

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Andaç MARAŞLIOĞLU

(Y1412.220011)

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ebru CEYLAN

Aralık 2017



T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

Yüksek Lisans Tez Onay Belgesi

Enstitümüz Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Y1412.220011 numaralı öğrencisi **Andaç MARAŞLIOĞLU**'nun "**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ**" adlı tez çalışması Enstitümüz Yönetim Kurulunun 12.12.2017 tarih ve 2017/35 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından *aybalel* ile Tezli Yüksek Lisans tezi olarak *Kabul* edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi :27/12/2017

1)Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ebru CEYLAN

2)Jüri Üyesi : Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY

3) Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Ekrem KURT

E. Ceylan
.....
A. Atasoy
.....
E. Kurt
.....

Not: Öğrencinin Tez savunmasında Başarılı olması halinde bu form imzalanacaktır. Aksi halde geçersizdir.

ÖNSÖZ

Çalışmada Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi' nin niteliği gereği uygulamada birçok hukuki sorunu ortaya çıkarması sebebiyle, sözleşmenin temel yapısı ve özellikle uygulamada doğurduğu hukuki sorunların ve buna ilişkin doktrin ve yargı kararlarında ortaya konan farklı görüşlerin incelenmesi amaçlanmıştır.

Lisans, yüksek lisans eğitimim ve tez çalışmam sırasında kıymetli bilgi, birikim ve tecrübeleri ile bana yol gösterici ve sürekli destek olan değerli danışman hocam sayın Doç. Dr. Ebru CEYLAN' a, ilgisini ve önerilerini göstermekten kaçınmayan Ana Bilim Dalı Başkanı Sayın Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY' a ve Yrd. Doç. Dr. Ekrem KURT' a sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Çalışmalarım boyunca bilgi ve tecrübelerini esirgemeyen değerli üstadım, Av. Sevil ADIGÜZEL' e, Av. M. Hakan AKKUŞ' a, aileme ve arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim.

Aralık, 2017

Andaç MARAŞLIOĞLU

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	vii
ÖZET.....	viii
ABSTRACT.....	ix
1. GİRİŞ.....	1
2. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ (GENEL OLARAK)....	2
2.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Tarafları ve Unsurları..	2
2.1.1.Sözleşmenin Tanımı ve Tarafları.....	2
2.2. Sözleşmenin Unsurları.....	6
2.2.1. Arsa Sahibinin, Belirlenen Arsa Paylarını Yükleniciye Devir	
Yükümlülüğü.....	6
2.2.2. Yüklenicinin İnşa Ettiği Binadaki Bağımsız Bölümlerin Belirlenen	
Kısımının Arsa Sahibine Teslim Yükümlülüğü.....	8
2.2.3. Taraflar Arasında Anlaşma.....	9
2.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	10
2.3.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen İsimsiz Karma Bir Sözleşme Olması..	10
2.3.2. Sürekli Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Kurması.....	12
2.3.2.1.Konuya İlişkin Doktrindeki Görüşler.....	14
2.3.2.1.1. Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü.....	14
2.3.2.1.2. Sürekli Edimli Bir Borç İlişkisi Olduğu Görüşü.....	14
2.3.2.1.3. Karma Görüş.....	14
2.3.2.2. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	17
2.3.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekle Bağlılığı.....	19
2.3.3.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli.....	19
2.3.3.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılık.....	21
2.4. Sözleşmenin Çeşitleri.....	22
2.4.1. Sözleşmenin Belirli Arsa Paylarının veya Arsanın Tamamının	
Yükleniciye Devredilmesi Suretiyle Yapılması.....	23
2.4.2. Sözleşmenin Arsa Paylarının Devrinin İnşaatın Ulaştığı Aşamalara	
Göre Devredilmesi Suretiyle Yapılması.....	24
2.4.3. Sözleşmenin, Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi;	
Yüklenicinin İşe Arsa Üzerinde İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi Suretiyle	
Yapılması.....	26
3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ.....	27
3.1. Arsa Sahibinin Borçları.....	27
3.1.1. Arsa Paylarını Devir Borcu.....	27
3.1.2. İnşaatın Yapılması İçin Arsa Sahibinin Kendisine Düşen	
Yükümlülükleri Yerine Getirmesi Borcu.....	30

3.2. Yüklenicinin Borçları.....	33
3.2.1. Yüklenicinin Özen Gösterme ve Sadakat Borcu.....	33
3.2.1.1. Yüklenicinin Özen Borcu.....	33
3.2.1.2. Yüklenicinin İnşaatı Kullandığı Malzemeye İlişkin Özen Borcu...34	
3.2.1.3. Yüklenicinin Sadakat Borcu.....	37
3.2.2. Yüklenicinin İşi Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu.....	39
3.2.3. İnşaatı Teslim Borcu.....	41
3.2.3.1. Teslim Borcunda Yüklenicinin Temerrüdü.....	43
3.2.3.2. Yüklenicinin Temerrüdünün Şartları.....	43
3.2.3.2.1. İnşaatı Teslim Borcunun Muaccel Olması.....	43
3.2.3.2.2. Edimin İfasının Mümkün Olması.....	45
3.2.3.2.3. İnşaatın Teslim Edilmemiş Olması.....	45
3.2.3.2.4. Arsa Sahibinin İhtarda Bulunmuş Olması.....	46
3.2.3.3. Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları.....	47
3.2.3.4. Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları Kullanabilmesinin Koşulları.....	48
3.2.3.4.1. Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre Verilmiş Olması.....	48
3.2.3.4.2. Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları Derhal Kullanması.....	49
3.2.3.5. Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları.....	51
3.2.3.5.1. Arsa Sahibinin Aynen İfa Ve Gecikme Tazminatını Talep Etmesi51	
3.2.3.5.2. Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zararı Talep Hakkı.....	52
3.2.3.5.3. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Ve Menfi Zararını Talep Hakkı.....	55
3.2.3.5.3.1 Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesinin İleriye Etkili Sonuç Doğurması Gerekli Görüşü.....	60
3.2.3.5.3.2.Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesinin Geriye Etkili Sonuç Doğurması (Dönme Niteliğinde Olması) Gerekli Görüşü.....	60
3.2.3.5.3.3. Yargıtay'ın Görüşü.....	61
3.2.3.5.3.4.Görüşlerin Değerlendirmesi.....	61
3.2.4. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu.....	63
3.2.4.1. Ayıptan Sorumluluğun Şartları.....	64
3.2.4.1.1 Yapının Teslim Edilmiş Olması.....	64
3.2.4.1.2. İnşaatın Ayıplı Olması.....	64
3.2.4.1.2.1 Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği.....	65
3.2.4.1.2.2. Gerekli Niteliklerin Eksikliği.....	65
3.2.4.1.2.3. Ayıp Çeşitleri ve Eksik İş ile İlave İş Kavramı.....	66
3.2.4.1.2.3.1. Ayıp Çeşitleri.....	66
3.2.4.1.2.3.1.1. Açık Ayıp- Gizli Ayıp.....	66
3.2.4.1.2.3.1.2. Önemli Ayıp-Az Önemli Ayıp.....	67
3.2.4.1.2.3.1.3. Hukuki Ayıp.....	68
3.2.4.1.2.3.2. Eksik İş ve Ayıplı İş Kavramı.....	68
3.2.4.1.2.3.3. İlave İş, İlave Bağımsız Bölüm ve Ayıplı İş Kavramı.....	71
3.2.4.1.3. Ayıbın Arsa Sahibine Yükletilemeyen Bir Sebepden Doğmuş Olması.....	73
3.2.4.1.4. İnşaatın Arsa Sahibi Tarafından Kabul Edilmemiş Olması.....	75
3.2.4.1.5. Arsa Sahibinin Muayene Ve İhbar Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi.....	76
3.2.4.1.2. Arsa Sahibinin Yapının Ayıplı Olmasından Doğan Hakları.....	78
3.2.4.2.1. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	79

3.2.4.2.1.1. Dönme Hakkının Sınırlandığı Haller.....	82
3.2.4.2.1.2. Dönmenin Sonuçları.....	84
3.2.4.2.1.3. Dönmenin Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi....	86
3.2.4.2.1.4. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre Arsa Sahibinin Tüketici Sayıldığı Haller ve Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu.....	88
3.2.4.2.2. Arsa Sahibinin Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı.....	90
3.2.4.2.3. Arsa Sahibinin Yapının Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı.....	92
3.2.4.2.4. Arsa Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı.....	96
3.2.4.2.5. Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı.....	97
4. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ...99	
4.1. Sözleşmenin İfa Suretiyle Sona Ermesi.....	99
4.2. Sözleşmenin İfa Dışı Nedenlerle Sona Ermesi.....	99
4.2.1. Sözleşmenin Tarafların Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Sona Ermesi.....	99
4.2.2. Sözleşmenin Yapının Yok Olması Sebebiyle Sona Ermesi.....	100
4.2.3. Sözleşmenin İş Sahibi Yüzünden İfasının İmkânsızlaşması Sebebiyle Sona Ermesi.....	101
4.2.4. Sözleşmenin Yüklenicinin Ölümü veya Yeteneğini Kaybetmesi Nedeniyle Sona Ermesi.....	102
4.2.5. Sözleşmenin Arsa Sahibinin Yüklenicinin Zararını Tamamen Tazmini Suretiyle Feshi.....	104
4.2.6. Sözleşmenin Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Hal Nedeniyle Feshi.....	105
4.2.6.1. Önceden Öngörülmeyen ve Beklenilmeyen Bir Halin Bulunması..	106
4.2.6.2. Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Hal Nedeniyle İnşa İşinin Görülmesinin Aşırı Derecede Güç Olması.....	107
4.2.6.3. Önceden Görülmeyen Ve Beklenilmeyen Halin Ortaya Çıkmasında Tarafların Kusurunun Bulunmaması.....	108
4.2.6.4. Yüklenicinin Önceden Görülmeyen Ve Beklenilmeyen Hali Arsa Sahibine İhbar Yükümlülüğü.....	108
5. SONUÇ.....109	
KAYNAKLAR.....112	
ÖZGEÇMİŞ.....118	

KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
BK.	: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
E.	: Esas
F.	: Fıkra
H.D.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: Madde
No.	: Numara
LHD.	: Legal Hukuk Dergisi
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİBBGK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

ÖZET

Çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, şekli, arsa sahibinin ve yüklenicinin borçları, temerrüdünün hüküm ve sonuçları, arsa sahibinin temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde sözleşmenin sona ermesinin etkileri, yapının ayıplı olması halinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun şartları, arsa sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarının neler olduğu, sözleşmeden dönmenin taraflar ve 3. kişiler üzerindeki etkisi ile sözleşmenin sona ermesi halleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *arsa, inşaat, bağımsız bölüm, arsa payı*

CONSTRUCTION CONTRACT FOR LAND SHARE

ABSTRACT

In our work, the definition of the construction contract, the elements, the legal nature, the form, the obligations of the landlord and the contractor, the provisions and results of the default, the effects of the contractor's termination if the landlord returns due to default, the conditions of the contractor's liability arising if the construction is defective, what constitutes the electoral rights of the defendant, the effect on the parties and the third parties who are not involved in the contract, and the final status of the contract will be examined.

Keywords: *land, build, independent section, land share*

1.GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sosyo-ekonomik gereksinimler neticesinde ortaya çıkmış, son yıllarda yaygın olarak kullanılan, içerisinde eser sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını barındıran, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiş, karma yapılı bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin yapı inşa ederek arsa sahibine teslimine karşılık arsa sahibi, arsasının belirli paylarını yükleniciye devreder.

Sözleşmenin niteliği, uygulamada birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temel yapısı ve özellikle uygulamada doğurduğu hukuki sorunların ve buna ilişkin doktrin ve yargı kararlarında ortaya konan farklı görüşlerin incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, şekli ve uygulamada karşımıza çıkan görünümüne değinilecektir.

Üçüncü bölümde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin ve yüklenicinin borçları Yargıtay kararları ışığında incelenecektir, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdünün hüküm ve sonuçları ayrıntıyla ele alınacak, arsa sahibinin temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde sözleşmenin sona ermesinin etkileri ve doktrindeki tartışmalara yer verilecek, yapının ayıplı olması halinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun şartları ayıp kavramının sınırları kapsamında ele alınarak; arsa sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarının neler olduğuna ve bu seçimlik haklardan olan sözleşmeden dönmenin taraflar ve 3. kişiler üzerindeki etkisine değinilecektir.

Dördüncü ve son bölümde, sözleşmenin sona ermesi halleri incelenecektir.

2.ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

2.1. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, tarafları ve unsurları

2.1.1 Sözleşmenin tanımı ve tarafları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmemiş sözleşme tiplerinden biridir. Bu sözleşme sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş olup olmadıkları açısından tasnifinde, “isimsiz akitler” kategorisine girmektedir.(TANDOĞAN 2010: 1,2).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tanımlayabilmek için sözleşmenin her iki tarafının edimlerinin incelenmesi gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların üstlendikleri edimlere ve dolayısıyla da sözleşmeye karakterini kazandıran unsurlara baktığımızda Borçlar Kanunumuzda düzenleme alanı bulan iki tip sözleşmenin unsurlarını barındırdığı dikkatimizi çeker. Taraflardan arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, taşınmaz mülkiyeti satımını; yüklenicinin inşaat yapma ve belirlenen bağımsız bölümleri teslim borcu ise, eser sözleşmesini andırmaktadır. Anılan iki sözleşmenin unsurları, bir başka deyişle iki sözleşme tipine ait edimler, kanunda düzenlenmeyen bir şekilde birbirinin karşılığını oluşturmaktadırlar. Bu itibarla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin “karma yapılı bir sözleşme” türü olduğu söylenmektedir. Tek sözleşmede, iki sözleşme tipinin unsurları karıştığı için de “iki tipli karma sözleşme” olarak kabul edilmektedir.(SELİÇİ 1978: 4; ERMAN 2007: 5)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, doktrinde çeşitli tanımları yapılmıştır.

Erman, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini, “Arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir.” şeklinde tanımlamıştır.(ERMAN 2007: 1).

Yavuz’a göre ise, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle bir taraf(yüklenici), diğer tarafın(arsa sahibi) arsası üzerinde ve arsadaki belirli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına

girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır.”(YAVUZ 2014: 1066).

Kartal ise (KARTAL 1993: 15); “Yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsa belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir.” tanımını kullanmıştır.

Doktrinde yer verilen tanımlardan anlaşıldığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin en önemli özelliği taşınmaz satım sözleşmesi ile istisna sözleşmelerinin unsurlarını birlikte barındıran bir sözleşme türü olduğudur.

Doktrinde ve MK m. 1009’da (tapuya şerh verilebilecek nispi haklar arasında sayılması itibariyle) “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak anılan bu sözleşmelere Yargıtay tarafından “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2.7.2003 tarih 2003/14-452 E. ve 2003/456 K. sayılı kararı:” ...yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi...” denildiği de görülmektedir.

İş sahibinin arsası üzerine yapılacak inşaattan yükleniciye bedel yerine arsadan pay (ya da verilecek bağımsız bölüme karşılık olan arsa payı) verildiğine göre, sözleşmenin hukuksal adının da “arsa payı karşılığı bina yapımı” olması gerektiği de ileri sürülmüştür. Diğer yandan “kat” kelimesinin yazılı kaynaklarımızda herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Sadece Kat Mülkiyeti Kanununda kimin kat maliki olacağına ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Buna göre Kanunun 2 inci maddesi, ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine bağımsız bölüm; bu bölümlere sahip olanların da kat maliki olduğunu düzenlemiştir. Bir anlamda yüklenicinin yapma yükümlülüğü altına girdiği şey daire ya da dükkân olarak kullanılan bağımsız bölümler olup; kat değildir. Dolayısıyla “ Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” yerine “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür. (KARTAL 1993: 18)

Biz ise çalışmamızda sözleşmenin taraflarından birinin asli edim borcunun inşaat yapımı; diğerinin ise belirlenen arsa paylarının mülkiyetini karşı tarafa geçirme olduğundan tarafların asli edimlerine uygun olarak bu sözleşmeyi “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak isimlendireceğiz.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bir başka önemli husus bu sözleşme türünün “ani/sürekli edim ilişkisi doğuran sözleşmeler” arasındaki yeridir. Ani edimler, borçlu tarafından bir defada yerine getirilen ve alacaklının ifadan beklediği menfaatin herhangi bir zaman dilimiyle tanımlanamayan bir an içinde sağlandığı edim türüdür. Sürekli edimler ise, borçlunun zaman içinde, devamlı ve aralıksız bir davranışla ifa edebildiği, onun sürekli bir davranışını gerektiren, alacaklının ifa menfaatinin ise bir anda değil, borçlunun sürekli bir davranışıyla karşılanabildiği edimlerdir. Burada zaman unsuru ön plana çıkmakta ve zamana bağlı olarak edim miktarı da artmaktadır.(KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI 2008: 12)

Bazı yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sürekli edim ilişkisi olduğunu kabul ederken,(TANDOĞAN 2010: 352 vd.) bazıları ise ani edimli bir ilişki olduğu görüşünü savunmaktadırlar.(ÖZ 2016:1,2). Bizim de katıldığımız görüşe göre, yüklenicinin edim borcu inşaatı yaparak belirlenen bağımsız bölümleri teslim etmek olduğuna göre, bu bağımsız bölümlerin inşa edilmesi, teslim borcunun niteliğinden kaynaklanan ve onun içinde yer alan bir unsurdur. İnşa faaliyeti, teslim borcu bakımından ve bu borcun ifası için hazırlama faaliyeti özelliğini taşımaktadır ve edimin kendisi değil sadece bir unsurudur. Aynı şekilde arsa sahibinin ifa menfaati de bağımsız bölümlerin kendisine teslim edildiği anda gerçekleşir. (ÖZ 2016: 1-3) Bu itibarla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin aniedimli bir sözleşme özelliği gösterdiği görüşünü savunmakla beraber bu hususun ayrıntılarına ileride değineceğiz.

Bir diğer görüş ayrılığı, arsa sahibinin taşınmaz taahhüdünün, sadece yüklenici sıfırdan bir eser yapmasına mukabil yüklenilmesi durumunda mı yoksa örneğin var olan bir eserin dış cephe yalıtım sisteminin yapılması durumunda da kat karşılığı inşaat sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımayacağına ilişkindir.

Bu hususta her ne kadar Yargıtay’ın, arsa sahibinin binasında yapılabilecek yenileme, onarım, bölüm ekleme, bina güçlendirme gibi faaliyetlerin karşılığında müteahhide taşınmaz taahhüt edilebileceğine ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu şekilde kurulabileceğine yönelik kararları mevcut olsa da (Yargıtay 15.HD. 31.1.1991, 1990/2416-344) ; Erman’ın kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin tanımından da hareketle sözleşmenin konusu, müteahhidin arsası üzerine inşa edeceği binanın bağımsız bölümleridir. Diğer yandan bazı yazarlar ise, arsa sahibinin arsası üzerinde yapılacak inşaata karşılık arsa sahibi müteahhide sadece o arsa

üzerinde yapılacak bağımsız bölümleri değil başka yerde bulunan arazisi tarlası ya da arsasını da taahhüt edebileceğini savunmaktadırlar. (SÜTÇÜ 2016: 29,30)

Bizim de görüşümüze göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bir ihtiyaçtan ortaya çıkmıştır. Arsa sahibi için bu ihtiyaç kendi arsasında bir bina inşa ettirilerek sadece arsa paylarını devretmesi karşılığında binanın belirlenen bağımsız bölümlerine sahip olmaktır. Nitekim uygulamada bu tip sözleşmeler değerli bir arsa üzerinde olmasına rağmen gecekonduda yaşayan kimseler ile yapılmaktadır. Yüklenici ihtiyacı ise mesleği gereği yapmış olduğu binada kendisine ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak bir gelir elde etmektir. Bu sebeple gerek var olan bir binada güçlendirme, tadilat, ilave işlerin yapımı karşılığında taşınmaz taahhüt edilmesi, gerekse sıfırdan yapılan bir bina karşılığında arsa sahibinin müteahhide başka bir yerde bulunan arsa veya arazi gibi taşınmazları taahhüt etmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden sağlanmak istenen menfaati tam olarak karşılamadığından bu tür sözleşmelerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin uygun olmayacağı düşünülmektedir. (SABUNCU 2012: 3)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarını yüklenici ve arsa sahibi oluşturur. Arsa sahibi özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olabileceği gibi kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir. (ŞENOCAK: 5). yüklenici ise sözleşmenin diğer tarafıdır. Yüklenici, hak ehliyetine sahip özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olabileceği gibi, birden çok gerçek veya tüzel kişi bir araya gelerek “müşterek iş ortaklığı” şeklinde de yüklenici olabilirler.(DUMAN: 245) Yükleniciler bu şekilde bir araya gelerek büyük hacimli inşaatlarda arsa sahibine karşı müteselsilen sorumlu olurlar.(ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: 500)

05.02.2008 tarihli ve 26778 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yapı Denetim Uygulama Yönetmeliğinin “Tanımlar” başlıklı 2 nci maddesine göre yüklenici, “Yapı müteahhidi” olarak tanımlanmış, yapı müteahhidinin ise “Yapım işini, yapı sahibine karşı taahhüt eden veya ticari amaçla veya kendisi için şahsi finans kaynaklarını kullanarak üstlenen, ilgili meslek odasına kayıtlı, gerçek ve tüzel kişiyi” ifade edeceği açıklanmıştır. Aynı Yönetmeliğin 9 uncu maddesi “Yapı müteahhidi, şahsen sahip olduğu teknik ve mali kaynakları kullanarak veya taşeron marifetiyle yapım işini ticari maksatla üstlenen, yapının plana ve mevzuata, fen, sanat ve sağlık kurallarına, ruhsata ve eki projelere uygun olarak ve bünyesindeki mimar ve

mühendisler ile diğer uzmanların gözetimi altında inşa edileceğini yapı sahibine ve ilgili idareye taahhüt eden gerçek veya tüzel kişidir.” şeklindedir.

Anlaşıldığı üzere yüklenici, bir yapıyı inşa ederek teslim etmeyi ister birden çok yüklenici ile müteselsilen sorumlu olarak; isterse tek başına arsa sahibine karşı ticari amaçla veya kendisi için şahsi finans kaynaklarını kullanarak üstlenen, ilgili meslek odasına kayıtlı hak ehliyetine sahip özel gerçek veya tüzel kişisidir.

TBK 471 inci maddenin 3 üncü fıkrasına göre, yüklenici meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür, ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa iş başkasına da yaptırılabilirliğinden, inşaat işlerinde yardımcı kişiler ve alt yüklenici birçok aşamada devreye girer. (ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: 534)

Asıl yüklenici ile alt yüklenicinin arasında yapılan sözleşme arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsız bir inşaat sözleşmesidir (ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: 502),ancak bu iki sözleşme dolaylı olarak birbirlerini etkilerler.

2.2. Sözleşmenin unsurları

Yukarıda yer verilen tanımlar uyarınca bu sözleşmenin 3 esaslı unsuru olduğu söylenebilir. İç içe geçmiş bu unsurlar, arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmeyi yükümlenmesi karşılığında yüklenicinin de sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde bir bina inşa ederek arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmesi ve tarafların bu unsurlar üzerinde aralarında anlaşmaya varmış olmasıdır.

2.2.1. Arsa sahibinin, belirlenen arsa paylarını yükleniciye devir yükümlülüğü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin, yüklenicinin arsa üzerine inşa edeceği bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi yükümlenmesi karşılığında belirlenen arsa paylarını devir borcu, sözleşmenin unsurlarından biridir.

İstisna sözleşmelerinde iş sahibi, eserin yapımı ve kendisine teslimi karşılığında ücret ödeme borcu altına girerken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi, kendisine inşa edilerek teslim edilecek bağımsız bölümlerin karşılığı olarak, arsa payı devir borcu altına girmiş olmaktadır. (KARTAL 1993: 20)

İstisna sözleşmelerindeki iş sahibinin ücret ödeme borcunun yerini arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhide verilecek olan bir taşınmaz almaktadır. “Taşınmaz” ile anlaşılması gereken binadaki daire, dükkân vs. gibi bağımsız mülkiyet hakkına konu olabilecek nitelikteki bağımsız bölümler olmalıdır.(REİSOĞLU 2007: 5).

Ayrıca devredilecek arsa payından anlaşılması gereken, yüklenicinin arsanın çıplak mülkiyetine müşterek veya müteselsil olarak ortak edilmesi değil, arsa payına karşılık olacak bağımsız bölümlerin devredilmesidir.

Diğer yandan arsanın üzerine inşaat yapılmaya uygun olması gerekmektedir. Uygun olmasından kasıt, arsanın ayıplı olmamasıdır. Aksi takdirde arsa sahibinin sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu doğacaktır. Nitekim Yargıtay 15. H.D. 14.06.1979, E.979/979, K.1468 sayılı kararında “...İmar Yasası uyarınca sözleşme konusu parselde inşaat yapımına izin verilemeyeceğine göre sözleşme konusunun yerine getirilme olanaksızlığı doğduğunu artık tarafların sözleşmeye dayanarak istemde bulunamayacakları...” yönünde bir görüş belirtmiştir.

Bir diğer önemli husus arsa kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğudur. 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu’nda arsa; “Belediye sınırları içerisinde belediyece parsellenmiş arazi” olarak tanımlanmış olup Bakanlar Kuruluna parsellenmemiş arazilere arsa vasfı tanıma yetkisi vermiştir.

Ancak öğretilerde bizim de katıldığımız üzere bir arazi parçasının bu tanıma uygun olmasa da sözleşme ile sağlanmak istenen amacı hukuken ve fiilen gerçekleştirebilecek nitelikte olmasının sözleşmeye konu edilebilmesi bakımından yeterli olacağı düşünülmektedir, ancak bunun yanında sözleşme konusu arsanın hukuken ve fiilen bir inşaat yapımına elverişli olması gerekmektedir.(KARTAL 1993: 20; ERMAN 1993: 2).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu arazinin tapulu olmasının şart olduğu görüşüne karşın; (YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1068; ERMAN 2010: 2; KAYA 1993: 5). Yargıtay’ın imar durumu kesinleşmeyen bir yere, ilgili belediye inşaat için izin veremeyeceğinden böyle bir inşaat yapılmasını öngören sözleşmenin geçersiz olacağına ilişkin birçok kararı mevcuttur.(ERMAN 2010: 3; 15. HD T. 21.10.2002, E. 2002/4195, K. 2002/ 4758: “İmar durumu kesinleşmeyen bir yere, ilgili belediye inşaat için izin veremeyeceğinden böyle bir inşaat yapılmasını öngören sözleşme

geçersizdir.”; Y. 14. HD T. 26.3.2007, E. 2007/2044, K. 2007/3199; Y. 14. HD T. 23.5.2006, E. 2006/4544, K. 2006/5845; KARAHASAN 2004: 854).

Ayrıca Y. 15. HD T. 25.5.2000, E. 2000/ 834, K. 2000/2568 sayılı kararına göre “Tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmadığından bu belgeye dayanarak tarafların ruhsat alıp inşaat yapmaları mümkün değildir. Taraflar için sonuç doğurmayacak olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti gerekir. (SÜTÇÜ 2016: 48).

Uygulamada arsa payları arsa maliki tarafından kısım kısım devredilmektedir. Örneğin birinci katın inşaatının bitiminde yükleniciye düşen arsa paylarının yüzde onunun; ikinci katın betonunun atılması ile yükleniciye düşen arsa paylarının diğer bir yüzde onluk kısmının daha devredilmesi gibi. (YENER 2011; 127) Yükleniciye ekonomik kaynak sağlamak amacıyla arsa payları inşaat teslim edilmeden yükleniciye devredilmekte yüklenici de üçüncü kişilere satarak yapıyı tamamlaması için gerekli olan bedeli sağlamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 4.12.2015, E. 2014/6-325, K. 2015/2787 kararında yapının tesliminden önce yükleniciye verilen arsa paylarını avans niteliğinde görmektedir.

2.2.2. Yüklenicinin inşa ettiği binadaki bağımsız bölümlerin belirlenen kısmının arsa sahibine teslim yükümlülüğü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, ana taşınmazı tamamlayıp sözleşmede öngörülen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etme borcu altındadır, çünkü bu sözleşme ile amaçlanan binanın tamamlanarak kat mülkiyetine çevrilmesi ve herkesin kendisine ait bağımsız bölümlere sahip olmasıdır.(SABUNCU 2012: 7).

Buradan anlaşılacağı üzere yüklenicinin borcu sadece bağımsız bölümlerin yapımını tamamlaması değil, yapılan anlaşma çerçevesinde belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesidir.

Uygulamada arsa sahibinin arsa paylarını belirli bir şarta bağlayarak kısım kısım devrettiğine sıklıkla rastlanılmaktadır. Yargıtay bu durumu avans olarak nitelendirmektedir.(YENER 2011: 127; YHGK T. 4.12.2015, E. 2014/6-325, K. 2015/2787) Uygulamada rastlanılan bir diğer durum ise arsa paylarının yükleniciye kaynak sağlamak amacıyla yapı teslim edilmeden devredilmesidir. Yüklenicinin bu halde arsa paylarını 3. kişilere satarak inşaatı tamamlamak için ekonomik kaynağa

ulaşmaktadır. Arsa sahibi de bu satış için yükleniciye vekâlet vererek devir borcunu yerine getirmiş olmaktadır. (AYAZLI 1987: 44).

Sözleşmede teslimi kararlaştırılan bağımsız bölümlerdeki eksiklikler yapının kat mülkiyeti çevrilmesine engel değilse yüklenici edimini yerine getirmiş sayılacaktır.(ERMAN 2010: 3).

Yükleniciye verileceği kararlaştırılan bağımsız bölümlerin oda kapılarının, banyo lavabosunun veya mutfak tezgâhının takılmamış olması gibi eksiklikler yapının kat mülkiyetine çevrilmesine engel değildir. Bu sebeple arsa sahibi kendisine ait olan tamamlanmış bölümleri teslim almaktan kaçınarak yüklenicinin sorumluluğuna gidemez. (ERMAN 2010: 3)

2.2.3. Taraflar arasında anlaşma

Her sözleşme türünde olduğu gibi tarafların sözleşmenin asli unsurları üzerinde uyuşmuş olmaları sözleşmenin kurulmuş sayılması için yeterli olup yan noktalar üzerinde ileride çıkabilecek bir uyuşmazlık durumunda hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlayacaktır.(TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP 1993: 76 vd.)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde boşluklar genel olarak TBK m. 19 gereği yorumlanır. Yorumda esas alınacak nokta tarafların gerçek ve ortak iradeleridir. Tarafların, sözleşmenin ikincil tali noktalarını belirlememeleri sözleşmenin kurulmasını engellemez. Hâkim, TBK m. 2/2'yi göz önünde tutarak işin özelliğine göre davaları karara bağlar.

Diğer sözleşmeler de olduğu gibi sözleşmenin taraflarının karşılıklı olarak sözleşmenin konusu ve şartları üzerinde ortak bir noktada buluşmuş ve anlaşmış olmaları gerekmektedir.(KOSTAKOĞLU 2017: 20)

Sözleşmenin konusu, koşulları, arsa sahibi ile müteahhide bırakılacak bağımsız bölümlerin niteliği ve oranı gibi hususlar sözleşmenin asgari esaslı unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla yüklenicinin ileride meydana getirmeye borçlandığı yapı eseri ile arsa sahibinin devretmeyi yükümlendiği arsa payının belirlenmiş ve açıkça kabul edilmiş olması sözleşmeyi oluşturur.(EREN 2017: 51; YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1069; ERGEZEN 2007: 36; AYAZLI 1987: 43 vd.; BAYGIN 1999: 15; AYDOĞDU/KAHVECİ 2017: 5)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir taşınmazın devrinin taahhüt edilmesi unsurunu barındırdığı için sözleşmenin geçerliliğini, resmî şekilde yapılmış olması şartına bağlıdır. Ancak sözleşmenin resmî şekil şartına uyulmadan yapıldığı hallerde de geçerli sayılabileceği durumlar olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli, ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

2.3. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği

2.3.1. Tam iki tarafa borç yükleyen isimsiz karma bir sözleşme olması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde amaç, karşılıklı edimlerin birbiriyle değiş tokuş edilmesidir. Bu anlamda sözleşmenin her bir tarafının edimi diğer tarafın ediminin karşılığını ve nedenini oluşturur. Bu tür sözleşmelerde taraflardan biri diğer tarafı kendisine karşı asli edim yükümlülüğü altına sokmaktadır.(EREN 2017: 207; YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014:1069; SELİÇİ 1978: 9; KAYA 1993: 8)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de nitelikleri gereği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu görülmektedir.(BECKER 1934: 592; EREN 2017: 207; KARADAŞ 2016: 46)

Arsa sahibinin arsa payı devri ediminin sebep ve karşılığı, yüklenicinin inşaatı yapma ve teslim etmesidir. Yapının inşaatının yapılması ve yapının sahibine teslim edilmesine karşılık arsa paylarını devretmeyi ve onlardan feragat etmeyi borçlanmakta ve borçlu sıfatını; yapının inşa edilerek teslimini istemek açısından ise alacaklı sıfatını haiz olmaktadır. (GÜMÜŞ 2014: 4; KOCAAĞA 2017: 57; KARADAŞ 2016: 46,47) Yüklenici ise yapıyı meydana getirme ve arsa sahibine devretmekle borçlu, arsa paylarının devrini isteme bakımından ise alacaklı olmaktadır. (YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1073; AKKAYAN YILDIRIM 2004: 49)

Bu nedenle her iki taraf da karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı durumunda olduğundan bu sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı sözleşmelerden olduğunu söyleyebiliriz.(YHGK T. 27.3.2015, E. 2013/ 15-620, K. 2015/1096; EREN 2017: 211)

Kanunda ya kendisi ya da kendisini oluşturan unsurların bir araya gelme biçimi düzenlenmemiş sözleşme tiplerine genel olarak isimsiz sözleşmeler denmektedir. (ARAL 2015: 56)

İsimsiz sözleşmeler karma sözleşme, birleşik sözleşme ve suigeneris sözleşmeler olarak kendi içerisinde de ayrımlara tabi tutulmaktadır. (TANDOĞAN 2010; 315, KUNTALP 2013:1 GÜMÜŞ 2014:7)

Karma sözleşmeler niteliği itibariyle kendine özgü yapısı olan(suigeneris) sözleşmeler ve bileşik sözleşmelerle karıştırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi birden fazla sözleşmenin unsurlarının birleşmesiyle oluşturulan sözleşme türüdür.

Şöyle ki; kendine özgü yapısı olan (suigeneris) sözleşmelerde, taraflar diledikleri gibi sözleşme yapma serbestisinden yararlanarak kanunda daha önce düzenlenmemiş olan bir sözleşme hazırlayabilirler. Ama arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda daha önce düzenlenmeyen bir sözleşme değildir. Aksine istisna sözleşmesinin ve taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını barındırmaktadır.(KARTAL 1993: 23).

Bileşik sözleşmeler ise, iki ayrı sözleşmenin birleşmesi neticesinde oluşmaktadır. Ama burada her sözleşme kendi varlığını korumakta ve her sözleşmeye kendine özgü hükümler uygulanmaktadır. Yapılan sözleşmenin geçerliliği her iki sözleşmenin de geçerli olmasına bağlıdır. Buradan da anlaşılacağı üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi birleşik bir sözleşme değildir, çünkü bu sözleşme gerek istisna 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: 110)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Borçlar Kanununda düzenlenmiş sözleşme türlerinden değildir. Bu sözleşme, eser sözleşmesinin özelliklerini taşımakla birlikte tam anlamıyla bir eser sözleşmesi olarak da nitelendirilemez, çünkü eser sözleşmelerinde olduğu gibi yüklenici yaptığı isin karşılığını ücret olarak değil, arsa payı olarak almaktadır. Yine arsa payının devrinin karşı edimi para olmadığından yalnızca taşınmaz satımı olarak da değerlendirilememektedir. Burada taraflar, sözleşme yapma serbestisi(tip serbestliği) içinde, bir yandan eser sözleşmesine; diğer yandan taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin unsurları bir araya getirerek kanunda öngörülmemiş bir sözleşme meydana getirmektedirler. Böylece karşılıklı edimleri

bakımından farklı sözleşmelere ilişkin unsurlar bir araya gelerek bir karma sözleşme türü olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ortaya çıkmış olmaktadır. (ERMAN 2007: 4; KARTAL 1993: 2; AYAN 2008: 123 OĞUZMAN/ÖZ 2017: 145,146); KUNTALP 2013: 16; EREN 2017: 75; UYGUR 2013: 239; YENER 2007: 372)

Burada taraflar inşaat yapma ve yapılan bağımsız bölümleri teslim etme ile arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirmeyi birbirlerinden bağımsız olarak değil kanunda düzenlenmeyen bir şekilde birbirinin karşılığı haline getirmişlerdir.(KIRCA 2006: 81; TANDOĞAN 2010;71 GÜMÜŞ 2014: 7; KARTAL 1993: 26).

Bir diğer husus da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde boşluk bulunması durumunda hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemesidir.

