



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Yüksek Lisans Tezi

Çağla Nur Karabulut Dursun

Nisan 2023



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Yüksek Lisans Tezi

Çağla Nur Karabulut Dursun

Danışman

Prof. Dr. Ümit Gezder

Nisan 2023

TEZ JÜRİSİ ONAYI

Çağla Nur Karabulut Dursun tarafından hazırlanan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri" başlıklı bu Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Ümit Gezder
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Prof. Dr. Mehmet Deniz Yener
Marmara Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Nihan Koyuncu Aktaş
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 6 / Nisan / 2023

BEYANLAR

Yazım ve Kaynak Gösterme Kılavuzu Beyanı

Danışmanlığımda yazılan bu tezin Chicago yazım ve kaynak gösterme kılavuzunda belirtilen kurallara uygun olarak yapılandırıldığı ve bu kılavuzun dipnot kaynak gösterme standartlarının bu tezde tutarlı olarak uygulandığı tarafımdan incelenerek teyit edilmiştir.

İmza

Prof. Dr. Ümit Gezder

Etik İlkeler Sadakat Beyanı

Hazırladığım bu tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi beyan ederim.

İmza

Çağla Nur Karabulut Dursun

ÖZET

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Karabulut Dursun, Çağla Nur

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Ümit Gezder

Nisan 2023

Toplumsal hayatın gelişimi ile doğan ihtiyaçlar dolayısıyla sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca meydana gelen sözleşmelerden biri de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir. Bu sözleşme kanunda taraf edimleri, hak ve borçları ile düzenlenmemiş atipik bir sözleşme olup işbu çalışmada, Yargıtay ve öğretideki görüşler ışığında öncelikle terim sorunu ve tanımı, tarafları, unsurları, hukukî niteliği, türleri, şekli, diğer sözleşmelerden ayrımları bakımından incelenmiş; akabinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak eser sözleşmesi hükümleri başta olmak üzere bu sözleşmeye uygun düşen ve uygulanması gereken hükümler ile sözleşmenin tarafları olan arsa sahibi ve yüklenicinin sözleşmedeki edimleri diğer bir deyişle borçları ve bunların sonuçları incelenmiştir. Çalışmanın son aşamasında ise bu sözleşmenin sona erme şekilleri incelenerek sözleşme bütün yönleri ve uygulanacak hükümleri ile izah edilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmanın amacı, uygulamada oldukça fazla akdedilen ve atipik özellikte olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin tespitiyle, işbu sözleşmenin özellikleri ve edimlerini öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Yüklenici, Arsa sahibi, Arsa payı, İnşaat

ABSTRACT

Construction Agreements in Return For Land Share

Karabulut Dursun, Çağla Nur

Master's Thesis, Department of Private Law

Supervisor: Prof. Dr. Ümit Gezder

April 2023

One of the contracts that are formed in accordance with the principle of freedom of contract due to the needs arising from the development of social life is construction contracts in return for land share. This contract is an atypical contract that is not regulated in the law with the acts, rights and obligations of the parties, and in this study, it has been examined primarily in terms of its definition, parties, elements, legal nature, types, form and distinctions from other contracts in the light of the opinions of the Court of Cassation and doctrine; then, the provisions of the contract of work to be applied to the construction contract in return for land share, the provisions that are appropriate and to be applied to this contract, and the obligations of the land owner and the contractor, who are the parties of the contract, in the contract, in other words, their debts and their results are examined. In the last stage of the study, the termination forms of these contracts were examined and the contract was tried to be explained with all its aspects and provisions to be applied.

The aim of this study is to determine the provisions to be applied to the construction contracts in return for land share, which are concluded a lot in practice and have atypical characteristics, and to examine the characteristics and acts of this contract in the light of the views in the doctrine and the Supreme Court decisions.

Keywords: Construction Contract In Return For Land Share, Contractor, Land owner, Land share, Construction

ÖNSÖZ

Gelişen dünya düzeniyle toplumsal hayatta, insanların belli bir standart üzerinde yaşamak isteme arzusu ile işyeri ya da konut sahibi olma, var olan arsayı değerlendirme ve ekonomik kaynak oluşturma gayesi artmıştır. Buna binaen ellerinde mevcut olan arsası üzerine bina inşa etmek isteyen ancak inşaat işleri hakkında bilgisi olmayan kişiler, bedel ödemeksizin arsası üzerine bina inşa ettirme amacıyla birtakım arsa paylarını yüklenicilere devrederek ya da devretme taahhüdüne girerek sözleşme özgürlüğü çerçevesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini oluşturmuşlardır.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanan bu çalışmada, ülkemizde oldukça fazla akdediliyor olmasına karşın kanunda düzenlenmemiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, uygulama ve teorideki tartışmalar ışığında, bir bütün olarak bünyesine uygulanacak hükümlerin de tespiti ile incelenmesi amaçlanmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, çalışmamızda üç bölümde incelenmiştir. İlk bölümde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri genel bağlamda incelenmiş olup sözleşmenin terim sorunu ve tanımı üzerinde durulmuş, akabinde sözleşmenin unsurları, hukukî niteliği, türleri ve şekil şartları ile diğer benzer sözleşmelerden farkları açıklanmıştır. Akabinde ikinci bölümde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin hükümleri başlığında tarafların borçları ve bunların sonuçları incelenmiştir. Son olarak üçüncü bölümde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sona erme şekilleri incelenmiştir. Böylece kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz sözleşme niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bünyesine uygulanacak kanun hükümleri, öğretideki görüşler, uygulamadaki bazı sorunlar ve Yargıtay uygulaması esas alınarak tespit edilerek sözleşmenin bir bütün halinde incelenmesi amaçlanmıştır.

