, inşaatın temel atma işinin bittiği zaman arsa payının 2/5'ini, ikinci kat bittikten sonra 1/3'ünü devredeceği gibi ya da ikinci katın duvarları örüldüğünde bir dairenin arsa payı ile birlikte satışına izin verileceği gibi. Her ne kadar arsa sahibi satış için müteahhide vekâlet verse de satış bedeli kendisine ödenmekte ve gerçekte temsilci değil satıcı olmaktadır. Tabi ki, arsa sahibinin

baştan arsa paylarını müteahhide devretmeyip inşaatın aşamalarına göre devretmesi de arsa sahibine güvenceli bir durum yaratmaktadır¹³.

2.4.3 Arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat etmesi, yüklenicinin de arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamada en çok rastlanan sözleşme türüdür (Kartal 1983, Kaya 1993, Erman 2007). Taraflar noterde iki sözleşme yapmaktadırlar. Bunlar satış sözleşmesi ve inşaat sözleşmesidir. Taraflar bu iki sözleşmeden dolayı hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahiptirler. Her iki tarafın da bazı yükümlülükleri ve hakları bulunduğundan dolayı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusudur. Bu çeşit bir sözleşmede bir taraftan arsa sahibi, müteahhide bırakılacak olan bağımsız bölümleri satmayı vaat ederken (taşınmaz satış vaadi), diğer taraftan müteahhit de inşaatı yapmayı vaat etmektedir. Yani eser sözleşmesi yapmaktadır ve bu sözleşmede taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesi bir arada bulunmaktadır (Kartal 1983).

Tapu Kanunu md. 26'ya göre taşınmaz satım sözleşmesi tapu memuru önünde yapılır. Noterlik Kanunu md. 26'ya göre taşınmaz satış sözleşmeleri noter tarafından yapılamaz. Noterler tarafından taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenmiş olsa bile bu sözleşme tahvil yoluyla taşınmaz satım sözleşmesi vaadi olarak çevrilebilir. Çünkü noterler tarafından taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılabilir.

2.5 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, geçici-süreklili karmaşığı karma bir sözleşmedir.

¹³ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi 30.05.1994 tarih 1983/5125 Esas ve 1984/3380 Sayılı Kararına göre; "... Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri, geçici-süreklili karmaşığı özellik taşıdığından; yüklenici bakımından edim yükümü, eser ortaya çıkıncaya kadar, uzun bir süreye yayılmıştır. Dürüstlük kuralı gereğince; bu süre içerisinde, yanlar karşılıklı anlayış içinde bulunmalıdır. Sözleşme ile, tapuda ferah verilmesi şarta bağlanmışsa, şart gerçekleştiğinde çekilen ihtar uymayan arsa sahipleri, mütemerrit duruma düşer. Arsa sahipleri; hatalı ve noksan işler sebebiyle ihtar çekmişler ancak, seçimlik haklarını kullanmamışlarsa, pay devri, ipotek koşuluyla yapılacağından, güvenceden yoksun kalmaları söz konusu değildir...".

2.5.1 Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (sinellagmatik) bir sözleşmedir. Her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahiptirler. Borçlar bakımından, müteahhidin borçları, inşaatı tamamlamak, arsa sahibine düşecek olan bağımsız bölümleri teslim etmektir; arsa sahibinin borcu ise arsa paylarını müteahhide devretmektir. Alacaklar bakımından ise, müteahhit, arsa payının devrini isteme hakkına sahipken; arsa sahibi de, inşaatın tamamlanmasını ve kendisine düşecek olan bağımsız bölümlerin devrini müteahhitten isteme hakkına sahiptir.

2.5.2 Karma bir sözleşme olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hem taşınmaz satım sözleşmesinin hem de eser sözleşmesinin unsurlarını bir araya getirdiğinden dolayı karma bir nitelik taşımaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesi niteliğini taşımakla birlikte aslında tam bir eser sözleşmesi değildir. Çünkü müteahhit yapılan iş karşılığında ücret değil arsa payının devrini istemektedir. Diğer taraftan arsa payının devri sözleşmesi bir meblağ karşılığında yapılmadığı için satım sözleşmesi olarak da nitelendirilemez (Tandoğan 1987). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimleri bakımından karma bir sözleşme meydana gelmiştir. Yargıtay kararlarında da çift tipli sözleşme olarak nitelendirilmektedir¹⁴.

Karma sözleşmeler kanunda öngörülmemiş bir şekilde birden çok sözleşmenin unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmelerden ve bileşik sözleşmelerden farklıdır (Erman

¹⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 17.05.1982 tarih, 1982/573 Esas ve 1982/1184 sayılı kararına göre: "... Taraflar arasında bu maksatla düzenlenen 12.4.1979 günlü sözleşme ise, taraflarca haricen düzenlenmiş olup ancak tarafların imzaları noterlikçe tasdik edilmiş bulunmaktadır. Bu gibi sözleşmeler, iki tip karma sözleşmelerdir. Arsa sahibinin pay mülkiyetinin devrine yönelik vaadini kapsayan böyle bir sözleşmenin geçerliliği, ancak resmi şekilde düzenlenmesine bağlıdır. MK'nın 634, BK'nın 213 ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60. maddeleri uyarınca, taşınmaz ya da pay mülkiyetinin aktarılmasını veya aktarma vaadini ön gören sözleşmelerin kanunda belli edilen şekilde düzenlenmeleri gerekir. Buradaki biçim ise, sözleşmenin geçerlilik koşuludur ve kamu düzenine ilişkindir. Bu gibi sözleşmelerin geçerliliği, resmi şekilde düzenlenmesine bağlıdır...".

2007). Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmelerde, taraflar diledikleri gibi sözleşme yapma serbestisinden yararlanarak (TBK m. 26 ve 27 ile sınırlı olmak üzere) kanunda daha önce düzenlenmemiş olan bir sözleşme hazırlayabilirler. Ama arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda daha önce düzenlenmeyen bir sözleşme değildir. Bilakis eser sözleşmesinin ve taşınmaz satım sözleşmesinin unsurları bulunmaktadır.

Bileşik sözleşmeler ise, iki ayrı sözleşmenin birleşmesi neticesinde oluşmaktadır. Bileşik sözleşmelerde kendi varlığını korumakta ve her sözleşmeye kendine özgü hükümler uygulanmaktadır. Yapılan sözleşmenin geçerliliği her iki sözleşmenin de geçerli olmasına bağlıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bileşik bir sözleşme değildir. Çünkü bu sözleşme gerek eser sözleşmesinin gerekse taşınmaz satım sözleşmesinin birleşmesinden oluşmuş ise de bu sözleşmeler iç içe geçerek bağımsızlıklarını koruyamamışlardır. Bu yüzden her iki sözleşme için de kendine özgü hükümler uygulanamamaktadır (Kartal 1983).

Teoride, karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda çeşitli görüşleri sürülmüştür¹⁵. Doktrinde yaratma (kıyas) teorisi kabul edilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için taşınmaz satımı ile eser sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Hükümlerin uygulanmasında çatışma olduğu zaman, tarafların sözleşmedeki amaçları ve tarafların menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyet çerçevesinde karar verilecektir. Şayet bir sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna başvurulacak, bundan da bir sonuç elde edilemediği takdirde hakim TMK m. 1'e göre hukuk kuralı yaratacaktır.

2.5.3 Sürekli - geçici karmaşığı olan bir borç ilişkisi kurması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi mi yoksa sürekli borç ilişkisi mi olduğu doktrinde tartışma konusudur. Doktrinde çok taraf toplamış bir görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerdir (Seliçi 1978, Tandoğan 1987, Yavuz 1997). Ani edimli borç ilişkilerinde edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmektedir. Alacaklı ifaya ilişkin menfaatini borcun sona ermesi anında sağlar. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerdir.

Bir sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi olduğunu anlayabilmek için tarafların çıkarlarının bir anda mı gerçekleştiği yoksa zaman içinde mi gerçekleştiğine bakılır. Müteahhidin edime yönelik hareketlerinin uzun sürmesi önemli değildir. Önemli olan alacaklının çıkarının bir anda gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların amaçlarına bakıldığında, müteahhit bağımsız bölümlerin teslimini, arsa sahibi de binanın yapımını istemektedir. Yani inşaatın teslimiyle edimin sonucunun gerçekleşmesi aynı anda olmaktadır. Bu yüzden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran edimlerdir (Serozan 1975, Kartal 1983, Sungurbey 1984, Özdemir 1995, Erman 2007).

Taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi bulunmakta ve borçlar da zaman içerisinde bölümler halinde ifa edilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 25.01.1984 tarih ve 1983/3 Esas 1984/1 sayılı kararında¹⁵, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin “geçici-sürekli karmaşığı” taşıdığını kabul etmiştir.

Borç ilişkisinin ani edimli olması veya sürekli olması, sözleşmenin sona erdiğinde doğuracağı sonucu etkileyeceği için önemlidir. Borç ilişkisinin sürekli olduğu kabul edilirse, arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirdiğinde, sözleşme ileriye yönelik sonuç doğuracağı için yerine getirilmiş kısımlar varlığını koruyacaktır. Fakat borç ilişkisinin ani edimli olduğunu kabul edersek de sözleşme geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkacağı için müteahhit o ana kadar yapmış olduğu işlerin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyebilecektir (Erman 2007).

¹⁵ İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanında bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak, olayın, niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğurur.

2.5.4 Tapu kütüğüne şerh edilmesi

Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 18.05.1994 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü'nde (m. 55/b-c) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterde düzenlenmesi halinde tapuya şerh edilebileceği öngörülmektedir. TMK md. 1009 arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tapuya şerh edilebilir nispi haklar arasında saymıştır. TMK md. 1009'a göre, sözleşme tapuya şerh edilmişse, arsa sahibi inşaat yapılacak arsayı üçüncü bir kişiye devretse bile müteahhit kişisel haklarını, yani sözleşmeye göre kendisine düşecek olan bağımsız bölümlere ilişkin payların devrini, arsayı satın alan kişiye karşı ileri sürebilir. Tapuya şerhin bir etkisi de, müteahhitten arsa payı alan üçüncü kişilerin TMK md. 1027'ye göre iyi niyet iddialarını engellemektedir.

3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1 Müteahhidin Borçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaatı yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Müteahhit, inşaatı bizzat kendisi yapabileceği gibi kendi idaresi altında başkasına da yaptırabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi genellikle kişisel bir beceriyi gerektirmediği için müteahhit tarafından bir başkasına da yaptırılabilir (TBK md. 471/III). Bununla beraber tarihi bir yapının restorasyonu gibi özel bilgi ve beceriyi gerektiren ve iş verilirken müteahhidin şahsı gözetilerek verilmiş olan işler, müteahhit tarafından başkasına yaptırılamaz.

3.1.2 Yapı yapma borcu

3.1.2.1 Genel olarak

Müteahhit arsa sahibine karşı borcunu yerine getirebilmesi için inşaatı teslim etmesi gerekmektedir. Bunun için de ilk önce inşaatı yapması gerekmektedir. Yani müteahhidin ilk asli borcu yapı yapma borcudur. Müteahhidin borcunu yerine getirmesi için, inşaatı proje ve plana uygun bir şekilde ve sözleşmede belirtilen zamanda yapıp teslim etmesi gerekmektedir. Arsa sahibi müteahhide, eserin meydana getirilmesi şekline ilişkin veya eserin kendisine ilişkin talimatlar verebilir. Arsa sahibi inşaatta kullanılacak malzemeler hakkında da müteahhide talimatta bulunabilir (Eren 2003). Arsa sahibinin vereceği talimatlar eserin zamanında ve gereği gibi yapılmasını engelleyecek ise müteahhit durumu arsa sahibine haber vermekle yükümlüdür (İşbora 2009).

3.1.2.2 Yapıyı şahsen yapma veya kendi idaresi altında yaptırma borcu

3.1.2.2.1 Kural

Müteahhidin (yüklenicinin) inşaatı şahsen yapıp yapmayacağı konusunda TBK md. 471/III'de şu şekilde bir hüküm getirilmiştir: “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.” Görüldüğü gibi müteahhidin sözleşme gereği üstlenmiş olduğu edimi şahsen ifası genel kural, başkası eliyle ifası ise istisnai hal olarak kabul edilmiştir (Kaya 1993). Bu husus, eser sözleşmesinde olduğu gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de müteahhidin kişiliğine ve becerilerine duyulan güven unsurunun önemi dolayısıyla ortaya çıkmıştır (Aral 2006, Eren 2009, Erman 2007).

Ancak, müteahhidin işi şahsen ifası hususundan, işin ifası için yapılması gereken her şeyin mutlaka müteahhit tarafından bizzat yapılacağı anlaşılmamalıdır. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatın tamamının bizzat müteahhit tarafından yapılarak tamamlanması mümkün değildir (Bilge 1971, Kaya 1993, Öz 2006).

Müteahhidin inşaatı yapma borcundan, inşaatı bizzat kendisi yapması gerektiği anlaşılmamalıdır. Çünkü müteahhidin inşaatı tek başına yapması beklenemez. Bu yüzden müteahhidin inşaatı bizzat yapma borcu, müteahhidin kendi idaresi altında yapma borcu olarak düşünülmelidir (Kartal 1983, Tandoğan 1987, Kaya 1993, Kılıçoğlu 2003). Müteahhidin yapıyı şahsen yapma veya kendi idaresi altında birine yaptırma borcunun asıl sebebi müteahhidin işi özenle yapacağına dair güvendir. Güveni oluşturan sebepler ise, müteahhidin işi yürütebilecek kadar sermayeye sahip olması, bilgi ve tecrübesi, daha önceki işleri zamanında ve noksan yapmış olması gibi müteahhidin şahsından ve mal varlığından doğan sebeplerdir (Özyörük 1988).

Müteahhidin gerek uzmanlık gerekse iş gücü bakımından yapıyı tek başına yapması çok zor olduğundan, inşaat yapılırken müteahhit yardımcı şahıslara veya alt müteahhitlere

başvurmaktadır Bu bakımdan, müteahhit, inşaatın yapılabilmesi için bu konuda uzman olan kişileri bir araya getirerek, onların uyumlu bir şekilde çalışmalarını sağlamakla yükümlüdür (Öz 2006, Aral 2006, Eren 2009, Karataş 2004). TBK m. 471/ III hükmü emredici nitelikte değildir. Taraflar inşa eserinin tamamının ya da bir kısmının alt müteahhit tarafından yapılacağını kararlaştırabilir veya bunu tamamen yasaklayabilir (Aral 2006, Eren 2009, Karataş 2004). Herhangi bir yasak konulmamışsa alt müteahhit de üstlenmiş olduğu işi başka bir alt müteahhide devredebilir.

3.1.2.2.2 Müteahhidin işi başkasına (alt müteahhide) yaptırma yetkisi

Bina inşaatının tamamının, günümüzde bizzat müteahhit tarafından yapılması mümkün olmamaktadır. Çoğu zaman iş gücü ve uzmanlık yeterli olmamaktadır. Binanın bir bütün olarak meydana gelebilmesi için, cam, doğrama, elektrik, su, sıva gibi uzmanlık gerektiren işlerin yardımcı kişilerce yapılması gerekmektedir (Seliçi 1978). Müteahhidin işi bizzat yapmayı üstlenmesi, sadece kendisinin yapacağı anlamına gelmeyip bu durum yardımcı kişi çalıştırmasına engel teşkil etmemektedir.

Müteahhit işi yaparken usta, çırak gibi yardımcı kişiler çalıştırabilir. Yardımcı kişiler ile müteahhit arasında bağlılık bulunmakta, bu bağlılık da çoğu zaman hizmet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır (Erdoğan 1990, Kaya 1993, Kılıçoğlu 2003). Müteahhit yardımcı kişilerin seçiminde gerekli özeni göstermeli ve yardımcı kişiler işe başladıklarında onlara eserin nasıl yapılacağı konusunda gerekli talimatları vermelidir. Müteahhidin, işi yaptırırken işi iyi bir şekilde organize etmesi ve gerekli bütün emniyet tedbirlerini alması gerekmektedir (Dayınlarlı 1993, Kılıçoğlu 2003). Müteahhidin kendi görevini ihmal etmesinden doğan sorumluluk ile yardımcı kişilerin verdikleri zararlardan doğan sorumluluğu ayırmak gerekir. Müteahhidin görevini ihmal etmesinden doğan sorumluluk, doğrudan doğruya kendi fiil ve kusurundan doğan sorumluluktur. Müteahhidin yardımcı kişilerin vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğu ise dolaylı sorumluluktur (Yavuz 1997, Karahasan 2002, Kılıçoğlu 2003). TBK m. 112 ve devamına göre müteahhidin görevini ihmalden dolayı arsa sahibi bir zarara uğrarsa, müteahhit bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Çünkü burada doğan zarar sözleşmeye uyulmaması sonucunda doğan zarardır.

3.1.2.2.2.1 Müteahhidin iŒi baŒkasına yaptırma yetkisi ve alt müteahhit kavramı

Müteahhit iŒi bizzat kendisi yapmakla veya kendi idaresi altında yaptırmakla yükümlüdür (TBK md. 471/III). İŒin niteliği gereği özel bir yeteneğe ve beceriye ihtiya duyulmuyorsa müteahhit, yapının tamamını veya bir kısmını kendi hesabına bağımsız alıŒan alt müteahhitlere bırakabilir.

Alt müteahhit, müteahhidin yaptığı eser szleŒmesi ile (asıl) iŒ sahibine karŒı borlandığı iŒin bir kısmını veya tamamını yerine getirmeyi taahhüt eden kiŒidir (Aral 2006). İŒin tamamının veya bir kısmının yapılması amacıyla asıl müteahhitle alt müteahhit arasında yapılan szleŒmeye “alt müteahhitlik szleŒmesi” denir. Müteahhit bu szleŒmeyi kendi adına ve hesabına yapmaktadır. Asıl müteahhit ile onun iŒ sahibi arasındaki istisna szleŒmesine “asıl szleŒme” denir. Alt müteahhit asıl müteahhitten bağımsız olarak alıŒmaktadır. Yani alt müteahhitler, asıl müteahhidin denetim ve gözetimine bağlı olmadan alıŒan ifa yardımcılarıdır (Aral 2006).

Alt müteahhit, üzerine aldığı konuda mesleki aıdan belirli bir uzmanlığa sahip olan, asıl müteahhit ile aralarında alt müteahhitlik szleŒmesi bulunan fakat asıl müteahhitten bağımsız olarak kendi ad ve hesabına alıŒan, taŒeron olarak da adlandırılmakta olan kiŒidir (Zevkliler 2007, Kostakoğlu 2011). Alt müteahhitlik szleŒmesinin kurulması ve varlığını devam ettirmesi iin, sadece asıl müteahhit ile alt müteahhidin anlaşması gerekli ve yeterlidir. Arsa sahibi ile müteahhit arasında bulunan arsa payı karŒılıęı inŒaat szleŒmesinde, inŒa iŒinin yapımında alt müteahhit görevlendirilmesinin yasak olduğu kararlaŒtırılsa bile, bu durum tek baŒına alt müteahhitlik szleŒmesinin geerliliğini etkilemez (Duman 2008).

3.1.2.2.2.2 Asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki iliŒki

Alt müteahhit, asıl (ilk) müteahhidin bir eser szleŒmesiyle iŒi kendisine bıraktığı, kendi hesabına alıŒan kiŒidir (Yavuz 1997). TBK md.471/III’ye göre, iŒin niteliğine göre iŒin baŒkası tarafından yapılması elveriŒli ise veya arsa sahibinin rızasıyla müteahhit, iŒin tamamını veya bir kısmını kendisine tabi olmayan bağımsız bir alt müteahhite

devredebilir. Her iki durumda müteahhit sözleşmeden doğan borçlarını üçüncü şahıslara devretmiş olur.

3.1.2.2.2.3 Asıl iş sahibi ile alt müteahhit arasındaki ilişki

Alt müteahhitler bağımsız hareket ederler ve asıl müteahhidin yerine geçerler. Alt müteahhitlik sözleşmesi asıl müteahhit ile alt müteahhit arasında kurulduğu için, alt müteahhidin üstlendiği edimi asıl müteahhide teslim etmesi gerekir (Erman 2007, Duman 2008). Edimin sözleşmeye aykırı şekilde teslim edilmesi durumunda, asıl müteahhit arsa sahibine karşı, arsa sahibinin uğradığı zarardan dolayı sorumlu olur (Erman 2007). Ayrıca şartları oluşmuşsa, arsa sahibi alt müteahhide haksız fiil hükümlerine dayanarak başvurabilir (Aral 2006).

Alt müteahhitle asıl müteahhit arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmamaktadır ve alt müteahhitle asıl müteahhit arasındaki sözleşme eser sözleşmesi niteliğinde değildir (Tandoğan 1987, Erdoğan 1990, Kaya 1993). Asıl iş sahibinin, alt müteahhitten eser meydana getirmesini ve eserin kendisine teslimi konusunda bir talep hakkı bulunmamaktadır. Alt müteahhit eser meydana getirmeyi sadece asıl müteahhide taahhüt eder. Alt müteahhitlik sözleşmesinin ihlalinden dolayı asıl müteahhit lehine doğan hakları asıl iş sahibi, kendi adına ileri süremez. Asıl iş sahibi haksız fiil hükümlerine dayanarak alt müteahhide başvurabilir (Aral 2006). Müteahhit işin bir kısmını alt müteahhide devrettiği takdirde alt müteahhidin uzman olup olmasını araştırmış olması gerekir. Aksi takdirde müteahhit gerekli özeni göstermemiş olur (Tandoğan 1987, Karahasan 2002).

3.1.2.2.2.4 İlk müteahhidin alt müteahhidin davranışlarından dolayı asıl iş sahibine karşı sorumluluğu

Arsa sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Arsa sahibi asıl müteahhide karşı bazı haklar ileri sürebilirken alt müteahhide karşı bu hakları ileri sürememektedir. Aynı şekilde alt müteahhit de asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği hakları arsa sahibine karşı ileri sürememektedir.