Karma sözleşmelerde boşluk bulunması durumunda hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda doktrinde birçok görüş bulunmakta ise de; bizim de katıldığımız Yaratma Teorisine göre, bu sözleşmeyi oluşturan taşınmaz satım sözleşmesi ile istisna sözleşmesine ilişkin özel düzenlemeler doğrudan doğruya değil, kıyasen sözleşmeye uygulanmalıdır. Hâkim sözleşmenin yapılmasıyla elde edilmek istenen menfaati ve alacaklı ve borçluların karşılıklı menfaatlerini göz önünde bulundurarak sözleşmeyi meydana getiren sözleşme tiplerine ait hükümleri kıyasen karma sözleşmeye uygulamalı; gerekirse bunları bir tarafa bırakarak genel hükümleri uygulama yoluna gitmeli, yine bir sonuca varılamıyorsa örf ve adet hukukuna başvurulmalı, bundan da bir sonuç alınamadığı takdirde Medeni Kanun'un 1 nci maddesi uyarınca hukuk yaratmalıdır.(TANDOĞAN 2010: 316)

2.3.2. Sürekli- geçici karmaşığı olan bir borç ilişkisi kurması

Sözleşmeler, ifa süresi bakımından ani edimli ve sürekli edimli sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi doğurduğunu anlayabilmek için tarafların çıkarlarının bir anda mı gerçekleştiği yoksa zaman içinde mi gerçekleştiğine bakılır.(YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1075; OZANOĞLU 1999:2; EREN 2017; 16, ARAL/AYRANCI 2015: 360)

Sürekli edim, borçlunun borçlandığı edimi zaman içerisinde sürekli davranışları ile yerine getirmesi olarak ifade edilmektedir. Buradaki süreklilikten kasıt, ifanın hiçbir kesintiye uğramadan ifası anlamında değil, davranışın hukuki ve fiili yönleriyle bir bütünlük teşkil edecek şekilde uzun bir zaman süreci içerisinde yerine getirilmesidir.

Aynı şekilde alacaklının ifadan yararlanmasının belli bir süreye bağlı olmayıp uzun bir zaman süreci içinde gerçekleştiği hallerde de süreklilik söz konusu olacaktır. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI 2008: 37,38; SELİÇİ 1976: 11; ÖZYÖRÜK 1998: 50)

Ani edimli olan borç ilişkilerinde, edimin ifası ve borcun sona ermesi aynı anda olmaktadır. Ani edimli sözleşmelerde süre, ifası gereken edimin niteliğine göre belirlenen ve edimin dayattığı bir sonuçtan ibarettir. (YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1075; KURT 2012: 47; OĞUZMAN/ÖZ 2017: (C-1: 10,11) AYAZLI 1987: 45).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi; taşınmaza bağlı bir yapıyı meydana getirmek ve bunu arsa sahibine teslim etmek olduğundan bu tür sözleşmelerde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, edim fiili ve edim sonucundan oluşmaktadır. Görüldüğü üzere yüklenicinin inşaatı oluşturma ve teslim borcu sıradan bir iş görme borcu değildir.(AYAN 2008: 25).

Yüklenicinin borcunun konusu sadece inşaatı teslim etmek mi yoksa inşaatın hazırlıkları ve yapıyı belirli şekilde yapmanın da borcun konusuna dâhil olup olmadığı doktrinde tartışılan bir konu olmuştur. Bu husus özellikle yüklenicinin temerrüdü ve sonuçları bakımından önem taşır.

Yüklenici teslim günü gelmesine rağmen, binanın belirli bir bölümünü tamamlamış, ancak bağımsız bölümleri teslim edememişse temerrüde düşmüş olur. Sözleşme ani edimli olarak görülürse sözleşmeden dönmeyle birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak, bunun neticesinde yüklenici o ana kadar yaptığı işin ve kullandığı malzemelerin bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alacaktır. Sözleşme sürekli edimli olarak görülürse, arsa sahibinin sözleşmeyi feshi ileriye etkili olarak sonuç doğurarak yerine getirilmiş olan kısım ifa olarak varlığını korurken, yüklenici yerine getirilmiş edimlerle orantılı olarak sözleşmede belirlenen ücreti (sözleşmede arsa payı olarak kararlaştırıldığında arsa payı olarak) istemeye hak kazanacaktır. (BÜYÜKAY 2014: 42,43; ERMAN 2007: 9)

2.3.2.1. Konuya ilişkin doktrindeki görüşler

2.3.2.1.1. Ani edimli bir borç ilişkisi olduğu görüşü

Bir görüşe göre, yüklenicinin edime yönelik hareketlerinin uzun sürmesi önemli değildir. Önemli olan alacaklının çıkarımın bir anda gerçekleşip gerçekleşmediğidir. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI 2008: 37-38)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların amaçlarına bakıldığında, yüklenici bağımsız bölümlerin teslimini, arsa sahibi de binanın yapımını istemektedir. Yani inşaatın teslimiyle edimin sonucunun gerçekleşmesi aynı anda olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu ve edim sonucunun sağlanamadığı durumlarda, yüklenicinin giriştiği faaliyetin yani teslimden önceki aşamanın kural olarak bir önem taşımadığı (AYAN 2008: 43) dolayısıyla yüklenicinin bütün inşaa çalışmalarına rağmen bağımsız bölüm teslimini gerçekleştirememesi halinde, ifanın gerçekleşmemiş olduğunu kabul etmek gerekeceği savunulmaktadır. (AYAN 2008: 43).

2.3.2.1.2. Sürekli edimli bir borç ilişkisi olduğu görüşü

Bu görüşün temeli yüklenicinin üstlendiği edimin bir zaman dilimini gerektiriyor olmasına dayanmaktadır. Buna göre inşaatın tesliminden önce geçen süre içerisinde yapılan faaliyetleri hazırlayıcı bir faaliyet olarak sayarak edim dışı bir faaliyet olarak kabul etmek doğru olmayacaktır. Zira bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesinden önce de edimler zaman içinde ve bölümler halinde meydana getirilebilmektedir. Yüklenicinin inşaatı meydana getirmesinin yol ve yordamı da önem taşıdığından bu süreç içerisinde taraflar arasında özellikle de yüklenici açısından sürekli bir borç ilişkisi kurulmuş olmaktadır.

Öte yandan Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri de sürekli borç ilişkileri göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Yargıtay' da son yıllarda arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye yönelik sonuç doğuracağına yönelik kararlar vermektedir. (SEROZAN 2007: 173; ÖZYÖRÜK 1998: 51)

2.3.2.1.3. Karma görüş

Bu görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri niteliği gereği ani edim borcu doğuran bir sözleşmedir. Ancak özellikle yapılan inşaatın durumuna göre arsa

payının azar azar devredilmesi şeklinde yapılan sözleşmeler sürekli edim borcu doğuran sözleşmelere yaklaşmaktadır. Yukarıda yer verilen her iki görüş sözleşme ilişkisine eşit ağırlıkta hâkim olup birinin diğeri üzerinde ezici bir özelliği yoktur.(SEROZAN 2007: 173vd.)

Bu görüş çerçevesinde özel hüküm bulunmayan durumlarda inşaat sözleşmesine hemen genel kural uyarınca ani edim ilişkine bağlı hükümleri uygulamak doğru olmaz, böyle bir durumda hâkim somut olaya göre tarafların menfaat dengesini göz önünde tutarak bazen ani edimli bazen ise sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulayabilecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifaya hazırlık ve inşaatın meydana getirilmesi hatta bazı durumlarda teslimden önce tarafların karşılıklı ifalarını içermekte olduğundan sözleşme karma bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sürekli borç ilişkisine özgü kurallar uygulanmalıdır.(EREN 2017: 213)

Bu görüş esasında sürekli – ani edimli borç doğuran sözleşmelere ilişkin hukuki bir kavram ortaya koymamakta sadece arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde hakkaniyet gerektirmesi nedeniyle sözleşmenin geçmişe değil ileriye etkili olarak sona ereceğini ifade etmektedir.(ÖZ 2016: 128; AYAN 2008: 45)

Öte yandan eser meydana getirilip arsa sahibine teslim edilmedikçe, bu süreç boyunca iş görme faaliyetinde bulunmuş olmak yükleniciyi asli edim borcundan kurtarmaz. Bu nedenle de, ortada tam anlamıyla sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme yoktur. (ŞENOCAK 2002: 8-9; SEROZAN 2007: 175; ERMAN 2010: 8)

Yargıtay 14. HD. T. 5.3.2009, E. 2009/1786, K. 2009/2803 sayılı kararında: “Eser sözleşmeleri her iki tarafa hak ve borçlar yükleyen ani edimli sözleşmelerdendir. Ani edimli sözleşmelerde eserin tesliminden önceki tüm çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır.” Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun T. 25.1.1984 ve E. 983/3, 984/1 sayılı kararında ise bazı hallerde ani edimli bu sözleşmenin yüklenicinin temerrüdü sonucu feshi durumunda ileriye etkili olarak feshedilebileceği, aynı zamanda da yüklenicinin yaptığı imalat oranında bağımsız bölüm tapusunu kazanabileceği kabul edilmiştir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı şu şekildedir: “...İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde,

müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır...”

YİBBGK kararını şu gerekçelere dayandırmıştır:(ASLAN 2016: 36,37)

Borçlar Kanununda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme türü olan istisna sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarına ilişkin özel bir düzenleme olmadığından borçlu temerrüdünü düzenleyen genel hükümler uygulanacaktır.

Karara konu olayda yüklenici teslim gününde yapıyı tamamlayamadığı için temerrüde düşmüş ve yapının bir kısmını tamamlamıştır. Oysa BK m. 360 (TBK m. 475) hükmü kural olarak bir eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde yapılmamış olması halinde uygulama alanı bulur. Bu sebeple ilgili olayda TBK m. 475’in uygulanmayacağı görüşü benimsenmiş olup inşaatın tamamlanan kısmı arsa sahibine ait olacaktır. Ancak pek tabii ki Sözleşmeyi fesheden arsa sahibi de kabul ettiği kısmi ifanın karşılığını TMK m.1 ve 2’ye göre yükleniciye iade edecektir.

BK m. 106-108 ani edimli sözleşmelere yönelik bir düzenlemedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ise ani-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi doğuran sözleşmedir. Bu yüzden bu tür sözleşmelerde yüklenici temerrüde düştüğü zaman yapının tamamlanan kısmı kimi zaman elle tutulur bir orana ulaştığında yapılan kısmi ifanın BK m. 106-108 ile belirlenmesi arsa sahibinin durumdan aşırı faydalanmasına yol açabilir. Böyle bir durumda Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı göz önünde bulundurularak somut olay değerlendirilmelidir.

Bahse konu olaya ilişkin verilen hükümde arsa sahibinin sözleşmeyi feshi sonucunda sözleşmenin hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı gözetilerek ileriye etkili sonuç doğuracağı benimsenmişse de inşaatın hangi oranda bitmesinin bu sonucu meydana getireceğine ilişkin bir ölçüt getirilmemiştir.

Bu sebeple, akdedilen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin feshi halinde ileriye etkili mi yoksa geriye etkili mi sonuç doğuracağına ilişkin inşaat seviyesinin hangi oranda tamamlanmış olduğuna göre bir ölçüt belirlenmelidir.

Yargıtay, 15. HD. T. 15.1.2015, E. 2014/3548, K. 2015/180 sayılı kararında: “İnşaatın gerçekleşme oranının %79.60 olduğundan dolayı temlik alan üçüncü şahısların tapu iptal ve tescilin reddine...”; 15. HD. T.21.3.2012, E. 2011/876, K. 2012/1782 sayılı kararında: “Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olacak şekilde feshedilmesi halinde yüklenici yaptığı inşaatın fiziki seviye oranına göre arsa payının devrini talep edebilir. İnşaatın %93 seviyesinde bulunması ileriye etkili feshi gerektirir...” şeklinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun T. 29.1.2014, E. 2013/8034, K. 2014/510 sayılı kararında ise ; “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici teslimi gereken sürede yapıyı tamamlamamış, ancak %80 fiziki seviyeye getirebilmişse orta yerde meydana çıkartılmış eser yok demektir. Edimin bütünüyle yerine getirilmesinden önceki çalışmalar hazırlık çalışmaları olup, yüklenici temerrüde düşmüştür” kararlarına hükmetmiştir.

Özetle Yargıtay sözleşmenin hukuki nitelik bakımından hem ani hem de hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sürekli edimli sözleşme özelliklerini taşımakta olduğunu kabul eden karma görüşü ve son yıllardaki kararlarından yola çıkılarak, yüzde doksan ve daha üst oranda tamamlanmış yapılar için ileriye etkili feshi haklı bir neden olarak kabul etmiştir.

2.3.2.2. Görüşlerin değerlendirilmesi

Yukarıda bahsedilen görüşler çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında bu sözleşme türünün süre bakımından nasıl bir borç ilişkisi olduğunun tespitinde tarafların bu sözleşmeden olan menfaatlerinin açıklığa kavuşturulmasının önemli olduğu kanaatindeyiz.

Kanaatimize göre, arsa sahibinin menfaati arsası üzerinde yapılan bir inşaatın kendisine teslim edilmesiyle bir anlamda tek bir edimle gerçekleşmektedir. Yüklenicinin teslimden önceki fiilleri arsa sahibinin sözleşmeden umduğu menfaati gerçekleştirmeye yönelik hazırlık faaliyetleri niteliğinde olup yüklenici edim sonucunu meydana getirmediği edimini ifa etmiş sayılmaz. Bu sebepten bu borç ilişkisinin ani edimli bir nitelik sergilediğini söyleyebiliriz. Ani edimli sözleşmeler geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmeler olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat

sözleşmesi de dönme yolu ile geçmişe etkili olarak sona erecektir. Bu durumda, henüz ifa edilmemiş olan edimlerin ifa yükümlülüğü ortadan kalkar, daha önce ifa edilmiş olan edimlerin ise iade yükümlülüğü doğar.(BUZ 2005: 65; KARAHASAN 2004: 55).

Her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli sözleşme de olsa, sürekli edimli sözleşmelerde olduğu gibi yüklenicinin temerrüdü, sözleşmenin sona ermesinin TMK md.2 uyarınca ileriye etkili sonuç doğurmasına engel olmayacaktır. Ancak bu durum borç ilişkisinin sürekli edim borcu doğurmasından değil özellikli olayda haklı olan tarafın mağdur olmaması gerekliliğinden doğmaktadır.

Bizim de katıldığımız sözleşmenin karma yapıli bir borç ilişkisi olduğu görüşüne göre; sözleşmeye konu yapı belirli bir seviyeye getirilmiş fakat kararlaştırılan tarihte bağımsız bölümlerin teslimi sözleşmeye ve arsa sahibinin beklediği menfaatlere uygun olarak gerçekleşmemiş ise ifanın da gerçekleşmediği kabul edilerek arsa sahibinin sözleşmeden beklenen tek menfaati olan kendi payına düşen bağımsız bölümleri teslim alamadığı gözetilmesi durumunda sözleşmenin ani edimli nitelikte bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir.

Ancak, sözleşmeye konu yapının belirli bir seviyeye gelmiş olmasından ve arsa sahibinin sözleşmeden tek menfaati olan bağımsız bölümlerin teslimine, yüklenici tarafından yapılan imalatlar sayesinde biraz daha yaklaşmış olması nedeniyle yüklenicinin hak kaybına uğramaması gerekmektedir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken sözleşmenin feshi halinde ileriye etkili mi yoksa geriye etkili mi sonuç doğuracağıdır. Bizce bu husus, taraflar arasında akdedilen sözleşme esas gözetilerek inşaat seviyesinin hangi oranda tamamlanmış olduğuna göre belirlenmelidir. Sözleşmenin feshi halinde ileri etkili veya geriye etkili sonuç doğuracağı yönünde bir seviye belirlenmiş ise uyuşmazlık tarihindeki seviye tespit ettirilerek belirlenen seviyeye göre ne şekilde etki doğuracağı hâkim tarafından ele alınmalı ve sözleşmeye hükümleri uyarınca karar verilmedir. İşbu husus sözleşme ile belirlenmemiş ise sözleşmenin feshi halinde Yargıtay Kararları ışığında inşaat seviyesinin yüzde doksandan ve üzerinde olması halinde ileriye etkili sonuç doğuracağı, yüzde doksandan altında olması halinde ise geriye etkili sonuç doğuracağı kanaatindeyiz.

2.3.3. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle bağlılığı

2.3.3.1. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme olmadığından sözleşmenin geçerlilik şekline ilişkin de bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bilindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşme niteliğindedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, arsa sahibine bağımsız bölüm teslim etme yükümlülüğü altında olup, arsa sahibi ise bunun karşılığında arsa paylarını devir ile borçlanmaktadır.

Burada bir tarafta Borçlar Kanununda geçerliliği için bir şekil şartı öngörülmeyen istisna sözleşmesi, diğer yanda ise geçerlilik şekli resmi şekilde yapılması olan taşınmaz satımı ve satım vaadini öngören sözleşme yer almaktadır.

TMK m. 706'ya göre; "Taşınmaz mülkiyetinin devrinin resmi şekilde yapılması gerekir". TBK m. 237 ise, taşınmaz satımı ve taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin geçerlilik koşulunun resmi şekilde düzenlenmiş olması gerektiğini hüküm altına almıştır. Tapu Kanunu m. 26'ya göre; "Taşınmaz mal satımını konu alan sözleşmeler tapu memuru huzurunda yapılmaktadır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ise noterler tarafından düzenleme şeklinde tanzim olunabilir".

Taraflardan birinin ediminin resmi şekle tabi olduğu durumlarda, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir. Kural olarak resmi şekli verecek olan makam tapu sicil müdürlükleridir.(ERGEZEN 2014: 1074,1075; EREN 2017: 279)

Arsa sahibi arsanın tamamını yükleniciye devretmekte ve arsa sahibi ile yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmakta ise; burada bir taşınmaz devri işlemi olduğundan işlem tapu memuru huzurunda yapılmalıdır.(HALİS 2014: 216)

Ancak arsa sahibi, belirli arsa paylarının satışını vaat ediyor iken; yüklenici, bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt etmekte ise; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satış vaadine ilişkin unsurları taşıdığından satış vaadi içeren sözleşmeler noterlerce de yapılabileceğinden bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin Noterlik Kanunu m. 60 ve m. 89 uyarınca noterlerce düzenleme

şeklinde yapılması halinde de geçerli olacağı kabul edilmektedir.(KIRCA 2006: 75 vd.; YAVUZ 2014: 373,374)

Yargıtay 15. HD. 16.05.1994 tarih ve 1994/3202 E. ve 1994/3218 K. 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...". Nitekim YHGK T. 27.3.2015, E. 2013/15-1620, K. 2015/1690 sayılı kararına göre de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşme niteliğinde olduğundan noterde düzenleme biçiminde yapılması yeterli olup buradaki şekil geçerlilik şartı niteliğindedir.

Bir diğer ihtimalde ise yüklenici edimini yerine getirip inşaatı tamamlamadan önce kendisine devredilecek olan arsa paylarını üçüncü bir kişiye devretmesidir. Bu durumda doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre alacağın devri söz konusu olmaktadır.(KAYA 1993: 37; ERMAN 2010; 21; aksi görüşte olan ÖZ, burada gerçek anlamda bir alacağın temlik işlemi olmadığını BK 17. madde uyarınca tarafların iradelerini yorumlayarak esasında bir taşınmaz vaadi olduğunu ve bu nedenle noterde düzenleme şekline uygun yapılması gerektiğini belirtmektedir. (ÖZ 2016:3)

Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre sahip olduğu arsa paylarının devrini isteme hakkını üçüncü bir kişiye temlik etmektedir.(14. HD. 01.11.1999, E. 7472, K. 7431: "Kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bina yapmakta olan yüklenici, edimini tam olarak yerine getirdiğinde, payına düşen bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebileceği gibi, bu şahsi hakkını yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devredebilir. Üçüncü kişi ise devraldığı bu şahsi hakkı arsa sahiplerine karşı yine yüklenicinin edimini yerine getirmiş olması koşuluyla ileri sürebilir."); YKD, 2001: 1721).TBK. m. 184'e göre bu sözleşme yazılı şekle tabi olup resmi şekil aranmamaktadır.(HATEMİ/GÖKYAYLA 2017: 44 vd.).Yüklenici ile 3. kişi arasındaki sözleşme, sadece alacağın temlik vaadini içeriyor ise herhangi bir şekil zorunluluğu yoktur.(KARTAL 1993: 51).

Ayrıca belirtmek gerekir ki arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin geçersizliği yüklenicinin geçersiz sözleşmeden doğan alacağını temlik ettiği 3. kişiye karşı da ileri sürülebilir.(ERMAN 2010: 21).

2.3.3.2. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şekle aykırılık

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması geçerlilik koşulu olup, bu şekilde yapılmayan sözleşmeler TMK m.706 hükümlerinin açıklığı karşısında geçersizdir.(KOSTAKOĞLU 2017: 69) Ancak bu geçersizliğin hukuki mahiyeti bakımından nasıl bir geçersizlik olduğu doktrinde tartışmalıdır.

Kesin hükümsüzlük yaptırımını savunan “Klasik Görüşe göre şekil kuralları kanun koyucunun iradesinden kaynaklandığından mutlaka uyulması gereken kurallardır. Şekle aykırılığın müeyyidesinin kesin hükümsüzlük olduğunun kabul edilmemesi halinde müeyyide, tarafların ya da ilgili üçüncü kişilerin takdirine bağlı, keyfi bir hal alır.(ALTAŞ 2002: 95)

Taraflar şekle aykırılığı ileri sürmese dahi durum hâkim tarafından re'sen dikkate alınacak ve herkes tarafından ileri sürülebilecektir.(OĞUZMAN/BARLAS 2017: 203-206). Ancak bu görüş kabul edilse dahi geçersizliğin ileri sürülmesi tahvil veya hakkın kötüye kullanılması yasağı ile engellenebilir. (OĞUZMAN/BARLAS 2017:203-206).

“Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü” ise, şekil kurallarının esasen tarafları koruduğu yönündeki amaçsal yorumdan hareket eder. Buna göre taraflar, sözleşmeden doğan borçlarını bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse tarafların şekil şartından doğan korumadan yararlanmak istemedikleri kabul edilerek geçersiz olarak kurulan sözleşme geçerli hale gelmektedir. Bu itibarla şekil eksikliğini yalnızca taraflar ve onların külli halefleri ileri sürebilmektedir. (EREN 2017: 304 vd.).

Her ne kadar kendine özgü geçersizlik görüşü doktrinde savunulan bir görüş olsa da İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay da esas olarak butlan görüşünü benimsemektedir.(YİBK 30.09.1988 tarih, E.1987/2, K.1988/2 sayılı kararı: “(...)Klasik olarak nitelenen butlan görüşüne karşı son yıllarda kendine özgü geçersizlik görüşü de savunulmakta(...)ise de İsviçre Federal Mahkemesi gibi Yargıtay’ da butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla kanunda öngörülen şekil şartı emredici niteliktedir...”; (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI 2008: 311).

Bununla beraber Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere şekle ayrılığın ileri sürülemeyeceği bazı haller bulunmaktadır;

Sözleşmenin geçersizliği, taraflar arasında sonradan bir uyuşmazlık çıkması durumunda gündeme gelmekteyse ve sözleşmenin menfaatine uygun olmayan hükümlerinden kaçmak isteyen taraf, diğer tarafı menfaatleri doğrultusunda hareket ettirmek amacıyla geçersizlik iddiasında bulunuyorsa, hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali gündeme gelmektedir.

Geçersiz sözleşmenin varlığını iddia eden tarafın iddiası ispatlandığı takdirde, iki tarafında borcunu karşılıklı bir biçimde kısmen ya da bütünüyle yerine getirmiş olması ya da birinin edimini tamamen yerine getirmesi fakat diğer tarafın şekil eksikliğini ileri sürerek borcunu yerine getirmemesi MK m. 2/2'ye aykırılık olarak yorumlanmaktadır.(YAVUZ 2014: 1085 vd., KOSTAKOĞLU 2017: 70)

Yüklenici tarafından inşaatın önemli bir bölümün yapılmış olması halinde de şekil eksikliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı sayılabilmektedir. İnşaatın “önemli bir bölümü” ile kastedilenin ne olduğu, Yargıtay'ın kimi kararlarında yüzde olarak belirtilmiş; kimi kararlarında ise sadece “önemli oran” şeklinde ifade edilmiştir. Son kararlarında ise yüzde doksana yakın oranlarda inşaatın bitirilmiş olması halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesinin iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağına hükmetmiştir.(KOSTAKOĞLU 2017: 70; 15.HD 16.3.1992 E 4892 K 1299: “ %93 seviyesine gelen bir inşaat aşamasında sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin ve iptalini istemenin iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağına...”)

Bizim de katıldığımız görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kanunen resmi şekle tabi olması ve şekil eksikliğinin yaptırımının da kesin hükümsüzlük olması gerekmektedir; şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermemesi için somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır.

2.4. Sözleşmenin çeşitleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin niteliği gereği, bu sözleşmede taraflar edimlerini aynı anda yerine getiremez.(REİSOĞLU 2008: 293) Bu açıdan arsa sahibinin belirli arsa paylarını yükleniciye devri farklı zamanlara bağlanabilir. Buna ilişkin uygulamada en çok rastlanılan çeşitleri çalışmamızın konusunu oluşturacaktır.

2.4.1. Sözleşmenin belirli arsa paylarının veya arsanın tamamının yükleniciye devredilmesi suretiyle yapılması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafların birbirleriyle anlaşarak, belirlenen arsa paylarının önceden yükleniciye devredilmesi suretiyle yapılabilir. Bu halde arsa sahibinin sözleşme gereği üstlendiği edim, belirlenen payların mülkiyetini yükleniciye devretmektir. Bu edim yerine getirilirken hakkın güvence altına alınması için arsa sahibi, bu paylar üzerinde kendi lehine teminat ipoteği tesis etmekte, inşaat belirlenen seviyelere ulaştıkça ipotek kademeli olarak kaldırılmaktadır.(GÜMÜŞ 2014: 33; KAYA 1993: 25)

Bu sözleşme ile beraber taraflar arasında bir eser sözleşmesi de düzenlenmektedir. Bu sözleşmede inşaatın özellikleri, teknik koşulları, yapım süresi, bağımsız bölüm sayısı ve bunların nasıl paylaşılacağına ilişkin hükümlere yer verilir.(KARTAL 1993: 29)

Bu tür yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, kendisine devredilen arsa paylarını 3. kişilere satabilir veya satımını vaat edebilir ve bunu da tapuya şerh ettirebilir. Yüklenicinin bu halde binayı tamamlamaması ve ipotek bedelini ödeyerek ipoteği çözmesi arsa sahibinin haklarının zayıflamasına yol açabilmektedir.(ERMAN 2007: 11-12)

Arsa sahibinin haklarını zayıflatabilecek bir diğer durum, henüz kat irtifakı kurulmamış olan arsanın tamamının yükleniciye devredilmesidir. Kartal'a göre bu durumda ortada gerçek bir satış işlemi bulunmamakta olup, arsa sahibinin yapacağı tescil talebinin hukuki nedenini satım sözleşmesi değil, bağımsız bölüm yapımı ve inşaatın tamamlanması edimini içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu sebeple arsa sahibinin haklarını güvence altına almak için ayrıca bir ek sözleşmenin yapılması gerekliliği söz konusu olup bu iki sözleşme birlikte değerlendirilmelidir.(KARTAL 1993: 30)

Bu nedenle haklı olarak arsa sahibinin menfaatlerinin ileride telafisinin imkânsız hale gelecek kadar zarara uğramaması amacıyla, arsanın tamamının inşaatın yapılmasından önce yükleniciye devri değil de, her iki tarafında menfaatlerinin korunması açısından arsa payının veya kat irtifakı kurulmuş olan bağımsız bölümlerin devrinin inşaatın getirildiği seviyeye göre yükleniciye devredilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

Şöyle ki, kat irtifakı kurulmadan arsanın tamamının yükleniciye devri halinde, yüklenici bu süreçte bağımsız bölümlerin bedeli karşılığında arsa payını 3. Kişilere devredebilir. Bu halde, ileride doğması muhtemel uyuşmazlıklarda, yükleniciden tahsil imkânının bulunmaması durumunda, arsa sahiplerinden veya 3. kişilerden birinin haklarına hâle gelmesi muhtemeldir.

Bir diğer ihtimalde, kat irtifakı kurulduktan sonra, yüklenici payına düşen bağımsız bölümlerin devri yükleniciye, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin devri arsa sahiplerinin adlarına yapılacaktır. Bu durumda da, yüklenici kendi payına düşen bağımsız bölümlerin devrini 3. Kişiler adına sağlamış olması halinde, ileride sözleşmenin feshine karar verilmesi ve yüklenicinin de ödeme imkânının bulunmaması durumunda yine 3. kişilerden veya arsa sahiplerinden birinin haklarına kavuşması güçleşecektir.

2.4.2. Sözleşmenin arsa paylarının devrinin inşaatın ulaştığı aşamalara göre devredilmesi suretiyle yapılması

Bu sözleşme türünde taraflar, arsa paylarının yükleniciye inşaatın ulaştığı aşamalara göre kısım kısım devredileceğini ya da belirlenen bu bölümlere ilişkin satış için temsil yetkisi verileceğini kararlaştırmaktadır.(ERMAN 2007: 12,13)

Yükleniciye verilecek satış yetkisi doğrultusunda yüklenici, bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmakta ve bedeli kendisi almaktadır. Her ne kadar burada yüklenici arsa sahibinin temsilcisi gibi görünse de satış bedeli kendisine ödenmektedir.(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.03.1979 tarih, 1977/13-842 E, 359 K. sayılı kararı:“...Her ne kadar satış sözleşmesi müteahhitle davacı arasında arsa sahibine vekâleten gerçekleşmiş ise de, arsa karşılığı daire yapımına ilişkin sözleşmelerde –olayda olduğu gibi genellikle arsa sahibi haklarını güvence altına almak amacıyla yüklenici adına tapuda devir işlemi yaptırmamakta, ancak müteahhide kalan dairelerin tapuda üçüncü kişilere intikalini sağlamak için vekâlet verilmektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak görünmekte ise de, müteahhide kalan daireler açısından gerçekte satıcı yüklenicidir...”)

Arsa sahibinin, inşaatın su basman katlarının bitirilmesi, kaba inşaatın bitirilmesi, ince inşaatın bitirilmesi ve iskân alınması aşamaları karşılığında kat irtifakının kurulmuş olup olmamasına bağlı olarak, belirlenen miktarda bağımsız bölüm veya

arsa payının devri ve satışı yapılabilmesi şartlarının en doğru örnek olduğu kanaatindeyiz.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, ani edimli olduğu savunulur. Bunu savunan görüşe göre; dikkat edilmesi gereken, yüklenicinin edime yönelik hareketlerinin süreç içinde olması değil, arsa sahibinin menfaatinin bir anda mı yoksa zaman içinde mi gerçekleştiğidir. (CANBOLAT 2009: 30; ALTAŞ 2002: 50) Bu görüşe göre, arsa paylarının devrinin, yapının ulaştığı aşamalara göre yapılması, yüklenicinin edime yönelik hareketlerinin süreç içinde olması anlamına gelse de; arsa sahibinin menfaati henüz bu süreçte gerçekleşmemiş olduğundan sözleşme, ani edimli sözleşme niteliğindedir.

Diğer yandan Yargıtay' ın 25.01.1984 tarih 1983/3 esas ve 1984/1 karar sayılı İçtihadı Birleştirme kararında “...iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli sözleşme olduğuna dair görüşe göre ise; yüklenici, inşaatın belli aşamalarını bitirdiğinde arsa sahibi arsa paylarını peyderpey devredebileceğinden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sürekli borç doğuran sözleşmedir. Bu nedenle ani edimden söz etmek olanaksızdır.(ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015:503 vd.; ARAL/AYRANCI 2015: 360)

Bize göre, yapının ulaştığı aşamalara göre arsa payının devredilmesi şeklinde yapılan bir sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir. Sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak kabul edilmesinin sonuçlarına ilişkin açıklamalar ise “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği” başlığı altında incelenmiştir.

2.4.3. Sözleşmenin arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat etmesi; yüklenicinin ise arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt etmesi suretiyle yapılması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin pratikte en çok karşımıza çıkan görünümü bu türdür.(KARTAL 1993: 12,13)

Bu sözleşmede arsa sahibi, yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarını yükleniciye devretmeyi vaat etmekte, buna karşın yüklenici de arsa üzerine inşa edeceği bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme hem taşınmaz satış vaadini hem de eser sözleşmesini içinde barındıran her iki tarafın da bazı yükümlülükleri ve hakları bulunan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.(KARTAL 1993: 31)



3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

Yüklenicinin bağımsız bölüm inşa etme borcunun, eser sözleşmesinin; arsa sahibinin belirli arsa paylarını devir borcunun ise, taşınmaz satım sözleşmesinin özelliklerini taşımaktadır. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eser sözleşmesini ilgilendiren edimlerine eser sözleşmesi ile ilgili kanun hükümleri; taşınmaz satım sözleşmesini ilgilendiren edimlerine de taşınmaz satım sözleşmesi ile ilgili hükümler kıyasen uygulanacaktır. Bu sözleşmelere ilişkin hükümler birbirine ters düşerse tarafların menfaatine ve hakkaniyete uygun çözüm yoluna başvurulmalıdır.(KAYA 1993: 47)

Tarafların birbirlerine karşı sadece asli borçları değil asli borçların ifasını kolaylaştıran yan borçları da bulunmaktadır. Biz de bu bölümde öncelikle arsa sahibinin asli ve yan borçlarını daha sonra yüklenicinin asli ve yan borçlarını açıklayacağız.

3.1. Arsa sahibinin borçları

3.1.1. Arsa paylarını devir borcu

TBK 479 ile 481 inci maddeleri arasında ücret ödeme yükümlülüğü olarak düzenlenmiş olan iş sahibinin asli borcu, tezimizin konusu olan sözleşme türünde, sözleşme ile belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretme borcudur.

Bu yükümlülüğün yerine getirileceği zaman sözleşmeye göre belirlenir. Sözleşmede bir tarih belirlenebileceği gibi, inşaatın belli aşamalara gelmesi olarak da saptanabilir. Uygulamada da sıklıkla arsa paylarının devri, inşaatın ulaştığı aşamalara göre bölüm bölüm gerçekleştirilmektedir.(SABUNCU 2012: 52).

Örneğin, inşaatın temelinin atılması halinde arsa paylarının belli bir bölümünün, kaba inşaatın yapılması halinde belli bir kısmının ve inşaatın tamamlanması durumunda da geri kalan arsa paylarının yükleniciye geçirileceği öngörülmüşse,

inşaat bu seviyelere ulaştıkça belirlenen arsa paylarının mülkiyetinin de yükleniciye devredilmesi gerekir.(ERMAN 2007: 48)

Bununla beraber TBK 479 uncu maddede belirtildiği gibi sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, arsa sahibinin arsa paylarını yükleniciye devri borcu, inşaatın kendisine teslimi anında muaccel hale gelir. Buna göre yüklenici asli edim yükümlülüğünü yerine getirmesiyle arsa sahibinin asli ediminin ifasını isteyebilir.(Yargıtay 15. HD. 9.12.2005 T.2004/ 7424 E. 2005/6700 K. sayılı Kararı: “...Yüklenicinin, kat karşılığı yapılan sözleşmeye göre talepte bulunabilmesi için kendi edimini yasalara uygun şekilde yerine getirmiş olması gerekir. Mahkemece öncelikle yapılan inşaatın yasal olup olmadığı araştırılmalı, inşaat yasal olarak inşa edilmiş ya da yasal hale getirilmesi mümkün ise, asıl olan sözleşmedeki edimin aynen ifası olup aynen ifa mümkün iken karşı yanın bedel ödemeye zorlanamayacağı, davalıların devir yapmaya hazır olduklarını içeren beyanları da dikkate alınarak davacının tapu iptali ve tescil davası açma hakkı saklı tutularak bu davanın reddine karar verilmelidir...”;Yargıtay 15. HD.10.12.2001 tarih, 2001/4000E. ve 2001/5695 K. sayılı kararı, : “Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca iki taraflı akitlerde akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmemiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır. Aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelini istemesi gerekir.”(KARADAŞ 2016: 352,353; KOSTAKOĞLU 2017: 182)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatı teslim etme borcunun ifa edildiğini ispat yükü yüklenicide iken, arsa paylarının devri borcunun ifa edildiğini ispat yükü, genel ispat kuralı gereğince, arsa sahibine aittir.(BAYGIN 1999: 204).

Kural olarak, yüklenicinin edimini sözleşmede kararlaştırılan kapsamıyla ve saptanan koşullarda gerçekleştirilmesi gerekir. Arsa sahibinin tek taraflı iradesiyle sözleşmenin hükümlerini genişletmesi halinde, yüklenici, inşaat maliyet ve işinin artmasını kabul etmek zorunda değildir.(SELİÇİ 1978: 13). Bununla beraber, yüklenici ek sözleşme veya arsa sahibinin iradesi olmadan inşaatın sözleşme ile kararlaştırılan kapsamını genişletmesi durumunda, yüklenicinin yaptığı fazla işin bedelini vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında alma hakkının olduğuna dair Yargıtay kararları mevcuttur.(KOSTAKOĞLU 2017: 807); Yargıtay 15. HD. 20.5.1987 tarihli

1986/4422 E. 1986/2263 K. sayılı kararı: "...Sözleşmeyi aşan işin bedeli vekâletsiz tasarruf olarak yapıldığı tarihteki rayiç fiyatla değerlendirilir..." Yargıtay 15. HD. 5.6.1987 tarihli 1987/1183 E. 1987/2506 K. sayılı kararı; Yargıtay 15. HD. 12.2.1987 tarihli 1986/1841 E. 1987/474 K. sayılı kararı.)