İsimsiz bir sözleşme olması ile kanunda edimleri düzenlenmemiş olan bu sözleşme, öğreti ve uygulamada birçok farklı isimle ifade edilmektedir. Buna karşın gerek bazı önemli mevzuat hükümlerinde anıldığı terim ve gerekse sözleşmenin unsurları itibarıyla anlamını çok daha iyi yansıttığı olması ile çalışma konusu olarak *arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi* terimi kullanılmıştır. Bununla beraber izah edileceği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin birçok düzenlenme biçiminin mevcut olması ile çeşitli

şekillerde akdedilebiliyor olmasına binaen çalışmanın başlığı ve konusu çoğul anlama gelmek üzere “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*” olarak tercih edilmiştir.

Bunların akabinde, öncelikle tez danışmanlığımı üstlenen ve savunma jürimde bulunan sayın hocam Prof. Dr. Ümit GEZDER’e ve yorumları ile tezimi geliştirmeme yardımcı olan diğer jüri üyeleri saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Mehmet Deniz YENER ve Dr. Öğr. Üyesi Nihan KOYUNCU AKTAŞ’a teşekkür ederim.

Ayrıca bana bu konuyu ve özel hukuku sevdiren sayın hocalarım Prof. Dr. Cumhuri ÖZAKMAN, Prof. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR ve Doç. Dr. Nejat ADAY’a teşekkürlerimi sunuyorum.

Lisans hayatımdan beri kıymetli tecrübelerini ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen sayın hocam Ar. Gör. Esra GÜLTEKİN’e ve tez yazım sürecinde fikirlerine danıştığım sevgili arkadaşlarım Ar. Gör. Sümeyye Tuba KORKUSUZ ve Av. Gülistan AŞAN’a teşekkür ederim.

Son olarak hiçbir zaman, hiçbir konuda desteklerini eksik etmeyen ve her zaman arkamda olduklarını bildiğim sevgili aileme ve değerli eşim Av. Mert DURSUN’a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Çağla Nur KARABULUT DURSUN

İstanbul, Nisan 2023

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
-------------	---

BÖLÜM I

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

1. TERİM SORUNU VE TANIMI	3
1.1. Terim Sorunu.....	3
1.2. Tanımı	4
2. TARAFLARI	7
2.1. Arsa Sahibi	7
2.2. Yüklenici	8
2.3. Üçüncü Kişi.....	9
3. UNSURLARI.....	10
3.1. Arsa Paylarının Bir Kısımının Yükleniciye Devri	10
3.2. Yüklenicinin İnşaat Yapma Borcu ve Teslim Etme Borcu	11
3.3. Arsa Sahibi ve Yüklenicinin Anlaşması.....	11
4. HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	12
4.1. Sinallagmatik Nitelikte Olması	12
4.2. İsimsiz ve Karma Nitelikte Olması	13
4.3. Geçici-Sürekli Karmaşığı Nitelikte Olması	15
4.4. Sözleşmeden Doğan Hakkın Tapuya Şerh Edilebilir Olması.....	17
4.5. Tüketici İşlemi Olup Olmadığı Hususunun Değerlendirilmesi.....	18
5. TÜRLERİ.....	20
5.1. Belirli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri Sonucu Meydana Gelmesi	22
5.2. Arsanın Tamamının Yükleniciye Devri Sonucu Meydana Gelmesi	23