Medeni Kanun madde 893, bent 3 gereğince, 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 yüklenici veya zanaatkârlar kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler. Bu bağlamda alt müteahhidin de, asıl müteahhitten olan ücret alacağı için arsa sahibinin taşınmazı üzerinde kanuni ipotek hakkı bulunur (Karahasan 2002, Oğuzman vd 2006, Erman 2007, Acar 2008). Alt müteahhidin kanuni ipotek hakkı, asıl müteahhidin ücret alacağından bağımsızdır (Oğuzman vd. 2006, Erman 2007, Baysal 2009). Arsa sahibinin, inşa işinin alt müteahhide devredildiğinden haberi olmasa, hatta alt müteahhit atanması sözleşme ile yasaklanmış olsa dahi, alt müteahhit kanuni ipotek hakkını kullanabilir. Bununla birlikte, alt müteahhidin arsa üzerine kanuni ipotek koydurmasına neden olan asıl müteahhit, arsa sahibine karşı sorumlu olmalıdır (Baysal 2009).

Tescil edilen kanuni ipotek yönünden iş sahibi sadece tescil yapılan taşınmazla sorumludur. Bütün mallarıyla sorumluluk söz konusu değildir (Eren 2009).

3.1.2.3 Sadakat ve özen borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, müteahhidin üstlenmekte olduğu inşa işini sadakat ve özenle yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. İş sadakat ve özenle yapma borcu, müteahhidin en önemli borçlarından. Müteahhidin sahip olduğu özen borcu, eser sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında özel olarak düzenlenmeyen sadakat borcunun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır (Aral 2006) ve bu borçlar birbirleriyle sıkı bir ilişki içindedir¹⁶. Müteahhit inşaatı yaparken arsa sahibine zarar verecek davranıştan kaçınmak zorundadır ve arsa sahibinin yararına olacak şekilde inşaatı yapmakla yükümlüdür. Müteahhit arsa sahibinin hukuken korunan değerlerine saygı göstermek zorundadır ve inşaatı yaparken kendine duyulan güvene uygun olarak davranmalıdır (Dayınlarlı 1993, Yavuz 1997, Karahasan 2002).

¹⁶ Bakınız: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 25.01.1999 Tarih, 1999/ 4289 Esas, 1999/ 115 sayılı kararı:“...Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu, sadakat borcunun bir sonucudur...”.

3.1.2.3.1 Sadakat borcu

6098 Sayılı Kanunun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında müteahhidin sadakat borcunu özel olarak düzenlenmemiştir. Müteahhidin sadakat borcu, Medeni Kanunun 2'inci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralından kaynaklanır. Doktrinde, iş görme sözleşmelerinden biri olan vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat borcunu düzenleyen 6098 Sayılı Kanunun 506'ıncı maddesinin, eser sözleşmesi ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir (Erman 2007). Anılan hükümler çerçevesinde, müteahhidin inşaatı, arsa sahibinin menfaatini karşılayacak biçimde ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınarak yapması gerektiği kabul edilmelidir. Müteahhit inşa işini, arsa sahibi ile aralarında olduğu kabul edilen güven ilişkisine uygun olarak ve bir bağlılık içinde yapmakla yükümlüdür.

6098 Sayılı Kanunun 472. maddesinde, müteahhidin sadakat borcunun iki özel görüntüsü düzenlenmektedir (Dayınlarlı 1993, Kaya 1993, Yavuz 1997, Erman 2007, Zevkliler 2007). Bu özel durumlardan birincisi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için istisnai bir hal olan ve TBK md. 472/II'de düzenlenen, inşaatın yapılması için gereken malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi halini kapsamaktadır. Bu durumda müteahhit, bağımsız bölüm inşasında kullanılan malzemenin hesabını vermek ve artan malzemeyi arsa sahibine iade etmek zorundadır. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit inşaatı genellikle kendi malzemesiyle yaptığı için, bu hükmün sözleşmeye uygulanması çoğu halde mümkün olamamaktadır (Kartal 1983, Erman 2007).

Özel durumlardan ikincisini ise, TBK md. 472/III oluşturmaktadır. Anılan hüküm gereğince, inşaat devam ettiği sırada, arsa sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılırsa veya bağımsız bölümün tam ve zamanında ifa edilmesini tehlikeye düşürecek başka bir hal meydana gelirse müteahhit durumu derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bu bağlamda, arsa sahibinin sözleşmenin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye düşürecek, amaca elverişli olmayan talimatı karşısında, müteahhidin arsa sahibini uyarması da gerekir (Dayınlarlı 1983). Aksi takdirde, müteahhit doğabilecek olumsuz sonuçlara katlanmak zorunda kalır.

Müteahhidin sadakat borcu gereği uyması gereken diğer bir yükümlülük, bağımsız bölümü inşa ederken öğrendiği yenilikleri veya özel durumları kendi hesabına başka bir işte kullanmamak veya başkalarına kullandırmamaktır (Dayınlı 1993, Baygın 1999, Güleç 2009). Aynı şekilde, müteahhit, inşaatın yapımı için arsa sahibi tarafından kendisine verilen planları, projeleri ve çizimleri başka inşaatlarda kullanmamalıdır. Bu yükümlülük sözleşme sona erdikten sonra da devam eder. Müteahhidin bu yükümlülüğe uyması için, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenmesi aşamasında sözleşmeye, sırların saklı tutulacağına ve rekabet yasağına ilişkin hükümlerin konulması tavsiye edilmektedir (Dayınlı 1993, Kaya 1993, Eren 2009).

Arsa sahibi, müteahhidin sadakat borcunu ihlal etmesi durumunda, koşulları varsa müspet zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Arsa sahibi, sadakat borcunun ağır bir şekilde ihlal ettiğini tespit ederse, Türk Borçlar Kanunu madde 484, madde 473 ve madde 125 hükümleri gereği sözleşmeden dönede bilir (Kartal 1983, Dayınlı 1993, Kaya 1993). Müteahhit bağımsız bölümü sözleşmeye uygun olarak tamamlayıp teslim etse bile, sadakat borcuna uymamasından doğan zararları arsa sahibine ödemekle yükümlüdür (Zevkliler 2007).

3.1.2.3.2 Özen borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhit, inşa işini yapma borcunun yanında, ayrıca işi yaparken özen gösterme borcunu da yüklenmiş olur (Öz 2006, Zevkliler vd 2007). Borçlar Kanununun, eser sözleşmesinde yüklenicinin (müteahhidin) borçlarını düzenlemekte olan 471'inci maddesinin ikinci fıkrasında, 'Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.' demektedir.

Eser sözleşmesi için yapılan bu düzenlemenin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin borçları açısından da geçerli olacağı açıktır.

Müteahhidin özen borcu sadakat borcunun bir sonucu olup, doktrin ve yargı kararları ile somutlaştırılmış durumdadır (Aral 2006). Bu borçların başlıcalarını, müteahhidin kendi gücünü değerlendirme yükümü, aydınlatma ve bilgi verme yükümü ile arsa (iş) sahibinin inşaatın meydana getirilmesi dolayısıyla edim konusu bağımsız bölümler dışında kalan şahıs ve malvarlığını koruma ve bu hususta gerekli tedbirleri alma yükümü oluşturmaktadır (Aral 2006). Müteahhit, işi yaparken ortaya çıkabilecek zararları önlemek için de gerekli tedbirleri almalıdır (Erman 2007).

İnşaatın yapımı aşamasındaki çeşitli safhalar, müteahhit bakımından farklı özen borçları doğurur. Müteahhidin, özen borcu gereğince öncelikle, işi üstlenirken inşaatın yapımı için gerekli ön koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması gerekir. Bu bakımdan müteahhit, inşaat yapımı için hazırlanan plan ve projeleri, yapı tekniği kuralları çerçevesinde dikkatle incelemek durumundadır. Plan ve projeler arsa sahibi tarafından onaylanmış olsa dahi, müteahhit bunların hatalı olması nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu olmalıdır (Erman 2007). Müteahhidin yapı tekniği kurallarını uygulamaması da sorumluluğunun doğmasına neden olur (Tandoğan 1987). Bu konuda müteahhidin sorumluluğunun tespiti için, yapılacak binanın özellikleri ile birlikte objektif şartlar çerçevesinde tecrübeli ve uzman bir müteahhidin davranış biçiminin ölçü olarak alınması gerekir (Erman 2007). Müteahhit tacir sıfatını taşıyorsa, Türk Ticaret Kanunu madde 18, fıkra II' de belirtilen "*basiretli işadamı*" gibi hareket edip etmediği hususu da dikkate alınmalıdır (Kaya 1993, Erman 2007). Müteahhit, arsa sahibi tarafından onaylanan plan ve projeler üzerinde gerekli incelemeyi yaptıktan sonra, arsa sahibini aydınlatma ve ona bilgi verme borcu altına girer. Buna göre, müteahhit, inşaatın meydana getirilmesiyle ilgili olarak verilen talimatlar, incelenen plan-proje, malzeme seçimi gibi konularda arsa sahibini aydınlatmakla yükümlüdür. Ayrıca işin yapılmakta olduğu sırada ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarını da, arsa sahibine bildirmelidir. Müteahhidin arsa sahibini aydınlatma yükümlülüğü kanun tarafından özel bir şekil şartına bağlanmamıştır (Eren 2007). Ancak, ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılması tercih edilmelidir.

3.2 Yapıyı Teslim Borcu

3.2.1 Genel olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri hukuki niteliği bakımından ani edimli borç ilişkisi doğurmaktadır. Sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğuruyor olması nedeniyle, arsa sahibinin sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaatin, müteahhidin teslimine kadar yaptığı hazırlık faaliyetleri ile değil, ancak bağımsız bölümlerin bir bütün halinde tamamlanarak kendisine teslim edilmesi sonucunda elde edilecek olması sonucuna ulaşılmaktadır. Bundan dolayı arsa sahibinin çıkarı inşaatın yapılıp ona ayıpsız teslimiyle gerçekleştirilir. Borçlar Kanununda teslim borcu açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte “teslim için belirlenen gün” (TBK md. 473/I), “eserin tesliminden sonra” (TBK md. 474/I), “teslim tarihinden başlayarak” (TBK md. 478/I), “eserin teslimi anında muaccel olur.” (TBK md. 479/I) hükümleriyle borçların yasa koyucu tarafından örtülü olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabılır (Karahasan 1977). Teslim borcu “bir nesne (şey) verme borcudur. Teslim doğrudan doğruya zilyetliğin geçirilmesi veya geriye geçirilmesi ya da geçici bir zilyetlik ihlalinin ortadan kaldırılmasıdır” (Tunçomağ 1977, Tandoğan 1987). Yani üstlenici, iş sahibinin eser üzerinde dolaysız zilyetliğini sağlayarak teslim borcunu yerine getirmiş olur (Karahasan 1977). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi, müteahhide doğrudan doğruya zilyetliği geçirmek zorunda değildir. Yani zilyetlik arsa sahibinde kalabilir. Tabi ki bu durum, müteahhidin inşaatın yapısını engelleyici bir durum yaratmaması gerekir. Örneğin, müteahhit çukur varsa buraları kapatmalı, getirdiği araç ve gereçleri götürmeli yani binayı arsa sahibine temiz olarak teslim etmelidir. Yani arsa sahibinin binayı kullanabilmesini engelleyecek durumlar ortadan kalktığı anda, teslim borcu yerine getirilmiş olur (Tunçomağ 1977, Tandoğan 1987).

Arsa üzerine inşaat yapma sözleşmelerinde teslimin nasıl olacağı sorunu önem kazanır. Şöyle ki, müteahhide iş görme borcunu yerine getirmesi için arsa sahibi tarafından arsanın zilyetliğinin doğrudan doğruya geçirilmesinin gerekli olup olmamasına göre farklı sonuçlar doğar. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş görmesi için müteahhide arsanın zilyetliğinin doğrudan doğruya verilmesi zorunlu değildir. Böyle bir

durumda arsa sahibinin arsa üzerinde eylemsel gücünün kullanılmasında ihlal edici bir engelleme durumu yani zilyetlik ihlali ortaya çıkar. Bundan dolayı bina tamamlandıktan sonra müteahhit inşaat yerindeki tüm araç ve gereçlerini, makinelerini uzaklaştırmalı, yanında çalıştırdığı kişileri oradan çekmelidir. Yani arsa sahibinin eylemsel gücünü ihlal edici hiç bir engel olmamalıdır. Böylece eserin teslimi gerçekleşmiş olur (Karahasan 2002). Müteahhidin yüklendiği tüm işler yapıldığı zaman, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için teslim yapılmış sayılır. Tamamlanmış eserler, teslim borcunun konusunu oluşturabilirler (Tunçomağ 1977). Binanın henüz tamamlanmadan kullanılmaya başlanmış olması teslimin gerçekleştiği anlamına gelmemektedir. Yani tüm işler bitmeden arsa sahibinin eve taşınmış olması teslimin yapıldığı anlamında bir kıstas oluşturduğu kabul edilemez (Tandoğan 1987).

3.2.2 Teslim borcunun ifa zamanı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle arsa sahibi ile müteahhit arasında eserin teslim günü belirlenmiştir. Böylece sözleşmenin kurulduğu gün ile teslim günü arasında bina müteahhit tarafından tamamlanır ve arsa sahibine teslim edilir. Sözleşmede teslim zamanı kararlaştırılmamış olsa bile arsa sahibi müteahhitten eserin teslimini hemen isteyemez. Yapılması gereken binanın niteliği ve özelliğine göre müteahhide uygun bir zaman verilmesidir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde ve adet (görenek) uyarınca uygun zaman belirlenir (Karahasan 2002).

3.2.3. Teslim borcunu ifada temerrüt ve bunun sonuçları

3.2.3.1. Teslim borcunu ifada temerrüdün şartları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflardan birinin temerrüde düştüğünden bahsedebilmemiz için Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde ki borçlunun temerrüde düştüğüne ilişkin genel koşulların gerçekleşmesi gerekir. Genel koşullar şunlardır; borcun muaccel olması, edimin yerine getirilmesinin mümkün olmasıyla birlikte borçlunun edimini yerine getirmemiş olması ve ihtar koşullarının varlığı gerekmektedir

(Erman 2007). Gerek müteahhidin gerekse arsa sahibinin temerrüde düşmesi mümkündür. Her iki taraf için de temerrüdün koşullarının oluşup oluşmadığı aranır.

3.2.3.1.1 Edimin muaccel olması

Müteahhidin asli edimi inşaatı tamamlayıp sözleşme gereği arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri teslim etmek iken; arsa sahibinin asli görevi, sözleşmede belirlenen arsa paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmektir.

Sözleşmede vade belirlenmişse bu vadenin gelmesiyle borç muaccel olacakken, sözleşmede vade belirlenmediği durumlarda TBK md. 90 uygulanacaktır. TBK md. 90'a göre, "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur". Bu hükmü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamak doğru olmaz. Müteahhidin borcunu yerine getirebilmesi için belli bir süreye ihtiyacı vardır. Sözleşmede vade bulunmadığı durumlarda müteahhidin borcunun muaccel olduğunu ileri sürmek hakkaniyete aykırı bir davranış olur. Bu gibi durumlarda deneyimli ve tedbirli bir müteahhit tarafından inşaat ne zaman bitirebilecek ise, müteahhidin borcunun ancak bu süre dolduktan sonra muaccel olacağı kabul edilmelidir.

Borcun muaccel olabilmesi için bu sürenin dolmuş olması yeterli değildir. Ayrıca müteahhide "muacceliyet bildiriminin yapılmış olması gerekir. Bu bildirim temerrüt ihtarından farklıdır. Bu bildirimle arsa sahibi sadece borcun yerine getirilmesini istemektedir (Öz 2006). Bu durumda borcun muaccel olduğuna varmak gerekir (Tandoğan 1987, Öz 2006). İşin ne zaman muaccel olacağı konusunda mahkemece tespit yapılmış olması daha sonra çıkacak tartışmaları önlemek açısından faydalıdır. Arsa sahibi sözleşmede süre öngörmemişse müteahhide ayrıca makul bir süre tanımadan da borcun muaccel olduğu gerekçesiyle TBK md. 90'e göre edimin derhal ifasını isteyebilir (Erman 2007).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde borcun muaccel olması için ayrıca TBK md. 97 incelenmesi gerekmektedir. Bu hüküm müteahhit bakımından uygulanabilir. Ancak

arsa sahibi tarafından uygulanamaz; çünkü arsa sahibi için uygulanması gereken hüküm TBK md. 479/I' dir. Buna göre, "İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur." Bu suretle arsa sahibi öncelikle karşı edimin yerine getirilmesini isteyebilecektir¹⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde işin bitirilmesi için belli bir süre öngörülmediği takdirde müteahhidin borcu inşaatın tamamlanması için gerekli olan makul sürenin dolmasıyla muaccel hale gelir. Bu durumda müteahhit sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri süremez. Buna karşılık arsa sahibi TBK md.479/I' e dayanarak öncelikle müteahhidin edimini yerine getirmesini talep eder. Müteahhit tarafından borç ifa edilmedikçe de arsa sahibi arsa payının mülkiyetini geçirme borcundan kaçınabilir (Erman 2007).

Sözleşmede tarafların borçlarını inşaatın belli aşamalarına göre ödeyecekleri kararlaştırılabilir. Örneğin, inşaatın ikinci katının yapılmasıyla bir dairenin devrinin

¹⁷ Bakınız: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 23.11.1987 günlü 1987/2268 Esas ve 1987/4051 Sayılı Kararına göre: "... Davacı, davalı idare ile yapılan 17.8.1983 tarihli sözleşme ile K. ikmal inşaatı yapımını üstlendiğini, davalı idarenin sözleşmenin feshine ilişkin işlemi yasa ve sözleşmeye aykırı bulunduğundan, akdin feshine ilişkin işlemin iptaline, kat'i teminat mektuplarına ilişkin satışmanın önlenmesine, bunların irad kaydedilmesine ilişkin işlemin iptalini istemiştir. Davalı, davacı şirketin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle gerekli uyarılar yapılarak 4.4.1984 tarihli yazı ile sözleşmenin feshedildiğini, davanın reddini dilemiştir. Taraflar arasındaki 17.8.1983 tarihli sözleşmenin (işin süresi ve başlama zamanı) başlığını taşıyan 4. maddesine göre; yüklenici Sayıştay tescilinin kendisine yazı ile duyurulması gününden başlayarak 15 gün içerisinde çalışmaya başlamak zorundadır. Sözleşmenin 3/4. maddesine göre liman inşaatı genel şartnamesi sözleşmenin ekidir. Bunun (işlerin yükleniciye teslimi) başlığını taşıyan 9. maddesine göre; sözleşmenin imzasından sonra, kontrol görevlisi tarafından yüklenicinin sözleşmede yazılı süreler içinde işe başlayabilmesi için hazır bulunan eksen kazıkları, someler ve röperler, zemin üzerinde yükleniciye teslim edilir ve ortaklaşa bir tutanak düzenlenir denilmektedir. Sayıştay tescilinin yükleniciye yazı ile duyurulduğu isbat edilmediği gibi, yüklenicinin 8.12.1983 tarih 34947 sayılı ihtarına rağmen sözleşmeye uygun yer teslimi yapılarak tutanak da düzenlenmemiştir. BK.'nun 81. (TBK m.97) maddesine göre, karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse; akdin şartları ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lazımdır. Aynı Yasanın 90/2. (TBK m.106/1) maddesine göre, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için tekaddümen kendi tarafından yapılması lazım gelen muameleleri icradan imtina eder ise mütemerrit olur. Taraflar arasındaki eser sözleşmesi karşılıklı taahhütleri havil bir akit, aktin icrası için Sayıştay tescilinin yazı ile yükleniciye duyurulması ve yer teslimi şarttır. Borç ifasında öncelik davalı iş sahibine düşmektedir. İhtara rağmen bunu yerine getirmediğinden mütemerrid addolunur. Sözleşmeyi fesih haklı olamaz. BK. nun 106/1 maddesine göre, karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, alacaklı her zaman onun ifasını talep edebilir. Davacı yüklenici bu dava ile mütemerrit olan iş sahibinden, BK. nun 106/1. maddesine istinaden akdi ifa edeceğini bildirerek vecibelerini yerine getirmesini istemiştir. Karşı tarafın yükleniciyi kusurlu kabul edip sözleşmeyi tek taraflı fesih ederek, teminatları irad kaydetmesi sözleşme ve yasa hükümlerine aykırıdır. Bu sebeplerle davanın kabulü gerekirken aksi düşünce ile davanın reddine karar verilmesi bozma nedenidir...".

gerçekleşeceği, ipoteklerin kaldırılacağı gibi düzenlemeler yapılabilir. Karşılıklı edimlerin yerine getirilmesi bakımından sözleşmede bir sıralama söz konusu ise, sözleşmeye göre borcunu zamanında ifa eden taraftan geri kalan bütün borçlarını ifa etmesi istenemez. Örneğin, sözleşmeye göre inşaatı belirli seviyeye getiren müteahhit arsa sahibinden arsa payının kendisine verilmesini, ipoteğin kaldırılmasını vs. talep edebilir. Böyle bir durumda arsa sahibi TBK md. 97'ye dayanarak bütün inşaatın tamamlanmasını talep edemez.

3.2.3.1.2 Edimin ifasının mümkün olması

3.2.3.1.2.1 Genel olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüdün varlığından bahsedebilmemiz için edimin ifasının imkansız olması gerekmektedir. Buradaki imkansızlık sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen imkansızlık olup, maddi imkansızlık ya da hukuki imkansızlık olabilir.

İfanın imkansızlığı durumunda temerrüden söz edilemeyeceği için imkansızlık bir kusura dayandığı takdirde TBK md. 112'ye göre karşı tarafın uğradığı zararlar tazmin edilirken, kusursuz imkansızlık durumlarda ise TBK md. 136'ya göre tarafların karşılıklı edimleri sona erer¹⁸.