Diğer yandan taraflar ek sözleşme yaparak inşaatın niteliğinin genişletilebilmesi için, yükleniciye ilave işler yapma yükümlülüğü verebilirler. Bu bakımdan arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, asıl sözleşmede özel bir ifa şekli ve tarihi kararlaştırılmışsa o tarih ve şekilde, aksi halde inşaatın teslim edildiği tarihte muaccel olur.(YILDIRIM 2011: 166).

Arsa sahibinin edimini ifa yükümlülüğü doğması ama yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan payların kendi adına tescilini sağlayabilecektir.(Yargıtay 15. H.D. 15.01.1993, 4987/2743).

Arsa sahibinin bu devir yükümlülüğünün, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin niteliği gereği resmi şekil şartına uyularak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Eğer arsa sahibi sözleşme ile önceden belirlenmiş olan arsa paylarını yükleniciye devretmekten kaçınırsa ya da sözleşme ile yapının belirlenen bir aşamaya gelmesi ile arsa paylarının devredileceği belirlenmişse, yapı belli bir aşamaya gelmesine rağmen arsa sahibi borcunu ifa etmiyorsa, arsa sahibinin temerrüdünden bahsedilebilir.(Yargıtay 15. H.D. 15.01.1993, 4987/2743; Yargıtay 15. HD. 25.2.1999 tarih, 1999/5229 E. 1999/672 K.: "Sözleşmeye göre, davacıya ait son villa tapusunun verilmesinin arsa sahibinin villalarının tamamının teslim edilip oturma ruhsatlarının alınmasına bağlı bulunduğu, oysa iskan ruhsatını almakla yükümlü bulunan davacı yüklenicinin bu mükellefiyetini henüz yerine getirmediği anlaşıldığından şu aşamada henüz tescile hak kazanmadığı ortadadır. Bu nedenle, mahkemece iskân ruhsatının alınması için yükleniciye uygun bir mehil verilip, iskan alındığında tapunun iptal ve tesciline, aksi takdirde "iskan alındığında ayrıca dava açma hakkı saklı tutularak" davanın reddine kara verilmesi gerekirken..." ; KARADAŞ 2016: 356-360)Bu durum Borçlar Kanununun 124 üncü ve 125 inci madde hükümleri uyarınca ileride yer verileceği üzere farklı sonuçlar doğuracaktır.

İnşaatın tamamlanmasına rağmen, henüz kat irtifakı kurulmamış ise, yapılacak inceleme sonucunda sözleşmeye göre yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlere

tekabül edecek oranda arsa payının yüklenici adına tescil edilmesi gerekecektir.(Yargıtay 15. H.D. 07.02.2007, 2006/7260.)

Yüklenicinin, yaptığı inşaatın dolayı iş sahibinden olan alacağı için, üzerinde inşaat yaptığı taşınmaz, kanuni ipotek koymaya hakkı vardır; İnşaatı tamamlayan ve iş sahibinden bedelini alamayacağı şüphesi bulunan yüklenici tarafından, kanuni ipotek hakkının tescili talep edilebilir.(KOSTAKOĞLU 2017: 182 KARADAŞ 2016: 359).

Türk Medeni Kanununun m. 1009/1, “Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, geri alım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar, tapu kütüğüne şerh edilebilir düzenlenmiştir. TMK m. 1009/2 hükmü gereği “Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.” denilerek şerh hakkı sahibinin o hak üzerinde üçüncü kişilerin tasarrufuna ilişkin bir talep hakkı olacağı ifade edilmek istenmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan şahsi hakkın tapuda şerh verilmesi halinde bu hak 3. kişiye devredilse de yüklenici, arsa sahibine karşı ileri sürebileceği hakları 3. kişiye karşı da ileri sürebilecektir.(SABUNCU 2012: 55).

Ayrıca Medeni Kanunun 994 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında “İyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Yüklenici inşaatı yaparken yapmış olduğu giderleri arsa sahibinden talep edebilecektir. Giderlerin talebe rağmen kendisine ödenmemesi durumunda ise yapmış olduğu inşaatı arsa sahibine teslimden kaçınabilecektir.(SABUNCU 2012: 53).

3.1.2. İnşaatın yapılması için arsa sahibinin kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi borcu

Arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasından inşaatın tamamlanmasına kadar olan süre boyunca, yüklenicinin edimini ifanın gerçekleşmesini sağlayıcı, ifaya yardımcı katılma ve işbirliğinde bulunma yükümlülükleri bulunmaktadır. Arsa sahibinin sözleşme ile kararlaştırılan bu gibi yan ve tamamlayıcı borçlarını yerine getirmemesi durumunda yüklenici arsa sahibini temerrüde düşürebilmektedir.(AYAN 2008: 36; ÖZ 2016: 112,113; YILDIRIM 2011: 159).

Bilindiği gibi arsa sahibinin asli edimi, kararlaştırılan arsa paylarının yükleniciye devri olmakla beraber yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği inşaatı teslim etme borcunu yerine getirebilmesi için öncelikle arsa sahibinin arsasını inşaat yapmaya elverişli bir şekilde teslim etmesi gerekmektedir.(ERMAN 2007: 50).

Bu sözleşmenin yapıldığı sırada inşaatın arsa üzerinde yapılmasının objektif olarak mümkün olmaması durumunda sözleşme başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle geçersiz olacaktır. Y. 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...” (KARADAŞ 2016: 347-348).

Ancak imar planında yapılan değişiklik gibi imkânsızlık sonradan meydana gelmiş ve inşaat yapılamıyorsa sonraki imkânsızlık söz konusu olacak ve duruma uygulanacak hükümler değişecektir.(Y. 15. HD. 25.10.2001 günlü 2001/2599 E. ve 2001/4820 sayılı kararına göre: “....davalı arsa sahibi, inşaat sırasında kendisine isabet eden 16 no’lu daire ile bu daireye bağlı bir adet garaj hakkını düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle davacıya satış vaadinde bulunmuş ve satış bedelini nakden almıştır. Bilahare yapılan tadilat projesi ile 16 no’lu dairenin garaj hakkı ortadan kaldırılmıştır. Böylece, davacıya verilmesi vaat edilen garaj yeri yönünden, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin ifası imkânsız hale gelmiştir. Davalı arsa sahibinin açık veya kapalı rızası olmadan inşaat sözleşmesinde ve dolayısıyla inşaat projesinde değişiklik yapılması mümkün olmadığı gibi, tadilat projesinin alınması da mümkün değildir. Davalı, sözleşmenin imkânsız hale gelmesinden bu nedenle kusurludur. Dolayısıyla garaj yönünde davacının zararını tazminle yükümlüdür...”).

Yargıtay 15.HD. 05.05.2004, 5372/2508 sayılı kararında da belirtildiği gibi “inşaat sözleşmelerinde yer teslimi arsa sahibinin öncelikli edim borcudur. Bu yasal nedenle arsanın ayıpsız ve inşaata elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaata başlanması istenemez...”

Üzerinde inşaat yapılacak arsada eski bir binanın mevcut olması durumunda sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça arsa sahibi binayı yıkmak suretiyle arsayı inşaatı elverişli şekilde teslim etmekle yükümlüdür.(ERMAN 2010: 57; YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1110)

Genel olarak inşaatın yapılması için gerekli işlemlerin yapılması (arsanın imar durumunu almak, gerekli plan ve projeleri hazırlamak, planları belediyenin onayına sunmak) yüklenici tarafından üstlenilmektedir. (AYDEMİR 2016: 309-310; Y. 15. HD. 10.01.2005 günlü 2005/2443 E. ve 2005/14 sayılı kararına göre: “...İnşaatı ait projelerinin çizim ve onayı, ruhsatlarının alınması vs. yapıyla ilgili yasal işlemler konusunda davacılar 4.1.2000 gün ve 310 yevmiye no.lu, 8.5.2000 gün ve 24606 yevmiye no.lu Bakırköy 13. Noterliğince düzenlenen vekâletnameleri davalı yükleniciye vermişler, ancak yüklenici ruhsat alınmadan inşaatı başlamış, bu nedenle iş sahiplerine 3194 sayılı yasaya aykırılıktan cezai yaptırım uygulanmıştır. Yüklenici ruhsat alımından iş sahiplerinin sorumlu olduklarını savunmakta ise de az yukarıda değinilen vekâletnameyle ruhsat alımı yetkisi kendisine verilmiştir...”

Bu durumda Y. 15. HD. 17.02.1994 günlü 1994/3539 E. ve 1994/830 sayılı kararında da belirtildiği üzere “inşaatı başlamak; devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için davalı arsa sahibinin davacı yükleniciye yardımcı olması veya yetki vermesi gerekmektedir.” (ERMAN 2010: 53). Yükleniciye bu hususta yardımcı olmaması veya yetkiyi vermektan kaçınması durumunda yüklenicinin sözleşmenin ifası için hazırlık hareketlerine zamanında başlayamaması sebebiyle, (ERMAN 2010: 53) arsa sahibinin, sözleşmenin zamanında ifa edilmesini talep hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir. (ERMAN 2010: 53).

TBK m.474-477'ye göre, Arsa sahibinin yüklenicinin eseri tesliminden sonra eseri gözden geçirme ve ayıpları varsa bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu külfeti yerine getirmezse eseri kabul etmiş sayılacaktır. (ARAL/AYRANCI 2015: 404; ERZURUMLUOĞLU 2017: 134).

3.2. Yüklenicinin borçları

3.2.1. Yüklenicinin özen gösterme ve sadakat borcu

3.2.1.1. Yüklenicinin özen borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici inşa işini yapma borcunu üstlenmesine ek olarak işi yaparken özen gösterme borcunu da yüklenmiş olmaktadır.

Özen borcu dayanağını, Medeni Kanunun dürüstlük kuralını düzenleyen 2' nci maddesinden alır. Genel olarak borçlu sözleşmenin amacına ulaşması için ifa sürecinde özenle davranmalıdır.

Türk Borçlar Kanununun 471 inci maddesinde eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcu ve kapsamı düzenlenmiştir.

Yüklenicinin özen borcu belirlenirken aynı alanda faaliyet gösteren basiretli bir müteahhitten beklenen işin gereği olan kurallara uygun davranmasının esas alınacağına ilişkin kuraldan, kişinin kişisel ve özel durumundan kaynaklı bir özen değil, objektif bir özen anlaşılmaktadır.(GÖKYAYLA 2002: 785-805; ARAL/AYRANCI 2015: 381).

Bir anlamda basiretli bir tacir gibi hareket etme zorunluluğu müteahhide, işin yürütümünde yeterli uzmanlığa sahip olma yükümlülüğünü ve yeterli değilse işe başlamama yükümlülüğünü yüklemektedir.(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.10.1991, 1991/ 15/373, 533. : ”Yüklenici bir işi yükümlenirken kendi uzmanlığını ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yeterli değilse sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranmış olur ve bundan sorumlu olur.”)

Yüklenici kendi gücünü değerlendirmeli, işin üstesinden gelebilecek bilgi ve beceri, araç gereç, gerekli malzeme, stok vb. olanaklara sahip olup olmadığını, gösterilen yerin işe elverişliliğini, inşaat yapımı için hazırlanan plan ve projeleri, verilen malzemenin kullanılabilirliğini araştırma ve inceleme ile bu gibi konularda arsa sahibine bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.(KOSTAKOĞLU 2017: 259,260; Y. 15. HD T. 26.11.2007, E. 2007/4709, K. 2007/7534) “Yüklenici yüklenilen işi amacına tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak yapmak zorundadır.

İş sahibinin verdiği malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yüklenici iş sahibini haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunun neticesine katlanmak zorundadır.” Ayrıca yüklenicinin arsa sahibinin yapının yapılmasının sebep olabileceği, edim konusu bağımsız bölümler haricindeki tüm mal ve şahıs varlığını korumakla beraber bununla ilgili gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de vardır.(DUMAN 2016: 281,285 ARAL 2015: 381 vd.; ERMAN 2010: 35,36.)

Yüklenici, işi yaparken ortaya çıkabilecek zararları önlemek için de gerekli tedbirleri almalıdır. (ERMAN 2010: 36)

Özen gösterme yükümlülüğüne ilişkin olarak kanunda özel olarak; yüklenicinin inşaatın yapımında kullanılacak olan malzemeye yönelik sorumluluğu ile beraber, yapılacak işi kendi gözetimi ve denetimi altında yaptırmasına ilişkin sorumluluğu düzenlenmiş bulunduğundan çalışmamızda bu hallere de yer verilecektir.

3.2.1.2. Yüklenicinin inşaatı kullandığı malzemeye ilişkin özen borcu

Türk Borçlar Kanununun 472 inci maddesinde bu hususta özel bir düzenleme getirilmiştir:

“Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.

Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.

Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.”

Malzeme en basit haliyle, yüklenicinin inşaatı meydana getirmede kullandığı fiziksel şeyler olarak tanımlanabilir. Kum, çakıl, çimento, inşaat demiri, pencereler, elektrik ve su boruları örnek olarak verilebilir. Araç ve gereçlerden farkı, eser tamamlandıktan sonra eserin bünyesinde kalacak olmasıdır.

Araç ve gereçleri sağlama yükümlülüğü ile ilgili olarak TBK. m. 471 in sonuncu fıkrasında “Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.” hükmü bulunmaktadır.

Malzemenin ise kim tarafından sağlanacağı konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Buna göre TBKm.472 hükmünün düzenlemesinden, her iki tarafın da aralarında yapacakları sözleşmeyle malzemeyi sağlayabileceği sonucu çıkmaktadır. Bununla beraber aksi kararlaştırılmadıkça malzemenin yüklenici tarafından sağlanacağı yaygın olarak kabul edilen görüştür.(ERMAN 2010: 38)

Malzemenin yüklenici tarafından sağlanması halinde ise 472 inci maddenin 1. fıkrası gereği yüklenicinin kullandığı malzeme ayıplı ise iş sahibine karşı sorumluluğu malzemeyi satan gibi olacaktır.

Malzemenin sözleşmede belirtilen nitelikleri taşıyacak şekilde yapılmasına uygun ve sözleşmede açıkça belirtilmemişse orta kalitede olması gerekmektedir.(ERMAN 2007: 37; ”Y. 15. HD T. 25.4.2013, E. 2013/1809, K. 2013/2672: “Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği iş sahibine düşen bağımsız bölümlere yüklenici tarafından taahhüt edilip takılmayan kombi bedellerinin tahsili talebidir. Malzemenin cinsi ve kalitesi taraflarca belirlenmemiştir. İyi cins malzemedan amaç eserin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli olmasıdır. Malzeme kalitesi açıkça kararlaştırılmamışsa eBK m. 70 uyarınca “çeşit borçlarında hukuki ilişkide edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim ortalama nitelikten az olamaz. Bundan da cins borcunda edimin orta kalite ve sözleşme amacına uygun olması sonucuna varılmalıdır. Somut olayda verilmesi kararlaştırılan kombilerin hangi modelinin fiyatının esas alınacağı bu hükümlerin ışığında belirlenmelidir. Kombinın dairelerin takılması uygun olan yeri bakımından aynı markanın orta kalitede verim alınması beklenen bir modelinin fiyatı tespit ettirilip karar verilmesi gerekmektedir.”)

Yüklenici, iyi cins malzeme kullanmamış olması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, arsa sahibine karşı kullandığı iyi cins olmayan malzeme sebebiyle satıcı gibi garanti borcu altındadır. Bu garanti borcu hem elinden almaya (zapta), hem de bozukluğa karşıdır. (DUMAN 2010: 319).Satıcı gibi sorumlu olmasının arkasında inşaatta kullanılan malzemenin bir bakıma iş sahibine satılmakta olması vardır.(AYDEMİR

2016: 318,321).Yüklenicinin buradaki sorumluluğu satım sözleşmesi kapsamında düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümleri ile eser sözleşmesi kapsamında düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesindedir.(YILDIRIM 2011: 70).

TBK. m. 472/2'ye göre, “Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.”

Tarafların açık bir hüküm yazarak malzemenin iş sahibince sağlanmasını kararlaştırmaları durumunda ise, malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanması üç şekilde gerçekleşebilir:

Bunlardan birincisi malzemenin doğrudan yükleniciye teslimi durumudur. Bir diğeri, arsa sahibinin bizzat malzemeleri aldığı üçüncü kişinin malzemeleri yükleniciye teslim etmesi hali bir diğeri ise yüklenicinin arsa sahibinin nam ve hesabına malzemeyi üçüncü kişiden almasıdır.(ARAL 2015: 378 vd.).

Malzemelerin özenle kullanılması yükümlülüğü malzemenin sadece doğru şekilde depo edilerek muhafazasının sağlanması değil aynı zamanda hırsızlık, mala zarar verilmesi gibi diğer şahısların zarar verici hareketlerinden de sakınılmasını ifade eder.(ARAL/AYRANCI 2015: 335).Malzemenin hor kullanılması, kırılıp dökülmesi, zayi edilmesi, yanlış yerde kullanılması sonucu sökülmesinden dolayı oluşan ve normal sayılmayan hasarlardan yüklenici, iş sahibine karşı maddi yönden sorumludur. İş sahibinin bunların bedellerini isteme hakkı vardır.(AYDEMİR 2016: 318 vd.).

“Yüklenici iş sahibine malzemenin kullanılmasına ilişkin hesap vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün sınırlarını sözleşme belirler. Yüklenicinin hesap verme yükümlülüğü eser tamamlanmadan sözleşme sona ermiş olsa bile yine de vardır.(DUMAN 2016: 326).

Yüklenici iş sahibine malzemeyle ilgili hesap vermeli ve teslim alındığı halde inşaatta kullanılmayan malzeme varsa bunları da iş sahibine geri vermelidir. Ayrıca artan malzemeyi geri vermezse bedellerini ödemekle de yükümlüdür.(AYDEMİR 2016: 317).

TBK m. 472/3'e göre, "Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur." Yüklenici, malzeme kendisine teslim edildiğinde işte kullanılabilir niteliği taşıyıp taşımadığını ve kusurlu bulunup bulunmadığını derhal "araştırmakla" ve bu hususu ihbarla yükümlüdür.(GÜLEÇ 2009: 35).Eğer malzeme veya arsa ayıplıysa ya da binanın gereği gibi veya zamanında ifa edilmesini tehlikeye sokabilecek nitelikte olduğu için inşaatı uygun bulunmazsa, bunun arsa sahibine derhal bildirilmesi gerekir.(ARAL/AYRANCI 2015: 335).

İş sahibince teslim edilmesi gereken malzeme uygun nitelikte değilse veya inşaatı olumsuz yönde etkileyecekse, bu malzeme ayıplı sayılır.(AYDEMİR 2016: 917).

Bununla beraber malzemenin ayıpları veya arsadaki elverişsizlik işin devamı sırasında da ortaya çıkabilir. Her durumda yüklenicinin iş sahibini derhal haberdar etmesi ve ondan alacağı talimatı beklemesi gerekir.(KARADAŞ 2016: 133,134).Uyarıya karşın, iş sahibinin işe devam hususundaki direnimi ve talimatı, suç sayılan hususlar ayırık olmak üzere, yükleniciyi sorumluluktan kurtarır.(AYDEMİR 2016: 214).

3.2.1.3. Yüklenicinin sadakat borcu

Sadakat borcu özen borcundan daha geniş bir anlam taşımakta olup sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin ifası sürecinde ve sözleşmenin ifasından sonra da sonuç doğuran bir borçtur.

Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranışı, başlı başına sözleşmeye aykırılık oluşturur. Yüklenici eseri sözleşmeye uygun olarak teslim etse de, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı, yüklenicinin tazminat borcunu doğurur. (BÜYÜKAY 2014: 144)

Türk Borçlar Kanununda sadakat borcu açıkça düzenlenmemiş olsa da doktrinde TBK m.506 da yer alan "...Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür..." ifadesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanması gerektiği yönünde bir

anlayış hâkimdir.(ERMAN 2010: 32).Buna göre yüklenicinin inşaatı arsa sahibinin menfaatini karşılayacak şekilde arsa sahibine zarar verecek davranışlardan kaçınarak, arsa sahibi ile aralarında olduğu varsayılan güven ilişkisine uygun bir şekilde ve bağlılıkla yapması gerektiği kabul edilmektedir.(KAYA 1993: 47).

TBKm. 472 uygulaması gerekse m. 476 hükmü iş sahibinin verdiği talimatın uygun olmaması ve bunun yüklenici tarafından bilinmesi ve m. 483/2 deki iş sahibinin sağladığı malzemenin ayıplı olması ve arsanın uygun olmaması durumunda yüklenicinin iş sahibini uyarma yükümlülüğünün ihlali, yüklenicinin sadakat borcuna aykırılık gösteren hallerdir.(ERMAN 2010: 38; BÜYÜKAY 2014: 144).

Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı hareketi halinde bu yüzden doğan zararın tazmini, yapı sözleşmeye uygun yapılmış ve teslim edilmiş olsa dahi istenebilir. Bundan başka eğer yüklenici sadakat borcuna aykırı hareketi sonucunda bir kâr elde etmişse TBK. m. 530 kıyas yoluyla uygulanacak, arsa sahibi kârın kendisine devrini talep edebilecektir.

Diğer taraftan, arsa sahibi eser henüz tamamlanmadan yüklenicinin sadakat borcunu ağır surette ihlal ettiğini görürse, iş sahibi TBK. m. 484 veya TBK. m. 473/2 ile birlikte TBK. m. 125'e göre sözleşmeden dönebilir. Bu durumda, iş sahibinin, sadakat borcuna uyulmamasından doğan tazminat alacağıyla müteahhidin sözleşmenin inşaat tamamlanmadan feshi dolayısıyla ileri sürebileceği alacağı takas edebilir. (YAVUZ 2014: 1109; Y. 23 HD T. 20.9.2013, E. 2013/3597, K. 2013/5596: "Arsa sahibi yüklenicinin hiç işe başlamadığını, harcını yatırmadığı için inşaat ruhsatını alamadığını, yüklenicinin çok sayıda icra takibine muhatap olduğunu, aciz içinde olduğunu, belediyeye verilen ruhsat başvuru dilekçesine kendi imzasının taklit ederek attığını, bu nedenlerle davalıya olan güvenin yitirildiğini sözleşmenin feshini talep etmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri niteliği itibarıyla güven esasına dayanır. Asıl olan karşılıklı güven duygusu ve iyi niyetin varlığıdır. Buna aykırı eylem ve işlemler sözleşmenin sona ermesine neden olabilecektir. Toplanacak deliller çerçevesinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılıp sarsılmadığı değerlendirilerek, sonucuna uygun bir hüküm kurulması gerekir.")

3.2.2. Yüklenicinin işi bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma borcu

Türk Borçlar Kanununun 471 inci maddesinin 3.fikrasında “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.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu hükme göre, kural olarak yüklenicinin taahhüt ettiği işi bizzat kendisinin yapması kuraldır, ancak yüklenicinin eseri kendisinin yapma borcu, onun eseri meydana getirirken yardımcı kişilere başvurmasına engel değildir. Hatta bugünün teknik ve ekonomik koşulları böyle bir işbölümünü zorunlu kılmaktadır.(KARADAŞ 2016: 120).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine baktığımızda da, yüklenicinin şahsının ön planda olmamasından ötürü, yüklenici inşaatı kendi yönetimi altında yaptırma yetkisine sahiptir.(ERMAN 2010: 40).

Hatta doktrinde de belirtildiği üzere Türk Borçlar Kanununun bu açık hükmü karşısında arsa sahibi ile yüklenici arasında bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşa işinin yapımında alt yüklenici görevlendirilmesinin yasak olduğu kararlaştırılsa bile bu durum tek başına alt-yüklenicilik sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.(DUMAN 2016: 303).

Alt yüklenici, üzerine aldığı konuda belirli bir uzmanlığa sahip olan, asıl yüklenici ile aralarında alt yüklenicilik sözleşmesi bulunan fakat asıl yükleniciden bağımsız olarak kendi ad ve hesabına çalışan, taşeron olarak da adlandırılmakta olan kişidir.(ARAL/AYRANCI 2015: 328; BAYSAL 2006: 157; DUMAN 2016: 307; KARADAŞ 2016: 122; KOSTAKOĞLU 2017: 359; ZEVKLİLER 2015: 336)

Yüklenici ile yanında çalıştırdığı işçiler arasında bir hizmet sözleşmesi akdedilmişken yüklenici ile yardımcı kişi alt yüklenici arasında bu konuda yapılan sözleşme eser sözleşmesidir. (Y. 15. HD T. 28.1.2016; E. 2015/847, K. 2016/505 “Davacı mimar olup davalının inşaatında şantiye şefi olarak çalışmaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmesine rağmen ücretinin ödenmediğini, bedele ilişkin bir kararlaştırma olmadığından tespitini ve tahsilini talep etmiştir. Tarafların arasında hizmet sözleşmesi olup uyumsuzluğun iş mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.”) Bu açıdan bakıldığında alt yüklenicinin

seçiminin özenle yapılmamış olması haricinde yüklenicinin kural olarak alt yüklenici üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü yoktur.(ERMAN 2010: 41; ÖZ 2016: 126,127; CANBOLAT 2009: 50; KARADAŞ 2016: 167,168; KOCAĞA 2014: 74)

Doktrindeki bazı yazarlar ise; (TANDOĞAN 2010: 55) alt yüklenicinin bağımsız olduğunu kabul etmekle beraber bizim de katıldığımız görüş üzerine, alt yüklenicilik sözleşmesi ile çalışan yardımcı kişiler işlerini yerine getirirken onları devamlı gözetim ve denetim altında bulundurmak ve gerektiğinde talimat vermekle yükümlüdür.(KILIÇOĞLU 1975: 192; ZEVLİLER/GÖKYAYLA 2015: 534). Alt yüklenicinin işini gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı arsa sahibine verdiği zararlardan asıl yüklenici sorumlu olur. Yüklenici her türlü gecikme zararını da tazminle yükümlüdür. (TBK m. 116) (YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1013; GÜMÜŞ 2014: 13-15; GÖKYAYLA 2009: 794 ŞENOCAK 2002: 21; CANBOLAT 2009: 51; KOCAĞA 2014: 76-77; UYGUR 2013: 2149-2152).

Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, yüklenicinin birden fazla alt yüklenici çalıştırması mümkün olabileceği gibi, alt yüklenicinin de başka bir alt yüklenici çalıştırması mümkündür.(AYDEMİR 2016: 322).

Öte yandan alt yüklenici ile arsa sahibi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için, arsa sahibi yükleniciye karşı ileri sürebileceği hakları alt yükleniciye karşı ileri süremeyeceği gibi, alt yüklenicinin de asıl yükleniciye karşı ileri sürebileceği hakları, arsa sahibinden isteyemeyeceği söylenmektedir.(KAYA 1993: 52; ERMAN 2010: 42).Bununla beraber iş sahibinin sözleşmeye dayanarak doğrudan alt yükleniciye başvurabileceği dört hal bulunmaktadır;

Bunlar; alt yüklenicinin arsa sahibine asıl yüklenicinin vermiş olduğu işleri tam ve zamanında ifa edeceğini sözleşme ile taahhüt etmiş olması, alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl iş sahibi lehine yapılmış bir tam (gerçek) üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıması, (ARAL/AYRANCI 2015: 369 vd.) asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı sahip olduğu hakları arsa sahibine temlik etmesi(DUMAN 2016: 153) ve alt yüklenicinin rıza göstermemesine rağmen arsa sahibinin belirli bir alt yüklenici ile çalışılması için ısrarcı olması(DUMAN 2016: 306 vd.) durumlarıdır.

3.2.3. İnşaatı teslim borcu

Yukarıda bahsedildiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarından biri yüklenicinin inşaatı teslim borcudur.

Yüklenicinin inşaatı teslim borcu, ancak yapının sözleşmeye uygun bir şekilde olması gereken sürede ve ayıbı olmadan teslim edilmesiyle sona erer.(YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 454; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015: 509; KURT 2012: 67; OZANOĞLU 1999: 3; AYDOĞDU/KAHVECİ 2017: 766; KAPLAN 2013: 54).

Teslim ancak inşaatın tamamlanması ile mümkündür. (Yargıtay 15. H.D 17.11.1986, 1986/830 E. 1986/3860 K.: "...teslimin yapılmış sayılması sözleşmede kararlaştırılan bütün işlerin bitirilmiş ve icra edilmiş olması anlamına geldiği henüz tamamlanmamış bir eserin teslim ve tesellümünden söz edilemeyeceği gerek Yargıtay; gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarıyla kabul edilmiştir...").

Yüklenicinin teslim borcu, yapıyı ve bağımsız bölümlerini sadece sözleşmeye değil, aynı zamanda fenne uygun olarak tamamlamayı ve arsa sahibine teslim etmeyi de kapsar. (SELİÇİ 1978: 167; KARTAL 1993: 73; KARADAŞ 2016: 167,168)

Borcun tamamlanma anı yapının ve bağımsız bölümlerin arsa sahibinin fiili egemenliğine geçirildiği andır.(KAPLAN 2013: 53; KAHRAMAN 2014: 2541). Bir anlamda yüklenici arsa sahibinin inşaat üzerinde dolaysız zilyetliğini sağladığında teslim borcunu yerine getirmiş sayılır.(KARAHASAN 2004: 262).

Arsa sahibinin inşaatın ve bağımsız bölümlerinden üzerinde fiili hâkimiyeti sağlanmamış veya fiili hâkimiyeti engelleyen durumlar (inşaat yerindeki araç ve gereçler ile makinelerin uzaklaştırılması, yüklenicinin yanında çalışan kişilerin inşaatından çekilmesi, bağımsız bölümlerin anahtarlarının verilmemiş olması) ortadan kaldırılamamışsa teslim borcu yerine getirilmiş sayılmamaktadır.(KARAHASAN 2004: 263).

Kural olarak inşaatın tamamlanmasından sonra yüklenicinin arsa sahibine teslim etme iradesine yönelik bir bildirimde bulunması gerekir; ancak arsa sahibi bildirimde bulunmadan da bunu öğrenebilecek durumda ise bu bildirimde gerek kalmayacaktır. (SELİÇİ 1978: 37; UÇAR 2001: 102).

İnşaat tam anlamıyla tamamlanmadan arsa sahibinin bağımsız bölümlerden birine taşınmış olması, teslimin yapılmış olduğu sonucunu doğurmaz. Ancak bu durum, teslim borcunun yerine getirildiğine dair bir karine oluşturmaktadır. (TANDOĞAN 2010: 81; UÇAR 2001: 102).

Teslim borcunun ifa zamanı, arsa sahibinin payına düşecek olan bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun şekilde yapılmasına müteakip arsa sahibine anahtar teslimi şeklinde teslim edilmesi zamanında gerçekleşmekte olup, genellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirlenir. Ancak sözleşmede ifa zamanı kararlaştırılmamışsa teslim zamanı arsa sahibinin teslim almayı bekleyebileceği zaman olarak kabul edilmektedir.(EREN 2017: 73).

Sözleşmede teslimin yapılması bir şarta bağlanmış ise o şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Uygulamada sıklıkla iskân raporunun alınması teslimin şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. (Yargıtay 15. HD. 23.12.1991 T. 1991/2768 E.1991/6158 K. sayılı kararı; Yargıtay 15. HD. 11.12.1995 T. 1995/6704 E. 1995/7302 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD. 20.05.1991 T. 1990/3456 E. 1991/2872 K. sayılı kararı; KOSTAKOĞLU 2017: 236-237).

Taraflar teslim zamanı ile ilgili cezai şart da kararlaştırmış olabilirler. Yüklenici teslimi geciktirirse sözleşme ile belirlenmiş cezai şartı arsa sahibine ödemekle yükümlü olacaktır.(EREN 2017: 1303)

Teslim süresinin sonradan uzatılması mümkündür. Bu uzama arsa sahibinin nezdinde ortaya çıkabilecek sebeplerden ötürü olabileceği gibi hakkaniyet gereği teslim süresinin uzatılmasını zorunlu kılacak olağanüstü nedenlerden de kaynaklanabilir.(SABUNCU 2012: 91-92).

İnşaatın yapımına başladıktan sonra tarafların iş değişikliği veya ek işler yapma hususunda karar alması da süre uzatımına sebep olabilir.(Yargıtay 15. H.D 07.04.1989, K.3316/1827)Bu durumda inşaatın kendiliğinden uzayacağı kabul edilmektedir.(AYAN 2008: 123).

Teslim ile teslim alma birbirinden farklı kavramlar olup sonuçları da birbirinden farklıdır. Teslim, yüklenicinin edim borcuyken; teslim alma, arsa sahibi bakımından bir borç değil külfettir. Yukarıda özellikleri sayılan bir teslim ile yüklenici asli edimini yerini getirmiş olacaktır. Bu halde arsa sahibinin yapıyı teslim almaktan

kaçınması, alacaklı temerrüdüne düşmesine neden olabilir.(KAPLAN 2013: 53; KAHRAMAN 2014: 2541).

Teslimin önemli hukuki sonuçları bulunmaktadır. Teslim ile yarar ve hasar arsa sahibine geçer ve ayıba karşı sorumluluktan doğan muayene ve ihbar süreleri ile zamanaşımı süreleri işlemeye başlar.(ARAL/AYRANCI 2015: 346; KARADAŞ 2016: 175; DAYINLARLI 2008: 57).

3.2.3.1.Teslim borcunda yüklenicinin temerrüdü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, inşaatı tamamlamaması veya tamamladığı halde inşaatın tesliminde gecikmesi halinde temerrüde düşer.

Yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdü ve bunun hukuki sonuçlarını düzenleyen özel bir hüküm olmadığı için bu konuda Borçlar Kanununun borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerine gidilmesi gerekir. Yüklenicinin temerrüde düşmüş sayılması için kusur aranmaz. Ancak kusur temerrüdün sonuçları bakımından önem arz etmektedir.(OĞUZMAN/ÖZ 2017: 459).

3.2.3.2. Yüklenicinin temerrüdünün şartları

3.2.3.2.1. İnşaatı teslim borcunun muaccel olması

Yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Muaccelliyet borcun ifasının talep ve dava edilebileceği anı ifade eden bir kavram olup temerrüdün zamanla ilgili şarttır. (KARAHASAN 1997: 476; EREN 2017: 1049; AKKANAT 2000: 8)

Taraflar genelde sözleşme ile belirli bir takvim gününü ya da belirli bir sürenin dolmasını kararlaştırmış olabilirler (sözleşme tarihinden 24 ay sonra gibi)(KARADAŞ 2017: 249,250) Bazen de belirli bir olayın gerçekleşmesinin üzerine ilave edilecek süre sonu, teslim borcunun ifa zamanı olarak belirlenmiş olabilir (yapı ruhsatının alınmasından 36 ay sonra gibi). (BÜYÜKAY 2014: 131) Burada dikkat edilmesi gereken husus belirlenen olay gerçekleşmese dahi kararlaştırılan vade sonunda borcun muaccel olduğunun kabul edilmesi gerekebileceğidir, çünkü bazı durumlarda yüklenicinin kendisine verilen süreyi gereksiz uzatarak örtülü biçimde teslim süresini belirlemesi hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğinde olabilir.(AKKANAT 2000: 10,11; KARTAL 2009: 75)

Sözleşmede vadenin belirlenmemiş olduğu durumlarda arsa sahibi teslim için beklenmesi gereken objektif ve makul bir süreyi beklemek zorundadır. Bu süre inşaatın hacmi, işçi, malzeme kapasitesi, hava koşulları ve tatil günleri gibi meydana gelebilecek aksamalar göz önünde bulundurularak belirlenecektir.(UÇAR 2001: 540-541; KARADAŞ 2009: 194; TANDOĞAN 2010: 130).

Sözleşmede vadenin belirlenmemiş olduğu bir başka durumda gecikme, taraflar nezdinde olmayan ve kusur yüklenemeyen sebeplerden de kaynaklanabilir. Örneğin, sel felaketi ya da resmi makamlardan alınması gereken bir evrakla ilgili bürokratik bir engel olması durumunda geçen süre, objektif olarak yükleniciden teslimin beklenebileceği süreye eklenmesi gerekir. Bu durumda yüklenicinin TBK m.480/2 hükmüne göre sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebileceğinin kabul edilmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız. (ALTAŞ 2002: 152,153). Buna karşılık doktrinde sürenin kendiliğinden uzaması gerektiğini düşünen yazarlar(ÖZ 2016; 142 vd.; ERMAN 2010: 73) olduğu gibi, mücbir sebep nedeniyle inşaat süresinin uzamayacağını savunan yazarlar da (AYAN 2008: 127) bulunmaktadır.