5.3. Arsa Paylarının Yükleniciye Peyderpey Devri Sonucu Meydana Gelmesi	24
5.4. Arsa Paylarının Yükleniciye Devrini Vadetmesi Sonucu Meydana Gelmesi .	24
6. ŞEKİL ŞARTI.....	25
6.1. Sözleşmenin Şekli	25
6.2. Sözleşmenin Şekle Aykırılığı.....	26
6.2.1. Genel olarak.....	26
6.2.2. Öğretideki görüşler	28
6.2.2.1. Geçersizliğin yokluk olduğu görüşü	28
6.2.2.2. Geçersizliğin kesin hükümsüzlük olduğu görüşü	28
6.2.2.3. Kendine özgü geçersizlik görüşü	30
6.2.3. İleri sürülemeyeceği haller.....	30
6.3. Üçüncü Kişinin Hak Kazanım Şekilleri.....	31
6.3.1. Üçüncü kişinin alacağın temlik sözleşmesi ile hak kazanımı.....	32
6.3.2. Üçüncü kişinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hak kazanımı.....	34
6.3.3. Üçüncü kişinin taşınmaz satış sözleşmesi ile hak kazanımı.....	36
6.4. Asıl Sözleşmedeki Şekle Aykırılığın Üçüncü Kişilere Etkisi.....	38
7. BENZER BAZI SÖZLEŞMELERDEN AYRIMLARI.....	39
7.1. İnşaat Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması	39
7.2. Satış Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması	40
7.3. Trampa Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	41
7.4. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.....	41

BÖLÜM II

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

1. GENEL OLARAK.....	44
2. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI	45
2.1. Arsayı Ayıpsız Olarak Teslim Borcu	45

2.2. Arsa Sahibinin Diğer Borçları	46
2.3. Arsa Paylarını Devretme Borcu.....	47
2.3.1. Arsa paylarının devri yükümlülüğünün ihlal edilmesi	49
2.3.1.1. Genel olarak	49
2.3.1.2. Borçlu temerrüdüne düşmesi.....	49
2.3.1.3. Tescile zorlama davası	50
3. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI.....	52
3.1. Yüklenicinin İnşaatı Sadakat ve Özen ile Yapması	52
3.1.1. Genel olarak.....	52
3.1.1.1. Yüklenicinin sadakat borcu	53
3.1.1.2. Yüklenicinin özen borcu.....	54
3.1.2. Gerekli araç, gereç ve malzemeyi sağlama borcu	55
3.1.3. İnşaatı bizzat kendi veya kendi yönetimindekilere yaptırma borcu	58
3.1.4. Yüklenicinin inşaata zamanında başlama ve bitirme borcu	60
3.2. Yüklenicinin Teslim Borcu	61
3.2.1. Genel olarak.....	61
3.2.2. Yüklenicinin teslim borcunda temerrüdü	66
3.2.2.1. Yüklenicinin temerrüdünün şartları	66
3.2.2.1.1. Genel olarak borçlu temerrüdü.....	67
3.2.2.1.2. Borcun muaccel olması ve teslimde gecikme	68
3.2.2.1.3. İmkansız olmaması.....	69
3.2.2.1.4. Temerrüde düşmeyi engelleyecek herhangi bir sebep bulunmaması	70
3.2.2.1.5. Arsa sahibinin yükleniciye ihtarda bulunması	72
3.2.2.1.5.1. Genel olarak.....	72
3.2.2.1.5.2. İhtarın gerekmediği durumlar	74

3.2.2.2. Yüklenicinin temerrüdünün sonuçları.....	74
3.2.2.2.1. Seçimlik haklar	75
3.2.2.2.1.1. Aynen ifa talebi.....	75
3.2.2.2.1.2. Aynen ifa ile beraber gecikme tazminatı talep hakkı	77
3.2.2.2.1.3. Olumlu zararı talep hakkı	80
3.2.2.2.1.4. Sözleşmeden dönerek olumsuz zararı talep etme hakkı	82
3.2.2.2.2. Seçimlik hakların kullanılması şartları.....	87
3.2.2.2.2.1. Uygun süre verme şartı	87
3.2.2.2.2.2. Derhal bildirim şartı.....	91
3.2.3. Temerrüt sebebiyle sözleşmenin sona ermesinin üçüncü kişilere etkisi...92	
3.2.3.1. Alacağın temliki ile hak kazanan üçüncü kişiye dönmenin etkisi. 93	
3.2.3.2. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hak kazanan üçüncü kişiye dönmenin etkisi.....93	
3.2.3.3. Taşınmaz satış sözleşmesi ile hak kazanan üçüncü kişiye dönmenin etkisi.....95	
3.3. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğu	97
3.3.1. Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunun şartları	97
3.3.1.1. İnşaatın arsa sahibine teslimi şartı	98
3.3.1.2. İnşaatın ayıplı olması şartı	99
3.3.1.2.1. Açık ayıbın mevcut olması hali.....	99
3.3.1.2.2. Gizli ayıbın mevcut olması hali.....	99
3.3.1.3. Ayıbın arsa sahibinden kaynaklanmaması	100
3.3.1.4. Ayıbın arsa sahibi tarafından kabul edilmemesi	101
3.3.1.5. Arsa sahibinin şekli şartları yerine getirmesi	101
3.3.2. Arsa sahibinin ayıptan doğan hakları.....	103
3.3.2.1. Genel olarak	103
3.3.2.2. Sözleşmeden dönme hakkı.....	103