TBK md. 483 özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, “Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.” Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait ise hasarı da ona aittir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina

¹⁸ Bakınız: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 31/01/2002 tarihli 2001/4351Esas ve 2002/545 sayılı kararına göre: “... imar yasalarıyla buyurucu nitelikte hükümler getirilerek şehirleşmede kargaşanın, alt yapıda sıkıntının çevrede kirliliğin önüne geçilmesi kısaca toplum yararının korunması amaçlanmıştır. Kamu düzeninden olan hükümlerin mahkemece doğrudan göz önünde tutulması zorunludur. Durdurma isteğini bildiren belediye yazıları arsa sahibi sıfatıyla bizzat davacılar tebliğ edilmiştir. Kamu düzenine aykırılığı mahkeme kararı ile saptanmış inşaatı devam edilmesi yükleniciden beklenemez. O halde sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu objektif imkansızlık nedeniyle davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyeceği aşikar...”

tamamlanıp müteahhit tarafından arsa sahibine teslim edilmeden önce binanın telef olması durumunda kusursuz imkansızlık söz konusu olur. Bu durumda tarafların karşılıklı edimleri sona erer. Böyle bir durumda arsa sahibinin bir kusuru olmadığı için müteahhit ücret talep edemeyecek hatta o ana kadar yapmış olduğu masrafları dahi isteyemeyecektir. Eğer o ana kadar müteahhide tapuda arsa payı verilmişse, müteahhit bunu arsa sahibine geri devretmekle yükümlüdür. Bu sonuç, TBK md. 136/II ve 483/I hükümlerinin uygulanması ile bulunur (Tandoğan 1987).

3.2.3.1.2.2 Türk Borçlar Kanununun 486. madde hükmü

Yüklenicinin şahsını ilgilendiren imkânsızlık durumunu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini incelerken ayrıca değinmek gerekir. Bu durum TBK md. 486'da düzenlenmiştir.

Buna göre, “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 vermekle yükümlüdür.” Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanması gerekir (Tandoğan 1987, Yavuz 1997, Öz 2006, Erman 2007). Yargıtay'ın ise inşaat işleri açısından müteahhidin şahsının önemli olup olmadığı konusunda farklı kararları bulunmaktadır¹⁹. TBK md. 486 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağını anlamak için sözleşme yapılırken müteahhidin kişiliğinin göz önüne alınıp alınmadığına bakılması gerekmektedir. Şayet yüklenici olmasaydı o sözleşme

¹⁹ Bakınız: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 07.07.1975 günlü 1975/3149 Esas ve 1975/3436 Sayılı Kararına göre: “... Yasanın adı geçen 371/I maddesinde yüklenicinin kişisel yetenekleri söz konusudur. Sosyal ve ekonomik hayatın akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek isteyen bir şey olmakla eser sözleşmesinde esas tutacak kişisel yetenekler arasında yüklenicinin özel mesleki bilgisi, kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık olması, tecrübesi, denenmiş olması ve ünü gibi kişisel ve mal varlığına ilişkin özellikler sayılabilir...” Buna karşılık, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 12.11.1990 günlü 1990/1503 E. ve 1990/4707 sayılı kararına göre: “...müteahhit Ahmet'in öldüğünden dolayı Borçlar Kanununun 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhitin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir. İnşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibare alınmamıştır...”

tarafklar arasında kurulmayacak idiyse yani yüklenicinin kişiliği göz önüne alınarak sözleşme yapılmışsa TBK md. 486 hükmünün uygulanacağını kabul etmek gerekir.

TBK md. 486 hükmünün uygulandığı durumlarda binanın biten kısmı kullanılabilir durumdaarsa arsa sahibi bu kısmı kabul etmek ve bedelini yükleniciye vermek zorundadır. Doktrinde, bu durumun, eserin yükleniciden başka birine tamamlattırılması mümkün olmakla birlikte, yüklenicinin haleflerine ve yardımcılarına güvenilmeyen hallerde geçerli olacağı kabul edilmektedir (Tunçomağ 1977, Tandoğan 1987, Öz 2006). Bu durumda müteahhidin külli haleflerine ne kadar bedel verileceği önem taşımaktadır. Verilecek bedel, bina tamamlanmış olsaydı taşıyacağı değer ile tamamlanmış kısmının değeri arasındaki orantıya göre hesaplanır.

Şayet böyle bir orantı kurulamıyorsa TBK md. 481'e göre yapılan işin değer ve yapılan masraflara göre bedel hesaplanır (Tandoğan 1987). Verilecek olan bedelin nakden değil aynen yani arsa payı karşılığı olarak verilmesi mümkün olmalıdır. (Erman 2007).

3.2.3.1.3 Edimin yerine getirilmemiş olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için edimin yerine getirilmemiş olması gerekir. Yüklenicinin edimini yerine getirdiğinden bahsedebilmemiz için, müteahhidin binayı tamamlaması ve arsa sahibinin yararlanmasına hazır bir şekilde terk etmesi gerekir. Zorunlu olmamakla birlikte müteahhidin arsa sahibine yapının tamamlandığını bildirmesi yerinde olur. Bunun yanında, yüklenicinin bildirim yapmamasıyla birlikte arsa sahibi binanın bittiğini anlayacak durumdaarsa, yüklenicinin edimini yerine getirdiği kabul edilmelidir. Yapıda önemsiz ayıpların bulunduğu durumlar arsa sahibine edimi kabulden kaçınma imkanı sağlamaz. Yüklenicinin bildirim üzerine veya yüklenici bildirim yapmamasına rağmen arsa sahibi binanın bittiğini anlayacak durumdaarsa, arsa sahibinin inşaatı teslim almaktan kaçınması durumunda arsa sahibi temerrüde düşmüş olur. Yani böyle bir durumda alacaklının temerrüdünden bahsedilir²⁰²¹.

²⁰ Bakınız: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.02.1986 günlü 1986/42 Esas ve 1986/134 Sayılı Kararına göre: "... Eser sözleşmelerinde yüklenici alacaklının olumsuz tutumu yüzünden borcunu ifa edemeyecek duruma düştüğu taktirde, sözleşmeden dönme hakkını elde eder. Burada borçlunun

Yüklenicini binayı arsa sahibiyle aralarında yapmış oldukları anlaşmaya göre tamamlamış olmasına rağmen, yüklenicini iskan izni alamaması durumunda da yüklenicinin temerrüde düşürülmesi mümkündür²¹.

Arsa sahibi izin alınmamakla birlikte hiç bir ihtirazı kayıt koymadan daireleri kullanmaya başlamışsa, artık müteahhidi temerrüde düşürebileceğinden bahsetmemek gerekir. Ayrıca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek durumlarda da temerrüden bahsedilemez. Örneğin, binadaki önemsiz bir ayıptan dolayı arsa sahibinin binayı teslim almak istememesi yüklenicinin temerrüde düştüğü anlamına gelmez (Öz 2006).

İskân izni alınmasına ve bina tamamlanmasına rağmen müteahhide ait malzemeler arsa sahibinin binadan yararlanmasını önemli ölçüde engelliyorsa, burada da temerrüt hükümlerinden yararlanılabilir (Öz 2006).

3.2.3.1.4 İhtar

Kural olarak taraflardan biri diğerini temerrüde düşürmek istediği takdirde ihtar çekmesi gerekmektedir. Bununla birlikte TBK md. 117/II anlamında teslim günü belirlenmişse veya vade tayin edilmişse, belirtilen günün gelmesiyle ihtara gerek kalmadan diğer taraf temerrüde düşer²². Ancak sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır. TBK md. 124/I hükmünü kıyasen uyguladığımızda ihtarın yararsız

temerrüdüne ilişkin hükümler, alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde aynen uygulanır. Olumsuz tutum, borçlunun kasten veya ihmaliyle edanın icap eden zamanda yerine getirilmesini temin için gerekli önlemleri almamak, ifaya mani olabilecek engelleri etkisiz kılmamak gibi eylemleri de içerir. Bu takdirde borçlu fesih hakkı ile birlikte borcu zamanında ifa olanağının verilmemiş olmasından dolayı önceden tahmin etmemiş ya da edememiş olsa dahi, uğradığı zararları istemek durumundadır. Bu durumda davalı kurumun ortaya çıkan temerrüdü nedeniyle davacı yüklenicinin akdi fesih ederek menfi zararlarını istemeğe hakkı olduğu kabul edilmelidir. (BK. 94 ve 106 ncı maddeleri). Sözleşmenin eki bulunmadığına ve süre uzatımını gerektiren durumların ortaya çıkması halinde yüklenicinin süre uzatımından başka talepte bulunamayacağına dair sözleşmede bir hüküm mevcut olmadığına göre, davalı işverenin yükleniciye (198) gün ek süre tanıması, davacının bu yasal hakkını kullanmasını engellemez...”

²¹ Bakınız: Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 27.06.1988 günlü 1988/4043 Esas ve 1988/2427 Sayılı Kararına göre: “... Sözleşmede aksine hüküm olmadığı sürece kural olarak inşaat ruhsatı alma yükümlülüğü arsa sahibine aitti...”

²² Bakınız: Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 07.04.1988 günlü 1988/866 E. ve 1988/2520 Sayılı Kararına göre: “... Somut olayda; eserin tamamlanarak teslim edileceği tarih kesin biçimde kararlaştırılmış olduğundan, davalı ve karşılık davacının yükleniciye sözleşmenin yerine getirilmesi için ayrıca bir süre tanımasına veya uygun bir sürenin belirlenmesi için hakimden istekte bulunmasına gerek yoktur. Sözleşmenin fesih edilmesi, fesih gününe kadar kira tazminatının ödetilmesine engel değildir...”

kalacağı anlaşılıyorsa ihtara gerek kalmaz; temerrüt oluşur. Örneğin, müteahhit inşaatı bırakıp gitmişse temerrüde düştüğünü kabul etmek gerekir.

3.2.3.2 Teslim borcunu ifada temerrüdün sonuçları

3.2.3.2.1 Genel olarak

Arsa sahibi mehil verilmesi gerekmeyen hallerde temerrütten hemen sonra, mehil verilmesi gereken hallerde en geç mehilin sonunda yükleniciye aynen ifadan vazgeçerek diğer iki seçimlik hakkından hangisini kullanmak istediğini derhal bildirmelidir. Burada “derhal” kelimesinden kastedilen somut olayın koşullarına, niteliklerine ve dürüstlük kurallarına göre en kısa zamandır (Kılıçoğlu 2003, Reisoğlu 2008). Arsa sahibi yükleniciye verdiği mehil sonunda hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirmelidir. Aksi takdirde aynen ifa ve gecikme tazminatını kabul etmiş olur (Tandoğan 1987, Kılıçoğlu 2003). Arsa sahibinin sadece aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi yeterli olmayıp, diğer iki seçimlik haktan hangisini seçtiğini belirtmesi gerekir (Serozan 1975, Reisoğlu 2008).

3.2.3.2.2 Aynen ifa ve gecikme tazminatı

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi süresi içerisinde inşaatı tamamlamadığı takdirde temerrüde düşer. İş (arsa) sahibi seçimlik haklarından olan aynen ifayı kullandığı takdirde, TBK md. 113/I doğrultusunda inşaat arsa sahibi tarafından tamamlatılarak yapılan işler bedeli yükleniciden istenebileceği gibi, iş sahibi, işi tamamlatmadan da noksan iş bedelini müteahhitten talep edebilir (Kostakoğlu 2011).

3.2.3.2.2.1 İş sahibi adına yapılan inşaatlarda aynen ifa isteği

İş sahibi, noksan işleri yüklenici namına başkasına tamamlattığı takdirde yüklenici bu konuda yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Aynı zamanda, iş sahibinin noksan işi yükleniciye tamamlatmadan, ondan noksan iş bedelini talep etmesinin yasal bir engeli bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, sözleşmenin götürü bedelli veya birim fiyatlı

olup olmadığına bakılmaz. İnşaatteki noksanlık, seçimlik hakkın kullanıldığı tarihteki rayiç fiyatlara göre hesaplanır (Kostakoğlu 2011).

İnşaatı sözleşme süresi içinse tamamlayamayarak temerrüde düşen yüklenici namına inşaatın, yapılması veya yaptırılması için mahkemeye bulunulacak talep üzerine TBK md.113/1 hükmüncü iş sahibine izin verilir. İş sahibinin yüklenici namına iş yapılmasını mahkemeden talep edeceği davada, yapılacak işin bedeline ilişkin üç seçimlik hakkı bulunmaktadır:

1) İş sahibinin, yüklenici namına inşaatın kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini talep edip, davada başkaca bir isteğinin bulunmaması. Bu durumda mahkeme, inşaatın hali hazır durumunu tespit ettirip, bilirkişilere yapılmasına izin verilecek işin kapsam ve nitelikleriyle gününün rayiç bedeli ile sarf edilecek giderler hesaplatılır. Mahkeme talep olmadığı için, yapılmasına izin verilen işin bedeline hükmetmez. Mahkemenin vermiş olduğu kararın kesinleşmesinden sonra uygun bir süre içerisinde iş sahibi tarafından eksik işler tamamlanmış olmalıdır. Aksi takdirde, fiyat artışından dolayı iş sahibi sorumlu olur (Kostakoğlu 2011). Bu şekilde yüklenici namına tamamlanan noksan iş için, iş sahibi tarafından yapılan gerçek giderler yükleniciden ayrıca talep ve dava edilir.

2) İş sahibinin, müteahhit namına inşaatın kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini taleple birlikte, inşaatın noksanlığı için sarfı gereken masrafın da müteahhitten alınmasının dava edilmesi. Böyle bir davada noksan işlerin bedeli dava tarihindeki rayiç fiyatlara göre hesaplanır. Ayrıca iş sahibinin kendi adına inşaatı yaptırmasına izin verilmekle birlikte müteahhitten tahsiline hükmolunur. Böyle bir durumda artan fiyatlar nedeniyle hükmedilen bedelin işin ifası için yetersiz kaldığından bahisle müteahhitten ek bedel istenmesi haklı görülmez (Kostakoğlu 2011).

3) Müteahhit namına inşaatın kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini taleple birlikte, yapılacak işin giderlerini karşılayabilmek üzere, inşaatın gerçek giderleri yönünden fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak, dava tarihindeki rayiç fiyatlara göre inşaat masrafının talep edilmesi. Dava sonunda mahkeme, inşaatla izinle birlikte,

yapılacak inşaatın kapsamına göre dava tarihi itibariyle saptanan rayiç fiyatlara göre bedele hükmeder. Aynı zamanda fazlaya ilişkin hakların saklı bulunduğu hususunu da karar bağlar. Böyle bir dava ile iş sahibi, yükleniciden peşinen alınacak para ile inşaatın giderlerini karşılayabileceği gibi, dava tarihinden inşaatın tamamlanması için geçecek süre arasındaki fiyat artışları nedeniyle müteahhitten, iş sahibinin yapmış olduğu fazlaya ilişkin gerçek masraflar da tahsil edilebilecektir. Bu durumda da yukarıda belirttiğimiz gibi iş sahibinin, inşaatın kendisi tarafından yapılmasına izin verilen mahkeme kararının kesinleşmesinden uygun bir süre sonra inşaatı yapmış olması ve gerçek giderlerin rayiç fiyatlara uygun olması gerekir (Kostakoğlu 2011).

Nama ifa için izin verilen inşaatlara ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken bir husus, yüklenici namına inşaat tamamlattırılacak ve masrafı da yükleniciden alınacaktır. Ama sözleşmeye göre iş sahibinin tamamlatılan kısımlar için ödemesi gereken bedel varsa bu bedelin yükleniciye verilmesi gerekir. Bu nedenle sözleşmeye göre yüklenicini alacağı varsa, inşaat giderlerinden bu alacağı mahsup edilir (Kostakoğlu 2011). TBK md. 113/I'e göre iş sahibi her türlü zarar ve ziyarı da müteahhitten talep edebilir.

3.2.3.2.2.2 Kat karşılığı yapılan inşaatlarda aynen ifa isteği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatı süresinde tamamlayamayıp temerrüde düşmesi halinde ve arsa sahibinin de seçimlik haklarından aynen ifayı seçmesi üzerine, yüklenicinin namına inşaatı ifa ederken, yüklenicinin payına düşen kısımları da ifa etmek zorunda değildir. Bu nedenle iş sahibi TBK md. 113/I'e göre mahkmeden, kendisine düşecek bağımsız bölümler ile ortak kullanım alanları için, yüklenici adına tamamlamak üzere izin isteyebilir. Mahkemenin izin vermesi üzerine yüklenici ortak alanlar ile arsa sahibine düşecek alanlardan elini çekmesi gerekir. Taraflar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümlerin paylaşımını yapmamışlarsa, arsa sahibi mahkmeden, inşaatın tamamı için nama ifa izni talep edebilir (Kostakoğlu 2011). Mahkemece verilen izin kararın kesinleşmesinden sonra arsa sahibinin uygun bir süre içerisinde inşaatı başlaması gerekir. Arsa sahibinin işe başlamada ihmal ve kusurundan dolayı bir gecikme olduğu takdirde, yükselen

fiyatlar nedeniyle artacak zararlardan dolayı arsa sahibi, TBK md. 144/II ve 52 hükümlerine göre sorumlu olur (Kostakoğlu 2011).

Yüklenicinin, arsa sahibine düşecek olan bağımsız bölümleri noksan halde teslim etmek istemesi veya noksan halde terk etmesi halinde arsa sahibi, nama ifaya izin almadan kendisine düşecek bağımsız bölümlerin rayiç fiyatlarına göre bedellerini ve payı oranında ortak yerlerdeki eksik kalan işlerin bedellerini müteahhitten talep edebilir (Kostakoğlu 2011). Görüldüğü üzere, arsa sahibi noksan işleri yüklenici namına yaptırdığı takdirde arsa sahibince yapılan masrafların yükleniciden aynen tahsili mümkün iken; inşaat tamamlanmadan yükleniciden noksan iş bedelleri istendiği takdirde, yalnızca arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin noksanlığı ve yine arsa sahibinin payına düşen ortak yerlerdeki noksanlıkların bedeli oranında yüklenici sorumlu tutulmaktadır.

Yüklenici işi zamanında tamamlamadığı takdirde sözleşmenin ihlali söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda, TBK. md. 179/II niteliğinde bir ceza mevcutsa arsa sahibi, bu cezayla birlikte işin tesliminin gecikmesinden dolayı tazminatı talep edebilir (Kostakoğlu 2011).

3.2.3.2.2.3 Gecikme tazminatı - kira mahrumiyeti isteği

Taraflar, aralarında yapmış oldukları sözleşmede gecikme cezası veya gecikme tazminatı ya da kira gibi isimler altında ödeme kararlaştırılmaktadır. Taraflar sözleşmede gecikmeden dolayı ödenecek maktu bir bedel kararlaştırmışlarsa bu ifaya ekli bir ceza niteliğinde kabul edilmektedir. Buna karşılık günlük ya da aylık şekilde ödenecek tazminatın ise kira kaybı karşılığı olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 10.04.1986 günlü 1985/3018 Esas ve 1986/1454 sayılı kararında belirtilen "... sözleşmede kararlaştırılan geç teslimden dolayı kira kaybı koşulu cezai şart değildir..." hükmünü bu anlamda kabul etmek gerekir. Sözleşmede belirlenen kira tazminatını aşacak şekilde rayiç kira üzerinden tazminat talebi ise, dinlenmez (Kostakoğlu 2011).

3.2.3.2.3 İfadan vazgeçme ve müsbet zararın tazmini

Sözleşme süresi içinde yapımını yükümlendiği işi yapmayan veya tamamlayamayarak borçlu temerrüdüne düşen yüklenici hakkında iş veya arsa sahibinin tercih hakkına sahip olduğu diğer bir yol da aynen ifa isteğinden ve gecikme nedeniyle talep edebileceği sair zarar ve ziyan haklarından vazgeçerek, işin yapılmamasından dolayı uğradığı müspet zararını istemektedir. Bu hak TBK m. 125/II’de yer almaktadır. Buna göre, “Alacaklı ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir”. Arsa sahibinin bu tercihi yapabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekir:

- a) Sözleşmeyi feshetmemesi,
- b) Aynen ifadan vazgeçmesi yani sözleşmede belirtilen inşaatın yapılmasından vazgeçmesi,
- c) Sözleşmede belirtilen inşaatın gecikmesinden dolayı zarar ve ziyan talep hakkından vazgeçmesi gerekir.

Yasada belirtilen müsbet zarar, edim yerine getirilseydi alacaklının mal varlığında meydana gelecek durumla, edim yerine getirilmediği için alacaklının mal varlığında meydana gelen durum arasındaki farkı ifade eder. Yargıtay 15. Hukuk Genel Kurulu 17.01.1990 günlü 1990/13-392 Esas ve 1990/1 Sayılı Kararında müspet zararı, “... sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarar...” şeklinde ifade etmiştir ve bu anlatımla müspet zararın kar mahrumiyetini de içerdiği kabul edilmiştir. Bu durumu, müteahhidin yapmayı üstlendiği inşaata başlamayarak veya başlamış olmakla birlikte süresi içerisinde tamamlamayarak temerrüde düşmüş olması halleri bakımından ayrı ayrı incelemekte yarar vardır (Kostakoğlu 2011).

3.2.3.2.3.1 Temerrüde düşen müteahhidin işe başlamamış olması

Müteahhit yapmayı taahhüt ettiği inşaatı hiç bir haklı nedeni olmadan süresi sona ermesine rağmen inşaata hiç başlamamış olması halinde, arsa sahibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararı isterse bu müspet zarar, sözleşme konusu inşaat için

müteahhide ödenmesi kararlaştırılan bedel ile arsa sahibinin tercih hakkını kullandığı tarihteki bina yapılmış hali itibariyle rayiç değeri arasındaki farktır (Kostakoğlu 2011).