Arsa sahibinin verdiği talimatlar ile iş artışının meydana gelmesi veya kararlaştırılan bağımsız bölümlerin yükleniciye devredilmesinin gecikmesi, yüklenicinin teslim borcunu vadesinde yerine getirememesine sebep olabilmektedir. Böyle bir durumda, gecikmenin teslim süresine olan etkisi incelenmelidir. İncelemenin sonucuna göre bu süre teslim süresine eklenebilecektir. Yüklenicinin bu durumda temerrütten kurtulması ancak durumu arsa sahibine bildirmiş olması ve yüklenicinin çalışma temposunu arttırarak işi hızlandırma yükümlülüğünün olmaması halinde mümkündür.(ALTAŞ 2002: 103; KAPLAN 2013: 385; Yargıtay 15. H.D. 10.06.2003 tarih, E.590, K.3111 sayılı kararı:‘(...)Mahkemece arsa sahiplerince yükleniciye tapu devri yapılmadığı dolayısıyla gecikmeye arsa sahiplerinin neden olduğu gerekçesiyle kira kaybı istemini değerlendirme dışı bırakılmıştır... yapılacak iş bilirkişiden ek rapor alınarak (...) davacı istemini şimdiki gibi kabul etmekten ibarettir(...)’; Yargıtay 15. H.D. 17.03.1998 tarih, E.5225, K.1034 sayılı kararı ‘(...) bu durumda gecikme cezasının hesabı yapılırken is artışı için verilen talimat ve artışın süreye etkisi belirlenip bu tarihten itibaren ceza hesaplanması gerekirken(...)”

Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça taraflar tek taraflı olarak teslimin yapılacağı süreyi değiştiremezler. Ancak yeniden anlaşarak teslim süresinin uzatılmasına karar verebilirler.(AYAN 2008: 99).

3.2.3.2.2. Edimin ifasının mümkün olması

Yüklenicinin temerrüdünün koşullarından bir diğeri de yüklenicinin teslim borcunun ifasının mümkün olmamasıdır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanununda temerrüdün koşulları arasında açıkça öngörülmemişse de işin niteliği gereği edimin ifasının mümkün olması gerekir. (OĞUZMAN/ÖZ 2017: 301,302; EREN 2017: 1048; AYAN 2008: 91).

Sözleşmenin kurulmasından önce edimin ifası mümkün değilse, -örneğin, inşaatın imar mevzuatına göre baştan itibaren aykırı olduğunun öğrenilmesi- sözleşme, mutlak butlanla batıl olup, hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.(UYGUR 2013: 637; İNAL 2011: 415).

Burada bahse konu edilen yüklenicinin teslim borcu sebebiyle temerrüde düşürülememesi sonucunu doğuran imkânsızlık halleri, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabilecek sürekli ve objektif imkânsızlık hali(AYAN 2008: 58) ve maddi veya hukuki imkânsızlık halidir.(ERMAN 2007: 58)

İnşaatın bir doğal afet sebebiyle tamamen yıkılması maddi imkânsızlık iken; inşaatın yapım izninin iptal edilmesi, hukuki imkânsızlığa örnektir.(SABUNCU 2012: 100)

Sözleşme kurulduktan sonra borç henüz muaccel olmadan imkânsız hale gelmişse, borcun ifa edilememesi temerrüt olarak nitelendirilemeyecektir. Örneğin, sözleşme kurulduktan sonra imar planındaki bir değişiklik sebebiyle sözleşmede kararlaştırılan sayıda bağımsız bölüm yapma ve paylaşma imkânsız hale gelmişse, bu durumun sonuçları temerrüt hükümlerine göre değil; imkânsızlıktan yüklenicinin sorumlu olup olmadığına göre belirlenecektir.(OĞUZMAN/ÖZ 2017:C.1 352,353)

Edimin ifasının mümkün olmamasında yüklenicinin kusurlu olup olmaması, yüklenicinin temerrüdüne gidilememesi açısından bir fark yaratmayacak, yüklenicinin kusurlu olması halinde TBK 112. maddeye göre tazmin yükümlülüğü doğacakken, kusursuz olması halinde TBK 136. maddeye göre sözleşme ilişkisi hiçbir sorumluluk doğurmayacak şekilde ortadan kalkacaktır.(ÖZ 2016: 144)

3.2.3.2.3. İnşaatın teslim edilmemiş olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temel edimi yaptığı inşaatı ortak alan ve bağımsız bölümlerle birlikte sözleşmeye uygun şekilde teslimidir.

Edimlerden bir kısmının, örneğin, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin ifa edilmiş olması, ancak ortak alanların ifa edilmemiş olması temerrüde düşürme hakkının kullanılmasına engel olmayacaktır. Ancak dürüstlük kuralları doğrultusunda yerine getirilmeyen edime rağmen ifanın kabulünün zorunlu olabileceği durumların varlığı da unutulmamalıdır.(OĞUZMAN/ÖZ 2017: C.1 358; TANDOĞAN 2010: 130)

Yüklenicinin teslim için bildirimde bulunması ya da arsa sahibinin inşaatın bitmiş olduğunu bildirimde bulunulmasa da tespit edebilmesi, teslim borcunun ifasının gerçekleşmiş sayılması için yeterli olmayıp, teslim borcunun ifa edildiğinin söylenebilmesi için inşa işinin yapımı aşamasında kullanılan malzeme, araç-gereç ve atıkların tamamen kaldırılması gerekmektedir. Bu işlerin geciktirilmesi halinde kalan malzeme, araç-gereç ve atıkların arsa sahibinin inşaattan yararlanmasına engel olup olmadığına göre teslim borcunu yerine getirip getirmediği ve yüklenici aleyhine temerrüt hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı belirlenebilecektir.(ÖZ 2016:144)

Taraflar, teslim borcunun gerçekleşmesini sözleşme ile bir şarta bağlamışlarsa ve şart gerçekleşmedikçe yüklenici teslim borcunu ifa edemeyeceğinden temerrüt hükümlerinden sorumlu olabilecektir. Ancak şart gerçekleşmemiş olmasına rağmen, arsa sahibi bu duruma ihtirazı bir kayıt koymadan kendisine ait bağımsız bölümleri kullanmaya başlamış ise hakkaniyet gereği inşaatı teslim aldığı ve artık yükleniciyi temerrüde düşüremeyeceği kabul edilmelidir.(ÖZ 2016: 144; SELİÇİ 1976: 37)

3.2.3.2.4. Arsa sahibinin ihtarda bulunmuş olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 1.fikrasında;“Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre borçlunun temerrüdü için kural, borcun muaccel olması ve bu muaccel borcun ihtar edilmesidir. Teslim borcunun muaccel olmasından önce yapılan ihtar, borçluyu temerrüde düşürmez.(BÜYÜKAY 2014: 132)Genel olarak ihtar, hukuki işlem benzeri bir beyan olarak kabul edilir, zira ihtara bağlanan hukuki sonuçlar alacaklı tarafından bilinmese veya öngörülme dahi doğar. (KARAHASAN 2004: 494; REİSOĞLU 2007: 329; TUNÇOMAĞ 1965: 508)İhtarın geçerliliği, kural olarak, herhangi bir şekle tabi değildir. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 1993: 1225).Her ne kadar Yargıtay 15. H.D, 11.05.1982, 1719/2236. sayılı kararında

tacirler arası ihtarin noter marifeti ile veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapılmasının geçerlilik şartı olduğuna hükmetmiş ise de bu şartın ispat şartı olduğu kabul edilmektedir.(DAYINLARLI 2008: 68; KARAHASAN 2004: 893; ÖZ 2016: 145)

İhtar ile yapılacak ifa talebi bildiriminin borca uygun olması gerekir. Aksi durumda ihtar, borçlunun ihtar ile yöneltilen beyanda yer alan ifa talebinin kabul ettiği kısmı için geçerli olacak, kabul edilmeyen kısım için temerrüt meydana gelmeyecektir. (OĞUZMAN/ÖZ 2017; C.1 460,461)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ihtar, yüklenicinin vadesi gelmiş olan inşaatı teslim borcunu yerine getirmesi için arsa sahibi tarafından yapılan bir bildirimdir. İhtarın amacı, temerrüt hükümlerinin uygulanması halinde doğacak ağır hukuki sonuçların engellenebilmesi için yüklenicinin son bir kez uyarılmasıdır.(DAYINLARLI 2008: 63; ERGEZEN 2007: 102)

Eğer arsa sahibi ile yüklenici vade gününü sözleşmede belirli veya belirlenebilir bir gün olarak kararlaştırmışlarsa ya da taraflar vade gününü sözleşme ile saklı tuttıkları bir hakka dayanarak sözleşmenin taraflarından birinin uygun bir usul ile bildirimde bulunmasını vadenin başlangıcı olarak kabul etmeleri halinde sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde yüklenici ihbar veya belirlenen tarihin gelmesiyle birlikte ihtara gerek kalmaksızın yüklenici kendiliğinden temerrüde düşecektir.(Yargıtay 15. H.D 01.05.1989, 4112/2240; TUNÇOMAĞ 1965: 910; DUMAN 2016: 393)

Yine, bazı durumlarda arsa sahibinin ihtarda bulunmasına somut olay ve durumlar gereğince gerek kalmayabilmektedir. Kimi zaman yüklenici inşaaata devam etmeyeceğini arsa sahibine net bir şekilde bildirmekte ya da somut olayda inşaat alanından bütün araç ve gereçlerini çektiği ve inşaatı terk ettiği anlaşılabilmektedir. Bunun gibi durumlarda arsa sahibinin bir ihtarda bulunması gerekmez yüklenici temerrüde düşmüş sayılır. (DUMAN 2016: 393)

3.2.3.3. Yüklenicinin temerrüdünün sonuçları

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi ile yüklenici arasındaki borçlar kendiliğinden sona ermez. Karşılıklı borçlar devam eder.(EREN 2017: 1055 vd. İNAL 2011: 416)

Yüklenici temerrüdünde arsa sahibi zamanaşımı süresince aynen ifayı her zaman talep edebilir, yüklenici de edimini gereği gibi ifa ederse arsa sahibi bu ifayı kabul etmek zorundadır.(TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 1993: 1233; İNAL 2017: 223 bknz: Yargıtay 15. H.D. 30.04.2001 tarih ve E. 2001/338, K. OĞUZMAN/ÖZ 2017: C.1 373) sayılı, yüklenicinin temerrüdüne karşın arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmediği bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ihtara ve eserin tamamlanıp teslim edilmemesine rağmen arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmeye zorlanamayacağına ve eserin teslim edilmemesinden doğan tazminattan hiçbir indirim yapılmadan arsa sahibine ödenmesine dair karar.).

Türk Borçlar Kanununun 123-125 inci maddelerinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin özel olarak hükümler düzenlenmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması özelliğinden dolayı bu hükümler arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulama alanı bulabilecektir.

Buna göre temerrüde düşen borçluya karşı alacaklıya bazı koşulları yerine getirmiş olması koşuluyla üç ayrı seçimlik hak tanınmaktadır:

1. Borcun aynen ifasını ve gecikme tazminatını talep edebilir.
- 2.Aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan(müspet) zararlarının tazminini talep edebilir.
- 3.Sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir.

3.2.3.4. Arsa sahibinin seçimlik hakları kullanabilmesinin koşulları

3.2.3.4.1. Yükleniciye uygun bir ek süre (mehil) verilmiş olması

Mehil, arsa sahibinin mütemerrit yükleniciye inşaatın tamamlanması veya teslim edilmesi için tanıyacağı ek bir süredir.TBK'nın123 üncü maddesinde “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Ancak belirtilmelidir ki, yüklenicinin borcunun aynen ifasını ve gecikme tazminatını talep edebilmesi her zaman için mümkündür. Bunun için temerrüde düşen yükleniciye ek süre verilmesi zorunlu değildir.

Arsa sahibinin diğer seçimlik hakları kullanabilmesi için kural olarak yükleniciye süre vermiş olması gerekir. Yüklenici bu süre içerisinde borcunu ifa etmezse arsa sahibi iki seçimlik hakkından birini kullanabilir.(BUZ 2014: 107; REİSOĞLU 2008: 309,310)

Ancak bazı hallerde mehil tayin edilmeksizin de bu hak kullanılabilir. TBK 124 üncü maddeye göre;

1. Yüklenicinin davranışlarından mehil verilse bile yüklenicinin inşaatı tamamlayamayacağı anlaşılıyorsa arsa sahibi mehil vermeden de seçimlik haklarını kullanabilir. Yüklenicinin ihtar çekerek ya da haber vererek açık bir şekilde borcunu yerine getirmeyeceğini ifade etmesi veya iflas etmesi, kaçması nedeniyle inşaatın tamamen durması gibi davranışları mehil verilmesinin yüklenicinin borcunu ifası için bir anlamı olmayacak niteliktedir.(REİSOĞLU 2007: 335; DAYINLARLI 2008: 90; ERGEZEN 2007: 104)

2. Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibi bakımından edimin yararsız hale gelmesi durumunda da arsa sahibi ek süre vermeden seçimlik haklardan birini kullanabilecektir.

3.Sözleşmede edimin ifası için kesin bir süre belirlenmişse artık burada da son süre verilmesine gerek yoktur. Kesin süre borcun mutlaka belirlenen gün veya mutlaka belirli bir güne kadar ifa edilmesinin kararlaştırıldığı vadedir.(EREN 2017: 1043; TANDOĞAN 2010: 142,143). Ancak verilen sürenin kesin vade olup olmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, “İnşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay sonra inşaat teslim edilecektir.” ifadesinden inşaat ruhsatının alınacağı tarih net olarak belli olamayacağından, kesin vade anlamının çıkmayacağı ve ek süre tayin edilmesi gerektiği; yapılan bir inşaat sözleşmesinde “İnşaatın sözleşmenin yapılmasından itibaren 18 ay sonra teslim edilmesi gerekir.” ifadesinden sözleşme yapıldığında o günden itibaren 18 ay sonrası hesap edip teslimi gerçekleştireceği tarih çıkartılabileceğinden kesin vade anlamının çıkacağı ve ek süre verilmesine gerek olmayacağı kabul edilmelidir. (ŞAHİN 2012: 193)

3.2.3.4.2.Arsa sahibinin seçimlik hakları derhal kullanması

TBK 124. maddeye göre, borçlunun temerrüdü halinde, arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için borcun aynen ifasını ve gecikme tazminatını isteme hakkından vazgeçtiğini “hemen” bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Kural olarak arsa sahibinin mehilden sonra hangi hakkı kullandığını somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralı esas alınarak makul bir sürede bildirmemiş olması halinde seçimlik haklarını kaybedecek ve karineten aynen ifa ile gecikme tazminatını talep etmiş olacaktır.(DUMAN 2016: 409)Ancak bu durum mutlak değildir. Her ne kadar arsa sahibi yükleniciye zarar vermek yahut borcu ağırlaştırarak kendine çıkar sağlamak kastı ile hareket ettiği hallerde M.K. md.2 uyarınca hakkın açıkça kötüye kullanılması gündeme gelebilecekse de (KARTAL 1993: 88,89; SELİÇİ 1978: 75; BUZ 2014: 76)Yargıtay dönme hakkının iyi niyet kurallarına aykırı olarak geciktirildiği hallerde gerek iadenin kapsamı ve menfi zararın hesaplanması bakımından dönme hakkının iyi niyet kurallarına göre kullanılması gerektiği tarihi esas almaktadır.)doktrinde de genel olarak kabul edildiği üzere mehilden sonra arsa sahibinin hangi hakkı kullandığını ikinci ek bir süre tanıyarak sonrasında bildirdiği durumlar da olabilmektedir.(REİSOĞLU 2008: 339; ÖZ 2016: 126,127; UYGUR 2013: 642)

Bununla beraber ifa için süre verilmesini gerektirmeyen haller için seçimlik hakkını kullandığını bildirmenin gerekli olup olmadığı ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.(Bu husustaki bir görüş, “hemen” bildirmenin arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanması için zorunlu bir şart olduğundan yola çıkarak 124. maddede düzenlenen süre verilmesini gerektirmeyen durumların sadece süre verme zorunluluğundan muaf tutulmak için düzenlendiğini arsa sahibinin bildirim yapma zorunluluğunun devam ettiğini ileri sürmektedir. (EREN 2017: 113) bir diğer görüş ise süre tayinine gerek olmayan hallerde bildirimde de gerek olmadığına ilişkindir. (KARTAL 1993: 97,98) Bizim de katıldığımız görüşe göre bildirim yükümlülüğü, yüklenicinin davranışlarından süre verilmesinin faydasız kalacağı anlaşılan haller hariç olmak üzere aranmamalıdır,(OĞUZMAN/ÖZ 2017: C.1, 463-465)çünkü yüklenicinin davranışlarından süre verilmesinin faydasız kalacağı anlaşılan hallerde, somut olayın özelliklerine göre oluşabilmesi muhtemel tereddütlerin giderilmesi ve yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştırmamak adına derhal bildirim yükümlülüğünün aranması hakkaniyete uygun olacaktır.

Seçimlik haklarından birini seçip bunu yükleniciye bildirmiş olan arsa sahibi diğer haklarından vazgeçmiş sayılacaktır. Aksi, yüklenicinin de değişikliği kabullenmesi durumudur.(AYDEMİR 2016: 501-502; KOSTAKOĞLU 2017: 594,595; Y. 15. H.D. 14.10.2005 T. E.2005/5335K.5448 s. kararı: “...Somut olayda, davalı inşaatı

sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim etmediği gibi kusursuz olduğunu da ispat edememiştir. Bu durumda arsa sahibi ifa yerine geçen olumlu zararını istemekte haklıdır. Arsa sahibi bu nevi durumlarda kendisine düşecek bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarih itibarıyla bitmiş haldeki rayiç değerlerini olumlu zarar olarak talep edebilir. Seçimlik hakkını olumlu zarar yönünde kullanan arsa sahibi eksik işler bedeli, cezai şart, kira tazminatı vs. taleplerde ise bulunamaz.”).

3.2.3.5. Arsa sahibinin seçimlik hakları

3.2.3.5.1. Arsa Sahibinin Aynen İfa ve Gecikme Tazminatını Talep Etmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi yüklenicinin temerrüde düşmüş olması durumunda arsa sahibi aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilmesi için yükleniciye bir mehil tanınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Aynı zamanda yükleniciye süre verilmiş olmasına rağmen arsa sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini hemen bildirmemişse karine olarak gecikmiş ifayı istediği kabul edilmektedir. Alacaklının aynen ifayı talep etmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmez.(EREN 2017: 1071).Aynen ifa, yüklenici inşaatı tamamlamasına rağmen teslim etmiyorsa istenebilecektir. Ancak bazı durumlarda aynen ifa talebi gerçekleştirilemeyebilir. Örneğin inşaatı tamamlamamış bir yükleniciye inşaat zorla yaptırılmaz.(ÖZ 2016:153,154)

Bu durumda TBK 113. maddesine uygun olarak arsa sahibi, masrafı yükleniciye ait olmak üzere inşaatın yapılması için kendisinin yetkili kılınmasını talep edebilecektir. Ancak bu durumda borç yüklenicinin nam ve hesabına yapıldığından aynen ifa sağlanmış olmamaktadır. Bu bakımdan anılan hüküm aynen ifayı sağlayan bir hüküm değil; tazminat hükmü olarak nitelendirildiğinden arsa sahibinin arsa payı devir borcu kendi yetkisinde yapılan inşaatın değeri oranında ortadan kalkacaktır. (ÖZ 2016:153,154; ERMAN 2010:135)

Mahkemenin vermiş olduğu kararın kesinleşmesinden sonra uygun bir süre içerisinde arsa sahibi tarafından eksik işler tamamlanmış olmalıdır. Aksi takdirde, fiyat artışından dolayı yüklenici sorumlu olur. Aynı zamanda gerçek giderlerin rayiç fiyatlara uygun olması gerekir.(KOSTAKOĞLU 2017: 500)

Gecikme tazminatı, ifanın zorunlu bir sonucu veya eki olmadığı için iş sahibi sadece aynen ifayı isteyebileceği gibi, ifa ile birlikte gecikme tazminatını da

isteyebilir.(AYDEMİR 2016: 475-476).Gecikme tazminatının kapsamına, fiili zarar ve yoksun kalınan kar kalemleri (EREN 2017: 411); geç kalma nedeni ile mahrum kalınan kira bedeli veya geç kalma nedeni ile satımdan yoksun kalınan kar, gecikme yüzünden başka yerde oturuyorsa bu yüzden ödemek zorunda olduğu kira bedeli, binanın zamanında teslim edileceği düşünülerek üçüncü kişiler ile yaptığı bağlantılar ile zamanında yerine getirememesi yüzünden uğradığı veya zorunda kaldığı tazminat veya cezai şart gibi bedelleri, geç teslim nedeni ile artmasına yol açılan vergi, harç gibi giderler girebilecektir. Ancak bu tazminatın kapsamına manevi üzüntü ve acının telafisi için öngörülen manevi tazminat dâhil olmayacaktır. (FEYZİOĞLU 1977: 243). Yüklenici gecikmede kusuru bulunmadığını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilir.(Yargıtay 15. HD. 08.05.1990, 858/2076)gecikme tazminatında ihtar tarihi esas alınacak ancak ihtarla gerek olmayan hallerde de muacceliyetin gerçekleştiği tarih göz önünde bulundurulacaktır. (EREN 2017: 1051)

Ayrıca taraflar sözleşme ile yüklenicinin geciktiği her gün için belirli bir cezai şart ödeyeceğini kararlaştırmış olabilirler. Sözleşmede aksine hüküm yoksa müteahhidi temerrüde düşürmek için gerekli ihtar yapılmasa bile teslim gününün geçirilmesiyle ceza işlemeye başlar. Ancak aksi kararlaştırılmadıkça yüklenici gecikmede kusuru olmadığını, gecikmenin kendisine isnat edilemeyeceğini kanıtlayarak cezai şartı ödemekten kurtulabilir.(KOSTAKOĞLU 2017: 502-503); ERMAN 2010: 80)

3.2.3.5.2. Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararı talep hakkı

TBK' nun 125. maddesinin 2. fıkrası gereğince alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir.

Aynen ifadan vazgeçip müspet zararı talep hakkı bir seçimlik haktır. Arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü halinde müspet zararının karşılanmasını isteyebilmesi için, kural olarak yükleniciye inşaatın tamamlanması için makul bir süre vermiş olması, belirlenen bu süre sonunda inşaatın tamamlanmaması ve arsa sahibinin aynen ifa talebinden vazgeçtiğini hemen bildirmesi gerekmektedir.(ERMAN 2010: 92; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 1993: 960)

Aynen ifa talebinden vazgeçmek, inşaatı başlanmamışsa artık başlanmaması; başlanmışsa da olduğu noktada bırakılması istemidir. İnşaatı tamamlama borcu, arsa sahibinin müspet zararını giderme borcuna dönüşür(DUMAN 2016: 390). Bu

anlamda sözleşme ilişkisi sona ermiş olmaz(SEROZAN 2007: 78). Sözleşmenin konusu olan asli edim değişmektedir.(BUZ 2014 109; EREN 2017: 1052)

Eğer alacaklı, borçluya yapmış olduğu süre bildiriminde verilen süre içerisinde borcun ifa edilmemesi halinde ifanın artık kabul edilmeyeceğini bildirmişse bu durumda artık alacaklı aynen ifa talep ederek gecikme tazminatı talep edemez. Sadece seçimlik haklarını kullanarak müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.(ÇETİN 2011: 72)

Arsa sahibinin talep edebileceği müspet zarar(Müspet Zarar: Arsa sahibinin, inşaatın tamamlanmaması sebebiyle ya da tamamlanmış olmasına rağmen teslim borcunun ifa edilmemesi sebebiyle doğan zararır.) (DUMAN 2016: 405; EREN 2017: 1073; ERGÜNE 2008: 55; REİSOĞLU 2007: 346)temerrüde konu edim ifa edilseydi arsa sahibinin mameleki ne durumda olacaktıysa bu durum ile edimin yerine getirilmemesi arasındaki farktır. Yargıtay 15. H.D 18.07.2005, 2004/6922 E. 2005/4298 K. (www.sinerjimevzuat.com): “...Davacı B.K 106. Maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifadan vazgeçerek bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından, bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibarı ile piyasa rayiç bedellerinin davacının istek ve miktarı da gözetilerek karar altına alınması gerekmektedir. ”Dolayısıyla müspet zararın kapsamına yoksun kalınan karda girecektir.

Her ne kadar 125. maddede müspet zararın tazmini için kusurdan söz edilmese de; müspet zararın talebi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiği kabul edilmektedir. (KILIÇOĞLU 2017: 549)Ancak yüklenici kusurlu olmadığını ispat ederse tazminat ödemekten kurtulabilir.(OĞUZMAN/ÖZ 2017: C.1, 359,360)

Arsa sahibinin müspet zararının karşılanması ile arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaat sağlanmış olacak arsa sahibinin karşı edimi olan arsa paylarının devri konusu gündeme gelecektir. Bu durumda arsa sahibi bu edimini arsa paylarının devri yoluyla mı yoksa bu paylara karşılık gelen bedelin yükleniciye verilmesi yoluyla mı ifa edecektir? Doktrinde bu hususta iki farklı sonuç doğuran iki teoriden bahsedilmektedir.(ERMAN 2010: 92,93)

Bunlardan birincisi “mübadele teorisi” dir. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 1993: 869,870) Buna göre arsa sahibi

ifa edilmeyen edimin tam değerini elde eder, ancak kendisine dūřen karşı edimi de yerine getirir.(BUZ 2014: 109; EREN 2017: 1025; ERMAN 2010: 93; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĐLU/ALTOP 1993: 1299) Bu teoriye gőre, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığı yalnızca borçlandığı edimin tazminat borcuna dönüşmesine sebep olur. Alacaklı karşı edimini aynen alamamış olsa bile, kendi edimini ifa etmekle yükümlüdür.(EREN 2017: 1025; HAVUTÇU 1995: 77)

“Fark teorisi” olarak kabul edilen diğer teoriye göre ise;(EREN 2017: 1025; HAVUTÇU 1995: 77; ERGÜNE 2008: 14; ERMAN 2010: 93) karşılıklı edimlerin değerlerinin farkı, arsa sahibinin tazminatı olarak hesaplanacak, arsa sahibi yükleniciye arsa paylarını devretmekle yükümlü olmayacaktır. Bu durumda arsa sahibi sözleşme ile belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretme borcundan kurtulacak, talep edeceği müspet zarardan bu payların değeri düşülecektir. Arsa paylarının değeri, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini beyan ettiği tarihe göre hesaplanır.(ERMAN 2010: 93)

Doktrinde her ne kadar fark teorisinin sorunların çözümünde daha etkin olacağı savunulsa da bazı durumlarda sorunun çözümüne katkısı olmayacaktır.(SABUNCU 2012: 116) “Örneğin inşaata başlanmadan önce arsa payları müteahhide devredilmişse ve hatta yükleniciye bunları üçüncü kişilere satmışsa, fark teorisi burada yetersiz kalacaktır, çünkü arsa paylarını daha önceden devreden arsa sahibi sözleşmeyi feshetmeden arsa paylarının kendisine geri verilmesi imkânını bulamayacaktır. Müspet zarar isteminin söz konusu olabilmesi için ise sözleşme ilişkisinin devamı zorunludur. Bu haliyle de daha önce devrettiği arsa paylarının kendisine geri verilme imkânını bulamayan arsa sahibinin mübadele teorisi doğrultusunda arsa paylarının müteahhide veya üçüncü kişilere devrine razı olması gerekmektedir.”)Nitekim Yargıtay’ın da mübadele teorisini benimsediği kararlarını görmek mümkündür.(Yargıtay 13. H.D 31.12.1992, 8672/10221.)

Doktrinde tartışıla gelen bir diğer husus müspet zarar hesabında gecikmeden doğan zararın da göz önüne alınıp alınmayacağıdır. Bazı yazarlar, (TANDOĞAN 2010: 140) arsa sahibinin ifadan vazgeçerek gecikmiş ifayı istemesi halinden daha ağır bir duruma düşmemesi gerektiği gerekçesi ile müspet zarar kalemine gecikme sebebiyle uğranılan zararların da katılması gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, kanun hükmü açıkça müspet zararın istenebilmesi için

aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçildiğinin bildirilmesini aradığından gecikme tazminatı isteniyorsa aynen ifadan vazgeçilmemesi gerekmektedir.(KOSTAKOĞLU 2017: 504,505)

3.2.3.5.3. Arsa sahibinin sözleşmeden dönme ve menfi zararını talep hakkı

Arsa sahibinin sözleşmeden dönerek menfi zararını talep hakkını kullanabilmesi için kural olarak verilen ek sürenin dolmasıyla hemen bu hakkını kullanmak üzere bildirimde bulunması gerekmektedir. Ancak yüklenici sözleşmeden dönmeyi kabul etmezse mahkemece dönme talebinin haklı olup olmadığına karar verilecektir. Eğer mahkeme davayı reddederse, sözleşme yürürlükte kalmaya devam eder. Ancak Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde eleştirilmektedir.(SEROZAN 2007: 474,475; AYAN 2008: 253; ERMAN 2010: 95)

Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin kurulmasından önceki durumun yeniden tesisini sağlayan tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan ve şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir haklıdır.(BUZ 2014: 620,621; BUZ 2005: 302; DUMAN 2008:418; SEROZAN 2007: 58; EREN 2017: 1075)

Eklenmelidir ki arsa sahibi birden fazla ise dönme beyanının da hepsi tarafından yapılması gerekir.(Yargıtay 15. HD. 17.07.2007 tarih ve E.2006/3586, K.2007/4883 sayılı kararı: "(...)Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tüm paydaşların katılımı ile yapılması gerektiği gibi feshin de tüm paydaşların katılımı ile istenmesi gerekir(...)")

Bu bağlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde dönme hakkı, yenilik doğuran haklardan olması sebebiyle sözleşme ilişkisine doğrudan etkide bulunmakta ve yükleniciye varmakla hukuki sonuçlarını doğurmaya başlamakta olup; aksi kararlaştırılmış olmadıkça herhangi bir şekle tabi değildir ve dönme beyanı açık veya örtülü biçimde yapılabilir.(Yargıtay 15.HD. 19.12.2005 tarih ve 2005/7707 E.2005/6899 K. sayılı kararı: "Fesih iradesinin açık bir irade beyanı ile karşı tarafa bildirilmesi mümkün olduğu gibi, bu iradenin bir eylem biçimi ile de duyurulması mümkündür, Somut olayda; davacı yüklenici davada gerçekleştirdiği imalat bedelinin tahsilini talep etmiştir. Davacı imalat bedelini istediğinden, bu talebi ile sözleşmeyi feshettiği de anlaşılmaktadır. Davalı arsa sahipleri de davadan sonra keşide ettikleri ihtar ile sözleşmeyi feshettiklerinden fesih konusunda taraf iradeleri birleşmiştir. Fesih iradeleri birleştiğinden imalat bedeli yönünden feshin haklı olup

olmamasının önemi yoktur. Fesih sonucu işin tasfiyesi gerekeceğinden, davacı yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, dava tarihi itibarıyla gerçekleştirdiği arsa sahiplerinin yararlanabileceği ekonomik değeri olan ve malvarlıklarında artış sağlayan imalat bedelini isteyebilir." (SEROZAN 2007: 46-48; DAYINLARLI 2008: 103)

Dönme hakkının ne olduğu ve etkisi hususunda özellikle (BUZ 2014: 124,125; AYAN 2008:268,269) aynı etkili dönme teorisi (ERDAŞ 2011: 90) "Aynı etkili dönme teorisine göre; geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemi gerektirmeyen tasarruf işlemleri dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sebepsiz zenginleşme niteliği kazanırken; geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemi gerektiren tescil gibi tasarruf işlemleri dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte geçersiz hale gelmekte ve mülkiyet talebi ile taşınmazlar da tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile istenir. Hukuki temelden yoksun kalan tasarruf işlemi dönme beyanı anından değil, tescilin yapıldığı andan itibaren yolsuzlaşmış olur." ile "yeni dönme teorisi" (ERDAŞ 2011: 95) Yeni dönme teorisine göre; "dönme beyanı, sözleşmenin geçerliliğine herhangi bir etkide bulunmamakta sadece sözleşme ilişkisini bir tasfiye ilişkisine dönüştürmektedir. Başka bir deyişle dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme içerik değiştirmekte ve tasfiye amacıyla varlığına devam etmektedir. Bu nedenle sözleşmeden doğan ve yerine getirilen edimler yine aynı sözleşmeden doğan bir iade borcu niteliğine kavuşur. Sözleşmeden dönme sadece borçlandırıcı edimlere etki eder daha önce devredilmiş aynı hakların geçerliliğine ise dokunmaz. Zaten temel ilişki sona ermediğinden temel ilişkinin ifası bir tasarruf işlemi ile gerçekleşmişse bu tasarruf geçerlidir. Geçerli bir tasarruf işlemi ile mülkiyet edinene geçeceğinden bu kişiye karşı istihkak ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası da açılmaz." arasında doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından dönme talebine bakıldığında arsa sahibinin iradesi, menfaati kalmadığı mevcut sözleşme ilişkisinden kurtulmaya yöneliktir. Oysa yeni dönme teorisine göre dönme ile sözleşme varlığını devam ettirmekte sözleşme iade borcunun ifası ile sona ermektedir. (BUZ 2014: 134,135; AYAN 2008, 270) Bir sözleşme ilişkisinin yeni dönme teorisinin esas aldığı şekilde içerik değiştirerek devam edebilmesi için tamamlayıcı bir hukuk kuralı ve taraf iradeleri gerekeceğinden (BUZ 2014: 134,135; AYAN 2008, 270) arsa payı karşılığı

inşaat sözleşmelerinde bu teorinin benimsenmesinin uygun olmayacağı düşünülmektedir.

Bir halde; sözleşmenin devamının arsa sahibi için çekilmez hale gelmesi durumu haricinde sözleşmede fesih itibariyle uygulanacak tasfiye işlemlerine ayrıntılı olarak yer verilmiş ve sözleşme uygun olarak fesih edilmiş ise yeni dönme teorisi uygulama alanı bulacaktır.

Diğer halde ise; dönme hakkının geçerli olarak kullanıldığı takdirde sözleşmenin aynı etkili dönme teorisine uygun olarak üçüncü kişilerin durumları da değerlendirilerek, tapu iptal ve tesciline karar verilmesi ile tescilin yapıldığı anda sözleşmeden dönüldüğünün de kabulü gerekmektedir.

Aynı etkili dönme teorisi benimsenirse sözleşmeden dönülmesi üzerine arsa sahibi-tasarruf işlemi niteliğinde olan devrettiği arsa paylarını istihkak davası ile isteyebilirken, yeni dönme teorisine göre sözleşme hukuku kuralları uygulanmaya devam edileceğinden iade talebi şahsi bir borç olacak ve sözleşmelere ilişkin kurallara tabi tutulacaktır.(ERDAŞ 2011: 95) Bu şekilde arsa sahibinin menfaatlerinin korunması güçleşecek ve telafisi imkânsız sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Bizim görüşümüze göre ise sözleşmeden dönme hakkının geçerli bir şekilde kullanılması ile sözleşme, doğurmuş olduğu tüm sonuçlarla birlikte geçerliliğini yitirecek ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hareket edilecektir. Çalışmamızda sözleşmeden dönmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine olan etkisi aynı etkili dönme teorisine göre açıklanacaktır.

Bize göre sözleşmeden dönme öncelikle aradaki hukuksal ilişkiyi ortadan kaldırır. Sözleşmenin bu şekilde sonlandırılması, niteliği itibariyle başlangıçtaki duruma dönmeyi ve sözleşmeye bağlı yükümlülükler yönünden de gelecekteki sürecin ortadan kaldırılmasını zorunlu kılar.(AYDEMİR 2016: 498-499)Dönme hakkının seçilmesiyle sözleşme, sonuçlarını geriye etkili olarak meydana getirecektir. Bu suretle yüklenici yerine getirmediği borçlarını ifadan kurtulacak, daha önce verdiklerini de geri isteyebilecektir. (KARADAŞ 2016: 190) Arsa sahibi de borcundan kurtulacak, şayet borcunu daha önce ifa etmişse edimini geri isteyebilecektir.

Arsa paylarının inşaatın tesliminden sonra devredileceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, yüklenici, ileride doğacak olan arsa payı alacağına ilişkin, kendisinin ve alacağı temlik ettiği üçüncü kişilerin-iyiniyetli bile olsa- talep hakları sona erecektir,(REİSOĞLU 2008: 414; ÖZ 2016: 177) ancak söz konusu talep haklarının sona ermesi taraflar arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesine bağlıdır.

Belirtmek gerekir ki, üçüncü kişiler iyi niyetli olarak arsa payı devrine hak sağlamış olsa da, sözleşmenin tapuya şerh edilmiş olmasıyla arsa payı devrini ne şekilde sağladığının ve şerhli sözleşmede belirlendiği gibi sözleşmeden dönme halinde arsa payı devrinin iptalinin sağlanabileceğini bilmesi gerekmektedir. Bu halde, üçüncü kişinin de arsa sahibi ile yüklenici arasındaki güven ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir.