3.3.2.2.1. Genel olarak	103
3.3.2.2.2. Dönme hakkının kullanılabilmesinin şartları ve sonuçları	104
3.3.2.2.3. Dönmenin üçüncü kişilere etkisi	105
3.3.2.3. Bedelden indirim hakkı	106
3.3.2.4. İnşaatın ücretsiz onarılmasını isteme hakkı	107
3.3.2.5. Tazminat talep hakkı	108
3.3.3. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu sona erdiren nedenler	109
3.3.3.1. Ayıbın arsa sahibine yükletilebilir olması	109
3.3.3.2. Arsa sahibinin inşaatı kabul etmesi	109
3.3.3.3. Zamanaşımı süresinin geçmesi	110
3.3.3.4. Sorumsuzluk anlaşmasının bulunması durumu	110

BÖLÜM III

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

1. SONA ERME SEBEPLERİ VE SONUÇLARI	112
1.1. Genel Olarak	112
1.2. İfa ile Sona Erme	112
1.3. Anlaşma ile Sona Erme	113
1.4. İfa İmkânsızlığı ile Sona Erme	113
1.4.1. İnşaatın beklenmedik olay sonucu yok olması sebebiyle imkânsızlık ...	114
1.4.1.1. Beklenmedik olay sebebiyle imkânsızlık ve şartları	114
1.4.1.2. Sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona ermesinin sonuçları	115
1.4.2. Arsa sahibi ile ilgili beklenmedik olay sonucu imkânsızlık	116
1.4.3. Yüklenicinin kişisel özelliklerini yitirmesi veya ölümü sebebiyle imkânsızlık	117
1.4.3.1. Yüklenicinin kişisel özelliklerini yitirmesi	118

1.4.3.2. Yüklenicinin ölümü.....	119
1.5. Arsa Sahibinin Beyanı Sonucu Sözleşmenin Sona Ermesi	120
1.5.1. İfa süresi içinde sözleşmeden dönme.....	120
1.5.1.1. İfa süresi içerisinde sözleşmeden dönülmesinin şartları	120
1.5.1.2. İfa süresi içerisinde sözleşmeden dönülmesinin sonuçları.....	121
1.5.3. Ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme.....	123
1.5.4. Tazminat karşılığı sözleşmenin feshedilmesi kurumunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından değerlendirilmesi.....	124
1.5.4.1. Tazminat karşılığı sözleşmenin feshedilmesinin şartları	125
1.5.4.2. Arsa sahibinin tazminat karşılığı sözleşmeyi feshetmesinin sonuçları	126
1.6. Yüklenicinin Beyanı Sonucu Sözleşmenin Sona Ermesi	128
1.6.1. Borçlu temerrüdü sonucu yüklenicinin dönmesi	128
1.6.2. Alacaklı temerrüdü sonucu yüklenicinin dönmesi.....	129
1.6.3. Olağanüstü haller sebebiyle sözleşmenin uyarlanması ya da dönme	130
1.6.3.1. TBK m. 480/2'nin uygulanabilmesinin şartları	131
1.6.3.2. TBK m. 480/2'nin uygulanmasının sonuçları.....	132
SONUÇ.....	134
KAYNAKÇA	137
ÖZGEÇMİŞ.....	150

KISALTMALAR

AYM	: Anayasa Mahkemesi
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
BK	: 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
c.	: Cilt
dn.	: dipnot
ed.	: Editör
E.	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
kıs.	: kısaltma
KMK	: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
İBK : İċtihadı Birleştirme Kararı
vd. : ve devamı



GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tarafların özgür iradeleri ile sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca meydana gelmiş olan ve kanunda düzenlenmemiş olması ile atipik isimsiz bir sözleşmedir. Bu haliyle gerek kanunda gerekse de öğreti ve Yargıtay uygulamasında birçok farklı isimle ifade edilmekte ve hükümlerinin tespitinde tartışmalar yaşanmaktadır¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)² edimleri yer alan isimli sözleşmelerden eser sözleşmesi ile taşınmaz satış/satış vaadi sözleşmelerinin unsurlarını bünyesinde barındıran “*karma nitelikli*” bir sözleşmedir³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde *iş yaptıran*, *iş sahibi* taraf olan arsa sahibi, sözleşmeye uygun olarak inşaat yapılacak arsasından bir kısım arsa paylarını ya da meydana gelecek bağımsız bölümlerin bazılarını yükleniciye devretme borcu altına girer. Buna karşılık yüklenici ise arsa sahibinin arsası üzerine söz konusu yapıyı inşa etme ve inşa edeceği belirlenen bağımsız bölümlerin bazılarını arsa sahibine teslim borcunu yüklenir⁴. Bu bakımdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bünyesinde iki ayrı kanuni sözleşmeyi birleştirmiş olan özel tipli bir sözleşmedir⁵. Bu sözleşme Yargıtay kararlarında “*çift tipli sözleşme*” olarak nitelendirilmektedir⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, pratik hayatta oldukça fazla akdedilmekte ve bu sebeple önemi günden güne artmaktadır⁷. Mahiyeti itibarıyla oldukça etkili olan bu sözleşmenin kanunda hüküm ve sonuçlarının düzenlenmemiş olması uygulama ve teoride birçok soruna yol açmaktadır⁸. Bu sebeple gerek hukukî güven ilkesi gereği farklı kararların hak kaybına neden olmaması ile gerekse de işbu sözleşmenin

¹ Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (İstanbul: Der Yayınları, 2010), s. 10.