3.2.3.2.3.2 Temerrüde düşen müteahhidin işi kısmen yapmış olması

Müteahhit sözleşmede belirtilen sürede inşaaata başlamakla birlikte herhangi bir haklı sebebi olmaksızın inşaatı tamamlamadığı takdirde, borçlu temerrüdüne düşeceği için, kısmen yapılan iş, arsanın mütemmim cüzü olduğundan arsa sahibine geçecektir. Arsa sahibi müspet zararını talep ettiği takdirde, inşaat bedelinden, inşaatın yapılmayan kısmın oranına isabet eden miktarı arsa sahibinin müspet zararı olarak kabul edilecektir. Arsa sahibi aynen ifa yerine müspet zararı talep ettiği takdirde, müteahhitten başkaca zarar ve ziyan yahut cezai şart talep edemez. Burada üzerinde durulması gereken bir husus, tercih hakkının kullanılmasındaki gecikmedir. Özel Daire, Yargıtay HGK. 09.10.1991 günlü kararından sonra görüşünü değiştirerek, arsa sahibinin tercih hakkını muayyen süre içerisinde kullanmak zorunda olduğunu benimsemiştir. HGK. Kararında, TMK m. 2'yi işaret ederek, hakkın kötüye kullanılması “hem kendisine yarar sağlamak, hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile kullanıldığı hallerde” de söz konusu olabileceği gibi “uzun süre beklemek suretiyle fiyat artışlarından yararlanmak için borçlunun zararını arttırıp, durumunun ağırlaşmasına kasten neden olması” halinde söz konusu olabilir (Kostakoğlu 2011).

İnşaatı ağır da olsa sürdüren müteahhit tarafından işin tamamlanmasını bekleyen arsa sahibini, seçimlik haklarını belirli bir sürede kullanmaya zorlamak haklı görülmemektedir. Bununla birlikte faaliyetlerine son vererek inşaatı terk eden ve süresi içerisinde inşaatı bitirmeyen müteahhit hakkında, arsa sahibinin uzun süre bekledikten sonra müspet zararını talep etmesi iyi niyet kurallarına uygun olmayan bir davranış olarak kabul edilmektedir (Kostakoğlu 2011). Arsa sahibi ifadan vazgeçip müspet zararı talep ettiği takdirde, arsa sahibinin ifadan vazgeçme iradesini kullandığı tarihte, sözleşmeye göre arsa sahibine verilecek olan bağımsız bölümlerin bitmiş halindeki bedeli, müteahhit tarafından arsa sahibine ödenmesi gerekir. Bu durumda sözleşme taraflar arasında yürürlükte olup feshedilmemiştir. Müteahhidin sözleşmeye göre yükümlülüklerini yerine getirdiği göz önüne alınarak bedele dönüşen bağımsız

bölümlerin arsa paylarının da müteahhide devredilmesi ve birlikte ifaya karar verilmesi gerekmektedir (Kostakoğlu 2011).

3.2.3.2.4 Sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini

Arsa sahibi belirlenen süre sona erince gecikmeksizin (derhal) yükleniciye sözleşmeden döndüğünü bildirebilir ve bundan dolayı uğradığı menfi zararı isteyebilir. Sözleşmeden dönme hakkı TBK m. 123'e göre özellikle karşılıklı sözleşmeler için kabul edilmiştir²³.

Dönme hakkı, alıcının tek taraflı varması gereken irade beyanıdır ve yenilik doğuran bir haktır. Dönme hakkının kullanılması sonucu yerine getirilmiş edimlerin iadesi gerekir. Dönmenin amacı, sözleşmenin kurulmadan önceki durumuma geri dönmek olduğu için elde edilen gelirlerin ve ödenen bedellerin faizlerinin iadesi gerekir (Aral 2006).

Dönme hakkı bölünmez bir bütün olup, kural olarak elbirliği ile kullanılması ve herkese karşı ileri sürülmesi gerekir. Bununla birlikte paylı mülkiyet söz konusu olduğu hallerde her bir paydaşın tek başına ortak çıkarları kollama yetkisi vardır. Bundan dolayı diğer paydaşların çıkarlarını koruyacak şekilde tek başına dönme hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir (Karahasan 2002). Dönme bildirimini bir koşula bağlandığı takdirde bunun açık-seçik, hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kullanılması gerekir. Dönme

²³ Yargıtay 15. HD. 12.05.1983 günlü 1983/1307 E. ve 1983/1255 sayılı kararına göre; "... Kanununun 106. maddesinde öngörülen seçimlik haklardan akdin feshi ve uğranılan zararın istenebilmesi için davacı alacaklının akdin icrasından ve gecikme nedeniyle uğradığı zarar ve ziyan isteğinden vazgeçtiğini derhal karşı tarafa bildirmesi gerekir. Bunun nedeni borcun ifa edilmemesinden dolayı ortaya çıkan fiyat farkının fesih tarihindeki rayiçlere göre hesap edilmesi zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Öte yandan burada istenebilecek zarar olumsuz menfi zarardır. Bilindiği gibi olumsuz zarar, akit hiç yapılmamış olsaydı malvarlığının bulunacağı durum ile, akdin hükümsüzlüğü sonucu malvarlığının almış olduğu durum arasındaki farktır. (K. Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Cilt I. sh. 955 ve S.S. Tekinay, Borçlar Hukuku sh. 731). Davacı olayda akdin icrasından vazgeçtiğini derhal davalıya bildirmemiş cihazların teslim edilmesi gereken tarihten 2,5 yılı aşkın bir süreden sonra davalıya gönderdiği 29.5.1980 tarihli ihtarnamede ifa için 15 gün süre tanımış aksi halde akdi feshedeceğini bildirmiştir. Bu ihtarın BK.nun 106. maddesinin 2. fıkrasında yer alan (derhal beyan) anlamında kabulüne olanak yoktur. Davacı peşin ödediği paranın iadesini talep ettiğine ve böylece BK.nun 106. maddesindeki seçimlik haklardan sözleşmenin feshine, ilişkin yolu seçerek iradesini fesih doğrultusunda kullandığına göre, isteyebileceği menfi zarar, sözleşmenin ifasından vazgeçtiğini derhal ihbar etmesi gereken tarihteki rayiç değerler üzerinden hesap edilecek miktardan ibarettir (BK. 44, 98 ve 106. maddeleri). Mahkemenin bu yönleri gözden kaçırarak bilirkişi kurulunun 9.12.1981 tarihli raporlarında ihtar tarihi olan 1980 yılı Mayıs ayı dönemine ait rayiç değerler esas alınarak vardıkları sonuç doğrultusunda fiyat farkının ödetilmesine karar vermesi doğru değildir...".

hakkı yalnız bir kez kullanılabilir. Dönme bildirimini bir şekil şartına bağlı olmadığı gibi bir ispat biçimine de bağlanmış değildir (Serozan 1975).

Doktrindeki baskın görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar (Tunçomağ 1977, Feyzioğlu 1980, Tandoğan 1987, Oğuzman vd 2006).

Dönme bozucu yenilik doğuran bir haktır ve var olan hukuksal ilişkiyi ortadan kaldırır. Dönme bildirimini borçluya ulaşır ulaşmaz bu etki meydana gelmiş olur Yani sözleşmenin feshi ile borç ilişkisi yeni haklar ve borçlar meydana getirmez (Tunçomağ 1977, Tekinay 1993, Karahasan 2002). Doktrindeki baskın görüşe göre sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında şunlar söylenebilir (Karahasan 2002):

a) Sözleşme ilişkisi sona erdiği için alacaklı edimin yerine getirilmesini reddedeceği gibi, kendi edimin de yerine getirmez. Sözleşme ilişkisi ortadan kalktığı için de borçlu edimini yerine getirmeyecektir.

b) Dönme ile sözleşme sona ereceğinden dolayı artık bir borç ilişkisi doğurmayacaktır. Ayrıca önceden doğmuş olan borçlar da sona ermiş olduğundan tarafların dönmeden önce vermiş oldukları şeyler varsa bunları karşılıklı olarak iade etmeleri gerekir.

Tarafların vermiş olduklarını geri isteme hakkının ve açacakları davanın ne olacağı, buna bağlı olarak zaman aşımı süresinin ne olacağı doktrinde tartışma konusudur. Taraf bulan bir görüşe göre (Tunçomağ 1977, Feyzioğlu 1980, Oğuzman vd 2006) “vücudu nihayet bulan bir sebebe dayanan haksız iktisap davası” açılmalıdır ve TBK md. 82’deki zaman aşımına bağlı olmalıdır. Doktrindeki diğer bir görüşü savunanlara göre ise (Tandoğan 1987, Tekinay vd 1993), taraflar verdiklerini geri istemek amacıyla TBK m. 125’e dayanırlar ve buradaki zaman aşımı için de TBK md. 146 uygulanır. Tarafların verilenleri geri alma amaçları, sözleşmenin ihlalidir ve yasada da böyle bir durum özel olarak düzenlenmemiştir. Bu konuyla ilgili Yargıtay Genel Kurulu’nun 17.10.1962 gün 1962/14 E. ve 1962/35 Sayılı kararı şu şekildedir: “...aylığını peşin almış olan hizmetlinin işe gelmemesi sebebiyle, Türk Borçlar Kanununun 124. maddesi gereğince akdi feshetmiştir ve peşin aylığı geri istemektedir. Bu istek, hukuk nitelikçe, Türk

Borçlar Kanununun 125. maddesinde ki hükümde öngörülen bir ödeve dayanmaktadır, bu hüküm, sebepsiz mal edinmenin geri verilmesi hükmü olmayıp ortadan kalkan akdin doğurduğu bir sonuçtur ve sebepsiz mal edinme esasından ayrı olarak kanuna konulmuştur. Bu yüzden, geri alma alacağı, akde dayanan bir alacaktır ve zaman aşımı süresi, (146. madde uyarınca) on yıldır”.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borcu bir şey yapmak olduğu için müteahhit bu edimin sonucunda zenginleştiği tutarı para olarak ödemek zorundadır. Burada TBK md. 79 vd. hükümleri kıyasen uygulanarak sebepsiz zenginleşme çerçevesinde arsa sahibi müteahhitten verdiği şeyleri isteyecektir. Müteahhit şeyi karşılıksız olarak vermiş olsa dahi, arsa sahibine şeyin değerini vermekle yükümlüdür (Tandoğan 1987, Tekinay vd 1993).

Alacaklı dönmeden doğan zararlarının giderilmesini isteyebilir. Doktrindeki baskın görüşe göre, buradaki giderilmesi gereken zarar olumsuz (menfi) zarardır (Oğuzman 1979, Tandoğan 1987, Eren 2003, Oğuzman vd 2006).

Menfi (olumsuz) zarar, gerçekleşmesine güvenilen bir sözleşmenin gerçekleşmemesinden ya da kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulmamasından dolayı uğranılan zarardır. Buradaki zararın dayanağı sözleşmenin gerçekleşmesinden beklenen çıkar değil, alacaklının göstermiş olduğu güvenden kaynaklanmaktadır²⁴ (Serozan 1975, Oğuzman 1979, Fevzioğlu 1980, Atay 1981, Tandoğan 1987, Tekinay vd. 1993).

Doktrine göre, sözleşmenin geçersizliğine güvenden doğan menfi zararların kapsamına giren kalemler şunlardır (Karahasan 2002):

- a) Yerine getirilmiş olan edim,
- b) Zarar görenin yerine getirdiği bir edim varsa bu edimden elde edecek olduğu yararlanmalar (faiz, kira, ecr-i misil),

²⁴Bakınız: Yargıtay 15. HD. 17.03.1977 günlü 1977/535 E. ve 1977/653 Sayılı Kararına göre: “... Davacı yüklenici, gerçekleşeceğine güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması yada kurulmasına inanılan bir sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğradığı olumsuz zararı davalı belediyeden isteyebilir...”.

- c) Sözleşme giderleri (noter harçları, posta giderleri),
- d) Sözleşmenin yerine getirilmesi için ve edimin kabulü için yapılan harcamalar,
- e) Edimin hazırlanmış veya yerine getirilmiş olmasından ötürü uğranılan zarar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.02.1985 günlü, 1983/15–74 E. ve 1985/ 254 sayılı kararına göre: “Taraflar arasında daha önce görülen 1981/335 E. sayılı davada verilen hükmün kesinleşmiş bulunması nedeniyle, 28.9.1978 günlü inşaat sözleşmesinin batıl olduğunu kabul etmek, hukuken zorunlu ise; gerek yerel mahkeme ilamında, gerekse Özel Daire bozma kararında benimsendiği gibi, olayda, yüklenicilerin meslek adamı niteliği ile gerekli özeni göstermedikleri, davacıların arsası üzerindeki yapının yıkılmasında kusurlu buldukları sabit olduğundan, yıkım nedeniyle doğan zarardan, birinci derecede sorumlu olmaları gerektiği tartışmasızdır. Bu durumda, BK. nun 98/1. maddesi hükmüne göre, davalı borçlular, hafif kusurlarından dahi sorumlu olduklarından, gerçekleşen hukuki ve fiili imkansızlık karşısında, davacıların uğradıkları zararın ve ödenecek tazminatın miktar ve niteliğini tanımlamak gerekmektedir. Olayda, davacıların uğradığı zarar, arsaları üzerinde bulunan ve davalılar tarafından yıkılan evin enkaz bedeli değil, kaybedilen şeyin objektif değeri ile bu yıkım nedeniyle elde edilemeyen kira gelirlerinin toplamıdır. Gerçekleşen zararın nasıl ve ne oranda tazmin edilmesi gerektiği sonucuna gelince; BK.nun 98/II. Maddesi hükmüne göre, haksız fiillerin sorumluluğa ilişkin hükümleri kıyasen akde aykırı davranışlara da uygulanacağından, kusurun ağırlığı, işin borçlular için fayda sağlayıp sağlamadığı ve haksız fiillerde söz konusu olan birlikte kusur gibi, tazminatın indirilmesini gerektiren nedenler burada da dikkate alınmalıdır”.

- f) Sözleşmede cezai şart hükmü,
- g) Sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek başka sözleşme yapma fırsatını kaçırmaktan doğan zarardır²⁵.

²⁵ Bakınız: Yarg. 15. HD. 19.12.2000 günlü 2000/3861 E. ve 2000/5592 sayılı kararına göre: “... Taraflar arasındaki uyumsuzluk davalının yarım bıraktığı işin başka bir yükleniciye daha fazla bir ücretle yaptırılmasından kaynaklanan bedel farkı istemine ilişkindir. Davada yapılan işe nazaran ödenen fazla miktar ile bu iş nedeni ile davalıya verilen çekin iadesi istenmek suretiyle akitten dönüldüğünden, davacı BK. 106 ve 108. maddeleri uyarınca oluşan menfi zararını talep edebilir. Bu nedenle mahkemece davalının menfi zararının HGK. 17.1.1990 tarih 13/392-1 sayılı kararında belirtildiği üzere menfi zarar yöntemi ile hesaplanması gerekir. Bu yöntem uyarınca davacının menfi zararı, davalı yüklenici ile sözleşme akdettiği tarih itibarıyla bir başka yükleniciye işin verilmesi halinde o yüklenicinin teklif edeceği fiyatlarla kalan işin davalı dışındaki yeni yükleniciye yaptırıldığı fiyatlar arasındaki farktan ibarettir. Bu nedenlerle mahkemece yukarıda açıklanan doğrultuda bilirkişiden ek rapor alınarak ve

3.3 Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Yüklenici, yükümlendiği inşaatı gerek sözleşmeye gerekse fenni şartlara göre inşa edip teslim etmekle sorumludur. Sözleşmeye veya fenni koşullara uygun yapılmayan inşaat (kusurlu) ayıplıdır. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu TBK md. 474-478'te düzenlenmiştir.

3.3.1 Ayıba karşı tekeffülün şartları

3.3.1.1 Yapının teslim edilmiş olması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olabilmesi için arsa sahibine binayı tamamlayarak teslim etmiş olması gerekir. Ayıplı bir iş görmenin sonucu olarak ayıplı bir bina meydana gelmiştir²⁶.

3.3.1.2 Yapının ayıplı olması

Ayıp, satıcının vaat ettiği veya alıcının dürüstlük kuralına göre satılandan beklediği vasıfların bulunmamasıdır (Aral 2006). Yani ayıp, satılarda bulunması gereken vasıfların mevcut vasıflardan farklı olmasıdır. Miktar eksikliği genel olarak ayıp sayılmaz; kısmi ifa sayılır. Bununla birlikte örneğin evin genişliği gibi karşılaştırılan miktar ve sayı, alıcının kullanma amacı açısından önem taşıyorsa ve satılanın niteliğini belirtiyorsa buradaki miktar eksikliği vasıf eksikliği olarak kabul edilir.

tarafından delilleri sorularak fark zararın tespiti ile varsa ödenmeyen sözleşmedeki iş bedelinin düşülerek kalanına hükmedilmelidir. Bu hususlar üzerinde durulmadan yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” .

²⁶ Bakınız: Yargıtay 15. HD. 14.02.1996 günlü 1996/463 E. ve 1996/821 Sayılı Kararına göre: “... Borçlar Kanununun 106. maddesine göre; borçlunun (yüklenicinin) temerrüdü halinde, alacaklının (arsa sahibinin) önünde üç seçenek vardır: Ya sözleşmenin yerine getirilmesini ister ya sözleşmeden dönme söz konusu olmaksızın, borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyânını, başka bir anlatımla olumlu zararını (positive interesse) talep eder; ya da sözleşmeden dönerek BK.nun 108. maddesinde belirtilen olumsuz zararının (negative interesse) hüküm altına alınmasını ister...” ,

3.3.1.2.1 Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin eksikliği

Taraflar binanın taşıyacağı nitelikleri sözleşmede kararlaştırmışlarsa, kararlaştırılan niteliklerdeki herhangi bir eksiklik eserin ayıplı olduğu sonucunu doğurur. Binada sözleşmede belirtilen nitelikler bakımından eksiklik bulunduğu takdirde, bina teknik bakımdan kusursuz olsa bile bina ayıplı sayılır (Tandoğan 1987). Hatta sözleşmede belirtilen niteliklerin binada olmaması binayı daha değerli ve daha kullanışlı yapsa da yine ayıplı bir eser söz konusu olur. Bununla birlikte, sözleşmede belirtilen niteliklerin olması binanın tahsis amacının gerçekleşmesini veya yapının kullanılabilirliğini engelliyorsa, bu durumda sözleşmede belirtilen özelliklerin binada olmaması, ayıp hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmaması gerekir. Böyle bir durumda sözleşme kurulduğu anda böyle bir çelişki bilinseydi dürüst ve makul kişiler olarak taraflar neyi kararlaştıracak idiyse o tespit edilmeli ve bu duruma göre çözüme varılmalıdır (Tandoğan 1987).

3.3.1.2.2 Gerekli niteliklerin eksikliği

Sözleşmede binada kullanılacak malzemelerin nitelikleri belirtilmediği takdirde dürüstlük kuralı çerçevesinde ve ticari doğruluğun gereği olarak müteahhit normal yapıdaki bir eserin değer kalitesinde bir bina yapmakla yükümlüdür (Eren 2007). Sözleşmede özel bir kullanma amacı ön görülmüşse, inşaat bu amaca elverişli olmalıdır. İnşaatın yapıldığı yerdeki kurallar ve genel uygulama göz önüne alınarak müteahhidin teknik kurallara uygun olarak binayı yapması beklenir. Bu kurallara uyulmaması eserin ayıplı olduğu sonucunu doğurur.

3.3.1.2.3 Ayıp türleri

3.3.1.2.3.1 Hukuki ayıp- fiili (maddi) ayıp

Kamu hukukundan doğan ve alıcının satılan üzerinde tasarruf etmesini veya ondan yararlanmasını engelleyen bir durum olduğu durumlarda hukuki ayıplardan bahsedilir. Örneğin, arsa üzerinde inşaat izni olmaması veya arsa sahibi ile müteahhit arasında

yapmış oldukları sözleşmeye göre daha az kata inşaat izninin verilmesi gibi. Şayet alıcı, gerekli dikkati göstermesiyle böyle bir ayıbı bilecek durumdaysa, artık satıcının ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde alıcı böyle bir olayı bilmesi beklenmeyecek ise satıcı sorumlu olur. Maddi ayıp ise, satılanın fiziki özelliklerini etkiler. Satılan dış görünüş itibariyle kararlaştırılana uygun gibi gözükse de aslında nitelik olarak eksiklik vardır. Örneğin, inşaatla kullanılan malzemelerin sözleşmede kararlaştırılan malzemeden daha düşük kalitede olması, kaliteli boya kullanılması gerektiği halde düşük kalitede boya kullanılması gibi (Aral 2006).

3.3.1.2.3.2 Gizli ayıp- açık ayıp

TBK md. 477 metni dikkate alındığında, açık ayıp, “usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilen” ayıplardır. Kanunun bu deyimini, ortalama, genel bilgi-gözlem yeteneği ile tespit edilebilen ayıplar açık ayıptır şeklinde anlamak yerinde olur. Bir konutun, sıva, boya işçiliği, kapıların kalitesi vb. şeklindeki ayıpları “açık ayıp” olarak kabul edilmektedir. Arsa sahibi yapıyı teslim aldığı zaman açık ayıplar bakımından muayene ve ihbar külfetini yerine getirmediği zaman müteahhidin sorumluluğu yoluna gidebilmesine engel olabilir (TBK md. 474/I ve TBK md. 477/II). Gizli ayıp ise, özel teknik araştırma veya zaman içinde ortaya çıkan ayıplardır. Gizli ayıpta konut alıcısı sıradan, rutin bir bilgi-gözlem ile ayıbı tespit edememektedir. Bir konuttaki kolonlar, inşaat demirinin, çimentosunun noksan-yetersiz olması gizli ayıp kapsamında değerlendirilmektedir.

3.3.1.2.3.3 Önemli ayıp - önemsiz ayıp

Bu ayırım iş sahibine, ayıba karşı tekeffül hükümlerinde hangi haklarını kullanabileceğini gösterdiğinden önemlidir. Sözleşmede öngörülen kullanma amacını imkansız kılmıyorsa veya önemli ölçüde azaltmayan bir ayıp varsa buna önemsiz ayıp denir. Bunlar eserin kullanılmasını engellemezler ve iş sahibi eseri kabule mecburdur. Satım sözleşmesinden farklı olarak, bu tür ayıplar bakımından müteahhidin sorumluluğu söz konusu olmaktadır (TBK m. 219/I). Önemsiz ayıplar için, ileri

sürülmeleri hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımadıkça ayıp hükümleri uygulama alanı bulur. Sözleşmede öngörülen kullanma amacını imkânsız kılan veya önemli ölçüde azaltan bir ayıp varsa buna önemli ayıp denir. Bunlar eserin kullanılmasını engelleyen ve iş sahibini kabule zorlanamayacağı ayıplardır (Yavuz 1997).