Yüklenicinin, arsa sahibi tarafından ifa edilmiş edimi geri verme borcuna sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Bu durum arsa sahibinin-iyi niyetli üçüncü kişilere devredilenler hariç- arsa paylarını istihkak davasıyla talep etmesine bir engel teşkil etmeyecektir.(BUZ 2014: 172)

Arsa paylarının baştan yükleniciye devredildiği sözleşmelerde arsa sahibi, yükleniciden, devretmiş olduğu arsa paylarının iadesini herhangi bir zamanaşımına bağlı kalmaksızın isteyebilir ve gerekirse tapu sicilinin düzeltilmesi(istihkak) davası açabilir. (KIRCA 2006: 92-94; BUZ 2014: 172; AYAN 2008: 274; KILIÇOĞLU 2017: 593; ÖZ 2016: 175,176) KARADAŞ 2016: 477) Zira taşınmaz mülkiyetinin devri, sebebe bağlı bir işlem olduğundan dönme beyanıyla birlikte yapılan tescil yolsuz tescil olacaktır.(KIRCA 2006: 89)Ancak yüklenicinin arsa paylarını dönme beyanından önce üçüncü kişiye devretmesi halinde tescil geçerli olacak, dönme beyanından sonra üçüncü kişilere devredilmesi halinde tescil yolsuz olsa dahi iyi niyetli üçüncü kişiler korunacaktır. Arsa sahibi ancak iadenin imkânsızlaşması sebebiyle zararlarının tazminini yükleniciden isteyebilecektir.(KIRCA 2006: 87 vd.)

Arsa paylarının yükleniciye inşaatın yapılan kısmıyla orantılı olarak kısım kısım devredileceği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi yapılan kısma yönelik dönme beyanında bulunulabilecek ve sadece o kısma ilişkin yüklenicinin iade borcu doğacaktır.(ERDAŞ 2011: 105)

Arsa sahibinin sözleşmeden döndüğü tarihte şayet yüklenici henüz inşaaata başlamamışsa, arsa sahibinin iade borcundan söz edilemez. Buna karşılık yüklenici, inşaaata başlamış ve inşaatın bir kısmını yapmışsa bu durumda yapılan inşaat, arsanın bütünleyici parçası olacağından arsa sahibinin mülkiyetine geçecektir. Şu halde arsa sahibinin iade borcunun sebepsiz zenginleşmeden doğan bir iade borcu olduğu ve miktarının arsa sahibinin geri verme zamanında mülkiyet hakkına göre elinde bulunan zenginleşme miktarı olması gerektiği düşünülmektedir.(BUZ 2014: 220,221; ÖZ 2016: 175,177; KARADAŞ 2016: 163)

Yüklenicinin alacağını arsa payı olarak talep edebileceğine dair doktrinde görüş ileri sürülmüş olsa da bu durum, dönme hakkının geriye etkili olma niteliği ile bağdaşmayacağından, bizim de katıldığımız görüşe göre arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde yüklenici, inşaatın yapılan kısmıyla orantılı arsa payı(bağımsız bölüm) verilmesini talep edememelidir. Bu durumda yükleniciye kural olarak yapılan inşaatın değeri nakden iade edilmesi gerekse de(ÖZ 2016; 176 vd.; AYAN 2008: 274,275)dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeyi sona erdirmenin ileriye etkili sonuç doğuracağı -örneğin, yüklenicinin arsa payı alacağını iyi niyetli üçüncü kişilere temlik ettiği ve özellikle malvarlığının kötü durumda olduğu haller ile inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu- hallerde iade aynen yapılmalıdır.(AYAN 2008: 275,277)

Yüklenicinin temerrüde düşmesiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin etkileri hususundaki tartışmalar birçok bakımdan önem arz etmektedir. Öncelikle inşaatın büyük bir kısmının yapılmış olması durumunda yüklenicinin temerrüdü ile sözleşmenin geriye etkili olarak sonlandırılarak yüklenicinin sadece masraflarını talep edebilmesi-yapılan kısım ile orantılı payını alamaması arsa sahibinin zenginleşmesine yüklenicinin ise mağdur olmasına yol açacağından hakkaniyete aykırı olacağı ileri sürülmektedir. Bu husus ayrıca sözleşmeyi sonlandırma hakkının kullanılmasının sınırının nerede başlayıp nerede bitmesi gerektiğine dair de bir sorundur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin süre bakımından nasıl bir borç (ani-sürekli) doğurduğuna ilişkin olan tartışma da yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının sınırlarının belirlenmesinde etkilidir. Bütün bu sebeplerle doktrin arsa sahibinin sözleşmeyi sonlandırmasının ileriye etkili ve geriye etkili sonuç doğuracağını savunan kendi içlerinde nüans farklılıkları olan iki görüşe ayrılmıştır.

3.2.3.5.3.1. Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye etkili sonuç doğurması (fesih niteliğinde olması) gerektiği görüşü

Bu görüşü savunan yazarlardan biri olan Serozan, bu sözleşmenin sürekli-geçici karmaşığı bir sözleşme olduğunu inşaatın hazırlanmasının emek ve masraf gerektiren bir faaliyet olmasından dolayı somut duruma göre değerlendirme yapılarak bu emeğin korunması gerekiyorsa sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurması, böylelikle sona erme anına kadar tamamlanan kısma karşılık gelen payına kavuşması gerektiğini ileri sürmüştür.(SEROZAN 2007: 175,177; AKKAYAN YILDIRIM 2004: 68,69)

Karahasan, taraflar arasında bir dengenin kurulması gerektiğinden yola çıkarak yüklenicinin kusuru olmaksızın temerrüde düşmesi durumunda inşaatın sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara neden olacağı hallerde TMK. m.2 hükmüne göre sözleşmeden dönülmemesi diğer alternatiflerin uygulanmasını ifade etmiştir.(ÖZ 2016: 178)

Erman da bu sözleşmenin ani-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi olduğunu öne sürerek bazı hallerde sözleşmenin TMK m.2 ye göre ileriye etkili olarak sona erdirmek gerektiğini kabul gerekmektedir.(ÖZ 2016: 172 vd.; ERMAN 2007: 100,103)

Özetle bu görüşe göre özellikle inşaatın kaldırılmasının aşırı zarara yol açabileceği hallerde 818 sayılı BK m. 360/2 ve 360/3(TBK m. 475) kıyasen uygulanarak yüklenicinin temerrüde düşmesi ileriye etkili sonuç doğurmalı ve arsa sahibinden alacağı kar payı oranında indirim yapılarak arsa sahibince edimin ifa edilmesi gerekmektedir.

3.2.3.5.3.2. Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin geriye etkili sonuç doğurması (dönme niteliğinde olması) gerektiği görüşü

Bu görüşü savunan Tandoğan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğundan hareket ederek bu sözleşmenin sona ermesinin de her zaman geriye etkili sonuç doğurması gerektiğini ileri sürmektedir. Tandoğan, işi tamamlamayan yüklenicinin beklediği kardan orantılı bir pay almasını gerektirecek kadar korunmayı hak etmediğini düşünmektedir. İnşaat hangi oranda bitirilmiş olursa olsun temerrüde düşen yüklenici, sadece arsa sahibinin mamelekindeki artış kadar veya yaptığı kısmın objektif değeri kadar ve nakden iade talep edebilecektir. Yüklenicinin temerrüdünün 818 sayılı BK m.360'ın son fıkrası (TBK m. 475) ile

aynı yoğunlukta olmadığı bu hükmün ayıplı bir eserin kaldırılmasından doğacak aşırı zararı önlemek amacıyla konulduğunu bu nedenle kıyasen bu hükmün uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır.(AYAN 2008: 287)

Öz de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler olduğunu tekrar ederek Tandoğan'ın görüşlerinden farklı olarak yüklenicinin kusurlu olup olmamasına göre bir ayırım yapılarak kusursuz olarak temerrüde düşülmesi ve bunun ispatlanması halinde inşaatın yapılan kısmıyla orantılı olarak karşılaştırılan arsa payını isteyebilmelidir.(ÖZ 2016: 220,221; AYAN 2008: 288)

3.2.3.5.3.3. Yargıtay'ın görüşü

Yargıtay'ın da konu ile ilgili içtihatları bulunmaktadır. Öncelikle Yargıtay'ın arsa sahibinin ediminin ani, yüklenicinin ediminin sürekli bir edim borcu olmasından hareketle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ani-sürekli karmaşığı bir sözleşme olarak kabul ettiğini (YİBK. 25.01.1984 tarih, E.1983/3, K.1984/1 sayılı kararı) belirtmemiz gerekir.

İçtihadı Birleştirme Kurulunun 1984 tarihinde verdiği karardan(AYAN 2008: 292, 293; AKKAYAN YILDIRIM 2004: 70, 74) hareketle Yargıtay'ın somut olayın özelliklerine ve inşaatın seviyesinin haklı göstermesine göre MK.m.2 uyarınca sözleşmenin ileriye etkili sona erebileceğini, yüklenicinin yapılan kısmın bedelini aynen; arsa sahibinin ise müspet zararının tazminini talep edebileceğini düşündüğü anlaşılmaktadır.(AYAN 2008: 292,293; AKKAYAN YILDIRIM 2004: 70-74) Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erebileceği bir inşaat seviyesinin haklı gösterdiği hal ile ilgili olarak son yıllarda inşaatın %90-95 oranında bitirilmiş olmasını ancak herhalde inşaatın dürüstlük kuralı gereğince arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye gelmesinin arandığı anlaşılmaktadır.(AYAN 2008: 291; AKKAYAN YILDIRIM 2004: 79)

3.2.3.5.3.4. Görüşlerin değerlendirilmesi

Öncelikle tarafımızca sözleşme taraflarının asli edimlerinden birisinin arsa payı devri, diğerinin ise inşaatın teslimi olduğu kabul edildiğinden bu sözleşmenin ani edimli bir borç doğuran sözleşme niteliğinde olduğu görüşüne katılıyoruz. Bu nedenle, sözleşmenin kural olarak sona erdirilmesinin ileriye değil geriye etkisi olması gerekeceği düşünülmektedir.

Sözleşmenin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sona ermesinin ileriye etkili sonuç doğuracağını düşünen yazarların eBK. m.360'uncu (TBK m.475) maddenin kıyasen uygulanabileceği görüşlerine bir düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanabilmesi için o hususa ilişkin yasal bir düzenlemenin olmaması gerektiği düşüncesiyle katılmamaktayız. Çünkü TBK m.125' de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının borçlu temerrüdü durumunda kullanabileceği seçimlik haklarını düzenlemiş ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılma şartlarına ve sonuçlarına yer verilmiştir. Bununla birlikte arsa sahibinin sözleşmeyi geçmişe yönelik olarak sona erdirmesi her durumda hakkaniyete uygun ve kabul edilebilir olmayabilir. Bu hakkın kullanılmasına ilişkin bir sınırın belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın da kabul etmiş olduğu üzere inşaatın kabul edilmesinin dürüstlük kuralı uyarınca reddedilemeyeceği seviyeye gelmiş olması hallerinde sözleşmenin sona erdirilmesinin ileriye etkili sonuç doğurabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme seçimlik hakkı kullanıldığında, arsa sahibi menfi zarar talep edebilir. Sözleşmeden dönme halinde menfi zararın talep edileceğine ilişkin kural emredici olmayıp taraflar sözleşmeden dönme halinde müspet zarar istenebilmesini yahut cezai şart talep edilebileceğini kararlaştırmış olabilirler.(ÖZ 2016: 178 vd.; KILIÇOĞLU 2017: 540; KOSTAKOĞLU 2017: 596,597; AYAN 2008: 278,279) Menfi zarar Sözleşmenin yerine getirileceği inancı ile sözleşmenin yapılmasına karşın bu güvenin boşa çıkarılması dolayısıyla uğranılacak olan zarardır.(KILIÇOĞLU 2017: 919 vd.)

Menfi zararın istenebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir.

Ancak dikkat edilmelidir ki, yüklenicinin temerrüde düşmesinde veya sözleşmenin sona ermesinde arsa sahibi de kusurluysa arsa sahibi yükleniciden tazminat talep edemeyecektir.(KARADAŞ 2016: 177: Yargıtay 15. H.D. 06.12.2006 tarih, E.2006/4522, K.2006/7157 sayılı kararı：“(...)tazminat borcunun doğması için temel koşul kusur olduğundan tazminat isteyen tarafın da kusursuz olması kuraldır(...)”) Menfi zararın tazmini talebi, TBK. m. 146 hükmü gereğince, dönme beyanının hüküm ve sonuç doğurduğu andan itibaren işlemeye başlayacak olup on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.(YILDIRIM 2011: 113)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kararlarında genel olarak, menfi zarar kapsamında istenilebilecekler olarak; Sözleşmenin yapılması için gerekli olan giderler, sözleşmenin yerine getirilmesi ve edanın kabulü için yapılan masraflar, sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar(noter, posta, ihtar, ek süre verme, sözleşmeden dönme, dava açma masrafları, vekâlet ücreti, arsa sahibinin üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve iade harcamaları gibi masraflar(AYAN 2008: 279; BUZ 2014: 245; ERGÜNE 2008: 288,298; REİSOĞLU 2007: 421) sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar gibi kalemlerinin talep edilebileceği görüşündedir.

“Yoksun kalınan kâr” olarak da adlandırılan “kaçırılan fırsattan doğan zarar” ise; borçlunun sözleşmeye aykırı hareketinden dolayı, aynı malı elde etmek için ödemek zorunda kalınan tutar ile alacaklı, borçlu ile sözleşme yapmasaydı o sırada başka birisiyle sözleşme yapma şansı varsa o kişiye ödeyecek olduğu tutar arasındaki farktır.(ÖZ 2016: 174 vd.)

Menfi zararın tazminini isteyen iş sahibi, kaçırdığını ileri sürdüğü elverişli fırsatı, sonradan döndüğü sözleşme bağı bulunmasaydı, gerçekten değerlendirecek olduğunu güçlü bir olasılık şeklinde gösterebilmeli, inandırıcı somut delillerle ispatlayabilmelidir. Ayrıca sözleşmeden döndükten sonra aynı işi başkasına daha pahalıya yaptırmış veya yaptıracığı kesin olmalıdır.(ÖZ 2016:172 vd.)

Öte yandan aynı işi başkasına yaptıran arsa sahibi bu sayede bazı harcamalar yapmaktan kurtulmuş ya da yeni inşaat için yitirdiği binadan çıkan kalıntıları satarak gelir elde etmiş olabilir. Bu gibi hallerde menfi zarar hesaplanırken bu gelirler menfi zarardan düşülmelidir.(ÖZ 2016: 178; BUZ 2014: 272,273)

Menfi zararın tazmini talebi, TBK. m. 146 hükmü gereğince, dönme beyanının hüküm ve sonuç doğurduğu andan itibaren işlemeye başlayacak olan on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.(BUZ 2005: 275,276; EREN 2017: 1081)

3.2.4. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna esas olarak TBK m. 474-478 de yer verilen eser sözleşmesi kapsamında ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de yüklenici, sözleşme konusu inşaatta bulunan ayıplar bakımından ayıptan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu olacaktır.

3.2.4.1. Ayıptan sorumluluğun şartları

Yüklenicinin ayıptan sorumlu olabilmesi için arsa sahibine binayı tamamlayarak teslim etmiş olması gerekir. Ayıplı bir iş görmenin sonucu olarak ayıplı bir bina meydana gelmiş ve mevcut ayıp, arsa sahibinden kaynaklanmıyor olmalıdır.(GÜNEL 2014: 413)

3.2.4.1.1. Yapının teslim edilmiş olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, inşaatın bir bütün halinde tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmiş olması gerekir. (GÜNEL 2014: 413; BAYGIN 1999: 28; KARTAL 1993: 77; KAYA 1993: 56; UÇAR 2001: 89) Bu bakımdan yüklenicinin ayıptan sorumlu olma borcu inşaatı teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğindedir.(BAYGIN 1999: 28)

3.2.4.1.2. İnşaatın ayıplı olması

Ayıp, satıcının vaat ettiği veya alıcının dürüstlük kuralına göre satılardan beklediği vasıfların bulunmaması olarak tanımlanabileceği gibi inşaatın sözleşmeye ya da fenni şartlara uygun yapılmaması olarak da tanımlanabilir.(KOSTAKOĞLU 2017: 375,376)

Bağımsız bölümlerin inşası için hazırlanan plan, proje, teknik şartname ve diğer belgelere uygun yapılmayan inşaatın da ayıplı olduğu kabul edilir.(KAYA 1993: 56)Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıpla ilgili bir başka tanım, “İnşaatın sözleşme ile kararlaştırılan vasıflara uygun olarak tam ve doğru şekilde yapılmaması, bu sebeple arsa sahibinin sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaatin dürüstlük kuralı gereğince karşılanamaması anlamını taşır.(ARAL/AYRANCI 2015: 400; GÜNEL 2014: 413; KARTAL 1993: 77) şeklindedir.

Yargıtay ise ayıp kavramını; “Ayıp, bir malda veya imal edilen eserde sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken niteliklerin bulunmasıdır.”(Yargıtay 15.H.D 27.01.2009, 2008/489-2009/394) şeklinde tanımlamıştır.

Ayıp kavramına ilişkin bu tanımlardan yola çıkarak ayıbın iki şekilde olmasının mümkün olduğu söylenebilir.

İlk olarak ayıp, yüklenicinin sözleşmenin akdi sırasında inşaatta bulunacağını taahhüt ettiği niteliklerin inşaatta bulunmamasından kaynaklanabilir. İkinci olarak ise, sözleşmede kararlaştırılmamakla birlikte, inşaatta, kendisinden beklenen yararın sağlanabilmesi için gerekli niteliklerin eksikliği ayıba sebep olabilir.

3.2.4.1.2.1. 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 ayıplı sayılır.(TANDOĞAN 2010: 162)

Bazı durumlarda sözleşmede belirtilen niteliklerin olması binanın tahsis amacının gerçekleşmesini veya yapının kullanılabilirliğini engelleyebilir. Bu durumda kural olarak, sözleşmede belirtilen niteliklere uygun yapılan bir inşaat olduğundan ayıp hükümleri uygulanmamalıdır; ancak bu 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 varılması gerektiği (TANDOĞAN 2010: 163,164) öne sürülmüştür.

Taraflar sözleşmede eserin taşıyacağı asgari nitelikleri kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda arsa sahibi, niteliklerin asgari olarak belirtilen ölçünün üstünde olmadığını ileri sürerek ayıp hükümlerinden yararlanamaz, çünkü eserin ayıplı sayılması için söz konusu niteliklerin asgari seviyenin altında olması gerekir. (ERMAN 2007: 111)

Bununla beraber inşaatın eksik olan niteliklerine karşın, sözleşmede kararlaştırılan derecede kullanılabilir olması veya değer taşınması, inşaatın ayıplı sayılmayacağı anlamına gelmez.(KARTAL 1993: 76; KOSTAKOĞLU 2017: 384,385)

3.2.4.1.2.2. Gerekli niteliklerin eksikliği

Önceden sözleşme ile kararlaştırılmasa bile dürüstlük kurallarının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak yapının kendisinden beklenen yararı gerçekleştirmeye kısmen de olsa elverişsiz olması halinde ayıbın varlığının söz konusu olacağı ifade edilmektedir.(ÖZ 2016; 114) Yüklenici öncelikle, kullanılmaya elverişli ve normal yapıdaki bir eserin değerini ve kalitesini taşıyan bir inşaat yapmakla yükümlüdür.(BURCUOĞLU 1990: 285; TANDOĞAN 2010: 326)

Sözleşmenin genel mahiyetinden inşaatın ve malzemenin niteliğine ilişkin bir çıkarımda bulunulabilir. Örneğin, binanın yapım maliyeti ve yüklenici için öngörülen bedel, inşaatın genel durumuna ilişkin belirleyici emareler gösterebilir. Bu sayede öngörülen bu bedellerin normal maliyetlerin üstünde olması halinde yüklenicinin kullanacağı malzemenin yüksek kalite olması gerektiği sonucuna varılabilir. Sözleşmenin genel mahiyetinden inşaatın ve malzemenin niteliğine ilişkin bir çıkarımda bulunulamıyorsa, TBK m. 86'nden müteahhidin en azından orta kalitede bir eser teslim etmesi gerektiği çıkarılabilir.(BÜYÜKAY 2014: 101)

Sözleşmede özel bir kullanma amacı açıkça veya örtülü olarak öngörülmüşse, inşaat bu amaca elverişli olmalıdır. Yüklenicinin genellikle kabul edilmiş olan teknik kurallara uygun olarak yapıyı meydana getirmesi beklenir ve bu kurallara aykırılık eserin ayıplı olması sonucu doğurur. Bu konuda inşaatın yapıldığı yöredeki kuralların ve genel uygulamanın da göz önüne alınması gerekir.(ERMAN 2010: 124)

3.2.4.1.2.3. Ayıp çeşitleri ve eksik iş ile ilave iş kavramı

İnşaattaki ayıp çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

3.2.4.1.2.3.1. Ayıp çeşitleri

3.2.4.1.2.3.1.1. Açık ayıp-gizli ayıp

İnşaatın teslimi sırasında ilk bakışta göze çarpan veya dikkatli bir inceleme sonucu varlığı tespit edilebilen ayıplar açık ayıp iken; dikkatli bir inceleme ile tespit edilemeyen özel bir teknik inceleme ile veya bir zaman süreci sonucunda ortaya çıkan ayıplar gizli ayıptır. (KARADAŞ 2016: 136; KOSTAKOĞLU 2017: 377,379)

Bir konutun, sıva, boya işçiliği, kapıların kalitesi vb. şeklindeki ayıplar açık ayıp olarak kabul edilmekte iken; kolonlar, inşaat demirinin, çimentosunun yetersiz olması gizli ayıp kapsamında değerlendirilir.

Arsa sahibinin ayıptan doğan haklarından yararlanabilmesi için açık ayıpların bildirim gereklidir.(Y. 15. HD T. 22.2.2010, E. 2009/7485, K. 2010/1031:“BK'nın m. 359/1gereğince açık ayıplarda imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz o şeyi muayene ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur. Gizli ayıplarda ise BK m. 362/III uyarınca yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi vakıf olur olmaz

keyfiyeti yükleniciye haber vermek zorundadır. Aksi takdirde BK' nın 362/I hükmünde öngörüldüğü gibi yapılan şey kabul edilmiş ve bu suretle yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur.” (RUHİ 2013: 642)Gizli ayıbın ortaya çıkması üzerine ise, arsa sahibinin derhal yükleniciye haber vermesi gerekmektedir. Ancak yüklenicinin sorumluluğunun zamanaşımı ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır.(TANDOĞAN 2010: 324; GÜMÜŞ 2014: 60; AYDOĞDU/KAHVECİ 2017: 402)

3.2.4.1.2.3.1.2. Önemli ayıp-az önemli ayıp

TBK m. 475, “Eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı” veya “Eserin sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması” gibi, ayıbı önemli ayıp–az önemli ayıp şeklinde kategorilendirerek, bu ayırımın hukuki sonuçlarını belirlemiştir.

Önemli ayıp, inşaatın arsa sahibi tarafından tamamen ve kesin olarak kullanılamaması ve inşaatı kabule zorlanamaması durumunda ortaya çıkar.(UÇAR 2001: 131)

Sözleşmede arsa sahibinin inşaatı hangi amaçla kullanacağı belirlenmişse bu amaca uygun niteliklerin inşaatı bulunmaması halinde kural olarak arsa sahibinin ihtiyaçları bakımından inşaatın kullanılamayacak olduğu kabul edilir.(UÇAR 2001: 131) Arsa sahibi, bu durumda eserin önemli derecede ayıplı olmasından dolayı ayıba karşı sorumluluk hükümlerinden yararlanabilecektir. Ayrıca inşaattaki ayıbın az önemli olması da bir şeyi değiştirmeyecek; bu durumun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımadıkça yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu doğuracaktır.(BURCUOĞLU 1990: 286)

Önemli bir ayıp olmasına rağmen ayıp, kısa sürede düzeltilebilir nitelikte ise, örneğin inşaatın bir bölümü olan kalorifer kazanı kullanılamaz halde ancak kazanın onarılma veya değiştirilme imkânı bulunuyorsa arsa sahibinin bu ayıp sebebiyle inşaatı teslim almaktan kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Önemli ve az önemli ayıp ayrımı arsa sahibinin yararlanacağı hakların niteliğini belirlediği için özel bir öneme sahiptir. Buna ilişkin açıklama ileriki bölümlerde yapılacaktır.

3.2.4.1.2.3.1.3. Hukuki ayıp

Kamu hukuku hükümleri dolayısı ile eserden amaçlanan yararın sağlanmasına olanak tanınamaması arsa sahibinin inşaatın yararlanmasını ve üzerinde tasarruf etmesini engelleyen durum hukuki ayıptır.(BURCUOĞLU 1990: 286)Örneğin yüklenicinin almakla yükümlü olduğu iskân ruhsatını, imar mevzuatında değişiklik olması sebebi ile kendi kusurundan kaynaklanmayan sebepler ile alamaması halinde hukuki ayıbın varlığından söz edilebilecektir Yargıtay 15. HD. 30.10.1989 T. 1989/3061 E. 1989/4526 K. sayılı kararı.)Ancak Yargıtay son yıllarda yüklenicinin yapı kullanım iznini almamasını eksik iş olarak kabul etmektedir.(Y. 15. HD T. 25.5.1989, E. 1988/4421, K. 1989/2513:“Oturma izni alınmaması inşaat açısından hukuki bir ayıp oluşturur. Oturma izni bulunmayan bağımsız bölümlerin fiilen teslim alınmasına ve kullanılmasına engel bir durum yoktur”; (ŞAHİNİZ 2014: 44: Y. 15. HD T. 6.12.2007, E. 2006/6821, K. 2007/7876: “İskân ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez. Ayıp ihbarı ancak teslimden sonra yapılabilir. Bu nedenle de bilirkişilerce hesaplanan açık ayıplı imalatın bedeline hükmedilmesine gerekirken ayıp ihbarının yapılmadığından bahisle reddedilmesi doğru olmamıştır.”)

3.2.4.1.2.3.2. Eksik iş ve ayıplı iş kavramı

Eksik iş ve ayıplı iş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde birbirinden farklı anlamları ve sonuçları olan iki farklı sözleşmeye aykırılık halidir. Eksik iş, yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıplı iş ise, eserde olması gereken vasıfla, fiilen mevcut olan farkları ifade eder.(ŞAHİNİZ 2014: 42; Y. 13. HD T. 19.6.2013, E. 2013/25184, K. 2013/16764)

Örneğin, inşaattaki bir duvarın boyanmamış olması eksik iş iken; duvarın astarsız boyanmış olması ayıplı iştir.(AYAN 2008: 61). Bir başka örnek olarak, asansör aksanının takılmadan bırakılması, bağımsız bölümlerde takılması gereken şofbenlerin takılmaması eksik iş iken; takılan şofbenin teknik şartnameye göre düşük kapasiteli, farklı bir marka olması ayıplı iştir.(AKSOY DURSUN 2011: 1847).

Eksik iş niteliğinde bir durumun söz konusu olması halinde yüklenici, inşaatı tamamlamış ve teslim borcunu yerine getirmiş sayılmaz. Bu halde arsa sahibi işin gereği gibi ifasını talep edebileceği gibi, masrafı yükleniciye ait olmak üzere inşaatı kendisinin tamamlattırmasını isteyebilir veya yükleniciyi temerrüde düşürerek, temerrütten doğan haklarını kullanabilir.(DUMAN 2012: 770).Ayıplı iş halinde

muayene ve ihbar yükümlülüğü varken, eksik iş halinde ihbar yükümlülüğü yoktur. Ancak eksik işlere ilişkin bir itirazda bulunulmaması nedeniyle inşaatın eksikleriyle birlikte örtülü olarak kabul edildiği yönünde bir algının yaratılması riskinin ortadan kaldırılması açısından, eksik işler bakımından da talep hakkının saklı tutulduğuna dair kayıt koyulmasının isabetli olacağı düşünülmektedir.(ERMAN 2010: 199,201). Ayıplı işin söz konusu olması halinde arsa sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kapsamında yükleniciden talepte bulunabilir. Bu halde de arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamamasına karşın, eksik iş söz konusu olması durumunda, arsa sahibinin bundan doğacak hakları haleldar olmaz. Bir diğer ifadeyle ayıplı iş durumunun zamanında öne sürülmemesi veya hakkın saklı tutulmaması halinde yüklenici sorumluluktan kurtulacak olmakla birlikte, eksik işin varlığı halinde bir uyarı ve hakkı saklı tutma zorunluluğu olmayıp, zamanaşımı sonuna kadar bu iş bedelinin istenilmesi mümkündür.(AYDEMİR 2016: 228)

Eksik iş ayıplı iş ayrımını yapmak bu ayrımın doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından önem taşır. Ayıplı ifa ve eksik ifa ayrımının sonucuna göre ayıptan sorumluluk hükümleri ya da borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır.(ÖZ 2016:134 vd.; GÜNEL 2014: 412)

İşin eksik iş mi yoksa ayıplı iş mi olduğunun tespiti bazı durumlarda zor da olabilir. Bazen yapı, maliyetinin çok üzerinde bir değerde, yapılmamış işi kalmış olabilir; ancak bu durumun eksik iş değil ayıplı iş niteliğinde olduğu da görülebilir. Bazen ise eksikliğin giderilmesi yapının diğer kısımlarına dokunmadan, zarar vermeden mümkünse, eksiklikten; fakat eksikliğin giderilmesi, yapının diğer kısımlarına müdahaleyi gerektiriyorsa ayıptan söz edilir. Örneğin; bir duvarın boyanmamış olması eksik ifa olup, inşaat duvarının astar çekilmeden boyanması ayıplı ifadır. Y. 23. HD T. 16.1.2013, E. 2012/5385, K. 2013/129 sayılı kararına göre, eğer eser iş sahibinin beklediği amacı karşılamıyorsa kural olarak ayıplı yapıldığı kabul edilir.(GÖNEN 2015: 345; ŞAHİNİZ 2014: 41)

Eksik iş olarak nitelendirilen eksiklikler, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerde olabileceği gibi binadaki ortak yerlerde de mevcut olabilir.(ERMAN 2010: 201; Y. 15. HD T. 26.1.2012, E. 2010/5956, K. 2012/311: “Taraflar arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. İnşa edilen binada bir kısım bölümlerde radyatör peteklerinin bulunmadığı

tespit edilmiştir. Bu husus açıkça eksik iş olup, anılan radyatör peteklerinin bedelinin de davacılar yararına hüküm altına alınması gerekirken, açık ayıp olduğu ve bu konuda ihbarda bulunulmadığı gerekçesiyle reddi hatalı olmuştur.”; Y. 14. HD T. 27.12.2011, E.2011/14440, K. 2011/16176: “Somut olayda bağımsız bölümlere banyo küvetlerinin konulmaması eksik iş oluşturmakta iken, açık ayıp olarak kabul edilip süresinde ihbar yapılmadığından reddi hukuka aykırıdır.”)

Diğer yandan inşaattaki eksik işler, inşaatın tamamlanan kısmına oranla küçük sayılacak oradaysa arsa sahibinin inşaatı teslim almasını ifa olarak kabul etmek gerekmektedir. Böyle bir durumda teslim almaktan kaçınmak hakkın kötüye kullanılması olacaktır.(YHGK T. 3.11.2004, 2004/14-551, K. 2004/571: “ Eksik bırakılan iş az ve arsa sahibi tarafından katlanabilecek boyutta olması halinde TBK m. 113 uyarınca bu eksikliğin yüklenici ya da onun halefi olan üçüncü kişi tarafından tamamlanması olanağı tanınmakta ve böyle bir durumda yüklenicinin edim borcunu tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak aksi düşüncenin iyi niyet kurallarına uygun olmadığını belirtmektedir.” (YENER 2011: 25)

İnşaattaki eksik işin inşaatın tamamlanan kısmına oranla büyük sayılabilecek bir nispette olması halinde teslimin gerçekleşmediğinin kabulü gerekecektir.(UYGUR 2013: 2157)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümünden eksik yapılması durumunda, yapının yıkılarak sözleşmeye uygun olarak yeniden yapılması mümkün olmadığı için işin ayıplı kabul edilmesi gerektiğine dair doktrinde baskın bir görüş olmasına rağmen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 9.12.1992 tarihli kararında,(YHGK T. 9.12.1992, E. 1992/15-649, K. 1992/732: “Yanlar arasındaki uyuşmazlık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğmuştur. Yargıtay özel dairesi arasındaki görüş ayrılığı davacı arsa sahibine ait dükkânın sözleşmede kararlaştırılan 75.62 metrekare yerine,17.62 metrekare küçük olarak 58 metrekare yapılmasının “eksik iş” mi yoksa “ayıp” mı olduğu noktasında toplanmaktadır. BK satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıplı ifayı özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle ayıplı ifa hallerinde BK’ nın 96. maddesine göre gereği gibi ifa etmemeye dayanılarak, istemde bulunup bulunulmayacağı tartışmalıdır. Federal Mahkeme eser sözleşmesi dışında m. 96’ya dayanılabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay’ın da satış akdinde buna ilişkin kararları mevcuttur. Eser sözleşmesinde de yüklenicinin kusurlu olması kaydıyla iş sahibinin ayıptan ötürü

BK' nın 96. maddesine dayanarak yüklenici aleyhinde dava açabileceğini kabul eden görüşe rastlanmakla beraber,ağırlıklı düşünce, BK' nın 359-362. Maddelerinde öngörülen muayene ve ihbar külfetine katlanmayan iş sahibinin, ayıptan ötürü hakkının düşeceği şeklindedir. Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, kararlaştırıldan küçük yapılmasının ayıp sayılması halinde durum böyle olmasına rağmen, bu halin eksik iş olarak kabulünde BK' nın 96. maddesine dayanılarak istemde bulunabileceği tartışmasıdır. Eksik işte noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığı hususunda görüş birliği bulunması bir yana, kararlılık kazanmış yargısal kararlarda bu yöndedir. Bu itibarla yüklenici tarafından bağımsız bölümün kararlaştırıldan küçük yapılması halinde teslimde çekince koymaya ya da ihbara gerek olmaksızın, eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre BK' nın değişik 126 son maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresinde dava açılabilmesi göz önünde tutularak Özel daire kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.” (ŞAHİNİZ 2014: 71)inşaatın yüzölçümü olarak taahhüt edilenden az olmasını eksik iş olarak kabul etmiştir.

Yargıtay, ortak yerlere ilişkin olan eksik işler için ise, arsa sahibinin taşınmazdaki payı oranında eksik iş bedelinin hesaplanıp arsa sahibine ödenmesi yönünde karar vermektedir. (ERMAN 2010: 183) Oysa bizim de katıldığımız üzere, yüklenicinin sorumluluğu ortak alanları bitirmek iken, arsa sahibine kendisine düşen arsa payı nispetinde bedel verilerek inşaatı arsa sahibinin şahsen karşılamasına zorlamak, hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Yüklenicinin yapı kullanım izninin alınması gibi sözleşmeye göre yerine getirmeyi taahhüt ettiği bir işi yapmamış olması durumu ise Yargıtay tarafından eksik iş olarak kabul edilmekteyse de durum, somut koşullara göre değerlendirilmeli, yapı kullanım izni alınmadan oturulmaya başlanmış bir yapıya ilişkin teslim gerçekleşmiş sayılmalıdır.

2.2.4.1.2.3.3. İlave iş, ilave bağımsız bölüm ve ayıplı iş kavramı

Yüklenici, sözleşmede öngörülen işler yanında inşaatta bazı ilave işler yapmış olabilir. Sözleşme kapsamı dışındaki bu ilave işler, binanın ortak yerlerine ilişkin olabileceği gibi, arsa sahiplerine ait olacak bağımsız bölümlerde de yapılmış olabilir.

İlave iş, sözleşmede kararlaştırılan inşaatın niteliğinin değişmesine ilişkin değil; niceliğine ilişkin bir konudur. İşin sözleşmeye aykırı yapılması ile ilave iş yapılması farklı kavramlardır. Örneğin projede yer almamasına rağmen balkonların kapatılarak daireye eklenmesi işin niteliğine ilişkin olup sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden ayıplı iş sayılır ve arsa sahibinin işi kabulü beklenemez.(SABUNCU 2012: 171)

Bu ilave işler, tarafların anlaşması ile ya da arsa sahibinin bilgisi dışında meydana getirilmiş olabilir. Sözleşme yapılırken öngörülmemesine rağmen tarafların anlaşarak sonradan inşaatta ilave iş yapılması konusunda karar vermiş olmaları halinde, paylaşım oranı genellikle sözleşmeyle belirlenmektedir. Burada bedeli belirlenmemiş ikinci bir istisna sözleşmesi olduğu kabul edilir.(KOCAAĞA 2017: 209 vd.)TBK m. 481'e göre, eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.