² RG, 04.02.2011, 27836.

³ Erman, a.g.e., s. 4; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), s. 1067.

⁴ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1067.

⁵ Mustafa Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2014), s. 53.

⁶ Erman, a.g.e., s. 40; Yargıtay İBK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, www.legalbank.net [ET. 15.12.2022].

⁷ İlker Hasan Duman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Dava ve Sorunlar Nasıl İncelenmelidir* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), s. 19; Erman, a.g.e., s. 1.

⁸ Kırmızı, a.g.e., s. 65.

hükümleri özelinde belirsizlik ve tartışmaları ortadan kaldırması adına gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması en sağlıklı olanıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin incelendiğı bu çalışmanın ilk kısmında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin terim sorunu ve tanımı, taraflarının kimler olabileceğı, unsurları, hukukî niteliğı, türleri, şekli ve bu sözleşmenin benzer bazı sözleşmelerden ayrımları üzerinde sözleşmenin genel olarak açıklanmasına yönelik bir inceleme yapılacaktır. Çalışmanın ikinci kısmında, sözleşmenin hükümleri incelenecek olup bu kapsamda sözleşmede yer alan tarafların hakları, borçları ve bunların sonuçları ve üçüncü kişilere birtakım etkileri ele alınacaktır. Çalışmanın son bölümü olan üçüncü kısmında ise işbu sözleşmenin sona erme şekilleri incelenerek çalışma tamamlanacaktır.

BÖLÜM I

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

1. SÖZLEŞMENİN TERİM SORUNU VE TANIMI

1.1. Terim Sorunu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri öğreti ve uygulamada farklı isimlerle ifade edilmektedir. Söz konusu terim sorunu yıllardır devam etmekte olup bu sözleşme yerine kullanılan birçok farklı terim bulunmaktadır⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi terimi yerine; “*daire karşılığı inşaat*”, “*gayrimenkul satış vaadi karşılığı inşaat sözleşmesi*”, “*kat karşılığı temlik*”, “*taşınmaz satışı kat karşılığı inşaat hakkı*”, “*inşaat sözleşmesi*” ve özellikle Yargıtay tarafından kullanılan “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” gibi farklı birçok terim kullanılmaktadır¹⁰.

Bu terim karışıklığının temelinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin pratik hayattaki ihtiyaç dolayısıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraf iradeleri ile oluşmuş bir karma sözleşme olması yatmaktadır¹¹. Bu karışıklığın bir diğer sebebi de uygulamada önceden beri sıklıkla akdedilen bir sözleşme olan inşaat sözleşmeleri ile benzerliğidir. Oysa inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin inşaat yapma ve teslim etme

⁹ Etem Saba Özmen ve Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Uygulama Hataları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 87, S. 1 (İstanbul, 2013), s. 48.

¹⁰ Özmen, Akçura Karaman, a.g.m., s. 47 vd. Ümran Aktaş Çelik, *Tüketici Hukuku Açısından Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 71.

¹¹ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), s. 213.

borcu karşısında iş sahibinin edimi *arsa payı devri* değil *bedel* olup arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden esasen oldukça farklıdır¹².

Kanunda unsurlarının düzenlenmemiş olmasına karşın bu sözleşmenin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹³ m. 1009 ve 2644 sayılı Tapu Kanunu¹⁴ m. 26 gibi hükümlerde “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*” şeklinde isimlendirilmesi karşısında işbu terimin kullanılması daha uygun olacaktır¹⁵.

Zira aşağıda detaylıca izah edileceği üzere sözleşmedeki taraf edimlerinden birinin *arsa payı devri* olması hususu da dikkate alındığında, terminolojik olarak *arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin* tercih edilmesi, sözleşmenin anlamını daha iyi yansıtacaktır. İzah edilen sebeplerle çalışmada sözleşmenin ismi olarak “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*” tercih edilmiştir.

1.2. Tanımı

TBK uyarınca sözleşmenin oluşabilmesi için taraf iradelerinin “*karşılıklı ve birbirine uygunluğu*” gerekmektedir¹⁶. Elbette bu durum çalışmanın konusunu oluşturan sözleşme için de geçerlidir. Kanun koyucu sözleşmeleri düzenlerken birtakım sözleşmelerin esaslı unsurlarına kanunda yer vermiştir. Kanunda esaslı unsurları düzenlenmiş olan bu sözleşmeler *isimli sözleşme* olarak adlandırılmaktadır¹⁷. Bunun dışında kalan diğer bir deyişle esaslı unsurları kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler

¹² Yusuf Büyükkay, *Eser Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014) s. 31; Köksal Kocaağa, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), s. 27; Zekeriya Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), s. 6; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 984; Gümüş, Borçlar Özel, s. 8, Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Turan Kitabevi, 2017), s. 470; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2019), s. 607; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1976), s. 953; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), s. 366.