3.3.1.3 Ayıbın arsa sahibine yüklenmemesi

Yüklenici ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmek için ayıbın arsa sahibine yüklenmemesi gerekir. TBK m. 476'ya göre, "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz". Bu maddenin amacı arsa sahibinin örneğin, malzemeyi sağlamak, plan-proje vermek gibi binanın meydana gelmesinde aktif rol oynadığı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. TBK m. 52/I'deki düşünceyle TBK m. 476'daki düşünce aynıdır. Yani arsa sahibi zararın doğmasına veya artmasına sebep olduğu durumlarda, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının bir kısmını veya tamamını ortadan kaldırabilir (Aral 2006).

Ayıbın, arsa sahibine yüklenmemesi için arsa sahibinin eserdeki talimatlardan veya ona isnadı kabil bir sebepten dolayı meydana gelmemesi gerekir. Tabi ki buradaki talimat emredici nitelikte olmalıdır. Bir görüş bildirme veya tavsiyede bulunma şeklinde olmamalıdır. TBK m. 476'da yer alan "her hangi bir sebeple" ibaresi genel bir hüküm niteliğindedir. Arsa sahibi tarafından sağlanan malzemelerde bir ayıbın olması durumunda veya arsanın ayıplı olması durumunda artık müteahhidin eseri ayıplı bir şekilde meydana getirdiğinden bahsedilemeyecektir (Eren 2003). Tabi ki bu durumda da müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için TBK md. 472/II-III uyarınca malzemenin veya arsanın ayıplı olduğunu arsa sahibine derhal ihbar etmesi (bildirmesi) gerekmektedir.

Arsa sahibinin veya yetkili temsilcisinin vermiş olduğu emir ve talimatlar yanlış olduğu takdirde, bu emir ve talimatlara uyulması durumunda eser ayıplı olacak ise müteahhit sorumluluğun kendisine ait olmayacağını arsa sahibine bildirmek zorundadır. Doktrinde

bazı hallerde müteahhit arsa sahibine uyarıda bulunmasa bile bu sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmektedir. Şayet arsa sahibi veya onun danışmanı veya temsilcisi verilen talimatlar bakımından uzman kişiler ise, müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için, müteahhit gerekli uyarıyı yapmış olsaydı bile arsa sahibinin yanı sıra ısrar edeceğini ve bunun sonucunda ayıbın gerçekleşeceğini ispat etmesi gerekir (Aral 2006). Müteahhit uzman kişiler tarafından verilen talimatların hatalı olduğunu bilmiyorsa veya bilmesi gerekmiyorsa sorumluluktan kurtulur.

3.3.1.4 Arsa sahibinin yapıyı kabul etmemiş olması

Arsa sahibi teslim edilen ayıplı binayı açıkça veya zımnen kabul ederse, yüklenici ayıba karşı tekeffül borcundan kurtulmuş olur. Ama yüklenici ayıpları kasten gizlemiş ise veya normal bir muayeneyle anlaşılamayacak gizli bir ayıbın varlığı durumunda yüklenicinin sorumluluğu devam eder (Aral 2006) (TBK m. 477/I). Arsa sahibinin muayene ve ihbar külfeti bulunmaktadır. Muayene ve ihbar külfetini yerine getirmediği takdirde eseri zımnen kabul etmiş sayılır (TBK m. 477/II).

3.3.1.5 Arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması

Arsa sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından yararlanabilmesi için muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olması gerekir. Eğer arsa sahibi bu külfeti yerine getirmezse eseri zımnen kabul etmiş sayılır (TBK m. 477/II).

3.3.1.5.1 Muayene külfeti

TBK m. 474/I'e göre, "İş sahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.". Yüklenici binayı, kararlaştırılan bütün işleri tamamen yapıp arsa sahibine vermesiyle, bina teslim edilmiş olur. Teslimle arsa sahibinin binayı muayene külfeti başlar (Aral 2006).

TBK m. 474/I'de bulunan "işlerin olağan akışına göre" hükmü, muayene zamanının sadece başlangıç anını değil aynı zamanda bitim zamanını da belirlenmesinde kullanılır. Muayene süresi için eserin niteliği ve özellikleri göz önünde bulundurulur makul bir sürenin belirlenmesi gerekir. Arsa sahibinin tacir olmadığı veya yeterli tecrübelerle sahip bulunmadığı gibi durumlar da göz önüne alınarak muayene süresi mümkün olduğu kadar geniş yorumlanmalıdır (Aral 2006). Arsa sahibi işlerin akışına göre makul bir sürede muayeneye başlamak ve bu muayeneyi yine makul bir sürede bitirmek zorundadır.

Maddedeki "imkân bulur bulmaz" deyimini, "işlerin olağan akışına göre" unsuru ile birlikte ele alınmalıdır. Buradan arsa (iş) sahibinin sübjektif durumunun tek başına göz önünde tutulabileceği çıkarılmamalıdır (Tandoğan 1987). Arsa sahibinin muayeneye derhal başlamamasını haklı gösterecek bir sebep varsa ve de gecikme dürüstlük kuralına aykırı olmayacaksa, muayenenin işlerin olağan akışına göre, geç sayılmayacak bir zaman sonra yapılabileceği de kabul edilmelidir²⁷ (Öz 1996).

Muayenenin ne zaman bitirilmesi gerektiğini de yine aynı ölçülere göre belirlemek gerekir. Muayene, objektif olarak makul ve mümkün mertebe ne kadar sürede bitirilebilecek ise o sürede muayene tamamlanmalıdır. Tabi ki muayene süresi, eserin niteliğine ve amacına göre ortalama bir iş sahibinden beklenebilecek özenli bir araştırma için geçecek olan süreye göre belirlenir. Muayene süresi bakımından gerek tacirler gerekse tacir olmayanlar hakkında yaygın bir uygulama olabilir. Muayenenin süresinde yapıp yapılmadığını tespit ederken bu sürele dikkat etmek gerekir²⁸.

Eser sözleşmelerinde iş sahibinin tacir veya o konuda tecrübeli olmaması halinde, muayene süresinin belirlenmesi bakımından satım sözleşmesindeki muayene ve ihbar

²⁷ Bakınız: Yarg. 15. HD. 14.03.1977 günlü 1977/515 E. ve 1977/629 K.

²⁸ Bakınız: Yarg. 15. HD. 18.10.1982 günlü 1982/1404 E. ve 1982/2045 sayılı kararına göre: "... imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işin gidişine göre olanak bulunur bulunmaz o şeyi muayene etmeye ve kusurları varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Yapılan şeyin açıkça veya üstü kapalıca kabulünden sonra yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur... davacılar daireleri teslim alırken bu dairelerin plan ve projeye ve aralarındaki sözleşmeye uygun olarak kendilerine verilmesi gereken daireler olup olmadığını ve evsafına uygunluk derecesini derhal araştırmaları ve gerektiğinde BK. 359/son uyarınca bilirkişi tetkiki yaptırarak durumu tespit ettirmeleri gerekir. 2-3 yıl sonra bunu tevessül davacılar hak bahşetmez....".

süresinden daha geniş davranılması gerektiği ileri sürülmektedir (Tandoğan 1987). Bu konuda üzerinde durulması gereken bir sorun da, iş sahibinin muayene yaparken göstermesi gereken özenin ölçüsüdür. Bir görüşe göre (Öz 1996), iş sahibi muayene yaparken, orta nitelikte bir uzmanın yapması gereken muayene ve özeni göstermelidir.

Bu görüşün temeli, şayet iş sahibi muayene için yeterli bir bilgiye sahip değil ise, muayeneyi bir uzmana yaptırmayı kendisinden beklenebilen bir davranış olmasıdır. Diğer bir görüşe göre^{29, 30} (Tandoğan 1987), iş sahibinin içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenecek özenle muayeneyi yapmış olması yeterli olacaktır. Muayene sırasında gösterilecek özenin ölçüsü önemlidir. Çünkü özenin gösterilmesiyle saptanacak ayıpların ihbar edilmemesi durumunda, TBK md. 475 hükmündeki haklardan yararlanma imkânını ortadan kaldırmaktadır. Böyle bir durumda muayenede gösterilmesi gereken özen gösterilmediği takdirde ayıplar sonradan fark edilse bile TBK md. 477/III hükmünden yararlanamaz (Erman 2007). Arsa sahibinin muayeneyi uzman bir kişiye veya bilirkişiye yaptırmayı zorunluluğu yoktur Ama TBK md. 474/II uyarınca³¹ isteyen tarafın, masraf kendilerine ait olmak üzere eserin bilirkişiye muayene ettirilmesini ve sonucun bir raporla tespitini isteme hakkı bulunmaktadır.

Bununla birlikte taraflar sözleşmede uzman bir kişiye muayene ettirme zorunluluğu getirmiş olabilirler veya teamül uzman bir kişinin muayene yapmasını gerektirebilir. Böyle bir durumda sözleşmeye veya teamüle göre hareket etmek gerekir (Tandoğan 1987).

TBK md. 474/II hükmü hem yükleniciye hem de iş sahibine, eseri resmi bilirkişiye muayene ettirme yetkisi vermektedir. Yükleniciye eseri resmi bilirkişiye muayene ettirme yetkisinin verilmiş olmasının sebebi, arsa sahibinin muayene yapmış ve ayıp ihtarında bulunmuş olduğu durumlarda söz konusu olur. Aksi takdirde arsa sahibi muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemişse yüklenicinin sorumluluğu ortadan

²⁹Bakınız: Yarg. 15. HD. 22.07.1977 günlü 1977/3167 E. ve 1977/391 K. (YKD. 1978, s. 777).

³⁰Bakınız: Yarg. 15. HD. 20.02.1978 günlü 1978/267 E. ve 1978/300K. (YKD. 1978, s. 656).

³¹ TBK. m. 474/II' ye göre; "Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir."

kalkacaktır. Bundan dolayı yüklenicinin, eserin resmi bir bilirkişi tarafından muayenesinin yapılmasını istemesinin bir anlamı olmayacaktır. Uygulamada resmi bilirkişi eserin mevcut durumunu tespit eder. Bununla birlikte eserde ayıp olduğu takdirde giderilmesi için gerekli önlemlerin neler olduğunu belirtmektedir (Erman 2007).

TBK md. 474’de yer alan muayene külfeti açık ayıplar için söz konusudur. Eserdeki gizli ayıplar ve müteahhidin kasten sakladığı ayıplar için arsa sahibinin muayene külfeti kabul edilmemektedir. Gizli ayıplar muayeneyle anlaşılacakları için ortaya çıktıkları zaman müteahhide bildirilirler (TBK md. 477/III). Bununla birlikte müteahhidin gizlediği ayıp, gizli ayıp olabileceği gibi açık ayıp da olabilir. Müteahhidin kasten gizlediği açık ayıpların varlığı durumunda müteahhidin, TBK md. 474’deki arsa sahibinin muayene külfetini yerine getirmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamadığını kabul etmek gerekir. Dürüstlük kuralları çerçevesinde müteahhidin ayıpları arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralına aykırı hareket eden ve kasten ayıpları gizleyen müteahhidin TBK m. 474’e göre sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabul edilmemelidir (Seliçi 1978, Öz 1996).

3.3.1.5.2 İhbar külfeti

Arsa sahibinin TBK md. 475’de yer alan ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için ayıpları müteahhide vaktinde bildirmesi gerekir. Gerek TBK md. 474’deki muayene sonucu anlaşılacak açık ayıplar için gerekse sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar için, ayıp ihbarı yapmak gerekir. Bununla birlikte müteahhidin kasten gizlemiş olduğu gerek açık gerekse gizli ayıplar için, arsa sahibi zamanında ihbar külfetini yerine getirmediği takdirde, arsa sahibi TBK md. 475’de yer alan ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybettiği sonucunu doğurmaz (Tandoğan 1987, Öz 1996, Erman 2007).

Sonradan ortaya çıkan (gizli) ayıplar bakımından TBK md. 477/III’ de, “gecikmeksizin” demek suretiyle ihbarın derhal yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak, açık ayıplar bakımından arsa sahibinin hangi sürede müteahhide ihbar bildiriminde bulunacağına

dair TBK md. 474/I'de bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda açık ayıplar bakımından, muayene süresi tamamlanır tamamlanmaz ihbarın yapılması gerektiği kabul edilmektedir (Öz 1996). Böyle bir sonuç, eser sözleşmelerindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin büyük bir benzerlik gösterdiği satım sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine de (TBK md. 223/I) uygun düşmektedir (Erman 2007). Muayeneden sonra arsa sahibinin düşünüp karar vermesi için kısa bir süre verilmelidir. Bu kısa süre, ayıp ihbarının derhal yapılmadığı anlamına gelmemelidir (Öz 1996).

Burada üzerinde durmamız gereken sorunlardan biri de, arsa sahibi yapıda bulunan açık ayıplar veya farkına vardığı gizli ayıpları müteahhide bildirmediği takdirde sonradan bu ayıpların büyük boyutlara ulaşmaları veya farklı tür ayıplara sebebiyet vermeleri durumunda, arsa sahibinin ayıp ihbarında bulunup TBK md. 475'den yararlanıp yararlanamayacağı sorunudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki arsa sahibinin müteahhide ihbarda bulunmadığı açık veya farkına vardığı gizli ayıplar bakımından müteahhit sorumlu olmaz. Bununla birlikte, ihbar edilmeyen ayıpların sonradan daha büyük bir ayıp meydana getirmesi veya başka tür ayıplara neden olması durumunda arsa sahibinin TBK md. 475'deki haklardan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda bir ayırım yapılması gerekir. Kanaatimizce, arsa sahibi muayene sonucu farkına vardığı açık ayıpların veya fark edip de önemsemediği gizli ayıpların sonradan büyük boyutlara ulaşacağını veya başka tür ayıplara neden olabileceğini bilmesi gerekiyorsa ayıptan doğan haklardan yararlanamaması gerekmektedir. Buna karşılık bu ayıpların sonradan büyük boyutlara ulaşacağını veya başka tür ayıplara neden olabileceğini bilemeyecek durumdaysa bu ayıplar yeni bir "gizli ayıp" sayılmalı ve derhal ihbar edilmek suretiyle müteahhidin sorumlu olacağı kabul edilmelidir (Seliçi 1978,Öz 1996).

Muayene ve ihbar sürelerine ilişkin kurallar yedek hukuk kurallarıdır. Bu yüzden taraflar, sözleşmede bu külfetlerini ne zaman yerine getireceklerini kararlaştırabilirler. Sözleşmede ayıp ihbarının hangi sürede yapılacağı belirtilmişse ve arsa sahibi de bu süreye uymuşsa yüklenici, kanunda öngörüldüğü üzere ayıp ihbarının "derhal" yapılmadığını ileri sürerek yükümlülükten kurtulamaz. Sözleşmede belirtilen süreleri örneğin, ihbar süresinin muayene süresini de kapsayıp kapsamadığı gibi durumları

tarafların gerçek iradelerine ve sözleşmenin yorumuna göre saptamak gerekir³². Müteahhit, arsa sahibine imalat ve işçilik hatalarına karşı garanti verdiği takdirde bu garanti süresi boyunca müteahhidin ayıpları gidermeyi taahhüt ettiği, TBK md. 474’de yer alan muayene ve ihbar külfetlerinin sözleşmeyle kaldırıldığı sonucuna varmak gerekir³³(Erman 2007). TBK md.474/I’deki “bildirme” kelimesi arsa sahibinin binanın sözleşmeye uygun olarak yapılmadığından dolayı binayı kabul etmediğini, bu yüzden müteahhidin sorumlu olduğunu gösteren bir irade açıklamasıdır (Tandoğan 1987, Aral 2006). Arsa sahibi ayıp ihbarında eser ayıplıdır veya sözleşmeye uygun değildir şeklinde genel ifadeler kullanmamalı, ayıbın ne olduğunu ve kapsamını göstermelidir (Aral 2006). Bununla birlikte arsa (iş) sahibinin, ayıbın sebebini bildirmesine veya teknik yönden doğru ve ayrıntılı olarak açıklama yapmasına gerek yoktur. Ayrıca ayıbın sebebinin yanlış bildirilmiş olması da önem taşımamaktadır (Tandoğan 1987). Ayıp ihbarı herhangi bir şekle tabi olmayıp, sözlü olabileceği gibi zımni irade açıklamasıyla da olabilir (Tandoğan 1987, Aral 2006). Şekil sadece ispat açısından önem taşımaktadır. Tacirler arasındaki ayıp ihbarları bakımından da TTK md. 20/III’deki şekil koşulları aranmamaktadır. Ayıp ihbarı hukuki sonuçlarını, ihbarın müteahhide ulaştığı anda değil, ihbarın gönderildiği anda doğurur³⁴.

TBK md. 474/I’de ayıp ihbarının ne zaman yapılacağı açık olarak belirtilmemiştir. Normal olarak ihbarın, muayenenin tamamlanmasından sonra yapılması gerekir. Bununla birlikte uzun süre muayeneyi gerektiren durumlarda ayıptan doğan veya ayıbı takip eden zararın artma tehlikesi varsa ihbar, muayenenin bitmesini beklemeden ayıbın

³² Bakınız: Yargıtay 15. HD. 30.05.1989 günlü 1989/1784 E. ve 1989/2573 Sayılı Kararına göre: “... eser sözleşmesi, yanlardan birinin diğer yana vermeyi yüklediği bedel karşılığında bir şey yapımını içeren sözleşmedir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların öncelikle yanların kararlaştırdıkları kurallara ve yasada ön görülen özel hükümlere göre çözümlenmesi gerekir. İş sahibi eseri teslim aldıktan sonra, işlerinin elverdiği ölçüde o şeyi muayene etmeye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmek zorundadır. Açık ayıbın derhal yükleniciye bildirilmesi gerektiği gibi, gizli ayıp niteliğinde olan kusurların ortaya çıkması halinde de aynı süre içinde yükleniciye ihbarı gerekir, ihbarın tabi olduğu süre taraflar arasındaki sözleşmede açıklanmadığı takdirde Bk. m. 359/I uyarınca, işlerin mutad cereyanına göre saptamak gerekir...”

³³ Bakınız: Yargıtay 15. HD. 26.03.1990 günlü 1990/3902 E. ve 1990/1349 Sayılı Kararına göre: “... taraflar arasında akdedilen sözleşmede davalı yüklenici, imalat ve işçilik ayıplarına karşı iş sahibine 12 aylık garanti süresi tanımıştır. bu şekilde iş sahibi yararına verilen garanti ile müteahhidin yararına olan yasa hükmünden vazgeçilip, iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü kaldırarak, çıkan ayıbın garanti süresi içinde kendisinden talep edilmesi hakkı tanıdığını kabul etmek gerekir...”

³⁴ Bakınız: Yargıtay 15. HD. 15.01.1996 günlü 1996/7272 E. ve 1996/74 Sayılı Kararına göre: “... eser sözleşmesinde ayıp ihbarı- tacirler arasında olsa da- bir şekle tabi değildir...”

öğrenilmesinden hemen sonra yapılmalıdır. Aynı şekilde muayeneden önce veya muayene başladığı zaman ayıbın olduğu açıkça belliyse (aşikâr açık ayıplar) örneğin, fayansların kırık olması, duvarda çatlakların bulunması gibi durumlarda muayenenin bitmesi beklenmeden ayıp ihbarı hemen yapılmalıdır (Aral 2006). İhbar külfetinin zamanında yapılıp yapılmadığını hâkim re'sen dikkate alamaz, davalı müteahhidin ileri sürmesi gerekmektedir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir durum da, her iki tarafın tacir olması halinde ticari satışlara ilişkin TTK m. 23/III hükmünde yer alan 2 ve 8 günlük ihbar sürelerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. TTK md. 23/III' göre, “ Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda Türk Borçlar Kanununun 223'üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. “ TBK md.478'e göre, “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” Ticari nitelikli eser sözleşmelerindeki ayıpların ihbar süresinin, ticari satımlardaki bildirim süresine tabi olduğu kabul edilmektedir (Erman 2007). TTK md. 23/III hükmünde yer alan süreler açık ayıplar bakımından söz konusudur (Domaniç 1988).

Gizli ayıplar bakımından ise, TTK md. 23/III' ün son cümlesinde yapılan atıf uyarınca TBK md. 223/II hükmü uygulanacaktır. TTK md. 23/III' de yer alan 2 ve 8 günlük ayıp ihbar sürelerinin uygulanması şu şekilde olmalıdır: 2 günlük ihbar süresi, muayene gerektirmeksizin görülen “aşikâr açık ayıplar” hakkında; 8 günlük ihbar süresi ise, özenli muayene sonucu ortaya çıkan “açık ayıplar” hakkında uygulanacaktır (Feyzioğlu 1980, Tandoğan 1987, Domaniç 1988, Yavuz 1997).

3.3.2 Arsa sahibinin ayba karşı tekeffülden doğan hakları

3.3.2.1 Genel olarak

Arsa sahibi, binayı teslim aldığı binada eksikliklerin, bozuklukların olması durumunda ve bu eksiklikleri, bozuklukları yasal süre içerisinde yükleniciye bildirdiği takdirde arsa sahibinin kullanabileceği bazı haklar bulunmaktadır (Karahasan 2002). Bu haklar TBK md. 475’de düzenlenmiştir.

Arsa sahibi TBK md. 475’e göre sözleşmeden dönebilir, indirim yapılmasını veya eserin düzeltilmesini isteyebilir. Ayrıca yüklenicinin kusurunun olduğu durumlarda zararın giderilmesini isteyebilir. Arsa sahibi TBK md. 475’deki seçimlik haklarını dilediği gibi kullanabilir. Yüklenici bir sınırlama getiremeyeceği gibi hâkimden de böyle bir sınırlama isteyememektedir.