Eğer ilave iş, arsa sahibinin bilgisi dışında yapılmışsa vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacak ve yüklenici faydalı ve zorunlu masrafları talep edebilecektir. (ERMAN 2007: 186) Ancak ilave işlerin imar durumuna ve sözleşmede belirtilen projeye uygun bir şekilde yapılmaları gerekir. Aksi durumda arsa sahibi eksik ve ayıplı işler bakımından; yüklenici ise fazla işler bakımından duruma katlanacaktır.(ERMAN 2007: 190; Yarg. 15. HD. 11.04.2001 günlü 2001/5678 E. ve 2001/1870 sayılı kararına göre: "...Yanlar arasındaki sözleşmesinin 3. maddesinde de taraflar açıkça "... Binanın bazı katları ve kısımlarının kaçak olacağını..." kabul etmiştir... Taraflar başlangıçtaki sözleşmeleriyle binanın kamu düzenine ilişkin hükümlere aykırı olarak kaçak yapılacağını kabul ettiğinden yapımı imar suçu teşkil eden... gecikme tazminatı dahil herhangi bir talepte bulunamazlar." YHGK T. 19.10.1994, E. 1994/15-442, K. 1994/619: "Davacı kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan gecikme tazminatının ve karşı davada sözleşme dışı fazla işe ilişkin bedelin tahsili talebidir. Kaçak kat sözleşme dışı olduğu gibi halen yasal hale getirilmemiştir. İmar Kanunu kamu düzeni ile ilgili olup, bu husus mahkemece resen göz önünde bulundurulmalıdır. Tadilat Projesi ile yasal hale getirilmeyen katın yasa gereği yıkılması gerekeceğinden ekonomik hiçbir değeri yoktur. Bu itibarla karşı davanın kabulü de doğru olmamıştır. O halde mahkemece yapılması gereken iş, asıl davada sözleşme uyarınca işin teslimi gerekirken 28.5.1999'dan 16.3.2001 dava tarihine kadar dubleks üzerinden rayiç kira alacağına hükmedilme ve karşı davanın da

reddine karar verilmesinden ibarettir". (AKKANAT 2000: 73; Y. 15. HD T. 28.2.2007, E. 2005/6924, K. 2007/12071)

Uygulamada, tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırdıkları bağımsız bölümlerden daha fazla bağımsız bölüm yapılması da mümkün olmaktadır. Taraflar fazladan ortaya çıkabilecek bu bağımsız bölümlere ilişkin bir paylaşım öngörmemişler ise ortaya çıkacak bu ilave bağımsız bölümler tarafların sözleşmedeki paylaşım oranlarına göre pay edilir.(KOCAAĞA 2017: 219; ERMAN 2007: 188; Y. 15. HD T. 27.2.2012, E. 2011/6862, K. 2012/1162: "Dava konusu bodrum kat dairelerin proje tadilatı suretiyle ortak alandan sözleşme dışı ilave bölüm olarak kazanıldığı ve yasal olduğu açıktır. Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça sözleşme dışı kazanılan ilave bölümlerin sözleşmedeki paylaşım oranına göre kazanılması gerekir. Sözleşmede sözleşme dışı kazanılan ilave bölümlerin yüklenici şirkete ait olacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından davalı ve karşı davacı arsa sahibi bu bölümlerin paylaşılmasını, payına düşen kısmın tapusunun veya rayiç değerinin verilmesini isteyebilir. Somut olayda tarafların sözleşme dışı kazanılan bağımsız bölümler nedeniyle bedel ödenmesi konusunda haricen anlaşmışlar, bedelinin davalı hesabına yatırıldığı sabittir. Yapılan ödeme kat karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine uygun olduğundan ve dayanılan irade fesadı halleri ile gabinin varlığı kanıtlanamadığından yüklenici şirket, yapılan ödemenin iadesini isteyemez.")

Yüklenici sadece kendisine kalacak olan bağımsız bölümleri büyütmişse veya fazla iş ile birlikte paylaşım oranı arsa sahibinin aleyhine olacak şekilde bozuluyor ise arsa sahibi, kendisine bedel ödenmesini isteme veya duruma göre bedel indirimi veya onarım haklarını kullanabilir.(ERMAN 2010:186; ÖZ 2016: 179)

3.2.4.1.3.Ayıbın arsa sahibine yükletilemeyen bir sebepten doğmuş olması

TBK m. 476'ya göre "Eserin ayıplı olması yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, arsa sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz."

Arsa sahibi vermiş olduğu talimatlar veya inşaatla kullanılacak malzemenin kendisi tarafından karşılandığı hallerde, malzeme seçimi ile ayıbın ortaya çıkmasına sebep olabilir. Ancak sadece bu durum, yüklenicinin ayıptan doğabilecek sorumluluğunu

ortadan kaldırmaz. 476. maddeye göre yüklenicinin sorumsuzluktan faydalanabilmesi için yüklenicinin malzemenin elverişsizliğinin veya verilen talimatın inşaatın yapımını tehlikeye düşüreceği uyarısında bulunma yükümlülüğü vardır.(KARADAŞ 2016: 135); Y. 15. HD T. 7.2.2006, K. 8093/558: “Kural olarak yüklenici eseri sözleşmeye teknik ve sanatsal ilkelere ve amaca uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulur. Kendisi teknik bilgi sahibi tarafı teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerin uygunsuzluğunu bildirmekle de yükümlüdür. Yüklenici, iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil açıkça söylemeli ona sadece bir tenkit olarak değil aksine istenilen tarzda bir eser meydana getirmenin zararlarını ortaya koymalıdır. Aksi halde eBK m. 361 gereğince sorumlu tutulur. Dava konusu olayda yüklenici iş sahibine sıkı ve kireç maddesini aldırması ve her iki malzemeyi de sıvada birlikte kullanarak zararlı sonucun doğmasına neden olmuştur. Yüklenicinin teknik bilgi ve donanımına sahip bir taraf olarak bu iki malzemenin birlikte kullanılmasının gerektiğini bilmesi gerekmektedir. İş sahibi talimat verse dahi doğacak zararları ortaya koymalı, uyarı borcunu yerine getirmelidir.”)

Arsa sahibi talimatı veya malzemenin kullanılması hususunda ısrar ederse yüklenici eserin bu sebeple ayıplı olmasından sorumlu olmayacaktır.(Y. 15. HD T. 26.11.2007, E. 2007/4709, K. 2007/7534: Yüklenici yüklenilen işi amacına tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak yapmak zorundadır. İş sahibinin verdiği malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yüklenici iş sahibini haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunun neticelerine tahammül etmek zorundadır. Davalı yüklenici iş sahibinin binasına izolasyon yapılırken kararlaştırılan şekilde yapılması halinde işin amacına ulaşamayacağını ve davacıyı bundan haberdar ettiğini savunmakta ise de bu savunmasını doğrulayan bir delil sunmamıştır. Su sızıntısı nedeniyle davacıya ait eve verilen zararın tespiti, buna dair karar verilmesi gerekir”.)

Diğer yandan inşaatı plana, projeye ve teknik şartlara uygun yapma borcu altında olan yüklenici, bunlara uygun olarak davrandığı halde, plan ve projedeki hata sonucu oluşan ayıptan sorumlu olup olmayacağı ile ilgili olarak; her ne kadar onaylanmış bir projede hata bulunmayacağını düşünmesi olasıysa da; bu hatayı fark edebileceği durumlarda durumu arsa sahibine bildirmekle yükümlü olacağı savunulmaktadır.(KAHRAMAN 2015: 2564)

Yapıdaki ayıp bazen, arsa sahibi tarafından verilen yanlış talimat sebebiyle yüklenici tarafından sağlanan malzemedeki ayıptan veya kısmen yüklenicinin özensiz çalışması, kısmen ise arsa sahibi tarafından sağlanan arsanın, inşaata sınırlı şekilde elverişli olmamasında kaynaklanmaktadır. Bu gibi durumlarda arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını sınırsız olarak kullanabileceğini söylemek doktrinde de çoğunlukla savunulduğu ve bizim de katıldığımız üzere dürüstlük kurallarına aykırı olacağından (ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015: 549; ŞAHİNİZ 2014: 135) arsa sahibi ve yüklenici ayıptan müştereken sorumlu olacaktır. Dolayısıyla TBK m. 52/1 uyarınca yüklenicinin sorumluluğundan arsa sahibinin ortak kusuru nedeniyle indirim yapılmalıdır.(EREN 2017: 79)

3.2.4.1.4. İnşaatın arsa sahibi tarafından kabul edilmemiş olması

Arsa sahibinin yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinden yararlanabilmesi için inşaatı açıkça veya zımnen kabul etmemiş olması gerekmektedir.

İnşaatın kabulü, inşaatın fiilen teslim alınmış olmasından farklıdır. İnşaatın kabul edilmesi, arsa sahibinin yüklenici tarafından yapılan inşaatın sözleşmeye uygun, dolayısıyla ayıpsız olduğuna ilişkin bir irade açıklamasında bulunmasıdır.(GÜMÜŞ 2014: 61; UYGUR 2013: 2166; GÜNEL 2014: 413; CANBOLAT 2009: 168; ERZURUMLUOĞLU 2017: 180)

Eğer arsa sahibi kanunda belirtilen muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse yahut herhangi bir şart koşmadan kendi edimini yerine getirmişse inşaatı zımnen kabul etmiş sayılır.(ARAL/AYRANCI 2015: 356) İnşaatın kabul edilmesiyle arsa sahibinin ayıptan doğan tüm seçimlik hakları ve ayıp sonucu zararın tazminini isteme hakkı ortadan kalkar.(İNAL 2011: 229; KOCAAĞA 2017: 150; GÜNEL 2014: 413; CANBOLAT 2009; 168)

TBK m. 477'ye göre, açık ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu inşaatın kabul edilmesiyle ortadan kalkmaktaysa da, gizli ayıplar için kabul, yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bununla beraber arsa sahibinin gizli ayıbı öğrendikten sonra bildirme yükümlülüğü vardır.(YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1032) Ancak TBK m. 477'ye göre; yüklenici inşaattaki ayıbı kasten gizlemişse veya

teslimden sonra yapılan muayene ile ortaya çıkabilecek nitelikte olmayan gizli ayıp söz konusuysa, yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir.

3.2.4.1.5. Arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi

TBK m. 477'ye göre iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.

Bu kural emredici nitelikte olmayıp arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için koşul olarak öngörülmüş bir külfettir. (YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1029; ARAL/AYRANCI 2015: 403; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015: 551) Burada önemli olan yapının gözden geçirilmemesi değil, ayıpların zamanında bildirilmemesi hususudur.(ŞENOCAK 2002: 109; GÜMÜŞ 2014: 59). Ayıpların zamanında bildirilmemesi ayıptan doğan hakların kullanılmasına engel teşkil edecektir.

Arsa sahibinin muayene ve bildirim yükümlülüğü kural olarak arsanın kendisine teslimi ile başlayacaktır. Arsa sahibinin gözden geçirme külfetini olağan gözden geçirme ile görülebilir nitelikte olan açık ayıplar oluştururken; gözle görülebilir nitelikte olmakla birlikte ancak bir süre sonra ortaya çıkan gizli ayıplar oluşturmaz.(UYGUR 2013: 2167)

Arsa sahibi, eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre “imkân bulur bulmaz” inşaatı gözden geçirmeye başlamalı, ayıbı yükleniciye “uygun bir süre içinde” bildirmelidir.

Arsa sahibinin incelemesi sonucu yapacağı ihbarın süresi ile ilgili olarak Yargıtay, inşaatın tesliminden itibaren on beş, yirmi gün içinde yapılan muayenede saptanan açık ayıpların yükleniciye yapılan ihbarını uygun bir süre olarak kabul etmişse de(Y. 15. HD 4.3.2008, E. 2007/2157, K. 2008/1382: “ İş sahibinin inşaatı teslim aldığı tarihten 40 gün sonra mahkeme aracılığıyla tespit yaptırdığı ve mevcut ayıplı işlerin varlığını müteahhide ihbar ettiği anlaşıldığından, süresinde muayene ve ihbarda bulunmayan davacıların, açık ayıba dayalı nefaset farkından dolayı bir istekte bulunma hakları kalmamıştır”; (KOSTAKOĞLU 2017: 450). “İmkân bulur bulmaz” ve “uygun bir süre içinde” ibareleri somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.(ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015: 551; YAVUZ 2014: 639; Y. 23. HD T. 14.5.2014, E. 2014/477, K. 2014/3782: “Yüklenicinin iş sahibine olan

borçlarına aykırı olarak imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi açık ayıplarda dava tarihi itibarıyla yürürlükteki eBK m. 359, gizli ayıplarda ise 362 hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde eBKm. 360'da tanınan hakları kullanabilir. Ayıplı eser sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer bir anlatımla ayıp bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Ancak yüklenicinin kasten gizlediği bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede, gizli ayıplar ise ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre davacıya isabet eden dairenin 1.4.2011'de teslim alındığı ayıplarında açık ayıp olduğu, süresinde bildirimde bulunmadığı tespit edildiğinden davanın reddine karar verilmelidir".)

Gözden geçirme süresinin belirlenmesinde tarafların sıfatı, işkolundaki teamüller, yapının niteliği gibi unsurlar dikkate alınmalı, makul ve özenli bir arsa sahibi için gerekli süre tanınmalıdır.(ÖZ 2016: 189; SELİÇİ 1978: 147; AKTÜRK 2012: 100)

Açık ayıplar için olağan gözden geçirme süresinin sonunda görülebilen ya da görülmesi gereken ayıpların uygun bir sürede bildirilmemesi halinde; gizli ayıplar için ise tabiatı gereği gözden geçirme külfeti bulunmadığından gizli ayıbın ortaya çıkması ile gecikmeksizin durumun bildirilmemesi ayıpların kabul edilmiş olduğu karinesini doğurmaktadır.(GÜMÜŞ 2014: 55 vd.; ŞAHİNİZ 2014: 114)

Gizli ayıptan yüklenicinin sorumluluğu, 5 yıllık zamanaşımı süresi ile sınırlandırılmıştır.(KOCAAĞA 2017: 158; GÜMÜŞ 2014: 55,56)

Sözleşmenin taraflarından her biri, inşaat üzerinde yapılacak muayeneyi, giderleri talep eden tarafa ait olmak üzere, bir uzman veya bilirkişi eliyle yaptırarak muayene sonunda elde edilen sonucun bir rapora bağlanmasını talep edebilir. (TBK m. 474/2)

Ayıp tespitinden sonra bildirim yapılmadığı takdirde hukuki bir sonuç doğmaz. Bildirimle arsa sahibi inşaat sözleşmesinin gereği gibi uygulanmadığını, inşaatta

ayıplar bulunduğunu ve kabul etmediğini beyan ederek ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin yasal haklarını saklı tutmuş olur.(Y. 15. HD T. 21.6.2012, E. 2011/3078, K. 2012/4630: "...İskân ruhsatının alındığı tarihten itibaren davacı BK 359 m. uyarınca gerekli muayeneyi yapıp, açık ayıplar yönünden ayıp ihbarında bulunmamıştır. Bu durumda arsa sahibinin açık ayıpların giderilme bedelini talep hakkı düşmüştür."(ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015: 552)

Arsa sahibi yükleniciye ayıbın ne olduğunu, cinsini, kapsamını, hangi kısımlarda belirdiğini bildirilmelidir. Bildirim üzerine yüklenicinin durum hakkında bir fikir edinmesi gerektiğinden, sadece "eserin sözleşmeye uygun olmadığı" veya "inşaat/yapı ayıplıdır." şeklindeki bir ifade yeterli olmayacaktır.(SELİÇİ 1978: 151,152; ÖZ 2016: 199)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümlerin bir bütün halinde tamamlanarak teslim edilmesiyle birlikte, ayıpsız bir inşaatın yapılması yönündeki talebin yerini, inşaatın ayıplı olması halinde doğacak haklar alır. (ARAL/AYRANCI 2015:380; UÇAR 2001: 145)

3.2.4.2. Arsa sahibinin yapının ayıplı olmasından doğan hakları

TBK m.475 hükmünde, yüklenicinin eserdeki ayıp sebebiyle sorumlu olduğu durumlar için iş sahibine seçimlik haklar tanımıştır. Buna göre,

"Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.
2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz."

Bu maddedeki, seçimlik haklar, ayıbın ağırlığına göre birbirini takip eden, eşdeğer olmayan bir sıralama içinde düzenlenmiştir.(UÇAR 2001: 172,173)

Bu hüküm emredici olmadığından taraflar her zaman, sözleşme ile arsa sahibinin sahip olduğu bu haklarının kullanımını, ayıbın meydana gelmesinde yüklenicinin kusurlu olmasının aranması gibi özel şartlara bağlayabilir, kısıtlayabilir hatta kaldırabilirler.(SELİÇİ 1978: 160)

Arsa sahibine tanınan seçim hakkı, tek taraflı ve yükleniciye yöneltilmesi gereken irade beyanı ile kullanılan, yenilik doğurucu hak niteliğindedir. Haklardan birinin kullanılmasıyla diğer hakların düştüğü varsayılır. Seçilen hak beyanın ulaşmasıyla sonuç doğurur.(KAYA 1993: 58; UÇAR 2001: 165) Arsa sahibi beyanını geri alamaz; ancak beyanı yükleniciye ulaşmadan geri alma beyanını ulaştırırsa, geri alınmış sayılır. Diğer yandan seçimlik hak beyanı, yükleniciye ulaşsa bile yüklenicinin kabulü varsa, seçilen hak geri alınarak başka bir hak kullanılabilir.(SELİÇİ 1978: 159)

TBK m. 475 hükmüne göre, arsa sahibi seçimlik haklardan biriyle birlikte genel hükümlere göre zararın tazminini de talep edebilir. Bu zarar, seçilen hakkın kullanılmasıyla dahi giderilemeyen ayıbın neden olduğu zarar olmalıdır. Örneğin, ayıplı olduğu için kiraya verilememesi ya da iyi kira getirmemesi gibi. Bununla beraber genel hükümlere tazminat talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmaktadır.(UYGUR 2013: 2179; ARAL/AYRANCI 2015: 406; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015: 521)

3.2.4.2.1. Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı

Ayıptan doğan sorumluluk sebebiyle arsa sahibine tanınan seçimlik hakların arasında sonuçları bakımından en katı sonuçlar doğuran hak arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkıdır.

Sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğurucu ve şekle bağlı olmayan aynı zamanda karşı tarafa varması ile etki ve sonucunu doğuran bir haktır. Karşılıklı olarak iki tarafı da borçlandıran sözleşmelerde, sözleşmeden dönülmesiyle birlikte iki tarafından da henüz ifasını yapmadıkları edim borçları sona ermekte, önceden ifa ettikleri edim yükümlülüklerinin ise iadesi gerekmektedir.(BUZ 2014: 65; GÜNEL 2014: 418; BURCUOĞLU 1990: 280)

Sözleşmeden dönme ile taraflar arasında yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışıyla bozulan denge yeniden kurulur, sözleşme şartlarına göre yapılmayan ifa sebebiyle sözleşmeyi yapmaya ihtiyacı kalmayan arsa sahibi, sözleşmeyi sona erdirerek başka tasarruflarda bulunma özgürlüğüne kavuşacaktır. Bir diğer anlatımla sözleşmeden dönmenin amacı, sözleşmenin kurulmasından önceki durumu yeniden sağlamaktır.(BUZ 2014: 68 vd.)

TBK m. 475'e göre, yapı, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa, arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Bu düzenlemeden sözleşmeden dönme hakkının her türlü ayıp halinde kullanılamayacağı anlaşılmaktadır. Sözleşmeden dönülebilmesi için inşaattaki ayıbın, arsa sahibinin inşaatı kullanamayacağı ölçüde olması veya ayıbın derecesinin arsa sahibinden inşaatın kabulünün beklenemeyecek düzeyde olması, ya da yapının kullanılamaz veya hakkaniyet gereği kabulü beklenemez ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı olması gerekmektedir.

Bu durumları aşağıda tek tek inceleyeceğiz.

Yapının kullanılamaz ölçüde olması deyişinden; objektif anlamda inşaattan beklenen faydanın sağlanılamaması anlaşılmalıdır.(TANDOĞAN 2010: 352)Örneğin, inşaatın merdivenlerinin çökmesi veya çatısının uçması örneklerinde olduğu gibi kullanılamama durumu herkes için geçerli, objektif bir nedene dayanır. Ancak yapıdaki ayıp giderilebilecek nitelikte ise, ayıbın giderilmesi öncelikli olmalıdır.(Y. 15. HD T. 8.2.2013, E. 2012/5370, K. 2013/883: “Davacı yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince aşamalı tapu devri nedeniyle tapu iptali ve tescil isteminde bulunmuş davalı taraf ise davacının edimlerini yerine getirmediğinden bahisle davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece inşaatın kaçak olduğundan bahisle dava reddedilmiştir. İnşaatın fiziki gerçekleşmesinin % 99 seviyesinde olmakla birlikte yapı ruhsatına projesine ve eklerine aykırı olarak yapıldığının anlaşıldığı bundan dolayı da ilgili Belediyece de ruhsat haricinde kalan bölümlerin yıkımına karar verilmiştir. Mahkemece yıkım kararının infazından sonrasında inşaatın kalan kısımlarının yasal bir inşaat haline getirilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda araştırma yapılmadığı görülmüştür. Eğer yasal hale getirilmesi mümkün ise davacı yükleniciye inşaatın tamamlanıp yasal hale getirilmesi için süre verilmesi, elde

edilecek sonuca göre tapu iptaline ve tesciline karar verilmelidir.” (KAPLAN 2013: 139) Bununla birlikte yapıdan özel bir kullanma amacı güdüldüğü halinde, bu amacın gerçekleşmesine olanak tanımayan bir ayıp söz konusuysa da sözleşmeden dönülebilir. (Yargıtay 15. H.D. 11.11.1983, 2160/2314.)

Arsa sahibi tarafından “inşaatın kabulünün beklenemez olması” deyişinden ise; inşaat kullanılabilir olmasına karşın, arsa sahibinin binadan beklediği yarar ve menfaati gereği arsa sahibinin kabule zorlanamayacağı ayıpların söz konusu olması anlaşılmalıdır. Örneğin; Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında da kabul edildiği gibi, konutun kaçak yapı olduğunun anlaşılması ve ruhsat alınmasının ve durumun yasal hale gelmesinin mümkün olmadığını saptanması durumunda sözleşmeden dönülebilir. (BÜYÜKAY 2014: 134; UYGUR 2013: 2175. 15. HD T. 11.2.2009, E. 2008/7457, K. 2009/6736) Ancak her somut duruma göre, dürüstlük kuralları çerçevesinde, hakkaniyetli bir değerlendirme yapmak gerekecektir. (Y. 15. HD T. 9.6.2006, E. 2006/1309, K. 2006/3450: “TBK m. 475/1’e göre yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve adalet ilkelerine göre kabule zorlanamayacağı derecede kusurlu ve sözleşme ilkelerine aykırıysa iş sahibi o şeyi kabulden kaçınabilir. Davaya konu olayda yapılan inşaat projesine ve sözleşmesine uygun olarak yapılmadığı için arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu gerekçesiyle sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Bu sonuca varılırken binanın güçlendirme maliyetinin toplam maliyetin %60’a varması da dikkate alınmıştır. Yüklenicinin sözleşme şartlarına uygun yasal inşaat yapmadığı, bu nedenle iskân ruhsatı alınamadığı dolayısıyla davacı arsa sahiplerinin bu eseri kabule zorlanamayacağı tespit edilmiştir. Bu nedenle de taraflar arasında akdedilen gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine karar verilmesi gerekir.”) (BURCUOĞLU 1990: 290)

Yapının kullanılamaz ya da hakkaniyet gereği kabul edilemez ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı olması ile kastedilen ise, yine dürüstlük kuralları ve hakkaniyet ölçüsünde somut duruma göre belirlenecektir. Hakkaniyetli bir değerlendirme için, inşaatın büyüklüğü, konumu, kullanım amacı, ekonomik değeri veya maliyeti dikkate alınır. (BURCUOĞLU 1990: 290; GÜNEL 2014. 416) “Sözleşmede belirlenen niteliklerin eksikliği” karene olarak, arsa sahibinin kabul etmesine zorlanamayacağı nitelikte, önemli ayıp kabul edilse de (ÖZ2016: 179) kapılarda kullanılan kilitlerin

sözleşmede kararlaştırılan şekilde olmaması gibi hallerde arsa sahibi sözleşmeden dönme yoluna gidememelidir.(ERMAN 2007: 133)

3.2.4.2.1.1. Dönme hakkının sınırlandırıldığı haller

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yukarıda bahsedilen durumlarda binanın yıkılması ve kaldırılmasının aşırı masrafı gerektirmemesi gerektiği düzenlenmiştir. Eğer ki inşaatın yıkılması ve kaldırılması aşırı masrafı gerektiriyorsa, arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak, kanunda öngörülen diğer seçimlik haklarına yönelmek zorunda kalacaktır. Bu düzenleme ile amaçlanan yüklenicinin menfaatini korumaktır. İnşaat arsa sahibinin arsası üzerinde yapılmışsa arsa sahibinin arsasında bir değer artışı meydana getirmiştir. Aşırı masraf değerlendirilirken arsanın binasız değeri ile bina ile birlikte olan değeri arasındaki farka bakılacaktır.(TANDOĞAN 2010: 316 vd.)

TBK m. 475/3 düzenlemesi, arsa sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan yapılar için getirilen bir düzenlemedir. Ancak doktrin, yapının üçüncü bir kişiye ait taşınmazda yapılması durumunda da bu hükmün uygulanabileceğine dair görüşler bulunmaktadır. Örneğin, asıl inşaat sözleşmesindeki arsa sahibinin taşınmazının bütünleyici parçası olarak alt yüklenicinin yaptığı asansör, yakıt deposu vs. gibi sökülüp iadesi imkânsız veya aşırı zor olan her türlü yapı bu kapsama girebilecektir.(ŞAHİNİZ 2014: 148)

Dönme hakkı, özellikle yapının arsa sahibi tarafından kullanılmasının hiçbir şekilde mümkün olmayacağı ya da dürüstlük kuralı gereğince arsa sahibinin kabul etmesine zorlanamayacağı ölçüde ayıp içeriyorsa sınırlanmaması gerektiği düşünülmektedir. (ÖZ 2016: 215-217; BÜYÜKAY 2014: 135)

Bazı durumlarda binanın oturma ruhsatı verilemeyecek derecede bir projeye ya da yeni çıkan bir mevzuattan kaynaklı bir duruma aykırı olduğu ya da tehlike arz edebildiği görülmektedir. Bu gibi hallerde bizim de katıldığımız görüş üzerine artık üçüncü fıkranın uygulanmasından söz edilmemelidir.(Y. 15. HD T. 29.6.2007, E. 2006/6338, K. 2007/4473: “Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca ayıplı ve hasarlı inşaatın ortadan kaldırılmasına, inşaat yıkım masrafları karşılığı... TL'nin davalıdan alınmasına ilişkindir. İnşaat süresinde tamamlanmadığından sözleşmelerin feshine karar verilmiştir. Yüklenici gerçekleşen imalat bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebilir ise de, inşaatın arsa sahibine katkı sağlaması gerekir.

İncelemede iskânın sakıncalı olduğu, yıkılıp yeniden yaptırılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir. Mahkemece alınan raporda ise takviye yaptırıldığı takdirde olumlu sonuç alınabileceği belirtilmiştir. Yapılması gereken iş takviye yapılarak inşaat yıkılmadan kullanılabilmesi anlaşılıyorsa takviye masrafını da hesaplayıp, imalat tutarından düşülerek yüklenicinin alacağını hesaplattırmak, tamamen yıkımı gerekiyorsa davanın reddine karar vermektir.”)

Yapının arsa sahibine yüklenebilecek bir nedenle yok olması halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkacaktır.(KOCAAĞA 2017: 162)

TBK m.483/2 hükmüne göre “Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda, yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.” düzenlemesi gereği yüklenicinin uyarmasına rağmen arsa sahibinin yeterli özeni göstermemesinden dolayı yapı önemli ölçüde ayıplı olmuşsa, yüklenici sorumlu tutulmamalıdır.(ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015: 556; UÇAR 2001: 184)

Doktrinde(BURCUOĞLU 1990: 292) ağırlıklı olarak arsa sahibinin, yapıyı ayıplı olduğunu bilerek kullanması durumunda dönme hakkını kullanamayacağı görüşü hâkim olmakla birlikte, arsa sahibinin zorunluluk nedeniyle kendisine düşen ayıplı bağımsız bölümü kullanması durumunda dönme hakkını talep edebileceği yönünde aksi bir görüş de bulunmaktadır.(ŞAHİNİZ 2014: 155)

Tartışılan bir diğer konu ise, dönme hakkını sınırlayan hallerde, hâkimin kendiliğinden diğer seçimlik haklardan birine karar verip veremeyeceğine ilişkindir. Yargıtay(Y. 15. HD T. 24.5.2010, E. 2010/1703, K. 2010/2891:“BK 360 maddesi gereğince iş sahibine tanınan haklardan hangisinin kullanılması gerektiği inceleme konusu olup, teknik bilirkişi ya da bilirkişi kurulunca yaptırılacak inceleme sonucu mahkemece belirlenir”.) TBK m. 227/3’ün kıyasen bu duruma da uygulanacağı ve hâkimin böyle bir yetkisinin olacağı yönünde görüş bildirirse de; dönme hakkının seçimlik bir hak olarak arsa sahibine tanındığından hareketle, hâkimin yargılama sırasında arsa sahibi tarafından talep edilmeyen hakları karar konusu edemeyeceğini düşünmekteyiz.

3.2.4.2.1.2. Dönmenin sonuçları

Sözleşmeden dönülmekle birlikte sözleşmenin hüküm ve sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu halde arsa sahibi, yükleniciye ücret ödemeyecek, ödemiş olduğu bedelleri de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilecektir. Yüklenici ise yapmış olduğu işçilik ve malzeme giderlerini arsa sahibinden talep edebilecektir.(ÖZ 2016: 126)

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinden doğan iade borcu; tamamlanmamış inşaatın yapılmış kısmına isabet eden bir miktar parayı yükleniciye vermektir.(EREN 2017: 1302; SELİÇİ 1978: 163; GÜMÜŞ 2014: 64; 2017: 473)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin taşınmazına yapılan yapı yıkılacaksa, yüklenici yapının yıkılması ve masraflarını da karşılamakla yükümlüdür. Yüklenici bu yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınırsa, arsa sahibi masrafi yükleniciye ait olmak üzere yıkımı, üçüncü şahıslara yaptırabilir.(ŞAHİNİZ 2014: 169; KOCAAĞA 2017: 162; KAPLAN 2013: 140) Bununla beraber sözleşmeden dönme üzerine yapı yıkılmayacaksa, baskın görüşe göre yüklenici, arsa sahibinden sadece işçilik ve malzeme giderlerini isteyebilecektir.(KURT 2012: 313; ŞENOCAK 2002: 54) Ancak yüklenicinin sadece malzeme ve işçilik giderlerini alması görüşünün kabul edilmesi, yüklenicinin mağduriyetine, arsa sahibinin ise haksız zenginleşmesine yol açabilecektir.

Yargıtay'ın; "Arsa sahibinin taşınmazındaki inşaatlarda borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönmenin işin büyük kısmı bitmişse ileriye etkili fesih sayılacağı" içtihadı burada uygulama alanı bulamayacaktır, çünkü arsa sahibinin taşınmazında yapılan ve yıkılıp kaldırılması fazla bir zarara yol açmayan inşaatlarda da, sözleşmeden dönme mümkündür. (YÜCEL 2013: 549)

Eserin kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı olduğunu ispat yükümlülüğü arsa sahibine aitken; yapının yıkılarak kaldırılmasının büyük masraf gerektireceğini ispat yükümlülüğü müteahhide ait olacaktır.(SELİÇİ 1978: 164)

İlgili maddede, arsa sahibinin sözleşmeden dönme ile birlikte genel hükümlere göre tazminat da talep edebileceği belirtilmiştir. Tazminat olarak belirtilen maddi istem, sözleşmeden dönülmesi nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zarardır. (Y. 15. HD T. 9.9.2015, E. 2015/2245, K. 2015/4246: "Sözleşmenin feshi halinde iş sahibi ancak menfi zarar kapsamında tazminat isteminde bulunabilir. İş sahibi ile yüklenici

arasındaki inşaat sözleşmesinin 4. m. gereğince talep edilen gecikme tazminatı ifaya ekli olup müspet zarar niteliğinde olduğundan sözleşmede akside kararlaştırılmış olmadığından karar altına alınması mümkün değildir.” (NOMER 2017: 473; YÜNLÜ 2015: 913) Bir diğer anlamda hükümde yer alan tazminat, dönme hakkının kullanılmasına rağmen ortadan kalkmayacak olan zararın tazmini talebidir. (TANDOĞAN 2010: 142,143)

Sözleşmeden dönülmesi ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak sona ereceğinden sözleşmede kararlaştırılmışsa cezai şart talep hakkı da geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. (OZANOĞLU 1999: 15; DİRİCAN 2007: 78)

Ancak sözleşmeyle dönme anına kadar işlemiş ifaya eklenen cezai şart alacağını talep edebileceğini kararlaştırmış olabilirler. Bununla beraber sözleşmede aksi bir hüküm yoksa sözleşmeden dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak sona ereceğinden gecikme cezası veya cezayı aşan tazminat istenemez. (Y. 15 HD T. 23.2.2010, E. 2009/887, K. 2010/ 1036: “Uyuşmazlık konusu olan cezai şart maddesi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 6. maddesinde yer almaktadır. Buna göre “Taraflardan sözleşmeden herhangi bir şekilde caydıkları veya sözleşmeyi ihlal ettikleri takdirde kusurlu taraf diğer tarafa iş bu sözleşmede yazılı arsanın emlak değeri kadar para ile müteahhit tarafın o ana kadar yapmış olduğu belgeli masrafların üç katı kadar parayı toplam olarak kanuni faizleriyle birlikte cezai şart olarak ödeyeceklerdir”. Taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu dönme cezası niteliğindedir. Dönme cezası ile sözleşmeden dönülmesinde kusuru olmayan tarafın meydana gelen tüm zararlarının karşılanması amaçlanmıştır. Dönme cezası olumlu zararlardan olan kar mahrumiyetini de içine alır. Cezanın istenebilmesi için karşı tarafın ifadan vazgeçtiğinin ve sözleşmenin fesih olduğunun davacı tarafından yasal delillerle kanıtlanması zorunludur”. (RUHİ 2013: 1244)

Yargıtay arsa sahibinin yükleniciye teslimden önce arsa payını verdiği durumlar için açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını kabul etmektedir. (Y. 15. HD T. 4. 12. 2006, E. 2006/13714, K. 2006/14438 “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde başlangıçta yükleniciye kolaylık sağlamak amacıyla geçirilen tapu kaydı bir bakıma avans niteliğindedir. Tapuya verilen şerh yükleniciye ya da onun halefi durumundaki üçüncü kişilere mülkiyet hakkı sağlamaz. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde bir bakıma eserin bedeli olan arsa payı devrine, yüklenici ancak eseri fen ve sanat kurallarına ve sözleşme hükümlerine uygun

meydana getirerek tesliminde hak kazanır.” (KOSTAKOĞLU 2017: 951; KURT 2012: 317)

3.2.4.2.1.3. Dönmenin üçüncü kişilerin aynı hak kazanımlarına etkisi

Yüklenicinin sözleşmede kararlaştırıldıysa arsa payını teslimden önce aldığı durumlarda yüklenici, inşaatın yapımı için finansal kaynak yaratmak amacıyla arsa paylarını 3. kişilere devretmiş olabilir.(KAHRAMAN 2015: 438; KAPLAN 2013: 275; Y. 14. HD T. 29.11.2007, E. 2007/13130, K. 2007/15128: “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen ya da tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması mümkündür.”) Bu halde arsa sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmesinin, yüklenicinin payını 3. şahıslara devretmesine etkisinin ne olacağı doktrinde tartışılan bir konudur.

Yargıtay, yükleniciye devredilen payların avans niteliğinde olduğunu(Y. 15. HD T. 27.5.2008, E. 2008/1818, K. 2008/3391: “Adi yazılı şekilde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre arsa sahibinin yükleniciye tapuda pay devri yapması sonucu geçerli hale gelen inşaat sözleşmesi ile yüklenicinin edimini yerine getirmediği sabittir. Arsa sahibince akdin feshi haklı olup sözleşmeye göre peşinen verilen pay devrinin avans niteliğinde olduğu ve yüklenici tarafından arsa sahibine iadesi gerektiği, bunu satın alan 3. kişinin de bilmesinin tabi bulunmasına göre iyi niyet iddiasının dinlenmeyeceği Yargıtay yerleşik görüşüdür.”; KOSTAKOĞLU 2017: 609 vd.). Yapılan pay devirlerinin geçerliliğinin sözleşmedeki edimlerin yerine getirilmesine bağlı olduğunu yükleniciden pay devralan 3. kişilerin de bu durumu bilmesi gerektiğinden dönme halinde sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkmasıyla arsa paylarının arsa sahibine geri döneceğini ve üçüncü kişilerin iyiniyetli olarak hak kazanımlarının korunmaması gerektiği görüşündedir. Buna göre arsa sahibi 3. kişilere karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilecektir.(Y.15. HD T. 27.10.2005, E. 2005/375, K. 2005/5775: Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem

yolsuz tescil durumuna düşer. Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden aldığı vekâletnameye dayanarak yapmış olması sonuca etkili değildir.”(KURT 2012: 336)

Yargıtay’ın bu görüşü doktrinde eleştirilmekte olup, üçüncü kişilerin iyiniyetli kabul edilmeleri ve tapu kaydına güven ilkesince MK. m. 1023 hükmü gereği hak kazanımlarının korunması gerektiği savunulmaktadır.(KAHRAMAN 2015: 440; BUZ 2014: 142; KURT 2012: 333)

Bununla beraber Yargıtay’ın sözleşmeden dönme halinde geçmişe etkili olarak sözleşmenin geçersiz sayılacağı ilkesinin daha önce de bahsedildiği üzere çok katı uygulamadığını görmekteyiz. Yargıtay, inşaatın büyük bölümünün tamamlanması halinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak yani dönülme tarihinden itibaren geçersiz olacağını kabul etmektedir. Hatta bununla birlikte inşaatın büyük kısmının tamamlanmamış olmasına rağmen, yüklenicinin bağımsız bölümleri çok sayıda üçüncü kişiye satması ve bu kişilerin bağımsız bölümlerde ikamet etmeye başlamaları halinde sözleşmeden dönmenin ileriye etkili olarak netice doğuracağı görüşündedir. (SÜTCÜ 2016: 1464 vd.)