¹³ RG, 08/12/2001, 24607.

¹⁴ RG, 29/12/1934, 2892.

¹⁵ Özmen, Akçura Karaman, a.g.m., 48.

¹⁶ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), s. 42; Köksal Kocaağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, c. 21, S.79, s. 73; Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), s. 95; Eren, Borçlar Genel, s. 211.

¹⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 218; Şaban Kayıhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), s. 95; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), s. 17 vd.; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 47; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 3.

ise TBK m. 19 sözleşme özgürlüğü kapsamında meydana getirilmekle beraber *isimsiz sözleşme* olarak adlandırılmaktadır¹⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de kanunla esaslı unsurları düzenlenmiş olmayan isimsiz bir sözleşmedir¹⁹. Bu sözleşmenin uygulamada oldukça yaygın olarak akdediliyor olması sonucu doğan ihtiyaçlar sebebiyle birçok kanun maddesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir²⁰. Ancak ifade edildiği üzere mevzuatta sözleşmenin yalnızca ismen yer alması ya da bir özelliğinin belirtilmiş olması arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ya da isimsiz nitelikte olan başka bir sözleşmeyi isimli hale getirmeyecektir²¹.

Bu sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olması dolayısıyla kanun tarafından tanımının yapılmamış olması ile bu sözleşme için uygulama ve öğretide yapılmış birçok tanım bulunmaktadır²².

Erman'a göre bu sözleşme; yüklenicinin arsa sahibinin arsasına inşa edeceği bağımsız bölümlerden bazılarının arsa sahibine ait olması karşılığında, arsa sahibinin yükleniciye birtakım arsa paylarını devretme taahhüdü altına girmesidir²³.

Gümüş'e göre; yüklenicinin arsa sahibine karşı, arsa sahibinin arsasına bağımsız bölümler inşası borcunu üstlendiği, arsa sahibinin ise arsasındaki belirli arsa paylarını ya da yüklenicinin meydana getireceği bağımsız bölümlerden bazılarının mülkiyetini yükleniciye devretme hususunda borç altına girdiği sözleşmedir²⁴.

¹⁸ Saibe Oktay, “İsimsiz sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. 55, S. 1-2 (1996), s. 264; Eren, a.g.e., s. 219; Kayıhan, a.g.e., s. 97; Eren, Borçlar Genel, s. 219; Eren, Borçlar Özel, s. 933; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 10; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 53; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Kahraman, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), s. 23; Fikret Eren, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, S. 1 (2015), s. 67; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), s. 2.

¹⁹ Erman, a.g.e., s. 1; Yasemin Durak, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, Özel Sayı (2015), s. 211; Eren, Borçlar Özel, s. 941.

²⁰ TMK m. 1009, Tapu Sicil Tüzüğü m. 55/c, Tapu Kanunu m. 26 gibi.

²¹ İpek Yücer Aktürk, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), s. 33; Oktay, a.g.m., s. 265; Ayşe Arat, “İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, S. 2 (2006), s. 241.

²² Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1066; Özmen, Akçura Karaman, a.g.m., s. 50; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), s. 56; Haluk Nami Nomer ve Baki İlkay Engin, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 28.

²³ Erman, a.g.e., s. 1.

²⁴ Gümüş, Borçlar Özel, s. 213.

Yavuz'a göre ise; yüklenicinin arsa sahibinin arsasında belirli payların mülkiyetini edinmek amacıyla bağımsız bölümler inşa etmesi hususlarını konu edinen sözleşmedir²⁵.

Sütçü'ye göre ise; yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde inşa edeceği yapıyı inşa etmesiyle karşılığında arsa sahibinin taşınmaz devrini gerçekleştireceği taşınmaz karşılığı inşaat sözleşmesidir²⁶.

Kılıçoğlu'na göre ise; yüklenicinin arsa sahibinin arsasında inşaat yapması ve bunun karşılığında arsa sahibinin yüklenicinin meydana getireceği ve onun payına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarını karşı edim olarak devir borcu altına girdiği sözleşmedir²⁷.

Yargıtay'a göre ise; yüklenicinin finansmanını sağlayarak arsa sahibinin arsasında bina inşası üstlendiği, arsa sahibinin bedel yerine inşa edilen binadan bazı belirli bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi vadettiği sözleşmedir²⁸.