Bununla birlikte arsa sahibi bozuklukları kendisinin gidereceğini beyan ederek binanın kendisine verilmesini isteyemez. Yüklenici, arsa sahibinin bu isteğini ret ettiği takdirde hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmemek gerekir. Çünkü TBK md. 475 tamamlayıcı hukuk kuralı olup, TBK md. 115’e aykırı olmamalıdır. Taraflar aralarında yapmış oldukları anlaşma ile TBK md. 115’e aykırı olmamak şartıyla haklarını kısıtlayabilir ya da tamamen kaldırabilirler. Örneğin, taraflar yapacakları anlaşma ile binanın ayıplı olması durumunda arsa sahibinin sadece aybın giderilmesini isteyebileceğini belirleyebilirler. Bu durum arsa sahibi açısından haklarından kısmi bir vazgeçmedir. Vazgeçme, zımni şekilde olabilir. Örneğin, arsa sahibinin binada esaslı değişiklikler yapması gibi durumlarda arsa sahibi dönmeden vazgeçmiş sayılır (Karahasan 2002). Ama dönmeden vazgeçme, ücrette indirim yapılmasından ya da giderimden vazgeçmeyi kapsamaz (Tunçomağ 1977).

Dönme hakkı, yöneltmesi ve varması gereken tek taraflı irade beyanı ile kullanılan, yenilik doğurucu bir haktır. Arsa sahibi dönme hakkını kullandıktan sonra artık müteahhitten ücret indirimi ya da eserin onarımını isteyemez. Ayrıca dönme bildirimini tek yanlı olarak geri alınamaz.

Ücret indirim hakkı da, arsa sahibinin (iş sahibinin) yöneltmesi ve varması gereken tek taraflı irade beyanıyla kullanılan, yenilik doğurucu bir haktır. Dönme bildiriminde olduğu gibi tek yanlı olarak geri alınamaz. Arsa sahibi ücret indirimini tercih ederse, bu bildirim müttehhide varmasıyla artık arsa sahibi sözleşmeden dönme ya da binanın onarımını isteme hakları da ortadan kalkar (Tandoğan 1987, Öz 1996, Karahasan 2002).

3.3.2.2 Sözleşmeden dönme hakkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıptan dolayı arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için binadaki ayıplardan dolayı kabule zorlanamayacak ölçüde ayıbın bulunmasının yanı sıra binanın yıkılması ve kaldırılması fazla bir zararı gerektirmemelidir. Bundan dolayı arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmeden dönmesi çok da mümkün değildir.

3.3.2.2.1 Yapıdaki ayıpların arsa sahibinin kabule zorlanamayacağı derecede önemli olması

BK md. 475’de “...kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ...” ibaresi kullanılmıştır. “Eserin kullanılamazlığı” ve “kabule zorlanamama” sözleşmeden dönme hakkının alternatifidir değil, koşuludur. “Kullanamazlık” koşulu “kabule zorlanamama” koşulunun uygulama hallerinden biridir (Tandoğan 1987). Yani bir yapı “kullanılabilir” olmakla birlikte “kabülü beklenemez” olabilir.

Eserde arsa sahibi tarafından kullanılması beklenemeyecek bir ayıp varsa arsa sahibi sözleşmeden dönebilir. Buradaki ayıp, eseri tamamen kullanılamayacak hale getirmesi gerekir. Bununla birlikte bu ayıp büyük bir masrafı gerektirmeyen bir onarımla giderilebilecek bir ayıpsa, arsa sahibi buradaki ayıba dayanarak sözleşmeden dönmemektedir.

“Kullanılamazlık” unsurunu eserin niteliğine göre yorumlamak gerekir. Şayet sözleşmede özel bir kullanma biçimi belirlenmişse ve eser de bu nitelikleri taşıyorsa eserin karine olarak kullanılamaz olduğu kabul edilir (Öz 1996). Bu durumu her somut olaya göre yorumlamak ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Yargıtay kararlarında da dürüstlük kuralına göre eserin kullanılıp kullanılmayacağıının araştırılması gerektiği benimsenmiştir³⁵³⁸.

Burada araştırılması gereken husus eserdeki ayıptan dolayı eserin arsa sahibi tarafından beklenemez olmasıdır. Bu durum her somut olaya ve tarafların menfaatine göre farklılık gösterir. Bundan dolayı olayları hakkaniyete göre saptamak gerekir. Eserde, sözleşmede belirlenen özelliklerin olmaması ya da eksik olması arsa sahibi için eserin kabulü beklenemeyeceği derecede önemli bir ayıp olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Bunun aksini müteahhidin ispatlaması gerekmektedir. Bu durum yine TBK md. 475'den de anlaşılmaktadır. Ayıbın varlığı eserin kabul edilmesini engelleyecek derecede değilse, arsa sahibi ücret indirimini veya onarım talep edebilecektir. Böyle bir durumda sözleşmeden dönme hakkaniyet kurallarına aykırıdır.

3.3.2.2.1 Yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zararı gerektirmemesi

Arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için salt eserin (yapının) arsa sahibi tarafından kabulünün beklenemez olması yeterli olmayıp, aynı zamanda binanın yıkılmasının ve kaldırılmasının da aşırı bir zarara yol açmaması gerekmektedir (TBK md. 475/III). Binanın yıkılmasının ve kaldırılmasının aşırı zarara yol açması durumunda artık arsa sahibi bu hakkından yararlanamayacak, bunun yerine TBK md. 360/I'deki bedel indirimini veya eserin onarım ve düzeltilmesi talebinde bulunacaktır (Erman 2007).

TBK md. 360/III hükmünün uygulanabilmesi için, önce ayıbın TBK md. 360/I kapsamında önemli nitelikte olup olmadığı araştırılması gerekmektedir. Ayıp önemli nitelikte değilse TBK md. 360/III hükmü uygulanmamaktadır. Eğer zarar önemli nitelikteyse yani arsa sahibinin eseri kabul etmesi beklenemeyecek durumdaysa bu sefer de yapının yıkılması ve kaldırılması aşırı bir zarara yol açıp açmadığı araştırılması gerekmektedir.

³⁵Bakınız: Yargıtay 15. HD. 01.03.1999 günlü 1998/5274 E. ve 1999/721 Sayılı Kararına göre: "...yapılan şeyin fen ve sanat kurallarına göre iş sahibinin ret edip etmeyeceği düzeyde olup olmadığı, kabulden kaçınılamayacak düzeyde ise mevcut hali ile bedelin tenkisi gerekip gerekmeyeceği, gerekiyorsa bunun parasal tutarı incelettirilip, hesaplattırılmalı böylece sonucuna uygun bir hükme varılmalıdır..."

“Aşırı zararın” belirlenmesi her somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Özellikle “eserin arsayla birlikte saptanacak değeri ile arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü göz önüne alınacaktır (Erman 2007). Bununla birlikte şayet yapıdaki ayıplar binayı kullanmayı engelleyecek düzeydeyse veya tehlikeli durum yaratıyorsa arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir³⁶.

Arsa sahibi sözleşmeden döndüğü zaman meydana gelecek zarar bedel indiriminden daha az zarara yol açacak ise yine sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir (Tandoğan 1987, Öz 1996). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tamamlanmış ve teslim edilmiş inşaatlar bakımından ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanacağından dolayı bu tür sözleşmelerde genellikle dönme hakkının kullanılması mümkün değildir. Dönme hakkı tüm yapı göz önüne alınarak sözleşmenin tamamı bakımından kullanılacağı için yapıdaki kısmi bozuklukları kabul edip kısmen sözleşmeden dönmek de mümkün olmayacaktır.

TBK md. 360/III hükmünün uygulanmasındaki ispat yükü şu şekildedir: arsa sahibi TBK md. 360/I kapsamında eseri kabule zorlanamayacak olduğunu ispatlamalı, buna karşılık yüklenici yapının yıkılmasının ve kaldırılmasının büyük masraf gerektireceğini ispatlamalıdır (Öz 1996, Erman 2007).

3.3.2.2.3 Dönme beyanı

Sözleşmeden dönme hakkı arsa sahibinin tek taraflı ve varması gereken irade beyanı ile gerçekleşir. Sözleşmeden dönme geçmişe yönelik olarak sonuç doğurur ve şekil şartına bağlı değildir. Sözlü ya da yazılı olabileceği gibi açık veya zımni de olabilir. Hatta bu beyanı arsa sahibi açtığı davada dava dilekçesinde belirtebileceği gibi müteahhidin açmış olduğu davada itiraz yoluyla bile ileri sürebilir (Tandoğan 1987). Yalnız iki taraf da tacirse arsa sahibinin dava dışındaki dönme beyanının geçerli olabilmesi için TTK

³⁶Bakınız: Yargıtay 15. HD. 12.03.1980 günlü 1980/268 E. ve 1980/613 Sayılı Kararına göre: “... yüklenicinin yaptığı inşaatın her türlü mühendislik hizmetlerinden ve yönetmeliklerinden yoksun olarak yapıldığı ve bu nedenlerle binanın konut olarak kullanılmasının sakıncalı olduğu mahkemece bilirkişiye saptatılmış ve bina yıkılmıştır...”.

md. 18/III' göre dönme beyanı noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekmektedir.

3.3.2.3 Ücretin indirilmesini talep hakkı

Eserdeki ayıp arsa sahibinin eseri kabulünden kaçınmasını haklı kılacak derecede değilse veya binanın yıkılması ve kaldırılması aşırı bir masraf gerektiriyorsa arsa sahibi değer eksikliği oranında ücretten indirim talep edebilmektedir. TBK m. 475'de, "...2-Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme." denmektedir. Aynı zamanda yapıdaki ayıptan dolayı arsa sahibinin kabulden kaçınmasının haklı olduğu durumlarda da arsa sahibi sözleşmeden dönme yerine ayıp oranında ücret indirilmesini talep edebilir^{37,38} (Erman 2007).

Ücret indirimi bir tarafın iradesiyle gerçekleşen ve şekle bağlı olmayan bir beyandır. Her iki tarafın tacir olduğu durumlarda şekil şartı aranmamaktadır. Ücret indirimi TTK md. 18/III' de şekle bağlı tutulan beyanlar arasında yer almamaktadır.

Arsa sahibinin ücret indirim hakkını kullanması ile karşı tarafın yani müteahhidin onayına gerek olmadan sonuç doğuracağı için ücret, doğrudan indirim oranında azalır. Arsa sahibi daha önceden ücretin tamamını ya da indirim kısmından daha fazlasını ödemişse bu kısmın iadesini isteyebilir. Bu durum sözleşmeden kaynaklanan bir iade

³⁷ Bakınız: Yargıtay 15. HD. 23.01.1990 günlü 1990/2202 E. ve 1990/84 Sayılı Kararına göre: "... Mahkemece yapılan incelemede ECA yerine başka kalitede musluklar ve evyelerin takıldığı tesbit edilmiş olduğuna göre BK. 360. madde hükmü gereğince iş sahibinin bunları kabule icbar edilebileceğinden aradaki kalite farkının ödetilmesine karar verilmesi gerekirken hiç birinin takılmamış gibi bedellerine hükmedilmiş olması yanlıştır..."

³⁸ Bakınız: Yargıtay 15. HD. 14.09.1992 günlü 1992/3577 E. ve 1992/3953 Sayılı Kararına göre: "... davacı yüklenici ile dava dışı arsa sahibi arasında düzenlenen... sözleşmede davacının satın aldığı 22 nolu dairenin arsa sahibine ait olacağı açıklanmıştır. Tapudaki akit tablosundan da dosyasındaki projesine uygun olarak inşa edilmekte olan kat irtifaklı payın satışının yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda davacı, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin bu bağımsız bölüm için halefi durumuna gelmiştir. O halde sözleşmedeki arsa sahibinin hakları davacıya geçmiş olduğundan davacı, yükleniciye karşı bu davayı açabilir. Ne var ki, arsa sahibi... davacıya satıştan önce, 1.10.1989 günlü teslim belgesi ile üç daireyi teslim aldığını kabul ettiğine göre, teslim alınan bu üç dairenin davacıya satılan daireyi de kapsayıp kapsamadığının araştırılması gerekir. Dava konusu daire davacıya satıştan önce, arsa sahibi tarafından teslim alınıp davalı yüklenici ibra edilmiş ise, artık halefi yete dayanılmaz ve davacı davasını ancak arsa sahibine yöneltebilir..."

borcu olduğu için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmayacak, buna bağlı olarak TBK md. 478'deki zaman aşımı hükümleri uygulanacaktır (Tandoğan 1987, Öz 1996).

Bozukluğun giderilmesi için yapılacak olan masraflar, piyasadaki başka bir müteahhidin mevcut olan bozuklukları giderebilmesi için talep edeceği bedele göre belirlenir. Yargıtay'a göre, açık ayıbın varlığı durumunda bozuklukların giderilmesi için yapılacak olan masraflar malın teslim tarihindeki rayiç değeri esas alınmalıdır³⁹. Gizli ayıpların varlığı durumunda ise bozuklukların giderilmesi için yapılacak olan masraflar gizli ayıbın ortaya çıktığı andaki malın rayiç değerine göre hesaplanır⁴⁰. Böyle bir uygulamanın uygun olduğu kanaatindeyiz; çünkü inşaat işlerinde ayıplar eserin tesliminden çok sonra ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda gizli ayıplar için eserin teslim anındaki rayiç değerinin dikkate alınması hakkaniyete uygun olmaz (Tandoğan 1987).

Arsa sahibi ücretten indirilecek miktarı kanıtlamakla yükümlüdür. Sözleşmede belirtilen eserin ayıpsız olduğu ve eserde meydana gelen azalmanın ayıbı gidermek için gerekli olan masraflara eşit olduğu konusunda fiili bir karinenin varlığı kabul edilmektedir (Tandoğan 1987).

3.3.2.4 Ayıbın giderilmesini talep hakkı

TBK md. 474'e göre eserin tamiri aşırı bir masrafı gerektirmediği durumlarda arsa sahibi ücret indirilmesi yerine ayıbın giderilmesini talep hakkına sahiptir.

Arsa sahibinin ayıbın giderilmesini isteyebilmesi için ayıba karşı tekeffülün genel hükümleri yanında bazı özel şartlar da aranmaktadır. Her şeyden önce ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır. Bununla birlikte örneğin yüklenici ayıbı gidermek için mali olanağının bulunmaması halinde, ayıp yükleniciye isnat edilebilecek durumlardan kaynaklanıyorsa arsa sahibi yükleniciden ayıbın giderilmesini isteyebilir

³⁹ Bakınız: Yargıtay 15. HD. 21.09.1973 günlü 1973/83 E. ve 1973/1763 K. .

⁴⁰ Bakınız: Yargıtay 15. HD. 09.11.1973 günlü 1973/210 E. ve 1973/208 K. .

(Seliçi 1978). Ayıp, kısmen giderilebilecek durumdaysa arsa sahibi bu kısım için düzeltilmesini talep edebilir.

TBK md. 475/I'de belirtildiği gibi ayıbın giderilmesi aşırı bir masrafı gerektirmemelidir. Buradaki masrafın aşırı olup olmadığını hâkim takdir edecektir. Hâkim takdir ederken, malzeme giderini, işçiliği, ayıbın giderilmesinin arsa sahibine sağlayacağı yararları ayrıca bozukluk giderilirken bozuk olmayan kısımlarda meydana gelebilecek hasarların da giderilmesi için gerekli olan giderleri dikkate alır (Tandoğan 1987, Öz 1996).

Hasarın giderilmesinde arsa sahibinin elde edeceği yarar ile müteahhidin yapacağı masraflar arasında açıkça nispetsizliğin varlığı durumunda masrafın aşırı olduğu kabul edilmelidir⁴¹. Müteahhitle arsa sahibinin menfaatleri dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeli, hakkaniyete aykırı bir durumun söz konusu olduğu hallerde de masrafların aşırılığı kabul edilmelidir (Öz 1996). Müteahhit bozuklukların giderilmesini açık veya örtülü bir şekilde kabul ettiği takdirde, artık masrafların aşırı olduğu yönünde bir itirazda bulunamaz (Tandoğan 1987).

Ayıbın giderilmesi talebinin TBK m. 475'de belirtilen diğer haklardan farklı olarak yenilik doğuran bir hak olmadığını, ayıpsız ifa borcunun ayıbın düzeltilmesi şeklinde devam edeceğini kabul edenlerin (Tandoğan 1987, Öz 1996) yanında bu hakkın da diğer seçimlik haklarda olduğu gibi yenilik doğurucu bir hak olduğunu, bu hakkın kullanılmasıyla ifa borcu yerine müteahhidin bağımsız bir düzeltme borcunun meydana geldiğini benimseyenler (Tandoğan 1987, Dayınlarlı 1993, Yavuz 1997) de vardır.

Müteahhit eserin nitelikleri bakımından arsa sahibine açıkça garanti vermişse ve yahut müteahhitle arsa sahibi arasında yapmış oldukları sözleşmede eserde ayıbın varlığı halinde bu ayıbın kesinlikle giderileceğini kararlaştırmışlarsa, masraf aşırı olsa da onarım istenebilir (Öz 1996).

⁴¹ Bakınız: Yargıtay HGK. 16.01.1971 günlü 1971/385 E. ve 1971/4 Sayılı Kararına göre: "... sığınağın müteahhit tarafından sözleşmeye göre 20 cm. daha açık yapılması halinde, bütün binanın yıkılarak sığınağın yeniden yapılması istenemez..." .

Arsa sahibinin ayıbın giderilmesi talebine karşılık yüklenici bu talebi reddederse, uygun zamanda düzeltme yapmazsa veya eseri ayıplı şekilde tamir ederse arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir (Erman 2007).

Ayıbın giderilmesi talebi arsa sahibine tanınmış bir haktır. Bundan dolayı müteahhidin kendiliğinden ayıbın giderilmesini talep yetkisi yoktur. Bununla birlikte müteahhit arsa sahibinin aralarında yapmış oldukları sözleşmede müteahhide böyle bir hak tanımışlarsa, yüklenici böyle bir hakkı kullandığı takdirde arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullanamaz (Erman 2007). Şayet arsa sahibi ayıbın giderilmesi yolunu seçerse bu seçimlik hakkından tek taraflı olarak geriye dönüp diğer seçimlik haklarını kullanamaz.

Ayıp nedeniyle binanın yıkılarak yeniden yapılmasını gerektiren durumlarda, arsa sahibinin yenileme talebinde bulunması sorunu ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce, ayıbın giderilmesi için inşaatın bir kısmının örneğin, çatısının yıkılıp yapılması gereken durumlarda ortada bir yenileme olmayıp onarım ve düzeltme bulunmaktadır (Seliçi 1978).

Arsa sahibi müteahhitten ayıbın giderilmesini talep ettiği takdirde müteahhit derhal işe başlamalıdır. Müteahhit uygun bir süre içinde işi tamamlamalıdır. Bu süre arsa sahibi tarafından verilmiş olabilir. Arsa sahibi tarafından verilmiş olan süre işin niteliğine göre uygun değilse bu süre uygun olan süreye kadar uzamış sayılır (Erman 2007). Müteahhit sürenin yetersiz olduğunu düşündüğü takdirde, sürenin yeterli olmadığını arsa sahibine bildirmesi gerekir. Aksi takdirde yüklenici sürenin yeterli olduğunu kabul etmiş sayılır ve daha sonra sürenin yetersizliğini ileri süremez. Müteahhidin bu haktan vazgeçtiği kabul edilmesi gerekir (Öz 2006).

Arsa sahibinin eserdeki bozukluğun giderilmesi için müteahhide süre vermemesi durumunda, müteahhit uygun bir süre içerisinde ayıbı gidermemişse arsa sahibinin ihtarı ile temerrüde düşer. Şayet arsa sahibi eserdeki bozukluğun giderilmesi için müteahhide uygun bir süre vermiş ise bu sürenin bitiminde ayrıca ihtarla gerek kalmadan (TBK m. 117/II) müteahhit temerrüde düşer. Müteahhidin temerrüde düştüğü durumlarda arsa

sahibi bozukluğu gidermesi için müteahhide uygun bir süre verecektir. Bu süre zarfında müteahhit ayıbı gidermezse arsa sahibi sözleşmenin özelliğine göre TBK m. 123'deki seçimlik haklarını kullanacaktır. Yani arsa sahibi aynen ifayı (Tandoğan 1987) talep edebileceği gibi ifadan vazgeçip tazminat talep edebilir veya TBK m. 475'deki koşullara uygun olması durumunda arsa sahibi sözleşmeden dönebileceği gibi ücret indiriminde de bulunabilir.

3.3.2.5 Tazminat talep hakkı

TBK md. 475'e göre, arsa sahibi, eserin ayıplı olması halinde sözleşmeden dönebilir, ücret indirimini talep edebilir ya da ayıbın giderilmesini talep edebilir. Ayrıca bu maddeye göre sayılan seçimlik haklarının yanı sıra arsa sahibi, müteahhidin kusurlu olması koşuluyla ayıptan kaynaklanan zararın giderilmesini talep edebilir. Tazminat talebi, diğer haklarla birlikte ya da ayrı olarak ileri sürülebilir (Erman 2007).

Burada söz konusu olan zarar, ayıp sonucunda arsa sahibinin uğradığı ve diğer seçimlik haklarını kullanmasına rağmen giderilemeyen zarardır. Buradaki zarar, arsa sahibinin malvarlığında, müteahhidin eseri ayıplı bir şekilde yapması sonucu oluşan zarardır. Eğer zarar müteahhidin özen borcuna aykırı hareket etmesi sonucunda oluşmuşsa bu zarar TBK md. 475 kapsamında tazminat borcunu doğurmaz. Örneğin, müteahhit inşaati yaptığı esnada inşaata değil de arsa sahibinin başka bir malına zarar vermesi durumunda, burada ayıptan kaynaklanan bir zarar olmayıp müteahhidin özen borcundan kaynaklanan bir zarar mevcuttur. Sözleşmeye aykırılık hallerinde ise TBK md. 471 ve buna bağlı olarak TBK md. 112 vd. hükümleri doğrultusunda müteahhidin sorumluluğuna gidilir. Örneğin, müteahhit eseri geç teslim ettiği taktirde burada sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bir zararı mevcut olup, TBK md. 475hükmüne göre tazminat istenemez (Tandoğan 1987).