Yükleniciden taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile pay devir alan üçüncü kişinin arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile arsa sahibine karşı şahsi hakkını ileri sürüp süremeyeceği hususu da önemlidir. Bizim de katıldığımız görüş üzerine satış vaadi sözleşmesi aynı bir güvence sağlamadığından üçüncü şahıs arsa sahibine karşı şahsi hakkını ileri sürememelidir. Ancak, yükleniciden uğradığı zararın tazminini talep edebilir.(ÖZ 2016: 206; KURT 2012: 337; KOSTAKOĞLU 2017: 906 vd.)

Üçüncü kişi ile yüklenici arasında yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuda şerh verilmesi halinde durumun ne olacağı konusunda ise farklı görüşler mevcuttur. Böyle bir halde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine önceden yükleniciye devrettiği arsa payları arsa sahibine iade edilse de,3. kişi “şerhilmekle eşyaya bağlı borç haline gelen” şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi gerektiği görüşündeyiz.(YÜNLÜ 2015: 925; KURT 2012: 339)

Ancak Yargıtay, yükleniciye ait olan bu payların iptal edilmesi ile birlikte yüklenicinin arsa sahibine karşı şahsi bir hakkı kalmayacağını, bu halde onun halefi olan üçüncü kişilerin de arsa sahibine karşı taleplerinin dinlenmeyeceğini yani yüklenici ile üçüncü kişiler arasındaki sözleşmenin arsa sahibini bağlamayacağını ileri sürmektedir. Yargıtay tapudan yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü

şahısların, edimini yerine getirmeyen yüklenicinin yerine, eksik ve ayıplı kısımları tamamlasalar dahi, arsa sahibinin üçüncü kişilere satılan arsa paylarının iadesi talebini haklı kabul etmektedir.(KOSTAKOĞLU 2017: 1146; Y. 15. HD. T. 15.2.2007, E. 2007/592, K. 2007/1501)

3.2.4.2.1.4. 6502 sayılı tüketicinin korunması hakkında kanuna göre arsa sahibinin tüketici sayıldığı haller ve yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununa göre arsa sahibinin tüketici sayıldığı bazı haller mevcuttur. Bu hallerde, arsa sahibi özellikle yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu kapsamında Türk Borçlar Kanunundan daha lehe olan özel düzenlemelerden yararlanabilecektir.

İlk olarak arsa sahibinin hangi hallerde tüketici sayıldığını inceleyecek olursak, 2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Tanımlar başlıklı 3 üncü maddesine bakarız. Bu maddeye göre “mal” kavramından, “Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar” anlaşılmaktadır.

Diğer yandan aynı maddenin (1) bendinde “ Tüketici İşlemi; “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de içinde olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmelerde dâhil olmak üzere, her türlü sözleşme ve hukuki işlem” olarak tanımlanmıştır. (k) bendinde ise; tüketiciler; “ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişiler” olarak tarif edilmiştir.

O halde konusu, konut veya tatil amaçlı bağımsız bölüm yapma olan ve tüketicinin (arsa sahibinin) sözleşmeyi ticari amaçla yapmadığı sözleşmelerde işlem tüketici işlemi olarak kabul edileceğinden, sözleşme de TKHK kapsamında değerlendirilecektir.(ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: 553,554)

Konusu konut veya tatil amaçlı bağımsız bölüm yapma olan bu tür inşaat sözleşmelerinin ilgili kanun kapsamında değerlendirilmesi neticesinde; konumuz bakımından önemli olan TKHK’ nın ayıbın sonuçlarını düzenleyen maddeleri bu tür sözleşmelere de uygulanabilecektir.

İlgili Kanunun 8 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, inşaat sözleşmelerinde, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile yapılacak binaya ilişkin reklam ve ilanlarda belirtilen niteliklerin bulunmaması halinde yapı ayıplı sayılacaktır. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere sözleşmede açıkça yer almasa bile internet ortamında yapılan reklâmlarda veya tüketiciye verilen broşür ve benzeri belgelerde yer alan niteliklerin eksikliğinin de ayıp teşkil edeceği kabul edilmektedir. (ÖZ 2016: 192)

Ayrıca 6502 sayılı TKHK' da TBK' dan farklı olarak, arsa sahibinin ayıplı mal ile ilgili sahip olduğu seçimlik haklardan faydalanabilmesi için belli bir süre içinde ihbar etmesi kulfeti bulunmamaktadır. Böyle bir külfetin bulunmaması, özellikle bağımsız bölümün yüzölçümünün tanıtımlarda gösterilenden küçük olması veya projenin sosyal tesis, spor sahası vb. ortak alanlarının, projenin reklâmlarında görünenden farklı olması veya hiç bulunmaması- gibi tüketicinin bir süre fark etmediği veya bunların düzeltileceğini düşündüğü durumlarda seçimlik haklarını kullanamamasına sebep olmasının önüne geçmiştir.(ÖZÇELİK 2015: 1173)

Ancak tüketicinin ayıptan kaynaklanan haklarını zamanaşımı süresi içinde zaten kullanması gerekeceğinden ayıbı da zamanaşımı süresi içinde bildirmesi gerekir. Ayrıca arsa sahibinin sözleşme kurulurken ayıbı bilmesi durumunda veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği durumlarda sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır.

TKHK' nun 11 nci maddesine göre, sözleşme konusu malın ayıplı olması halinde tüketici, “sözleşmeden dönme”, “bedel indirimi” isteme , “ücretsiz onarım” hakkı ve TBK m. 475’den farklı olarak “ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme” olmak üzere dört seçimlik hakka sahiptir. Tüketici ayrıca “bu seçimlik haklardan biri ile birlikte TBK hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.

O halde arsa sahibi olan tüketici değeri aynı olan bağımsız bölümlerin arsa sahibine düşenlerinde ayıp olması üzerine, yükleniciden aynı vasıfta bir diğeriyle değiştirme talebinde bulunulabilecektir. (ASLAN 2016; 94) Her ne kadar böyle bir hak olsa da bu duruma, birbirine benzeyen yüzlerce konuttan oluşan bir projede ve sadece sözleşmeye konu olan konutu ilgilendiren ayıplar bakımından rastlanılabilir. (ÖZÇELİK 2015: 1181)

3.2.4.2.2. Arsa sahibinin bedelin indirilmesini talep hakkı

Yapının ayıplı olması halinde arsa sahibinin diğer seçimlik hakkı bedelin indirilmesini talep hakkıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin borcu “arsa paylarının devri” olduğundan, “bedelden” yapılacak indirim ile kastedilen arsa paylarının ayıp nedeniyle indirilmesi olacaktır. Yapılacak indirim tutarının tam bir bölüme veya birkaç bağımsız bölüme denk gelmediği durumlar da olabilir. Bu takdirde taraflar, yükleniciye düşen bağımsız bölümlerden birinde paydaş (müşterek malik) olabilirler.(ÖZ 2016: 207)

Doktrindeki diğer görüşe göre ise,(AYAN 2008: 79; ŞAHİNİZ 2014: 176) zaten ayıptan dolayı ihtilafli konumda olan tarafların müşterek malik olmasının sorun doğurabileceğinden hareketle, arsa payından indirim, tam bir bağımsız bölüme denk geliyorsa kabul edilmeli; ancak yapıdaki ayıpların giderilme masrafları bir bağımsız bölümün değerini aştığı durumlarda, bağımsız bölüm arsa sahibine bırakılmalıdır. Bağımsız bölümün değerini aşan kısım için ise, yüklenici para olarak ödemede bulunmalıdır.

Bir başka görüşe göre ise, (SELİÇİ 1978: 170; Y. 15. HD T. 30.6.1994, E. 1994/5728, K. 1994/4463: “Davalıların arsaları üzerinde inşaat yapıldığına göre BK m. 360/2 gereğince, işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabul edemeyeceği derecede ehemmiyete haiz değilse iş sahibi yapılan işi reddetmeyip, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiyatının tenzilini, eğer o işin ıslahı çok büyük masraf gerektirmiyorsa yükleniciyi onarıma mecbur edebilir. Bilirkişi raporlarında, eserdeki eksiklik ve kusurlu işlerin işin reddini gerektirmeyecek nitelikte olduğu saptanmıştır. Öte yandan davalı arsa malikleri inşaatın devamı sırasında yapılan işi gördükleri ve ihtarnameler çektikleri halde sözleşmeyi feshetmeyerek, inşaatın bitirilip iskân ruhsatı alınmasına karşı çıkmadıkları için bu aşamadan sonra eseri kabul etmekten kaçınamazlar. Eksik ve kusurlu işlerin teslim için kararlaştırılan tarihteki piyasa rayiçlerine göre parasal tutarı saptanarak bu miktarın davacı tarafından arsa sahiplerine ödenmesi koşuluyla yükleniciye düşen bağımsız bölümlere isabet edecek arsa payları toplamının davacı adına tapuya tesciline hüküm verilmesi gerekir.” ŞAHİNİZ 2014: 175); arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıp nedeniyle değer

düşüklüğünü arsa sahibi, arsa payı oranında indirim şeklinde değil; para olarak talep edebilecektir.

Bedelde indirim isteme hakkı da, sözleşmeden dönme talep hakkı gibi tek taraflı yenilik doğurucu haktır. Bu hakkın kullanılabilmesi yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun şartlarının mevcut olması ve ayıp sebebiyle eser değerinde bir eksiklik meydana gelmesi; ancak mevcut ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirmemesi koşullarına bağlıdır.(KARADAŞ 2016: 249,250)

Ayıp sebebiyle eser değerinde meydana gelecek eksikliğin belirlenmesinde yapının piyasa veya satış değeri göz önüne alınır.(TANDOĞAN 2010: 320)Bu hakkın kullanılabilmesi için yapının tamamen değersiz hale gelmemiş olması gerekir. Tamamen değersiz bir yapı için arsa sahibinin bir bedel ödeme yükümlülüğü kalmayacağından bedelden indirim de yapılamaz.(TANDOĞAN 2010: 318; CANBOLAT 2009: 126; GÜNEL 2014: 419)

Arsa sahibinin bu hakkını kullandığını beyan etmesi ile bedel borcu ayıp oranında doğrudan azalmış olur. Arsa sahibi önceden indirilecek miktarın üzerinde bir ödeme yapmışsa bu bedelin kendisine iadesini talep edebilecektir. Bunun için ayrıca yüklenicinin kabulü veya mahkemenin yenilik doğurucu bir karar vermesi gerekmez. Arsa sahibinin yükleniciden olan bu alacağının tazminat alacağı olmadığı (GÜMÜŞ 2010: 63; BÜYÜKAY 2014: 131; UYGUR 2013: 141) ve bu alacağın sebepsiz zenginleşme hükümlerinden değil sözleşme ilişkisinden kaynaklandığı ifade edilmektedir.(ÖZ 2016: 208)Yüklenicinin iade borcu 5 yıllık zamanaşımına tabi olup, zamanaşımının başlangıcı arsa sahibinin bu hakkı seçtiğini yükleniciye bildirdiği tarihtir.(GÜNEL 2014: 421; TANDOĞAN 2010:321; KARADAŞ 2016:175)

İnşaatın ayıplı olması veya sözleşmede kararlaştırılan şekilde tamamlanmaması halinde binanın değerinde bir azalma söz konusu olmuyorsa, ücret indirimi talebinde bulunulamayacağı, arsa sahibinin böyle bir durumda diğer seçimlik haklarını kullanma yoluna gitmesinin uygun olacağı belirtilmektedir.(ERMAN 1993: 138) Ancak ayıp onarım yoluyla giderilse dahi yapının ticari değeri azaldıysa arsa sahibi bedelin indirilmesini talep edebilir.(ŞAHİNİZ 2014: 173)

Yargıtay'ın ayıbın büyük harcamaları gerektirmediği durumlarda, yapıdaki ayıbın giderilmesine ilişkin bedelden indirim yapılması yerine onarım bedelinin istenmesinin gerektiği yönünde birtakım kararları da bulunmaktadır.(Y. 15. HD T.

25. 2. 2014, E. 2013/2193, K. 2014/1277; aynı yönde: T. 19.7.2011, E. 2010/3606, K. 2011/4751: “Davacı iş sahibi inşaat sözleşmesine göre yapılan çatının ayıplı imali sonucu zarar görüldüğünden bahisle bu zararın giderilmesini talep etmektedir. Davacı 2010 yılında tespit yaptırmak suretiyle ayıbın varlığını öğrenmiş ve tespit raporunu tebliğ ettirmek suretiyle davalı yükleniciye ayıp ihbarında bulunulmuştur. O halde mahkemece yapılması gereken iş, bilirkişiden ek rapor alınarak 2010 yılı piyasa fiyatlarına göre hesaplamak ve hüküm altına almaktır”.)

Ücret indirimi talep hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olup olmamasının önemi yoktur. Ancak arsa sahibi ayıp ile birlikte ayıbın neden olduğu zararlar ile ilgili olarak tazmin talebinde bulunmuşsa, tazminat için yüklenicinin kusurunun varlığı koşulu aranacaktır.(ÖZ 2016: 207)

3.2.4.2.3. Arsa sahibinin yapının ücretsiz onarımını isteme hakkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ayıbı sebebiyle arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklardan üçüncüsü ise TBK m. 475 hükmünde yer verilen aşırı bir masrafı gerektirmemesi koşuluyla bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkıdır.

Onarım talebinin hukuki mahiyeti ile ilgili olarak, bir görüşe göre,(TANDOĞAN 2010: 315; UÇAR 2001: 195) yapının teslimiyle birlikte yüklenicinin asli edim yükümünün sona erdiği ve yerini onarım talebi hakkı (ayıbın giderilmesi), ücretten indirim yapılmasını isteme hakkı ve sözleşmeden dönmeye ilişkin hakkın aldığı yönündedir. Bu görüşe göre, yüklenicinin ayıbın giderilmesine ilişkin bir yetki ve yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu yetki ve yükümlülük arsa sahibinin seçim hakkını kullandığı andan itibaren ortaya çıkar. (GÜNEL 2014: 424)

Bir diğer görüş ise,(SELİMOĞLU 2015: 133) yüklenicinin zaten ayıpsız olarak bir inşaat yapma yükümlülüğünün olduğu ve onarım talebinin de ifaya yönelik bir talep olduğu ve diğer seçimlik hakları bertaraf etmediği yönündedir. Bu görüş sonuçları bakımından diğer görüşle benzerlikler taşımaktadır. İki görüşe göre de, yüklenicinin ayıbın onarılması borcunda temerrüde düşmesi veya borcun yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesi ya da yüklenicinin tüm çabalarına rağmen ayıbın giderilemediği hallerde, arsa sahibi diğer seçimlik haklarına başvurabilecektir.(UÇAR 2001: 196)

Eğer arsa sahibi ayıbın giderilmesi için yükleniciye süre vermişse ve yüklenici uygun süre içerisinde ayıbı gideremezse, arsa sahibi yükleniciye ihtarda bulunarak yükleniciyi temerrüde düşürebilecek, bunun sonucu olarak da arsa sahibi seçimlik haklarını kullanacaktır. Arsa sahibi ayıbın giderilmesinde ısrar edebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçip tazminat talep edebilecek veya sözleşmeden dönebilecektir.(ERMAN 2007: 144; AYDEMİR 2016: 357)

Bizim de katıldığımız görüşe göre ücretsiz onarım isteme hakkı yenilik doğurucu bir hak olup onarım sonucunda yine ayıplı bir yapı söz konusuysa arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir.

TBK. 475. hükme göre ücretsiz onarım istenebilmesinin genel koşulu, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidilebilmesinin koşullarının gerçekleşmiş olması; özel koşulu ise ayıbın giderilmesinin mümkün olması ve ayıbın giderilmesinin aşırı masrafı gerektirmemesidir.

Öncelikle, onarım yoluyla giderilmesi istenen ayıbın objektif olarak ortadan kaldırılması(düzeltilmesi) mümkün olmalıdır. Y. 15. HD T. 22.2.2007, E. 2005/6204, K. 2007/1093 sayılı kararında bu hususa “Davacı iş sahibinin arsası üzerine yüklenici kooperatif 3 blok inşaat yapmıştır. 1. bloğun tamamı ve 2. bloktaki 3 daire davacıya verilmiştir. Davacı tüm dairelerdeki eksik ve kusurlu işlerin giderilme bedelini talep etmiştir. Yapılan incelemede 2. bloğun tamamının imara ve projeye aykırı olduğu belirlenmiştir. Bu aşamada imara ve projeye aykırı iş bedellerinin tahsiline karar verilmesi mümkün değildir. Ancak bu bölümlerin imara ve projeye uygun hale getirildiğinde bu bloklardaki eksik ve kusurlu işlerin bedelinin istenmesi mümkün olacaktır. Bu yüzden de işbu üç daire dışında kalanlar için talebin kabulüne karar verilmesi gerekir.” şeklinde değinmiştir.

Ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün değilse bedel indirim veya sözleşmeden dönme hakları kullanılabilir. Eserin ayıbı, tamamen değil kısmen giderilmişse, ayıbın giderilemediği kısım için iş sahibi veya arsa sahibi ayrıca eser bedelinden indirim hakkı ileri sürebilir.(KARADAŞ 2016: 257)

Diğer bir özel şart da ayıbın giderilmesinin aşırı masrafı gerektirmemesidir. Arsa sahibinin onarım ile elde edeceği yararlar, yüklenicinin onarım masrafları arasında aşırı bir fark varsa, masraflar aşırı kabul edilir. Eğer onarım, eserin bedeline göre aşırı bir harcamayı gerektiriyorsa, iş sahibinin sözleşmeden dönme yerine onarım seçeneğini benimsemiş olması, iyi niyet ilkesiyle bağdaşmayacağından ücretten

indirim veya sözleşmeden dönme talebinde bulunulabilir.(KARADAŞ 2016: 258; AYDEMİR 2016: 355 vd.)

Onarım masrafları hesaplanırken, yüklenicinin yapacağı onarımla ilgili hazırlık masrafları, tali işlerin masrafları, ayıp giderilirken ayıplı olmayan kısımda ortaya çıkabilecek masraflar, ayıbın giderilmesi sırasında arsa sahibinin hukuki varlıklarını koruyucu tedbirler için masrafların da göz önüne alınması gerekecektir.(ŞENOCAK 2002: 161) Bununla beraber yapının kullanım elverişliliğini tamamen ortadan kaldıran ya da arsa sahibi veya üçüncü şahısların sağlığına ve hayatına yönelik tehdit teşkil eden ayıplarda, masraf tutarı, yapıdaki değer noksanını aşsa bile, aşırılık şartı gerçekleşmiş sayılmayacaktır.(ŞENOCAK 2002: 152)

Yargıtay'ın yapının ayıplı olmasında arsa sahibinin de kusuru varsa ayıpları giderim bedeline arsa sahibinin de katılması gerektiğine(Y. 15. HD T. 6.5.2014, E. 2013/3884, K. 2014/3119: “Somut olayda tanık beyanlarından 20.10.2008 yılındaki kesin kabul tarihinden sonra ayıpların ortaya çıktığı ve davalıya ayıp ihbarı yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda ayıp ihbarının yapılması ile yüklenicinin ayıbı gidermesi için makul bekleme süresi dikkate alındığında davacı iş sahibinin davayı 2009 başlarında açması gerekirdi. 2.11.2010 tarihinde açarak masrafın artmasına neden olmuştur. Beton işleri ile ilgili ayıplarda Bayındırlık ve İskân Bakanlığının 2010 yılı birim fiyatları ile hesaplanması doğru olmamış, 2009 yılı piyasa fiyatlarıyla ayıpları giderim bedelinin hesaplanması gerekir.”)ve yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde garanti edilen bir niteliğe ilişkin ortaya çıkabilecek ayıptan doğan masrafların aşırı olduğunu ileri süremeyeceğine (Y. 15. HD T. 18.2.2014, E. 2013/6113, K. 2014/1037: “Davalı yüklenicinin yaptığı havalandırma tesisatının soğutmayı sağlayan dış ünitelerine küçük kapasitede cihazlar takılması nedeniyle ayıplı imal edildiği bu hususun 2 yıllık garanti süresi içinde olduğunun tutanakla tespit edildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda uygulanması gereken BK m. 360. gereğince, davacı onarım nedeniyle uğranılan zararın giderilmesini talep etmektedir. Davacı söz konusu ayıbın giderilmesi için bu işlerle iştigal eden servise onarımın yaptırıldığını masrafları da kendinin karşıladığını zararın bu şekilde oluştuğunu ileri sürmüştür. Davacının ilgili madde gereğince tutulan tutanaklarca seçimlik hak olarak onarımın seçildiği, onarımın mümkün olup davacı tarafça da onarıldığı, saptanan ayıpları giderme bedelinin hesaplatılarak taleple bağlı olmak üzere karar verilmesine...”) yönelik kararları mevcuttur.

Bütün bunlarla beraber arsa sahibinin yararının, ayıbın giderilmesi için harcanan masrafları makul gösterip göstermediği, somut olay ve dürüstlük kuralları göz önünde tutularak değerlendirilmelidir.(BÜYÜKAY 2014: 139)

Doktrinde masrafın aşırı olmasının tespitine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre(TUNÇOMAĞ 1965: 1034) ayıbın giderilmesi için gereken masraflar ile arsa sahibinin borcunun maddi değeri arasındaki fark esas alınmalıdır.

Bir başka görüşe göre(UÇAR 2001: 197) ise, ayıbı giderme masraflarının sözleşmeden dönme ve bedelde indirim hali ile olan ilişkisine göre masrafın aşırı olup olmadığı tespit edilmelidir. Bir başka görüş ise(BURCUOĞLU 1990: 297; TURANBOY 1991: 173) ayıbın giderilmesi için gereken masrafların ayıbın giderilmesiyle arsa sahibinin sağlayacağı yarara göre az olup olmamasına göre masrafın aşırı olup olmayacağını tespit edilmesi gerektiğini savunur.

Yüklenicinin onarım borcunun konusu, yapının ayıplarının karşılıksız olarak giderilmesidir. Onarım isteme hakkının kullanılması ile birlikte yüklenici onarımın giderilmesine yönelik faaliyetlere derhal başlamalı ve uygun bir süre içerisinde bu çalışmalarını sona erdirmelidir.(SELİÇİ 1976: 179)

Eğer yüklenici belirlenen sürenin yetersiz olduğunun anlaşılması üzerine, arsa sahibine sürenin uzatılması için derhal bildirimde bulunmaz ise doğacak durumdan sorumlu olacaktır. (ERMAN 2010: 143; ÖZ 2016: 210 vd.)

Yüklenici eğer verilen süre içerisinde ayıbı gidererek yapıyı teslim edemez ise borçlu temerrüdü oluşur ve arsa sahibi buna ilişkin seçimlik haklara sahip olur. Yüklenicinin ayıbın giderilmesine ilişkin faaliyetlerini yürütürken süresi içerisinde ayıbı gideremeyeceği anlaşılabilir, arsa sahibi diğer seçimlik haklara da yönelebilir.(ÖZ 2016: 128; ARAL/AYRANCI 2015: 363) Sözleşmeden dönmek istemez veya dönmenin şartları oluşmuyorsa ayıbın giderilmesi için kendi yapacağı masrafları yükleniciden talep edebilir. (KOSTAKOĞLU 2017: 454; SELİMOĞLU 2017: 165; Y. 15. HD T. 31.10.2001, E. 2001/2732, K. 2001/4881: “Yanlar arasındaki ilişki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğmuştur. Davalı kooperatif bağımsız bölümleri yapıp, teslim etmiştir. Ayıplı yapılan doğramalar kullanılmayla zaman içinde doğramanın şekil değiştirmesine neden olmuştur. Doğramalar istenen evsafa malzeme kullanılmadığından ayıplı olarak imal

edilmiştir. Zaman içinde ortaya çıktığı için gizli ayıp niteliğindedir. İş sahibinin ayıbın giderilmesine dair bedeli isteme hakkı mevcut olup, bu yönde karar verilmesi gerekir.”)

Eğer onarım, eserin bedeline göre aşırı bir harcamayı gerektiriyorsa, iş sahibinin sözleşmeden dönme yerine onarım seçeneğini benimsemiş olması, iyi niyet ilkesiyle bağdaşmayacağından, yüklenici, onarım istemini yerine getirmekten kaçınabilecek ve yüklenici ancak yıkım ve yeniden yapım harcamalarından sorumlu olabilecektir. (AYDEMİR 2016: 355 vd.)

Onarım talebi yüklenicinin kusuruna bağlı olmamakla birlikte onarıma rağmen giderilemeyecek zararların TBK. m. 475/2 fıkrası uyarınca istenebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şarttır.(UYGUR 2013: 579; ÖZ 2016: 218)

3.2.4.2.4. Arsa sahibinin tazminat isteme hakkı

TBK. m. 475/2 hükmüne göre, “İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. Bu düzenlemeye göre, arsa sahibi, sadece tazminat talebinde bulunabileceği gibi, bu talebini Borçlar Hukuku Genel Hükümleri uyarınca diğer seçimlik haklarla birlikte kullanabilir. Ancak arsa sahibi bu tazminat talebini ayıptan doğan diğer hakların yerine geçmek üzere veya onları kapsar şekilde talep edemez.(YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1040; UYGUR 2013: 580)

Arsa sahibinin seçimlik haklara başvuru imkânı yoksa ayıptan doğan hakların yerine geçeceği ya da kapsayacağına bakılmadan arsa sahibi tazminat isteyebilmelidir. Eğer arsa sahibi seçimlik haklara başvurma imkânı varken başvurmaması ve bu hakları kullansaydı da karşılanamayacak olan zararını talep etmesi, seçimlik hakkını süresi geçmediyse daha sonra kullanabilmesine engel değildir. (ÖZ 2016: 220,221)

Tazminat istenebilmesi için öncelikle ayıp sonucu seçilen hakka rağmen giderilemeyen bir zararın ortaya çıkmış olması gerekir.(YAVUZ/ACAR/ÖZEN 2014: 1041; ÖZ 2016:220,221; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA 2015: 558) Ancak ortaya çıkan zarar yapıda değil; arsa sahibinin mal veya şahıs varlığı üzerinde, yani ayıp sonucu oluşan zararın dışındaki şeylerde olmalıdır.(TURANBOY 1991: 177)

Örneğin; ayıp nedeniyle evin iyi kira getirmemesi, yapının ayıbı giderilirken kiralanamaması, ayıp nedeniyle binada oturulamaması sebebiyle arsa sahibinin otelde kalmasından doğan masraflar sayılabilir.(UÇAR 2001: 213)

Eğer arsa sahibi seçimlik haklarını kullanmakla birlikte ayıptan doğan zararlarına ilişkin tazminat talebinde bulunuyorsa, hangi seçimlik hakkını kullanıyorsa tazminata konu zararı da ona göre hesaplanacaktır. Ayıbın onarımını talep etmişse, ancak onarımla karşılanamayacak zararlarının tazminini talep edecek, bedel indirimi hakkını talep etmişse, ayıbın yapıda yarattığı değer kaybını talep edebilirken ayıbın yol açtığı değer kaybını isteyemeyecek, dönme hakkını kullanmış ise de sadece sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle sözleşmeye güvenmesi yüzünden uğradığı olumsuz zararının karşılanmasını talep edecektir.(Y. 15. HD T. 1.3.2005, E. 2005/977, K. 2005/1120: “Karşılıklı edimleri içeren sözleşmenin feshi halinde davacı ancak olumsuz zararını isteyebilir. Olumsuz zarar ilk sözleşme yapılırken davalının teklifinden sonra verilen en uygun teklif ile fesihden sonra yapılan sözleşmedeki fiyat arasındaki farktan ibarettir. Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığından akdin feshi ile birlikte olumlu zarar kapsamındaki gecikme cezasına hükmedilmesi doğru olmamış, karar bu yönden bozmayı gerektirmiştir”.

Bununla beraber arsa sahibinin bu gibi zararlarının karşılanmasını talep edebilmesi için tazminata ilişkin genel düzenleme olan TBK. 112. maddesi gereğince, yüklenicinin ayıbının kendi kusurundan kaynaklanması gerekecektir. Dolayısıyla, yüklenici ayıp sonucu uğranılan zararların tazmininden kurtulması için kusursuz olduğunu ispat etmelidir.(EREN 2017: 653)

3.2.4.2.5. Seçimlik hakların tabi olduğu zamanaşımı

TBK 478 maddesi, eser sözleşmelerinde iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için açılacak davalara özel zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Buna göre iş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin konusu taşınmaz olduğundan taşınmazın teslim tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresine; yüklenicinin ağır kusuru söz konusuysa, teslim tarihinden itibaren 20 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Kural olarak sözleşmeden dönme, bedelin indirilmesini isteme, ücretsiz olarak ayıbın giderilmesini isteme gibi yenilik doğurucu haklar, hak düşürücü süreye tabi olurken; alacak hakları zamanaşımına tabidir. Ancak burada yasa koyucu özel bir tercihle, ayıptan doğan seçimlik hakların hepsini zamanaşımına tabi kılmıştır. Böylelikle hak düşürücü sürenin aksine bu haklarla ilgili olarak bu hakların ileri sürülebileceği sürenin durması ve kesilmesinden ve hâkimin resen süreyi nazara almamasından

yararlanma durumu doğmuştur.(ÖZ 2016:224,225)Ancak bu durum, doktrinde eleştirilere yol açmıştır. Bir görüşe göre (AKTÜRK YÜCER 2012: 243; ŞAHİNİZ 2014: 217)zamanaşımı, ancak seçimlik hakların kullanılmasıyla ortaya çıkan haklar için söz konusudur. Seçimlik haklar, yenilik doğuran hak olduklarından bu hakların zamanaşımına değil, hak düşürücü süreye tabi oldukları kabul edilmelidir. Bir başka görüşe göre ise,(ŞENOCAK 2002: 240; SELİÇİ 1978: 207) zamanaşımı, arsa sahibinin seçimlik hakkını kullanmasıyla ortaya çıkan alacak hakkının sadece dava edilebilirliğini sınırlandıracak ancak alacak hakkını etkilemeyecektir.

Bizim katıldığımız görüşe göre ise kanun koyucu maddeyi açıkça düzenlemiş olduğundan, her ne kadar seçimlik haklar kural olarak hak düşürücü süreye tabi olsalar da, ayıptan doğan sorumluluktan doğan seçimlik hakların tabi olduğu sürenin, zamanaşımı süresi olduğunun kabulü gerekir. Bu haklara ilişkin zamanaşımı süresinin geçmesi halinde, seçimlik haklara yönelik kendisine talepte bulunulan yüklenici, arsa sahibine karşı ileri sürebileceği bir def-i'ye sahip olacaktır.

Zamanaşımı süreleri, eserin teslim alınmasından itibaren işlemeye başlayacaktır, Arsa sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda teslim, yapının arsa sahibine yüklenici tarafından terk edilmesiyle gerçekleştiğinden zamanaşımı süresi de bu tarihten itibaren işler.

4. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

4.1. Sözleşmenin ifa suretiyle sona ermesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafların karşılıklı edimlerini tam ve sözleşmeye uygun olarak ifa etmeleriyle olağan şekilde sona erer.(EREN 2017: 1300 vd.). İfa ile ilgili olarak yukarıda açıklama yapıldığından bu bölümde sözleşmenin ifa dışı nedenlerle sona erme hallerini (TBK m. 482-486) inceleyeceğiz.

4.2. Sözleşmenin ifa dışı nedenlerle sona ermesi

TBK. 482. maddesi ile 486. maddeleri arasında düzenlenmiş olan eser sözleşmesinin sona erme halleri, kıyasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin ödemekle yükümlü olduğu bedeli, sözleşme ile önceden ve kesin olarak belirlenmiş olan arsa paylarının müteahhide devri borcu oluşturduğundan TBK m.482 hükmünde düzenlenen, yaklaşık bedelin aşılması ile iş sahibinin sözleşmeden dönerek sözleşmenin sona ermesi hali arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulama alanı bulmadığından(AYAN 2008: 265; DUMAN 2016: 1283) esas olarak TBK m. 483-486'da düzenlenen sona erme halleri incelenecektir.

4.2.1. Sözleşmenin tarafların sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık sebebiyle sona ermesi

TBK.483.maddede düzenlenen eserin yok olması, m. 485 hükmünde yer verilen iş sahibinden doğan beklenmedik bir olay nedeniyle ifanın imkânsızlaşması ve TBK 486 ncı maddede düzenlenen sözleşmenin yüklenicinin kişisel özellikleri sebebiyle yapılmış olduğu durumda onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi ile sözleşmenin sona ermesi halleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de karşımıza çıkan sona erme sebepleri arasındadır.

4.2.2. Sözleşmenin yapının yok olması sebebiyle sona ermesi

TBK m.483 hükmü kıyasen uygulanmasıyla, eğer yapı teslimden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olursa yüklenici yaptığı işin giderini ve ücretinin ödenmesini isteyemeyecek, daha önce kendisine yapılan ödemeleri de iade etmek zorunda kalacaktır.(ARAL/AYRANCI 2015: 427) Yapıda kullanılan malzemenin hasarı ise malzemeyi kim sağladıysa ona ait olacaktır. Malzeme kavramı geniş yorumlanarak, arsanın da malzeme olarak değerlendirileceği kabul edilmektedir.(KÜRŞAT 2013: 770)

Yapının umulmayan olay nedeniyle yok olduğu anda, iş sahibi alacaklı temerrüdünde ise bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır.(KARADAŞ 2016: 526)Ancak yapının yok olması arsa sahibinin verdiği malzemedan veya inşaatın yapıldığı arsanın ayıbından veya arsa sahibinin talimatına uygun yapılmasından kaynaklanıyorsa yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen masraflarını arsa sahibinden isteyebilecektir. Ancak bunu isteyebilmesi için yüklenicinin sayılı sebeplere bağlı olarak doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirme yükümlülüğü vardır.

Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.

Yapılan işin değeri ile kastedilen gerçekleştirilen imalatlarla işçilik bedelidir. Değere girmeyen giderleri olarak ise, inşaatın dışında kalan sözleşme masrafları, yapılan proje bedelleri, ruhsat harçları vs. gibi harcamalar gösterilebilir.(AYDEMİR 2016: 443)

Bir görüşe göre, ücret hasarının iş sahibinde olduğu bu durumlarda, edim hasarı da ona ait olur; yüklenici kural olarak, yok olan eseri yeniden meydana getirmekle yükümlü değildir. Eser sözleşmesi sona erer. BK. m. 368'de sona ermeden bahsedilmemekle beraber, bu madde sona ermeyi düzenleyen hükümler arasında yer almaktadır.(ARAL/AYRANCI 2015: 427) Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, inşaatın tamamlanmasının mümkün olmaması sebebiyle sözleşmenin sona ermesi ancak inşaatın yeniden yapılarak tamamlanmasının mümkün olmadığı durumlarda söz konusudur. (ÖZ 2016: 228 vd.)Buna göre işin yeniden yapılması taraflardan biri için son derece mali bir külfeti gerektirmediği sürece sözleşme

kendiliğinden sona ermeyecek, borç devam edecektir.(KOSTAKOĞLU 2017: 700 vd.)

İnşaatın yeniden yapılması aşırı bir mali külfeti gerektirdiği durumlarda borcun sona erdiği düşünülebilirse de Yargıtay uygulamalarında da yapının henüz azının yapıldığı durumlarda yok olan yapı nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmek istemesi haklı görülmemektedir.(KOSTAKOĞLU 2017: 600 vd.)

Yapının yok olması ile kastedilen mutlaka maddi olarak yok olması değil; onun ayıplı dahi sayılamayacak derecede telef olmasıdır.(KARADAŞ 2016: 326)

Arsa sahibine henüz teslim edilmemiş olan inşaatın, tamamının değil, fakat bir kısmının yok olması halinde, yok olan kısım bakımından TBK m. 483'ün uygulanması mümkün olsa da yok olan kısmın tekrar yapılması mümkünse borcun imkânsızlığından bahsedilemeyecektir.(KÜRŞAT 2013: 770)

4.2.3. Sözleşmenin iş sahibi yüzünden ifasının imkânsızlaşması sebebiyle sona ermesi

TBK m. 485 hükmünde, “Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa, yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.”