Öğreti ve Yargıtay uygulamasındaki tanımlara bakılarak genel tanım yapılacak olursa; bu sözleşme, yüklenicinin arsa üzerine bir yapı inşa ederek bu yapıyı teslim borcunu yüklediği; arsa sahibinin ise arsasından belli bazı arsa paylarını veya bağımsız bölümleri yükleniciye devrettiği ya da devretmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir²⁹.

İşbu sözleşme ile yüklenici, arsa üzerinde *inşaat yapma* ile *inşaatı teslim etme* şeklinde kümülatif borç altına girmektedir³⁰. Buna karşılık arsa sahibi de arsası

²⁵ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1066; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), s. 581.

²⁶ Nezih Sütçü, Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi (Ankara: Seçkin, 2018), s. 32-33.

²⁷ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), s. 493.

²⁸ Yargıtay'ın bu husustaki tanımını içeren kararı için bkz. Yargıtay İBK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

²⁹ Erman, a.g.e., 1; Gümüş, Borçlar Özel, s. 213; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1066; Sütçü, a.g.e., s. 32; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 493; Durak, a.g.m., s. 208; Duman, İnşaat Hukuku, s. 41, Kırmızı, a.g.e., s. 53; Taner Türe, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Kurulması" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2020), s. 3; Kurşat, a.g.e., s. 7; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s. 778.

³⁰ Erman, a.g.e., s. 2; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1067; Kurşat, a.g.e., s. 7.

üzerine inşa edilen bağımsız bölümlerden bazılarını ya da arsasından belli bazı payları yükleniciye devretme borcu altına girmektedir³¹.

Arsa sahibinin sözleşmeden doğan borcunu nasıl ifa edeceği hususunda, sözleşmenin akdiyle birlikte peşinen yükleniciye devretmesi kararlaştırılabileceği gibi, devir işlemlerini aşama aşama olacak şekilde inşaatın geldiği duruma göre belli miktar arsa paylarının devredilmesi şeklinde veya inşaatın bitmesi ve kendisine teslim edilmesinin akabinde devredileceği taahhüdü gibi birçok farklı anlaşma yapılabilir³². Sözleşmenin türleri konusu incelenirken bu husus detaylı olarak izah edilecektir.

Görüleceği üzere bu sözleşme ile genel itibarıyla arsa sahibi arsasını değerlendirmek ve gelir sağlamak amacıyla hareket etmekte; yüklenici ise ticaret amaçlı hareket etmektedir³³.

2. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

2.1. Arsa Sahibi

Arsa sahibi diğer bir deyişle iş sahibi, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin mahiyeti ve hukukî niteliği de dikkate alındığında, sözleşmedeki yüklenici tarafa arsasından bir miktar pay devrederek ya da devretme taahhüdüne girerek arsasının üzerine inşaatın yapılması ile bir nevi kazanç sağlayan kişidir³⁴.

Burada ifade edilmelidir ki esasen arsa sahibi teriminden, arsa sahibinin, arsanın maliki olduğu anlaşılrsa da esasen arsa sahibi tarafının işbu sözleşmeyi akdedebilmesi için ilgili arsanın maliki olması gerekmez³⁵. Zira TMK m. 726 uyarınca üst hakkı bulunan kişiler de bu sözleşmeyi akdederek sözleşme içerisinde arsa sahibi tarafı

³¹ Erman, a.g.e., s. 5; Durak, a.g.m., s. 209; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 534; Aydoğdu, Kahveci, a.g.e., s. 778.

³² Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1074; Erman, a.g.e., s. 11; Türe, a.g.t., s. 7.

³³ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 32.

³⁴ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 33; İlker Hasan Duman, *İnşaat Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), s. 150; Andaç Maraşlıoğlu, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” (Yüksek Lisans Tezi, Aydın Üniversitesi, 2017), s. 2; Sümeyye Hilal Yıldırım, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011), s. 5.

³⁵ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 33, Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 151.

olabilir³⁶. Ancak gerek kural olarak gerekse de uygulama itibariyle iş sahibinin, genel olarak arsa sahibi malik olduğu görülmektedir.

Sözleşmenin iş yaptıran tarafı olan arsa sahibi gerçek ya da tüzel kişi olabilir³⁷. Bununla beraber, inşaat yapılacak arsanın birden fazla maliki olmasının da sözleşmenin kurulmasında bir engeli olmayıp bu halde somut olayın şartlarına göre paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyet hükümleri dikkate alınır³⁸. Bu halde sözleşmenin kurulabilmesi için arsa sahibi tarafındaki maliklerin tamamının rızası, diğer bir deyişle oybirliği aranmakta olup Yargıtay da bu yönde karar vermektedir³⁹.

Bunlarla birlikte eğer arsa sahibi kısıtlı ise ya da arsa sahibi tarafının birden fazla kişi olduğu durumda bu kişilerden biri ya da birkaçı kısıtlı ise, bu kişilerin vasilerinin izniyle beraber ayrıca TMK m. 462/1/3 uyarınca vesayet makamının da izni gerekmektedir⁴⁰.