TBK md. 475'in uygulanabilmesi için, eserin ayıplı olması sonucunda bir zarar meydana gelmelidir. Aksi takdirde TBK md. 475'deki tazminat yükümlölükleri doğmayacaktır. Örneğin, dairelerin kiraları eserin ayıplı olması nedeniyle daha az olması, teknik kurallara uyulmaması sonucunda ayıplı yapılan bacadan çıkan yangın

sonucunda meydana gelen zararlar gibidir⁴². Arsa sahibi müteahhitten, ayıp nedeniyle meydana gelen zararların yanında tazminat talep edebilmesi için müteahhidin kusurlu olması gerekir⁴³. TBK md. 475’de belirtilen hallerde müteahhidin tazminat borcunun doğabilmesi için kusurun var olması şartını aramışlardır. TBK md. 475, ayıba karşı tekeffülü düzenlemiş ve ayıbın giderilmesi, sözleşmeden dönme, ücret indirilmesi haklarını bir bütün olarak ele almıştır. Şayet meydana gelen zarar bu taleplerle karşılanamıyorsa müteahhidin kusuru halinde tazminatla karşılanmalıdır.

3.3.3 Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu zaman aşımı bakımından çeşitli hükümler bulunmaktadır. TBK md. 478’e göre; “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” Ayrıca tüccarlar arasında ticari istisna sözleşmesinde ayıp olması halinde TTK md. 23/III’ göre, “ Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223’üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır”.

⁴²Bakınız: Yargıtay 15. HD. 09.05.1997 günlü 1997/1426 E. ve 1997/2474 Sayılı Kararına göre: “... inşaatın projeye uygun hale getirilmesinin mümkün olamayacağı vurgulandıktan sonra, noksan ve projeye aykırı işler sayılmış, bu işlerden ötürü davacıya isabet eden dairelerdeki "değer kaybı" istenmiştir. Anılan raporda ise, sayılan işlerin maliyeti dikkate alınarak, davacı payına oranlama yapılmak suretiyle sonuca varılmıştır. Birim fiyatlarda da dava tarihi esas alınmıştır. Davacının ayıp ve noksanlıkları öğrendiği tespit tarihini takip eden makul süre içerisindeki fiyatlar esas alınarak, projeye uygun ve noksansız yapılsaydı davacıya ait bağımsız bölümlerinin değerinin ne olacağını hesaplatılması, binanın mevcut halinde ise aynı tarihlerde değeri ne olduğunun saptanması gerekir...”

⁴³ Bakınız: Yarg. 15. HD. 21.12.1993 günlü 1993/1 E. ve 1993/5450 Sayılı Kararına göre: “... davalı yüklenicinin ayıplı iş meydana getirdiği ve ağır kusurlu olduğunun kabulü gerektiğinden davacı tazminat istemine haklıdır. Ne var ki davacı 30.10.1985 tarihinde inşaatın bitmesi gerektiği halde, bitirilmeyince makul bir süre içerisinde işin yapımını başka birisine vermesi gerekirken dava tarihi olan 5.12.1990 tarihine kadar beklemiş ve zararın artmasına kendi davranışı ile sebep olmuştur. Bu nedenle işin başkasına verilmesi için geçecek makul süre belirlenerek bu süre nazara alınmak suretiyle davacının zararının ne miktarda olduğu hesaplatılarak...”

Teslim tarihi zaman aşımının başlangıcı kabul edilmektedir. Teslim ile eserin arsa sahibi tarafından kabulü farklı kavramlardır. Müteahhidin arsa sahibine inşaatın bittiğini bildirdiği zaman teslim tarihi olarak kabul edilir (Tandoğan 1987, Öz 2006). TBK md. 478 taşınmaz inşaatına ilişkin ayıplar bakımından 5 yıllık zaman aşımı süresi müteahhit yanında inşaat yapımında bulunan mimar ve mühendisler açısından da kabul edilmiştir.

4. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

4.1 Arsa Paylarını Devir Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Müteahhidin borcu sözleşmede belirtilen şartlara göre inşaatı yapıp arsa sahibine devretmek iken; arsa sahibinin borcu sözleşmeyle kararlaştırılan ücreti ödemektir. Bu ücret taşınmaz parçası olan arsa payıdır. Arsa payının devir borcu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bir unsurudur (Yavuz 1997, Karahasan 2002).

Arsa sahibinin bu borcu dışında, sözleşmede araç-gereç-malzemelerin arsa sahibi tarafından karşılanacağı kararlaştırılmışsa, arsa sahibi bunları zamanında ve gereği gibi sağlamalıdır. Eser sözleşmelerinde ücret götürü veya yaklaşık olarak belirlenebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde devredilecek arsa paylarının miktarı başlangıçta kesin ve net olarak tayin edildiği için götürü ücret söz konusudur (Tandoğan 1987).

Arsa sahibinin arsa payının mülkiyetinin müteahhide ne zaman geçireceği konusunda öncelikle sözleşmeye bakılmalıdır. Sözleşmede arsa payının ne zaman geçirileceği konusunda tarafların belirlemiş oldukları bir tarih varsa öncelikle, arsa payları bu tarihte müteahhide geçirilmelidir. Bu tarih sözleşmede gün olarak belirtilmiş olabileceği gibi inşaatın belirli aşamasına göre de belirlenmiş olabilir. Örneğin, inşaatın birinci kata gelmesi halinde arsa paylarının belirli bir bölümünün, kaba inşaatın bitmesi halinde arsa paylarının belirli bir bölümünün ve inşaatın tamamlanması halinde de arsa paylarının geri kalan kısmının mülkiyetinin müteahhide geçirileceği sözleşmede kararlaştırılmışsa, inşaat bu aşamalara geldiğinde arsa paylarının mülkiyetinin de müteahhide devredilmesi gerekmektedir^{44,45}.

İnşaat, sözleşmede belirtilen seviyeye gelmesine rağmen arsa sahibi müteahhide arsa paylarını devretmediği takdirde temerrüt sonuçlarını doğurabilir ve müteahhit de bu kısım için tescil davası açabilir. Arsa sahibi, arsa payını devretme borcu nedeniyle

⁴⁴Bakınız: Yargıtay 15. HD. 25.05.1989 günlü 1989/3481 E. ve 1989/2549 Sayılı Kararı.

⁴⁵Bakınız: Yargıtay 15. HD. 15.01.1993 günlü 1993/4987 E. ve 1993/2743 Sayılı Kararı.

temerrüde düşerse, müteahhit TBK md. 125'deki seçimlik haklarından birini kullanabilir. Müteahhit, sözleşmeyi TBK md. 125 uyarınca feshetmek ve tazminat istemek hakkına sahiptir.

Gayrimenkul inşaatında sözleşme feshedildiği takdirde, müteahhit temin etmiş malzeme veya arsa için ancak tazminat isteyebilir. Eserin mülkiyetini isteyemez. Müteahhit, muaccel arsa payının devri için arsa sahibine ihtarda bulunmalıdır (TBK md. 117/I).

Sözleşmede, arsa payının devrine ilişkin bir tarih veya bir sıra belirlenmemişse, TBK md. 479/I hükmünün uygulanması gerekir. Yani müteahhit kendi edimini yerine getirdiği sürece arsa sahibinin karşı edimi olan arsa payının devrini talep edebilmektedir.

Teslim tarihi gelmesine rağmen müteahhidin temerrüde düşmesi durumunda, inşaatın büyük bir kısmının yapılmış olması durumunda arsa sahibi sözleşmeyi feshedebilir. Fesih ileri etkili sonuç doğuracağı için müteahhidin yapmış oldukları işle orantılı olarak müteahhide devri gerekli olan arsa paylarının da göz önünde tutulması gerekir. Diğer taraftan, taraflar arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılmadığından bahisle, arsa sahibinin müteahhide devretmesi gereken arsa payından kaçınması hakkın kötüye kullanması niteliğini taşır ve arsa sahibi bu yükümlülükten kurtulamaz (Erman 2007).

4.2 İnşaatın Yapılması İçin Kendisine Düşen Yükümleri Yerine Getirme Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin amacı, belirlenen arsa payları karşılığında arsa sahibinin arsası üzerinde müteahhit tarafından, tarafların sözleşmede öngördükleri inşaatın yapılmasıdır. Sözleşmenin yerine getirilebilmesi için öncelikler arsanın elverişli olması yani, arsa üzerinde inşaatın yapılmasının mümkün olması gerekmektedir. Bu sebeple, arsa sahibinin arsayı inşaat yapmaya elverişli şekilde müteahhide teslim etmesi gerekir (Erman 2007).

Sözleşmenin yapıldığı sırada, sözleşmede belirtilen inşaatın arsa üzerinde yapılması objektif olarak mümkün değilse, TBK m. 27 uyarınca sözleşme, başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olur⁴⁶. İmar planında yapılan değişiklik gibi imkânsızlık sonradan meydana gelmiş ise ve bu nedenle inşaat yapılamıyorsa, sonraki imkânsızlık söz konusu olur ve böyle bir durumda TBK m. 136 veya TBK m. 112 hükümlerinin uygulanması gerekir. İnşaatın yapılması için gerekli işlemlerin yapılması müteahhit tarafından üstlenilmiş olduğu durumlarda inşaatın yapılması için gerekli olan koşulların temini de müteahhide aittir. Böyle bir durumda arsa sahibinin örneğin belediye'deki işleri takip için müteahhide vekâlet vermesi gibi, kendisine düşen yükümlülüklerden kaçınamaz. Arsa sahibi arsayı, müteahhide teslim etmiş olmasına rağmen taşınmaz üzerinde sözleşmede öngörülen inşaata başlanması mümkün olmayabilir. Örneğin, inşaatın yapılacağı arsa üzerindeki eski binada kiracının henüz tahliye edilmemiş olması gibi. Aynı şekilde imar mevzuatına göre inşaatın yapılması için gerekli olan koşullar gerçekleşmemiş olabilir^{47,48}. Bu gibi durumlarda taşınmazın elverişli şekilde teslim edilmediğinden söz edilemez. Yer teslimine ilişkin belge, arsanın inşaata elverişli olarak teslim edildiğine dair bir karine teşkil eder. Bundan dolayı yer teslimi belgesine rağmen arsanın inşaata elverişli olarak teslim edilmediğinin ispatı müteahhide düşmektedir.

Sözleşmede aksine hüküm yoksa projeyi yaptırmak ve inşaat ruhsatı almak arsa sahibine ait borçlardandır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça arsa sahibi emlak vergisi, katma değer vergisi gibi vergileri ödeme borcu altındadır (Özdemir 1995).

Arsa sahibi, arsanın kendisi tarafından bilinen ama göze çarpmayacak tehlikelerinden dolayı müteahhidi haberdar etmek durumundadır (Özdemir 1995) (TMK md. 2).

⁴⁶Bakınız: Yargıtay 15. HD. 30.10.2001 günlü 2001/2953 E. ve 2001/4871 sayılı kararına göre: "... yanlar arasında sözleşmenin konusu kamu düzeninden olan imar mevzuatına aykırı bulunduğundan anılan sözleşme esasen hiç meydana gelmemiş sayılır ve vücuda gelmemiş sözleşmenin iptalinden söz edilemez. Ancak istemin kapsamında sözleşmenin geçersizliğinin tespiti talebi de varsayılacağından bu talebin hüküm altına alınması ile yetinilmelidir..."

⁴⁷ Bakınız: Yargıtay 15. HD. 13.09.1989 günlü 1989/2347 E. ve 1989/3466 ⁵⁷ Sayılı Kararına göre: "... Öte yandan, üzerinde inşaat yapılacak arsada davacının kiraya verdiği bir bina mevcut olup tahliye yüküm iş sahibine ait olduğu halde kiracının tahliyesi yapılmadığı gibi arsanın da inşaat elverişli şekilde davacıya teslim edilmediği anlaşılmaktadır..."

⁴⁸Bakınız: Yargıtay 4. HD. 24.06.1957 günlü 1957/1586 E. ve 1957/4175 Sayılı Kararına göre: "... taraflar arasında satış vaa'dinin belli bir gayrimenkulden ifraz edilecek bir parçaya ilişkin bulunmasına ve imar müdürlüğünden gelen cevaplardan hem binanın durumu ve hem de yerin küçüklüğü bakımından ifraza müsaade edilemeyeceğinin anlaşılmasına göre..."

Arsa sahibi tarafından müteahhide teslim edilen arsanın fiili veya hukuki bir sorunu olduğu anlaşıldığı anda, müteahhit arsa sahibine derhal ihtar etmek zorundadır (TBK md. 472/III). Aksi takdirde neticelerine kendisi katlanır (İşbora 2009).

Uygulamada en çok rastlanılan durumlardan biride arsa sahibinin müteahhide, Belediyedeki işlemlerin tamamlanması için gerekli vekâleti vermemesi veya vekâletten azletmesi halidir. Böyle bir durumda arsa sahibi, sözleşmenin yerine getirilmesini talep edemeyecektir. Ayrıca sözleşmenin süresinin işlemeye başladığından ve devam ettiğiinden de söz edilemez. Müteahhit böyle bir durumda gerekli işlemlerin yapılması için mahkemeden izin verilmesini isteyebilir (Erman 2007) (TBK md. 113/I)

5. ARSA PAYI PAYLAŞMA ORANLARI VE TAPU MÜDÜRLÜKLERİNİN SORUMLULUĞU

5.1 Arsa Payı Paylaşma Oranları

5.1.1 Arsa payı

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun tarifler başlıklı 2. maddesinin (d) bendinde “Arşanın bu kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına arsa payı denir “ demektedir. Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat Mülkiyeti Tesisine Dair Yönetmelik, arsa payını, “arşanın kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet payı” olarak tanımlamak suretiyle kanuna paralel bir tanım yapmıştır. Bu tanımlar çerçevesinde, genelde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulurken, ana yapının veya arsa üzerinde birden fazla yapı varsa, yapıların bulunduğu arsadan bağımsız bölümlere rayiç değerleri oranında verilen payı ifade etmektedir şeklinde tanımlanabilir. 634 Sayılı Kanunun md. 5/I de “Kat mülkiyetinin başkasına devri veya miras yoluyla geçmesi halinde, ona bağılı arsa payı da birlikte geçer; arsa payı, kat mülkiyetinden veya kat irtifakından ayrı olarak devredilemeyeceğı gibi, miras yoluyla da geçmez ve başka bir hakla kayıtlanamaz”; 634 Sayılı Kanunun 5/2 maddesinde ise, “Ana gayrimenkulde, kat mülkiyetine bağlanmamış veya kat irtifakı kurulmamış arsa payı bırakılamaz” demek sureti ile arsa payı ile kat mülkiyeti ve kat irtifakı arasındaki sıkı bağ vurgulanmıştır.

5.1.2 Arsa payının tespiti

KMK md. 3/I de kat mülkiyetini, “arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir.” şeklinde tarif edilmekte ve arsa payı tespitinin nasıl yapılacağını aynı maddenin 2.fıkrasında “Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur.” demek suretiyle açıklamaktadır. Bu madde ile kat mülkiyeti ve kat irtifakına konu olan bağımsız bölümlerin arsa paylarının tespiti, mülkiyet sahiplerinin kişisel beyanlarına

bağlı olarak değil, proje müellifi olan uzmanlaşmış mimar veya mühendislerin teknik bilgilerine göre ve bağımsız bölümlerin konumları ile büyüklükleri esas alınarak hesaplanan değerleri ile oranlı olarak, projesinde tahsis edilen arsa paylarının açıkça gösterilmesi suretiyle, arsa paylarına dayalı hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır.

Yasanın arsa payının konum ve büyüklüğe göre objektif bir şekilde tespitini ön görmüştür. Bu objektiflik proje çizim tarihindeki koşullara göre hesaplama yapılmasını amaçlamaktadır. Bu amacı pekiştirmek için de, KMK m. 3/2 de, “Bağımsız bölümlerden her birine bu fıkra uyarınca tahsis edilen arsa payı o bölümlerin değerinde sonradan meydana gelen çoğalma veya azalma nedeniyle değiştirilemez” denmektedir.

5.1.3 Ana yapı ve bağımsız bölümün değerini etkileyen unsurlar

Genelde emlak işi ile uğraşanlar, inşaat alanı, konutun kullanım alanı, sosyal tesislerin olup olmaması, yeşil alanın olup olmaması, taşınmazın mevkii, deniz manzarası, doğa manzarası, güvenlik sistemi, spor kompleksi, kapıcı dairesi, asansör, hidrofor ve su deposu, otopark, havuz, balkon, ulaşım kolaylığı, semt özelliği, zemin durumu, ısıtma sistemi ve güneş alma durumu, bulunduğu kat, malzeme kalitesi, bina özelliği apartman veya bağımsız ev olması), dış cephesi, yapım yılı, alış veriş merkezlerine olan uzaklığı, şömine ve barbekü, özel dekorasyon, ulaşım, prim getiri potansiyeli gibi unsurların değerleri olumlu ya da olumsuz etkileyeceğini kabul etmektedirler. Proje müellifi proje tanzimi sırasında sadece projeden anlaşılacak unsurlara göre arsa payı hesaplamasını ve tahsisini yapmalıdır.

5.1.4 Arsa payının önemi

Arsa payının önemini kat mülkiyeti yasası ve ana yapının dolayısı ile kat mülkiyetinin ortadan kalkma olasılığına karşı çıplak mülkiyet açısından ele almak gerekmektedir. Arsa üzerindeki mülkiyet payları için bağımsız bölümün kat irtifakının kurulduğu tarihteki, doğrudan doğruya kat mülkiyetine geçilme halinde ise kat mülkiyetinin kurulması zamanındaki konum ve büyüklüğüne göre hesaplanan değeri esas alınacaktır. Bu değer tüm taşınmaz değerine olan oranı arsa payını verir. Bu değerinde sonradan

vuku bulacak değişiklikler, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 44. maddesine göre yeni bölüm ilavesi dışında, arsa payının değişmesini gerektirmez. Aynı şekilde kat maliklerinin ortak yerler üzerindeki mülkiyet payları, arsa payı oranında, yani bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kurulurken taşıdıkları değer oranındadır.

Uygulamada arsa payının çoğu kez gelişi güzel tespit edildiği görölmektedir. Bu, masraflara katılma bakımından adaletsizliklere yol açabilir. Ana yapının tümü harap olmuş ise (depremde binanın yıkılması gibi), ana gayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erer. Kat malikleri ana yapının üzerinde kurulu bulunduğu zeminde müşterek malik durumuna gelirler (paydaş olurlar) ve ilişkileri de paylı mülkiyet haline dönüşür. Bu durumda kat maliklerinin zemini kullanma, zeminden yararlanma ve zeminin korunması konusunda TMK md.693'deki hükümlerine göre aralarındaki hukuki münasebetin tayin ve takdiri gerekmektedir. Bu durumda arsa payı bağımsız bölüm malikinin zeminden pay alma ölçüsü olmaktadır.

Arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleri ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibinin, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilmesi 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 3/2. maddesi ile açıklığa kavuşturulmuştur.

5.2 Tapu Müdürlüklerinin Sorumluluğu

Kat mülkiyeti ve kat irtifakına konu olan bağımsız bölümlerin arsa paylarının tespiti, tapu müdürlüğü yetkililerinin görevi olmadığından, yanlış tespit edilen arsa payının tescilinden sorumlu değillerdir.

Kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulurken her bağımsız bölümün arsa payının ve değerinin gösterilmesi zorunludur. Bu husus tapu müdürlüklerinde mimari proje üzerinde gösterilmektedir.

Tapu Müdürlüklerine kat irtifakı için yapılan istemde, bağımsız bölümlerin ayrı ayrı değerlerinin ve bağımız bölümlere değerleriyle orantılı olarak tahsisi istenen arsa paylarının belirtilmesi gerekmektedir. Ancak, bu mükellefiyet taraflara yüklenmiş bulunduğundan tapu müdürlüğü yetkililerince arsa paylarının dağılımında oransızlık görülmesi halinde, taraflara uyarı yapılması, uyarıya rağmen tarafların bu hususta ısrar etmeleri halinde ısrara dair ilgililerin imzaları evrakı mspite üzerine alınarak talep yerine getirilmektedir (Dörtgöz 2005).

Bütün paydaşların talebiyle evvelce tespit edilen arsa paylarının yanlış tespit edildiği, değerleriyle orantılı olmadığı beyan edilerek düzeltilmesinin istenmesi halinde, arsa paylarının değişmesi mülkiyet hakkının devri mahiyetinde olduğundan arsa payları azalan bağımsız bölümleri kısıtlayan haklar varsa hak sahiplerinin muvafakati alındıktan sonra değişiklik, tescil istem belgesi düzenlenmek ve işlem bir düzeltme olduğundan harç açısından tashih olarak kabul edilip, tashih harcı tahsil ettirmek sureti ile yerine getirilmektedir.

Arsa payları mahkeme kararı ile değiştirildiği takdirde resmi senet düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak arsa payı azalan bağımsız bölümler üzerinde hak sahibi bulunan kişilere Medeni Kanununun 1019. maddesi gereğince tebligat yapılmaktadır.

6. SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hukuki niteliği bakımından karma bir sözleşmedir. Müteahhidin borcunu yerine getirmesi veya binayı yapıp arsa sahibine teslim etmesi eser sözleşmesi; buna karşılık, arsa sahibinin borcunu yerine getirmesi, yani arsanın kararlaştırılan paylarını müteahhide devretmesi satım sözleşmesi niteliğindedir. Eser sözleşmesi resmi şekle tabi değilken, satım sözleşmesi resmi şekle tabidir. Diğer bir ifade ile taraflardan birinin (arsa sahibinin) edimi resmi şekle tabi iken, diğerinin (müteahhidin) edimi resmi şekle tabi değildir. Her ne kadar eser sözleşmesinde şekil serbestisi söz konusu olsa da, arsa sahibinin borcunu yerine getirebilmesi için arsa paylarının mülkiyetinin devri gerektiğinden dolayı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekir. Yargı kararlarında ise taraflardan birinin ediminin resmi şekle tabi olduğu durumlarda sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Sözleşmelerin özellikleri incelendiğinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin ve satım sözleşmesinin niteliklerini taşımakla birlikte, aslında tam bir eser sözleşmesi ve satım sözleşmesi olmadığı görülmektedir. Müteahhit yapılan iş karşılığında ücret değil arsa payının devrini istemekte ve bu nedenle eser sözleşmesinin niteliğini taşımamaktadır. Diğer taraftan arsa payının devri sözleşmesi bir meblağ karşılığında yapılmadığı için satım sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tarafların karşılıklı edimleri bakımından karma bir sözleşmedir. Yargı kararlarında da çift tipli sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Teoride karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde yaratma (kıyas) teorisi kabul edilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için taşınmaz satımı ile eser sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilmektedir. Hükümlerin uygulanmasında çatışma olduğu zaman, tarafların sözleşmedeki amaçları ve tarafların menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyet çerçevesinde karar verilmektedir. Şayet bir sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna başvurulacak, bundan da bir sonuç elde edilemediği takdirde hakim TMK m. 1'e göre hukuk kuralı yaratacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle uyulmadan yapıldıkları takdirde kural olarak geçersiz olurlar. Sözleşmenin geçersizliği durumunda taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde verdiklerini isteyebilirler.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli-geçici karmaşığı olan bir borç ilişkisi kurması nedeni ile somut olayın özelliklerine göre hakkaniyetin gerektirdiğı durumlarda sözleşme ileriye veya geriye etkili olarak da sona erdirilebilir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun arsa payının konum ve büyüklüğe göre objektif bir şekilde tespitini ön görmüştür. Bu objektiflik proje çizim tarihindeki koşullara göre hesaplama yapılmasını amaçlamaktadır.