Arsa sahibinin nezdinde olan onun egemenlik alanından kaynaklanan mutlak nitelikte bir sebep ile inşaatın yapılmasının mümkün olmaması halinde, sözleşmenin sona ereceği ifade edilmektedir. İnşaatın tamamlanması, objektif anlamda her yüklenici yönünden mümkün olamamalıdır.(DUMAN 2016: 1306)

Söz edilen imkânsızlık sözleşmenin kurulmasından sonra eserin yapımına henüz başlanmamışken veya yapımına başlanmış ancak tamamlanmamışken ortaya çıkmalıdır.(BUZ 2014: 26)

Sözleşmenin ifasını imkânsız hale getiren arsa sahibi nezdinde gerçekleşen sebeplere örnek olarak, arsa sahibinin teslim edeceği arsanın kamulaştırılması, toprak kayması, sel, deprem gibi doğal afetler nedeniyle arsanın üzerine inşaat yapılmaya elverişli olmaktan çıkması, arsa sahibinin istediği yapı sistemine yetkili makamlarca izin verilmemesi gibi durumlar gösterilebilir.(OĞUZMAN/ÖZ 2017: C.1 555,556)Bu örneklerde artık yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan arsa sahibinin nezdinde bir sözleşmenin ifası açısından imkânsızlık hali gerçekleşmiş olduğundan, yüklenici

borcundan kurtulacağı gibi arsa sahibine karşı bazı haklara sahip olabilecektir.(KÜRŞAT 2013: 770)Buna göre yüklenici yaptığı işin karşılığını ve bu karşılığa girmeyen masrafları arsa sahibinden isteyebilecektir. Ayrıca inşaatın yapılması, arsa sahibinin kusuru sonucu imkânsız hale gelmişse, yüklenici arsa sahibinden müspet zararının tazminini de isteyebilecektir. (KÜRŞAT 2013: 771,772; ÖZ 2016: 126 vd.)

Yüklenicinin yaptığı işin değeri ve bu değere dâhil olmayan masrafları hesaplanırken, yüklenicinin eserin bir kısmını yapması durumunda taraflarca daha önceden belirlenmiş bir götürü veya takribi bedel kararlaştırılmışsa, bazı yazarlara göre yapılan kısmın kararlaştırılan bedel içindeki oranı arsa sahibinden talep edilebilir.(BUZ 2014: 30; KOSTAKOĞLU 2017: 664 vd.)Yüklenici inşaatın yapımına başlamamışsa sadece yapım için yaptığı masrafları ve sözleşmenin sona ermesi yüzünden boşa giden masraflarını isteyebilecek, bu hususta herhangi bir harcama yapmamışsa hiçbir talepte bulunamayacaktır.(BUZ 2014: 30)

Yüklenicinin, arsa sahibinin nezdinde doğan bir sebep nedeniyle ifanın imkânsızlaşabileceği tehlikesini arsa sahibine bildirmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde TBK m. 485/2 gereğince isteyebileceği tazminattan indirim yapılması gerekecek, TBK m. 485/1hükmündeki sorumluluğuna gidilemeyecektir.(KARTAL 1993: 115)

TBK m. 483. hükmü ile m. 485 hükmü arasında sözleşmenin sona ermesi açısından farklılık bulunmaktadır. TBK m. 483 hükmünde ortada bir hasar bulunmaktayken; TBK m. 485’de yapının yapılmasının veya tamamlanmasının mümkün olmaması veya yükleniciden beklenememesi durumu söz konusudur.(ERGEZEN 2007: 132)

4.2.4. Sözleşmenin yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi nedeniyle sona ermesi

TBK m. 486 hükmüne 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 yükümlü olacaktır.

Kural olarak yüklenicinin ölümü halinde sözleşme kendiliğinden sona ermez.(KOSTAKOĞLU 2017: 602; Yar. HGK, 1995/15-652 E., 1995/900 K., 1.11.1995 : “İstisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme yüklenicinin kişiliği nazara alınmışsa, sözleşme münfesi olur. Oysa somut olayda yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez. Öte yandan, sözleşmede yüklenicinin ölümü halinde, sözleşmenin son bulacağı hususunda bir hüküm de yer almamıştır.)Ancak yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıması ve bu sebeple işin yüklenici tarafından bizzat yapılmasının ya da onun yönetimi altında yaptırılmasının gerekli olması durumunda, yüklenici ölür yahut yeteneklerini kaybederse sözleşme sona erecektir.(KARTAL 1993: 115) Bu sona erme kanundan dolayı gerçekleştiğinden, tarafların bu hususta herhangi bir bildirimde bulunmalarına gerek yoktur.(BUZ 2014: 36)

TBK m. 486 hükmü kapsamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olarak, Bir görüş,(BUZ 2014: 35)uzun süreli hapse mahkûmiyetin sözleşme konusu edimin objektif olarak imkânsızlaşmasına ve bu maddenin uygulanmasına yol açacağını savunurken; bir başka görüş, taksirli veya kasti, kendi eylemi yahut tasarrufu sonucu doğan bu durumun, yasanın kabul ettiği anlamda, sözleşmenin tasfiyesini gerektiren bir acz ve yetenek kaybı olarak kabulünü olanaksız bulmaktadır.(KOSTAKOĞLU 2017: 602)Aynı şekilde yüklenicinin iflası bir görüşe göre bu madde kapsamında objektif bir imkânsızlık iken; diğer bir görüşe göre yeteneğin kayıp hali olarak kabul edilmektedir. Bu hükmün uygulanması ile ilgili olarak, sözleşme kurulurken arsa sahibinin yüklenicinin kişisel niteliklerini göz önünde bulundurduğunun anlaşılması gerekmez. Somut olayda sözleşmenin bu sayede kurulduğunun bilinmesi yeterlidir.(ERGEZEN 2007: 136; KARTAL 1993: 115)

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre(BUZ 2014: 36), bu madde kıyasen tüzel kişiler bakımından da uygulanmalıdır. Günümüzde, inşaat işlerinin kişiden ziyade şirketler eliyle yürütüldüğü göz önüne alındığında inşaat şirketinin yeterliliğine göre yapılmış olan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi inşaat şirketinin kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda da TBK m.486 hükmüne uygun olarak sona erebilmelidir.

TBK m. 486/2 hükmüne göre, arsa sahibi, yapının tamamlanan kısmından yararlanabiliyorsa, onu kabul etmeli ve karşılığını vermelidir. Yapının tamamlanan kısmının yapının tamamına olan oranına göre arsa sahibinin yükleniciye ücretini ödemesi gerekecektir.(ERGEZEN 2007: 138)

4.2.5. Sözleşmenin Arsa Sahibinin Yüklenicinin Zararını Tamamen Tazmini Suretiyle Feshi

TBK m. 484. hükme göre, iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine kıyasen uygulanacak bu hükme göre arsa sahibinin sözleşmeyi adeta keyfi olarak feshedebilmesi için öncelikle yapının tamamlanmamış olması aranmaktadır. Tamamlanmış yapı ayıplı olsa dahi bu maddeye göre arsa sahibinin sözleşmeyi feshetme imkânı yoktur. (ÖZ 2016:235) Bu şekilde feshin diğer şartları ise yapılmış olan kısmın karşılığının yükleniciye ödenmesi ve yüklenicinin bütün zararlarının giderilmesidir.

Burada bahsedilen fesih hakkı sözleşmeyi ileri etkili olarak sona erdirmesi ve yüklenicinin borca aykırı davranışı olmasa dahi kullanılabilmesi bakımından sona erme ile ilgili diğer hükümlerden farklılık arz etmektedir. Burada arsa sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için fesih beyanının yükleniciye varması anına kadar, yapılmış olan inşaat bedelini ödemesi şart olduğundan, fesih ile birlikte, sözleşme geçmişe etkili olarak değil; ileriye etkili olarak sona ermektedir.(EREN 2017: 1304)

Yapılmış olan inşaat bedelinin kapsamına, harcanan emek ve fiyata dâhil edilmeyen her türlü masraflar (hazırlık çalışmaları ve müteahhidin getirdiği malzemeler gibi) girecek; bunun hesaplanması da TBK m. 481'e göre yapılacaktır.(ARAL/AYRANCI 2015: 424 vd.)

Arsa sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesinin diğer koşulu, yüklenicinin bütün zararlarını gidermesidir. Burada tazmini istenecek zarar, “müspet zarar” yani fiili olarak sözleşmenin ifası için yaptığı bütün harcamaları ve yoksun kaldığı karın tamamıdır. Bununla beraber, yoksun kalınan kar hesaplanırken yüklenicinin sözleşmenin feshinden sonra başka bir iş bularak fiilen elde ettiği kar ile başka bir iş yapmaktan kasten kaçınarak kazanamadığı kar düşülecektir.(ARAL/AYRANCI 2015: 379,380; Yar. 15. HD, 2000/2199 E., 2000/3214 K., 22.6.2000 T.: “Taahhüt

kapsamından çıkarılan işin bitmiş bedelinden, yüklenicinin işi tamamlamış olması nedeniyle sağladığı tasarruflar, işin süresi içinde başka işlerden elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal ettiği karlar ile başka iş bulmamışsa veya iş bulmaktan kasten kaçınmışsa elde edebileceği kazanç ile bu işten sağlayacağı karın içinde bulunması gereken giderler, hesap edilecek kar yoksunluğundan indirilmek suretiyle kalan miktar davacının kar mahrumiyetini oluşturacaktır. Bu hesaplamada tenzilat oranları da gözetilmelidir.”)

Eğer fesih yüklenicinin kusuruna dayanıyorsa arsa sahibi haklı sebebe dayanarak sözleşmeden dönmesi gerekeceğinden bu maddeye göre yapılacak bir fesihte yüklenicinin kusurunun bulunması, arsa sahibinin ödeyeceği tazminat miktarında indirim yapılmasına imkân vermeyecektir. Ancak yüklenicinin borcunun ihlali, kanun ve ana sözleşme hükümlerine göre haklı sebeple feshe imkân verecek kadar ağır olmadığı hallerde dürüstlük kuralı gereği TBK m. 484’e göre sözleşmeyi feshetme hakkını kullanabileceği ve tazminat miktarının indirilebileceği kabul edilmektedir.(ÖZ 2016:236)

Diğer yandan bu hakkın kullanılabilmesi için herhangi haklı bir sebebin olması gerekmemektedir. Arsa sahibi ile yüklenici arasında sözleşmenin kurulmasına neden olan güven ilişkisine verilen önem sebebiyle arsa sahibine böyle bir hakkın verildiği düşünülmektedir.(YAVUZ 2014: 917)

4.2.6. Sözleşmenin önceden görülmeyen ve beklenilmeyen hal nedeniyle feshi

Götürü (sabit) ücret, meydana getirilecek eser karşılığında ödenecek ücretin önceden ve kesin olarak belirlenmesidir.(ARAL/AYRANCI 2015: 369)Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin verilecek belli oranda arsa payı karşılığında, belli miktar ve oranda bağımsız bölüm yapılmasını öngörmesi bakımından bedelin götürü bedel olarak belirlendiği kabul edilir.(KOSTAKOĞLU 2017: 702)

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

Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilen de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği

takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.

Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.”

Bu düzenleme, ahde vefa ilkesinin ve onun bir istisnasının yansımasıdır. Ahde vefa ilkesi gereği yapı yapılırken sözleşmeyle kararlaştırılan bedelden daha fazla gideri gerektirdiği anlaşılrsa da; yüklenici kendisine devredilecek arsa payı miktarının arttırılmasını talep edemeyeceği gibi yapı kararlaştırılan bedelden daha az harcama gerektirdiyse, arsa sahibi yükleniciye devredeceği arsa payı miktarının azaltılmasını isteyemez.(TBK m. 480/3) Sözleşme ile belirlenen arsa payı miktarı ne ise; arsa sahibi onu devretmekle yükümlüdür.(KARTAL 1993: 132)

Bu ahde vefa ilkesinin yansımasıdır. TBK m. 480/2 de, bu ilkeye bir istisna getirilerek daha önce tahmin edilemeyen ya da tahmin edilse bile göz önünde bulundurulmayan haller, yapının yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece zorlaştırırsa, hâkimin takdir hakkı çerçevesinde sözleşmeyi yeni koşullara uyarlamaya veya dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda sözleşmeden dönmeye izin verilebileceği düzenlenmiştir.(DUMAN 2016: 1364; ERMAN 2010: 81,82)

Taraflar sözleşme ile TBK m.480/2'nin uygulanmayacağını kararlaştırmış olsalar da; bu kayıt, MK m. 23/2 fıkrasındaki sınırı aşacak biçimde kişinin hiçbir şekilde bu hakkını kullanamayacağı yönünde bir sınırlama getiriyorsa geçersiz ve bu kayıttan ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bu sebeple tarafların sözleşmede belli hal ve şartlarla sınırlı olarak sayma suretiyle bir kayıt koymaları doğru olacaktır.(ARAL/AYRANCI 2015: 423)

TBK m. 480/ 2'nin uygulanabilmesinin 4 koşulu bulunmaktadır:

4.2.6.1. Önceden öngörülmeyen ve beklenilmeyen bir halin bulunması

Tarafların, önceden öngöremeyecekleri ya da öngörebilecekleri fakat meydana gelmeyeceğini kabul ettikleri beklenilmeyen bir halin ortaya çıkması gerekmektedir.

Sadece deprem, su baskını gibi mücbir sebep niteliğini taşıyan önceden öngörülemeyecek olaylar değil; para değerinde beklenmedik büyük ölçüde düşüşler malzeme fiyatının olağan dışında aşırı derecede artması, yurtdışından getirilen malzemenin fiyatının aşırı artışı yahut arsanın zeminindeki jeolojik koşulların

değişmesi, çok soğuk geçen bir kış veya çalışma araçlarının bulunmaması gibi öngörebilecekleri; fakat meydana gelmeyeceğini kabul ettikleri durumlar da beklenilmeyen haller olarak karşımıza çıkar.(KARADAŞ 2016: 257; ERMAN 1979: 73,74)

Taraflar sözleşme ile mücbir sebep sayılabilecek halleri kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir sebep doğması halinde, buna dayanan taraf yönünden maddenin uygulanması mümkündür. Ancak sözleşmede kararlaştırılmasa da vuku bulan bir olay da, yasal koşulları mevcutsa, olağanüstü bir hal olarak değerlendirilebilir.(KOSTAKOĞLU 2017: 598 vd.)

Örneğin, tarafların sözleşmede işçilik ücretlerinin veya malzeme fiyatlarının yükselmesi veya düşmesi gibi pahalılık durumlarında götürü bedelin artırılması veya azaltılması hakkını saklı tutmuş olmaları geçerlidir. Bu durumda, sözleşme hükümlerine göre durum taraflara yansıtılacaktır.(BÜYÜKAY 2014: 245)

4.2.6.2. Önceden görülmeyen ve beklenilmeyen hal nedeniyle inşaa işinin görülmesinin aşırı derecede güç olması

Yapım işinin aşırı derecede güç olması yapının tamamlanması için yüklenicinin yapacağı masrafların aşırı derecede artması anlamına gelir. Yüklenicinin, beklenilmeyen hal sebebiyle üstlendiği borcu yerine getirmesi ile arsa sahibinin belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretmesi borcu arasında açık ve büyük bir oransızlığın olması, ifanın aşırı derecede güç olmasının kıstasıdır. (ARAL/AYRANCI 2015: 423; KARTAL 1993: 135)

Bu hükmün uygulanması için gider fazlası ile götürü ücret arasındaki farkın yükleniciyi ekonomik yönden yıkıma uğratacak derecede olması gerekmeyeceği gibi, yüklenicinin yaptığı işten hiç kar elde etmemesi de bu hükmün uygulanacağı sonucunu doğurmamalıdır.(ERMAN 1979: 83; KARTAL 1993: 135)Hâkimin bu farkın rizikosunun yükleniciye ait olup olmadığını iyi niyet kuralları çerçevesinde takdir etmesi gerekir.(KARTAL 1993: 135)

4.2.6.3. Önceden görülmeyen ve beklenilmeyen halin ortaya çıkmasında tarafların kusurunun bulunmaması

TBK m. 480/2 fıkrasının uygulanması için aranan bir diğer şart ise, ifa güçlüğü'nün taraflardan birinin ihmal ve tedbirsizliği ya da temerrüdü yüzünden meydana gelmemiş olmasıdır.(ERMAN 1979: 85,86; KARTAL 1993: 137)

Bu şart özellikle tacir olan ve basiretli iş adamı gibi davranması gereken yüklenici açısından aranmaktadır. Yüklenicinin aldığı tedbirler kusurlu olmasını gerektirmese de aşırı güçlük bu tedbirlerden kaynaklanıyorsa, yüklenici bu hükümden yararlanamayacaktır.(KARTAL 1993: 137,138)

Diğer yandan her ne kadar bazı yazarlar götürü bedelli sözleşmede hiçbir fiyat artırımını yapılmayacağı koşulu koyuldu ise yüklenicinin fiyat farkını isteyemeyeceğini (AYDEMİR 2016: 444) savunsalar da; bizim de katıldığımız üzere, arsa sahibinin kusuru sebebiyle işin süresi içinde tamamlanamadığı durumlarda gecikme süresi içinde artan fiyatlardan arsa sahibinin sorumlu olmayacağına ilişkin konulan kayıt, iyi niyet kurallarına uygun olmayacağı için geçerli olmamalıdır.(KOSTAKOĞLU 2017 : 600 vd.)

4.2.6.4. Yüklenicinin önceden görülmeyen ve beklenilmeyen hali arsa sahibine ihbar yükümlülüğü

Yüklenicinin olağanüstü halin ortaya çıkması üzerine derhal durumu arsa sahibine bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. (TBK m. 472/3) yüklenici, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek işe devam ederse iyi niyet kuralları gereğince bu düzenlemeden yararlanamayacağı kabul edilmektedir.(KARTAL 1993: 138)

Aynı zamanda yeni koşullara uyarlanmasının istenebilmesi için bunu isteyen tarafın ifada bulunmamış ya da ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifada bulunmuş olması gerekmektedir.(AYDEMİR 2016:456)

5. SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde, arsadaki belirli veya belirlenebilir payların mülkiyetinin yükleniciye devredilmesi taahhüdü karşılığında yüklenicinin bina inşa etmeyi taahhüt ettiği tam iki tarafa borç yükleyen karma yapılı bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hem arsası olan; ancak teknik ve ekonomik yetersizliği sebebiyle arsası üzerinde bir binaya kavuşamayan arsa sahibinin arsasını değerlendirmesine olanak sağlar hem de yüklenicinin mesleğini icra ederek kendisine düşen arsa paylarını satıp gelir elde etmesine yardımcı olur. Her iki tarafın da ihtiyaçlarına cevap verme özelliği bu sözleşmenin yaygınlaşmasını sağlamıştır. Ancak başta güvenerek kurulan sözleşme ilişkisi sıklıkla taraflar arasındaki güvenin sarsılması, inşaat maliyetlerinin artması gibi pek çok nedenle bozularak karmaşık hukuki sorunlar doğurmuştur.

Sözleşmenin hem eser sözleşmesinin hem de taşınmaz satış sözleşmesinin özelliklerini taşıması sözleşmeden doğan borcun niteliğinin belirlenmesinde tartışma yaratmıştır. Eser sözleşmesinin sürekli edim borcu doğuran bir sözleşme olması karşısında taşınmaz satış sözleşmesinin ani edim borcu doğuran bir sözleşme olması arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hangi özellikte bir borç doğurduğunun belirlenmesinde fikir ayrılıklarına sebep olmuştur. Arsa sahibinin edimini gerçekleştirmiş sayılması için sözleşme belirlenen arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye geçirmiş olması gerekir. Bir diğer deyişle yüklenicinin menfaati payların devredilmesiyle gerçekleşir. Arsa sahibinin menfaati ise binanın yapılması ile değil kendisine teslim edilmesiyle karşılanmış olur. Bu itibarla sözleşmenin kural olarak ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe katılmış bulunuyoruz. Diğer yandan her arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin ihtilafta ani edimli borç ilişkilerinin sona ermesine yönelik kuralların uygulanacağı hususunda katı olunmaması, dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olay ve durumların dikkate alınarak hakkaniyetli bir çözümün aranması gerektiği fikrindeyiz.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiş bir sözleşme olduğundan şekline ilişkin de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin taşınmaz satım ve taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin özelliklerini barındırmasından hareketle sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması için tarafların resmi şekil şartına uymaları gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada karşımıza farklı şekillerde çıkabilir. Taraflar sözleşmeyi belirli arsa paylarının veya arsanın tamamının baştan yükleniciye devretmeyi kararlaştırmış olabilecekleri gibi, arsa payının devri inşaatın ulaştığı aşamalara göre kısım kısım da yapılabilir.

Yüklenici kendisine devredileceği kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini 3. kişilere devrederse bu devir alacağın temlik özelliğini taşır. Arsa sahibi ile 3. kişi arasında doğan bu hukuki ilişkide 3.kişi, arsa sahibinden arsa paylarının temlikini isteme hakkına sahip olur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Yüklenicinin inşaatı yapıp teslim etme borcunun yanında inşaat zamanında başlama ve bitirme inşaatı sadakat ve özenle yapma, işi bizzat kendi veya kendi yönetimi altında yaptırma ve kullandığı malzemeyi özenle seçme yükümlülükleri bulunur. Arsa sahibinin ise en önemli borcu belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretmektir. Bununla beraber arsa sahibi, yüklenicinin üstlendiği edimi gereği gibi yapabilmesi için kendisine düşen yükümlülükleri de yerine getirmesi gerekir.

Yüklenicinin inşaatı teslim borcuna aykırı davranması halinde TBK' da yer verilen borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hükümleri; yüklenicinin ayıplı bir inşaat teslim etmesi halinde, eser sözleşmelerine özgü olarak düzenlenmiş ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi sözleşmeyi ileriye yönelik sona erdirebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Sözleşmeden dönme üzerine tarafların aldıklarını aynen geri vermeleri gerekir. Ancak yapılan inşaatın seviyesinin çok ilerlemesi gibi bazı istisnai durumlarda geri verme borcu para niteliğini taşıyacaktır. Bununla beraber Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere inşaatın çok büyük kısmının tamamlanmış olduğu

hallerde sözleşmeden dönmenin ileriye etkili sonuç doğurması gerektiği düşünülmektedir.

Arsa sahibinin kendisine teslim edilen yapıyı gözden geçirme ve ayıp varsa bunu bildirme yükümlülüğü vardır. Bu külfetin yerine getirilmemesi durumunda arsa sahibi ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanamaz. Yüklenicinin kusuru olup olmadığına bakılmaksızın ayıbın önemine göre Kanun arsa sahibine 3 seçimlik hak tanımıştır. Bunlardan en ağırı olan sözleşmeden dönme hakkının kullanılması arsa sahibinin taşınmazı üzerine yapılan yapının sökülüp, kaldırılmasının aşırı bir zarara neden olmaması şartına bağlanmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tarafların edimlerini ifası suretiyle olağan bir şekilde sona erebileceği gibi, edimlerin ifa edilmemesi veya temerrüde düşmeleri nedeniyle sözleşmeden dönülmesi, iş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması, tarafların sorumlu olmadığı sonraki bir imkânsızlığın ortaya çıkması, yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi, yapının yok olması sebepleriyle ya da önceden görülmeyen ve beklenilmeyen hal nedeniyle feshi veya arsa sahibinin yüklenicinin zararını tamamen tazmin etmesi suretiyle feshi ile sona erebilmektedir.

KAYNAKLAR

AKKAYAN, YILDIRIM A. (2004): Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergün Özsunay' a Armağan, S. 49, 68, 69, 70, 74, 79, İstanbul.

AKKANAT, H. (2000): İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan, s. 8, 10, 11, 73, İstanbul.

AKTÜRK YÜCER, İ. (2012): Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri, S. 100,243, Ankara.

AKSOY DURSUN S. (2011): Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları, Legal Hukuk Dergisi, S.1847 İstanbul.

ALTAŞ, H. (2002): Eserin Teslimden Önce Telef Olması(B.K. md. 368),S. 50, 95, 103, 152, 153, Ankara.

ARAL F./AYRANCI H. (2015): 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, S. 56, 328, 335, 346, 356, 360, 363, 369 vd., 371, 378 vd., 381 vd., 382, 372, 378, 379, 380, 400, 404, 406, 423, 424 vd., 426, 427, Ankara.

ASLAN, N. (2016): Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Bahçeşehir Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, S. 36, 37, 94, İstanbul.

AYAN, S. (2008): İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, S.25, 27, 43, 45, 61, 79, 91, 99, 112, 113, 123, 127, 253, 256, 265, 268, 269, 270, 274, 275, 277, 279, 287, 288, 291, 292, 293, Ankara.

AYAZLI P. (1987): Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 43 vd., 44, 45.

AYDEMİR, E. (2016): Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, S. 213, 214, 228, 317, 318, 321, 322, 355, 356, 357, 443, 444, 456, 475, 476, 498, 499, 501, 502, Ankara.

AYDOĞDU M./KAHVECİ N. (2017): Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri(Sözleşmeler Hukuku), S. 5, 402,766, Ankara.

BAYGIN, C. (1999): Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, S. 15, 28, 204, Erzincan.

BAYSAL, B. (2006): Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Bazı Hukuksal Sorunlar, (Prof. Dr. Özer Seliçi' ye Armağan, S. 157, Ankara.

BECKER H. (1934): Borçlar Hukuku Çeşitli Sözleşme İlişkileri, A. Suat Dura (Çev.), S. 1934 Bern.

- BUZ, V. (2005):** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, S. 65, 275, 276, 302, Ankara.
- BUZ, V. (2014):** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme S. 26, 30, 35, 36, 65, 68 vd., 76, 78, 107, 109, 124, 125, 134, 135, 142, 172, 220, 221, 245, 272, 273, 620, 621, Ankara.
- BURCUOĞLU, H. (1990):** Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Tandoğan'a Armağan, S. 285, 286, 290, 292, Ankara.
- BÜYÜKAY, Y.(2014):** Eser Sözleşmesi, S. 42, 43, 101, 131, 132, 134, 135, 139, 143, 144, 245, 280, 297,Ankara.
- CANBOLAT F. (2009):** İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, S. 30, 50, 51, 126, 168, Ankara.
- ÇETİN, S. (2011):** Borçlu Temerrüdünün Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, S. 72, İstanbul.
- DAYINLARLI K. (2008):** İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 4. Bası, S. 57, 63, 68, 90,103Ankara.
- DİRİCAN, G. (2007):** Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, S.78İstanbul.
- DUMAN, İ. Hasan (2016):** İnşaat Hukuku, S. 153, 245, 281, 285, 303, 307, 310, 326, 336, 390, 393, 405, 409, 418, 770, 1283, 1306,1364, Ankara.
- DURAK, Y. (2015):** Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı C. I, s. 207-251.
- ERDAŞ B. (2011):** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, S. 90, 95, 105, Ankara.
- ERGEZEN, M. (2007):** İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, S. 36, 37, 102, 104, 132, 136, 138, 1074, 1075, Ankara.
- ERGÜNE, M. Serkan (2008):** Olumsuz Zarar, S. 14, 55 288, 298, İstanbul.
- ERMAN, H. (2007):** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul: 1, 5, 11, 12, 13, 48, 50, 58, 111, 133, 144, 188, 190.
- ERMAN, H. (2010):** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, S. 2, 3, 8, 21, 32, 35, 36, 38, 42, 53, 57, 73, 80, 88, 92, 93, 95, 124, 138, 159, 183, 186, 173, 199, 201, 210, 211, İstanbul.
- ERMAN, H. (1979):** İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), S. 73, 74, 81, 82, 85, 86, İstanbul.
- EREN, F. (2017):** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, S. 9, 16, 41, 51, 57, 73, 75, 79, 85, 99, 113, 207, 211, 213, 279, 304 vd., 411, 653, 755, 1025, 1043, 1045, 1046, 1049, 1051, 1052, 1055 vd., 1071, 1073, 1075, 1081, 1300 vd., 1302, 1303, 1304, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

- ERZURUMLUOĞLU, E. (2017):** Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), S. 134, 180, Ankara.
- FEYZİOĞLU, N.F. (1977):** Borçlar Hukuku(Genel Hükümler) C.2, S. 243, İstanbul.
- GÖKYAYLA, E. (2002):** Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, 1/2002, S.785-805.
- GÖKYAYLA E. (2009):** Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, S. 86, 87, 794, İstanbul.
- GÖNEN, C. (2015):** İnşaat Sözleşmelerinin İfasında Eksik İş-Ayıplı İfa Ayırımı, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, S. 345, İstanbul.
- GÜMÜŞ, A. (2014):** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, S. 4, 7, 13, 15, 33, 55 vd., 60, 61, 64, 66, 69, İstanbul.
- GÜNEL M. Cahit (2014):** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahiplerinin İnşaat Ayıp Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. F. Yenisey' e Armağan, S. 412, 413, 416, 418, 419, 421, 424, İstanbul.
- HALİS, G. (2014):** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılık, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, S. 216, Aralık.
- HATEMİ/GÖKYAYLA (2017):** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, S. 44 vd., İstanbul.
- HAVUTÇU, A. (1995):** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, S.77, İzmir.
- İNAL, T. (2011):** Sonuca Katılnmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, S. 229, 415, 416, İstanbul.
- İNAL, T. (2017):** Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, S. 223, Ankara, Seçkin Yayınları.
- KARTAL (1983):** Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi, Yargıtay Dergisi, S. 2, 3, 15, 18, 20, 23, 29, 30, 31, 51, 70, 76, 77, 88, 89, 97, 98, 110, 115, 132, 135, 137,138, Ankara.
- KAHRAMAN Z. (2014):** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak 1999 FIDIC Kurallarının Kabul Edildiği İnşaat Sözleşmelerinde Kabul, Prof. Dr. Feridun Yenisey' e Armağan, S. 2541, İstanbul.
- KAHRAMAN, Z. (2015):** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, , S. 438, 440, 2564.
- KAYA, Ö. Katip (1993):** Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, S. 5, 8, 25, 37, 47, 52, 56, 58, İstanbul.
- KARAHASAN M. Reşit (2004):** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, S. 55, 262, 263, 494, 854,893, İstanbul.

- KARAHASAN M. Reşit (1997):** İnşaat İhale İmar Hukuku, C.1. S. 476, İstanbul.
- KAPLAN İ. (2013):** İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, S. 53, 54, 139, 140, 275, 385, Ankara.
- KARADAŞ, İ. (2016):** Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, S. 46, 120, 122, 123, 134, 135, 137, 148, 163, 164, 167, 168, 175, 177, 190, 194, 248, 250, 251, 253, 257, 326, 347, 348, 352, 353, 356, 360, 477, 526, Ankara, Adalet Yayınları.
- KIRCA, Ç. (2006):** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, 15 Aralık 2006, BTHAE yayınları. S.75 vd., 81, 87, 89 vd., 92-94.
- KILIÇOĞLU A. (1975):** Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, C.32, S. 1-4, s. 185-199.192
- KILIÇOĞLU, A. (2017):** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, S. 540, 549, 919 vd., Ankara.
- KOCAĞA, K. (2017):** İnşaat Sözleşmesi, S. 57, 74, 76, 77, 89, 150, 158, 162, 164, 209 vd., 210, 219, İstanbul.
- KOCAYUSUFPASAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI (2008):** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, S. 12, 37-38, 311, İstanbul.
- KOSTAKOĞLU, C. (2017):** İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, S. 20, 69, 70, 182, 236, 237, 259, 260, 359, 375, 376, 377, 379, 382, 384, 385, 450, 454, 500, 502, 503,504, 505, 594, 595, 596, 597, 598 vd., 600 vd., 602, 609 vd., 619, 664 vd., 699, 700 vd., 702, 807, 906 vd., 917, 951, 1146, İstanbul, Beta Yayınları.
- KUNTALP, E. (2013):** Karışık Muhtevalı Akit(Karma Sözleşmeler), S. 1, 16, Ankara.
- KURT, L. M. (2012):** Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, S. 47 67, 313, 333, 336, 377, 339, Ankara.
- KÜRŞAT, Z. (2013):** Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, S. 770, 771, 772, İstanbul.
- NOMER, N. Haluk (2017):** Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, S. 473, İstanbul.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut (2017):** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1 S. 15, 46, 301, 302, 352, 353, 358, 359, 360, 373, 459, 460, 461, 463, 464, 465, 539, 555, 556, İstanbul.
- OĞUZMAN/BARLAS (2017):** Medeni Hukuk(Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar)S. 203, 206, İstanbul.
- OZANOĞLU H. Seçkin (1999):** İstisna Sözleşmelerinde Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları, Galatasaray Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3. S. 15.
- ÖZÇELİK, B. (2015):**6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4) S. 1173, 1181.

ÖZ, M. Turgut (2016): İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, S. 1, 2, 3, 19, 26, 27, 63, 112, 113, 114, 117, 126, 127, 128, 133, 134 vd., 142vd., 143, 144, 145, 153, 154, 161, 162, 172 vd., 174 vd., 175, 176 vd., 177, 178 vd., 179, 189, 192, 194, 196, 199, 206, 207, 208, 210 vd., 215-217, 218, 220, 221, 224, 225, 228 vd., 230, 235, 236, 272, 273, İstanbul, Vedat Yayınları.

ÖZYÖRÜK, S. (1998): İnşaat Sözleşmesi, S. 50, 51, İstanbul

REİSOĞLU, S. (2007): Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, C. XXIV, S. 2, 5, 329, 335, 346, 421, Ankara.

REİSOĞLU, S. (2008): Borçlar Hukuku Genel Hükümler, S. 293, 309, 310, 339, 355, 414, İstanbul.

RUHİ A. Cemal (2013): Sözleşmeler Hukuku, S. 1144,1244 Ankara.

SEROZAN R. (2007): Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, S. 46-48, 58, 78 vd., 173, 175, 177, 474, 475, İstanbul.

SELİÇİ, Ö. (1978): İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, S. 4, 8, 9, 13, 37, 75, 147, 151, 152, 159, 160, 163, 164, 167, 168, 170, 175,207, İstanbul.

SELİÇİ Ö. (1976): Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, S. 11, 37, 179, İstanbul.

SELİMOĞLU, Yaşar, E. (2017): Eser Sözleşmesi, S.133,165 Ankara.

SÜTÇÜ N. (2016): Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. 1, S. 29, 30, 48, 1464 vd., Ankara.

SABUNCU, B. (2012) : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Arsa Sahibi Ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Durumu, S. 3, 7, 52, 53, 55, 91-92, 100, 116, 171, Ankara.

ŞAHİNİZ C. Salih (2014): Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, S. 13, 41, 42, 44, 52, 71, 79, 114, 135, 148, 155, 169, 173, 176, 217, İstanbul.

ŞAHİN T. (2012): Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Doktora Tezi, S. 193, Konya.

ŞENOCAK, Z. (2002): Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, S. 5, 8-9, 21, 54, 109, 152, 161, 240, Ankara.

TANDOĞAN, H. (2010) : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 2, S. 1, 2, 55, 71, 76, 81, 126, 130, 140, 142, 143, 162, 163, 164, 187, 188, 189, 192, 220, 315, 316 vd., 318, 320, 321, 324, 326, 352 vd., 353, İstanbul, Vedat Yayınları.

TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP (1993): Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, S. 869, 870, 960, 1225, 1233, 1299, İstanbul.

TUNÇOMAĞ, K. (1965): Borçlar Hukuku Dersleri-Genel Hükümler, C. 1, S. 508, 910, 1034, İstanbul.

TURANBOY, A. (1991): Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 173, 177.

UÇAR, A. (2001): İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C. V, S. 89, 102, 131, 145, 165, 172, 173, 184, 195, 196, 197, 213, 540, 541.

UYGUR, T. (2013): Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, C.2, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, S. 141, 219, 579, 580, 637, 642, 2149, 2152, 2157, 2167, 2166, 2175, 2179, Ankara.

YAVUZ C./ACAR F./ÖZEN B. (2014): Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümleri, S. 4, 454, 1013, 1075, 1110, 1029, 1032, 1040, 1041, 1068, 1069,1073, İstanbul.

YAVUZ, C. (2014): Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, S. 373, 374, 639, 917, 1013, 1060, 1066, 1085 vd., 1109, 1098, İstanbul.

YENER, M. Deniz (2007): Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. S. 372.

YENER, M. Deniz (2011): Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, S. 25, 127, İstanbul.

YÜCEL, Ö. (2013): Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 549.

YILDIRIM, Z. (2011): Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sözleşmeden Dönmesi, Yüksek Lisans Tezi, S. 70, 113, 166, 159, Ankara.

YÜNLÜ, S. (2015): Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması, Prof. Dr. F. Hasan Erman'a Armağan, S. 913, 925.

ZEVLİLER A./GÖKYAYLA K. E (2015): Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, S. 336, 500, 502, 503, 509, 521, 534, 549, 551, 552, 553, 554, 556, 558, Ankara.

Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı

Sinerji Mevzuat Hukuk Otomasyonu Programı

ÖZGEÇMİŞ

ANDAÇ MARAŞLIOĞLU

GSM: +90 (534) 640 19 19 Email:
andac.01@hotmail.com



KİŞİSEL BİLGİLER

Doğum Tarihi	: 05.01.1990	Eğitim Durumu	: Üniversite Mezunu
Uyruğu	: T.C.	Askerlik Durum	: Tecilli
Medeni Hali	: BEKAR	Sürücü Belgesi	: B (2008)

Andaç MARAŞLIOĞLU 05.01.1990' da İstanbul'da doğdu. İlk ve ortaokulu Koç İlk Öğretim Okulu' nda liseyi Bahçeşehir Atatürk Lisesi' nde okudu. 15.09.2008 tarihinde İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi' nde başladığı lisans öğrenimini 31.10.2013 tarihinde tamamladı. İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk alanında tezli yüksek lisans öğrenimine 31.01.2015 tarihinde başladı. Halen Büyükçekmece Belediye Başkanlığı nezdinde çalışmalarını sürdürmektedir.