Arsa üzerindeki mülkiyet payları için bağımsız bölümün, kat irtifakının kurulduğu tarihteki, doğrudan doğruya kat mülkiyetine geçilme halinde ise kat mülkiyetinin kurulması zamanındaki konum ve büyüklüğüne göre hesaplanan değeri esas alınır ve bu değer tüm taşınmaz değerine olan oranı arsa payını verir.

Kat mülkiyeti ve kat irtifakına konu olan bağımsız bölümlerin arsa paylarının tespiti, mülkiyet sahiplerinin kişisel beyanlarına bağılı olarak değil, proje müellifi olan uzmanlaşmış mimar veya mühendislerin teknik bilgilerine göre ve bağımsız bölümlerin konumları ile büyüklükleri esas alınarak hesaplanan değerleri ile oranlı olarak yapılmalıdır. Kat mülkiyeti ve kat irtifakına konu olan bağımsız bölümlerin arsa paylarının tespiti, tapu müdürlüğü yetkililerinin görevi olmadığından, yanlış tespit edilen arsa payının tescilinden sorumlu değildir.

Arsa paylarının yasada belirtildiğı şekilde bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı olarak belirlenmesi ve arsa payının bilerek veya bilmeyerek hatalı belirlenmesi sonucunda ortaya çıkan olumsuz sonuçların ortadan kaldırması için arsa paylarını belirleme yetkisinin taşınmaz değerlendirme uzmanlarına bırakılması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Alpöğünç, E., 2010. Arsa Payı Kavramı, Önemi, Hesaplaması, Düzeltme Davası. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (89); 493-506.
- Ataay, A., 1981. Borçlar Hukuku Genel Teorisi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 626 s. , İstanbul.
- Ayazlı, P., 1987. Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2 (1),43.
- Dayınlarlı, K., 1993. İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları). Vedat Yayınları, 501 s. , Ankara.
- Domaniç, H., 1988. Türk Ticaret Kanunu Şerhi. Cilt I. Beta Yayını, 816 s., İstanbul.
- Dörtgöz, G. Ö, 2005. Tapu ve Kadastro ile İlgili Talimatlar ve Yorumlar. Birlik Yayını, 700 s., Ankara.
- Edis, S., 1997. Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara Üniversitesi Yayını, 417 s., Ankara.
- Eren, F., 2010. Borçlar Hukuku-Genel Hükümler. Beta Yayını, 1256 s., Ankara.
- Erman, H., 2007. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi. Der Yayını, 223 s. , İstanbul.
- Feyzioğlu, F. N., 1980. Borçlar Hukuku. İstanbul Üniversitesi Yayınları, 868 s., İstanbul
- Güral, J., 1973. Türk Eşya Hukuku. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 209 s. Ankara.
- Kaneti, S., 1972. Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi 'Tahvili' . İstanbul Üniversitesi Yayını, 240 s., İstanbul.
- Karahasan, M. R., 2003. Türk Borçlar Hukuku. Cilt II. Beta Yayını, 1530 s., İstanbul.
- Kartal, B., 1992. Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi. Ankara Üniversitesi, 202 s., Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M., 2013. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Turhan Yayını, 900 s., Ankara.
- Kostakoğlu, C., 2011. İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri. Beta Yayını, 1344 s., İstanbul

- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S., 2009. Eşya Hukuku. Filiz Yayını, 912 s., İstanbul.
- Öz, M. T., 1990. Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanununun 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle. Kazancı Hukuk Yayını, 355 s., İstanbul.
- Özyörük, S., 1988. İnşaat Sözleşmesi Yapısı- Feshi, Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları. Kazancı Yayını, 90 s., İstanbul.
- Reisoğlu, S., 2008. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Beta Yayını, 497 s., İstanbul.
- Sarı, S., 2006. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi M, LXIV (2); 273-299.
- Seliçi, Ö., 1978. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu. İstanbul Üniversitesi Yayını, 218 s., İstanbul.
- Serozan, R., 2007. Sözleşmeden Dönme. Vedat Yayını, 622 s., İstanbul.
- Sungurbey, İ., 1984. Medeni Hukuk Sorunları. Cilt IV. İstanbul Üniversitesi Yayını, 740 s., İstanbul.
- Tandoğan, H.,2010. Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkisi. Cilt II. Vedat Yayını, 940 s., Ankara.
- Tekinay, S. S., Akman, S. Burcuoğlu, H. Ve Altop, A., 1993. Borçlar Hukuku. Filiz Yayını, 1132 s., İstanbul.
- Tunçomağ, K., 1977. Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkisi. Cilt II. Beta Yayını, 1440 s., İstanbul.
- Yavuz, C., 2010. Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu. Beta Yayını, 726 s., İstanbul.
- Yıldırım, S. H., 2011. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi. Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi Mühendislik Fakültesi, 256 s. , Ankara
- Yücel, Ö., 2008. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (3); 779-790, Ankara.
- Zabata, T. T., 2012. Borçlar Hukuku. Savaş Yayını, 650 s. Ankara.

EK

**ARSA PAYI KARŞILIĞI
İNŞAAT SÖZLEŞMESİ
ÖRNEĞİ**

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ

Bir tarafta arsa sahibi... adresinde oturan... diğer taraftaoturan... yüklenici arasında aşağıda yazılı olduğu üzere bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmede;

1. Taraflar:

- a.) adresinde oturan T.C. uyrukluarsa sahibi,
- b.)..... adresinde oturan T.C. uyruklumüteahhit olarak adlandırılmıştır

2. Sözleşmenin konusu:

a.) Sözleşmenin konusu imarın ada, parselinde bulunan ve tapuda arsa sahibi adına kayıtlı olan yüz ölçümü metrekare olan arsaya, arsa sahibinin isteği doğrultusunda çizilecek projeye göre bir binanın müteahhit tarafından inşasıdır. Yapılacak binada dört mağaza ve apartman girişini havi bir zemin kat, mağazalarla irtibatlı dört ticari depoyu havi birinci bodrum kat, kalorifer dairesi, hidrofor, yakıt deposu ve sığınağı havi ikinci bodrum kat ile her katta iki daireye havi beş normal kat olacaktır. Kapıcı Dairesi Projenin tanzimine göre birinci veya ikinci bodrum katta yapılacaktır.

b.) Bu sözleşme ile arsa sahibi arsasının tamamını 100 hisse kabul ederek bunun .../100 hissesini kendi üzerinde bırakarak, geri kalan .../100 hissesini müteahhide devretmeyi vaat ve taahhüt etmektedir. Arsa sahibi satış bedeli olarak herhangi bir ücret almayacaktır. Devredilen arsa payına karşılık, aşağıda belirtilen adet bağımsız bölüm alacaktır.

3. Arsanın Değeri: İnşaata konu olan arsanın değeri TL'dir. Müteahhide devri öngörülen .../100 hissenin değeri TL'dir.

4. İnşaatın Niteliği:

İnşaat bu sözleşmeye ve onun ayrılmaz bir parçası olan ekli teknik şartname esaslarına göre yapılacaktır.

5. Binanın Bölüşülmesi:

Yapılacak bina arsa sahibi ve müteahhit arasında yarı yarıya bölüşülecektir. Bu bölüşümde iki mağaza ile üzerine isabet edecek 5 daire birinci grup ve diğer mağazalar ile üzerine isabet edecek 5 daire ikinci grup sayılacak ve bu iki gruptan birini tercih hakkı arsa sahibine ait olacaktır. Proje düzenlenirken gruplar arasında denge sağlanacaktır.

6. Giderler:

İnşaat için gerekli her çeşit malzeme bedelleri, işçilik ücretleri, proje giderleri, sigorta primleri ve cezalar, vekâlet ve tapu giderleri, cins tashihi ile kat irtifak ve mülkiyeti tesisi giderleri ve her çeşit vergi, resim ve harçlar, bu sözleşmede aksine hüküm olmadıkça müteahhide aittir.

7. Vergiler:

2011 yılı dahil olmak kaydı ile emlak vergisi, vergileri arsa sahibi ve müteahhit arasında eşit olarak bölüşülecektir. Ancak bunlardan arsa sahibinin payına düşeni de önce müteahhit ilgili idareye verecek ve iş bittikten sonra arsa sahibi bu borcunu müteahhit ilgili idareye verecek ve iş bittikten sonra arsa sahibi bu borcunu müteahhide ödeyecektir. Müteahhit bu ödemeyi yapmadan en az üç gün önce idareye karşı ihtirazî kayıt dermeyeran edebilmesi için durumdan arsa sahibini haberdar edecektir. İleride bunların geri verilmesi halinde, geri verilecek miktar arsa sahibi ve müteahhit arasında eşit olarak bölüşülecektir. Müteahhide ait bağımsız bölümlerin satışından ötürü arsa sahibi adına gerçekleşecek vergisi ve vergisi müteahhide aittir. Arsa sahiplerine kalan bağımsız bölümlerin..... vergisi ile vergisi kendisine aittir.

8. Müteahhide ait bağımsız bölümlerin satışları:

Cins tashihiinin yapılmasından ve kat irtifakının kurulmasından sonra arsa sahibi, zemin hariç birinci kat tavan betonunun dökülmesiyle iki adet dairenin, çatı betonunun dökülmesiyle bir adet dairenin, duvarların örülmesi ve doğrama kasalarının takılmasıyla iki adet dairenin, iç ve dış kaba ve ince sıvalar ile kalorifer ve sıhhi tesisatın başlamasında mağazanın, doğramaların tamamen takılması, fayans ve döşemelerin tamamlanması ve sıhhi müteahhit tarafından istenildikçe satışın her kademesi için arsa sahibi, müteahhide vekâlet verecektir. Kat irtifakının kurulması için gerekli belgeleri müteahhit hazırlayacaktır.

9. Bedelin Değişmeyeceği:

Evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller ve özellikle malzeme fiyatları ve işçi ücretlerindeki artışlar için yapılmasına engel olursa veya yapılmasını son derecede işgal ederse, müteahhit bedelin artırılmasını veya sözleşmenin feshini yahut şartlarda bir değişiklik yapılmasını isteyemez. Müteahhit, her ne olursa olsun işi kararlaştırılan bedelle yapmaya mecburdur.

10. Başkasına devir yasağı:

Müteahhit aldığı işi başkasına devredemez; vekâleten de olsa başkasına yaptırılmaz. Aksi halde arsa sahibi sözleşmeyi feshe yetkilidir.

11. İşin Teslimi:

Müteahhit yer tesliminden itibaren en geç on beş ay içerisinde yapı kullanma izin belgesini almaya hazır olacak biçimde işi bitirmeye ve arsa sahibine teslim mecburdur. Ancak yer teslimi inşaat mevsimi bittikten sonra yapılırsa bu süre, yeni inşaat

mevsimine girildiğinde başlar. İnşaat mevsiminden amaç, o yılki don olayının bitmesiyle başlaması arasında geçen süredir. İşin bitirilmesinden amaç ise, suyun, havagazının, elektriğin bağlanmaya hazır olması, kanalizasyon irtibatının sağlanması, asansör ve hidrofor tesisatının projesine uygun olarak yapılmış olması, teknik şartnameye göre bütün tesislerin tamamlanmış bulunması ve territuvarın düzenlenmesidir.

12. Eksik ve Kusurlu İşler:

Yapılacak binadaki eksik ve kusurlu işlerden dolayı müteahhit sorumludur. Arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerle ortak yerlerde, işin teslimi veya kabulünden sonra çıkacak eksik ve kusurlu işler bunlar hemen ihbar edilmemiş olsa bile, müteahhit bunların bedelsiz olarak tamamlayacak veya düzeltecektir. Müteahhidin sattığı bağımsız bölümlerin alıcıları tarafından eksik ve kusurlu işlerden veya satış ile ilgili her çeşit uyuşmazlıklardan dolayı arsa sahibine yöneltilecek bütün iddialardan müteahhit sorumludur. Arsa sahibi aleyhine bu nedenle açılacak davalarda da 5' inci madde hükmü uygulanır.

13. Geç Teslim:

Müteahhit 11 inci maddede gösterilen günde ve şekilde işi bitirip teslim edemediği takdirde kira yoksunluğu olarak arsa sahibine her ay için 1.000 TL (bin Türk Lirası) gecikme tazminatı vermeye mecburdur. Bu gecikme üç ayı geçtiği takdirde arsa sahibi, sözleşmeyi feshederek yoksun kaldığı gerçek kira karşılığını ve diğer zarar ve ziyasını istemek ve ayrıca eksik ve kusurlu işleri müteahhit hesabına tamamlattırmak ve düzeltmek hakkına sahiptir.

14. İnşaat Sırasında Kontrol:

Mimari proje ile betonarme, kalorifer, elektrik, havagazı ve su tesisat projelerinin birer ozalit kopyası arsa sahibine verilecektir. Arsa sahibi bir fen adamı eli ile inşaatın sözleşme ve teknik şartname ile projelere uygun yapıp yapılmadığını her zaman kontrol ettirebilir. Aykırı olan hususları müteahhit derhal uygun hale getirmeğe, yanlışlıkları düzeltmeye ve değiştirmeye mecburdur.

15. Diğer bazı şartlar:

Apartmanın adı olacaktır. Apartmanın girişine reklam, ilân ve camekan gibi tesisler konulmayacaktır. Yönetim Planı tarafların ittifakıyla yapılacak ve bu plan düzenlenmeden satış yapılmayacak ve alıcıların planı kabulleri müteahhitçe sağlanacaktır. Kapıcı tarafların ittifakıyla tutulacaktır.

16. Özel Vekâlet:

İnşaat dolayısıyla İmar Müdürlüğüne, Fen İşleri Müdürlüğüne, Elektrik ve Havagazı İşletmesi Müdürlüğüne, cins tashihi ve kat irtifakının kurulması ile sınırlı olarak Tapu Sicil Müdürlüğüne yapılması gerekli müracaatlar için arsa sahibi, müteahhide özel bir vekâlet verecektir.

17. Mesuliyetin müteselsil olacağı:
Müteahhitlerin arsa sahibine karşı mesuliyeti müteselsilendir.

18. Tebligat adresi:
Arsa sahibinin adresi..... ve müteahhidin adresi.....dir.

Bu sözleşme .../.../..... gününde akdedilmiştir.

Mal sahipleri

.....

Müteahhitler

.....

TEKNİK ŞARTNAME

1. Bina, arsanın azami inşaat sahası ve kanuni çıkma haklarından yararlanmak suretiyle yapılacaktır. Betonarme, karkas, doğalgazlı, asansörlü ve hidroforlu olacaktır.
2. Bina taşıyıcı sistemi, betonarme karkas olarak Bayındırlık Bakanlığının teknik ve statik şartnamelerine uyularak hesap ve inşa edilecektir. İnşaatın beton kısımlarında tarafından üretilen betonlar kullanılacaktır. Binanın yapımında marka kalıplar kullanılacaktır.
3. İç ve dış duvarlar Ankara'daki fabrikasında üretilen tuğlalarla üretilecektir. Bütün sıvalar alçı ve çimento takviyeli harçla yapılacaktır.
4. Odaların Döşemeleri birinci kalite marka parkeden yapılacaktır.
5. Çatı marka tipi kiremitle örtülü oturtma çatı olacaktır.
6. Çatı altı döşemesi üzerine kalorifer projesine göre cm kalınlığında izocam kullanılacaktır.
7. Doğalgaz tesisatında isteğe göre marka radyatör kullanılacaktır. Dairelere marka kombiler takılacaktır.
8. Binada sıhhi tesisat projesine göre hesaplı su deposu ve hidrafor tesisatı olacak ve her bağımsız bölümün (daireler, mağazalar ve kalorifer dairesi) ayrı bir su sayacı takılı olarak bulunacaktır.
9. Pis su boruları bina dışına çıkıncaya kadar gereğine göre pik döküm boru ve pimaş olacaktır. Mutfak, banyo ve WC iyice izole edilecek WC boruları aynen çatı dışına kadar hava borusu olarak uzatılacaktır.
10. Bütün sıhhi tesisat armatürleri marka olacaktır.
11. Merdiven basamakları marka mermerden yapılacaktır.
12. Apartman girişinde döşeme ve duvar kaplaması, uygun renkte tabii mermer olacaktır.
13. Merdiven boşluğunda duvarlar cinsi boya veya yağlı boya olacaktır.
14. Merdiven korkulukları demir imalât üzerine sert ağaç ahşap küpeşte olacak ve küpeşteye cam cila yapılacaktır.
15. Normal katlarda pencere doğramaları birinci marka doğrama olacaktır. Zemin katta ön cephe doğramaları alüminyum profil madeni doğrama olacaktır. Pencere denizlikleri mermer olacaktır.

16. Kapı kasaları birinci sınıf marka doğrama olacaktır.
17. Cam kalınlıkları en az 3 mm. olacak, boşluk ebadına göre kalınlıklar tayin edilecektir. Kapı ve pencere camları çift cam olacaktır.
18. Bina ön cephesi brüt beton veya mermer kaplama, yan ve arka cepheler gereğine göre brüt beton veya çimento serpmeye olacaktır. Brüt beton yüzeyler akrilik esaslı boya ile boyanacaktır.
19. Mağaza ve dairelerde bütün duvarlar alçı saten yapılacaktır. Dairelerin salonları şampanya rengi yağlı boya yapılacaktır. Diğer odalar ise beyaza boyanacaktır. Tavanların kenarları alçı ile kaplanacaktır.
20. Duş ve tuvaletlerde duvarlar tavana kadar karo fayans kaplama olacak, sığıdığı takdirde bir adet duş teknesi ve borulu banyo bataryası, yerine uygun ebatta birinci sınıf beyaz fayans lavabo, iki adet lavabo musluğu, beyaz fayans etajer, ayna, alafranga beyaz fayans helâ taşı, klozet kapağı otomatik rezervuar, tahrat musluğu, beyaz fayans gömme kâğıtlık, beyaz fayans sabunluk, askılık ve topraklı monofaze priz bulunacaktır.
21. Mutfakta tezgah üzeri dört sıra ve fırın yeri aynı yükseklikte beyaz karo fayans kaplama, bir metrelik tek gözlü çelik eviyeli tezgâh, üzerine eviye bataryası, tezgâh üzerine aynı cins çelik dolap, fırın üzerine aspiratör takılacak ve iki adet topraklı monofaze priz bulunacaktır.
22. Mağazaların depolarında W.C. ve lavabolar dairelerdeki gibi olacaktır.
23. Dahili televizyon anteni, telefon ve elektrik tesisatı yapılacak, her odada da bir telefon ve monofaze elektrik prizi bulunacaktır. Mağazalarda yeteri kadar monofaze prizle beraber bir adette trifaze priz bulunacaktır. Her mağazaya iki adet müstakil telefon prizi konacaktır. Dairelerden kapıcıyı çağırmak için numaralı tesisat ve sokak kapısına zil yapılacaktır. Bütün elektrik sigorta tabloları saç kutu içinde olacaktır.
24. Dairelerde mutfaklara uygun boy otomat takılacaktır. Ocaklara bağlanmak için doğalgaz tesisatı yapılacaktır.
25. Daire kapılarına gömme kilit, uygun tokmak ve dübün konacaktır.
26. Apartman girişinde bağımsız bölüm sayısı kadar çelik veya formika gömme posta kutusu yapılacak, ayrıca baş tarafa camekanlı bir ilân yeri konacaktır.
27. Binaya konacak asansör 4 kişilik marka asansör olacaktır.
28. Bütün malzeme ve işçilikler birinci sınıfı olacaktır.

Bu teknik şartname taraflar arasında akdedilen .../.../..... günlü inşaat sözleşmesine ek olarak düzenlenip imza altına alınmıştır. .../.../...

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Selcen KAHYAOĞLU YÜCEL

Doğum Yeri : Giresun

Doğum Tarihi : 02.09.1977

Medeni Hali : Evli

Yabancı Dili : İngilizce

Eğitim Durumu (Kurum ve Yıl)

Lise : Giresun Lisesi 1994.

Lisans : Anadolu Üniversitesi Kamu Yönetimi Bölümü 2007.

Yüksek Lisans : Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Geliştirme Anabilim Dalı 2013

Çalıştığı Kurum/Kurumlar ve Yıl

Sicil Memuru: 1997 yılında Ordu Tapu Sicil Müdürlüğünde sicil memuru olarak göreve başlamıştır.

Veri Hazırlama Kontrol İşletmeni: 1999-2007 yılları arasında Giresun Tapu Sicil Müdürlüğünde kontrol işletmeni olarak görev yapmıştır.

Tapu Sicil Müdür Yardımcısı: 2008 yılında Ordu Tapu Sicil Müdürlüğüne Müdür Yardımcısı olarak atanmış ve burada ki görevi esnasında sırası ile Ankara ili Altındağ ve Gölbaşı Tapu Sicil Müdürlüklerinde çalışmıştır. Halen Artvin İli Arhavi Tapu Müdürlüğünde görev yapmaktadır.