Arsa sahibi terimi yerine iş sahibi terimi de kullanılıyor olsa da bu sözleşme özelinde taraf mahiyetini daha iyi yansıtmaması ve anlam karışıklığına sebebiyet vermemesi adına çalışmamızda *arsa sahibi* terimi tercih edilmiştir.

2.2. Yüklenici

Yüklenici diğer bir ifadeyle müteahhit, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile söz konusu inşaatı yapma ve teslim etme borcunu üstlenen tarafıdır. Yüklenici bir ya da birden çok kişi olarak veya gerçek yahut tüzel kişi olarak bu sözleşmenin tarafı olabilir⁴¹. Uygulamada sıklıkla inşaat şirketlerinin arsa sahipleriyle sözleşme yaparak söz konusu yapı inşa etme ve teslim etme borcunu yüklediği görülmektedir. Yine büyük inşaat ihalelerini yalnız yüklenemeyen tüzel kişi şirketler birlikte ortaklık

³⁶ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), s. 866 vd.

³⁷ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 33.

³⁸ Efrail Aydemir, *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), s. 127.

³⁹ Paylı mülkiyetli taşınmaz üzerinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılabilmesi hakkında Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2006/828, K. 2007/2061, T. 02.04.2007, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

⁴⁰ Aktaş Çelik, a.g.e., 33; Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 151; Naz Aydın Eskiyan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Hükümleri” (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2020), s. 4.

⁴¹ Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 143; Türe, a.g.t., s. 10.

şeklinde inşaatın yapımı ve teslimi işini birlikte üstlenerek sözleşmede taraf olmaktadır⁴².

Gerek kanun hükümleri gerekse de içtihatlar uyarınca yapı inşası ve teslimi gibi uzmanlık gerektiren bir işi üstlenen yüklenicinin kural olarak uzman ve işin ehli olduğu kabul edilir ve bu şekilde değerlendirilir⁴³.

Sözleşmenin içerisinde yer alan eser sözleşmesi hükümlerinde, bir bedel karşılığı yapı inşa etme borcu üstlenen sözleşme tarafı için yüklenici kavramı kullanılmıştır⁴⁴. Uygulamada yerleşik olarak sıklıkla yüklenici kavramı yerine müteahhit kavramı kullanılıyor olsa da terminolojik olarak daha uygun olduğu düşünce ve gerekçesi ile çalışmada *yüklenici* kavramı tercih edilmiştir.

2.3. Üçüncü Kişi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları ifade edildiği üzere esasen yüklenici ve arsa sahibidir. Ancak günümüzde sözleşmeden doğan hak ve borçların henüz sözleşme ifa edilmeden dahi üçüncü kişilere devredildiği görülmektedir⁴⁵. Üçüncü kişi, *ilgili hukuki işlemin kuruluşuna katılmayan kişi* olarak ifade edilebilir⁴⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin akdedilmesinin akabinde meydana gelecek bağımsız bölümlerden birinin mülkiyetine sahip olmak isteyen üçüncü kişiler, arsa sahibi ya da yüklenici ile kendi aralarında akdedecekleri başka bir sözleşme ile bu mülkiyet hakkını kazanmayı amaçlamaktadır⁴⁷.

Burada üçüncü kişi sıfatında olmak için mutlaka arsa sahibi ya da yüklenici ile sözleşme yapan kişi konumunda olunması gerekmez. Yüklenici ya da arsa

⁴² Aktaş Çelik, a.g.e., s. 33; Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Duman, İnşaat Hukuku, s. 143-150.

⁴³ İlgili yönetmelikte yer alan yüklenici tanımı için bkz. Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği m. 9/1; Yargıtay'ın yüklenici tanımı için bkz. "...Yüklenici işinin uzmanı sayılan, sorumlu meslek adamıdır...". Yargıtay 15 HD, E. 2013/4399, K. 2014/4399, T. 16.6.2014, www.legalbank.net [ET. 01.12.2022].

⁴⁴ Gümüş, Borçlar Özel, s. 10.

⁴⁵ Aktaş Çelik, a.g.m., s. 34.

⁴⁶ Zeynep Ayar Birkin, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 85; Şener Akyol, *Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), s. 11; Ali Avcı, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), s. 63 vd.

⁴⁷ Dilek Sertler, "Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu" (Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2021), s. 43.

sahibinden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişi, bu bağımsız bölümü bir başka üçüncü kişiye sattığı takdirde bu kişiler de üçüncü kişilerin tabi olduğu sıfat, şart ve haklara tabi olacaktır⁴⁸. Yargıtay da bu hususta sözleşme dışı üçüncü kişinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki taraf yüklenici ile sözleşerek hak kazandığı alacak hakkı başka bir üçüncü kişiye harici olarak devredebileceği ve bu durumda alacağın temliki hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmiştir⁴⁹.

Üçüncü kişiler, akdetmiş oldukları bu sözleşme ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı haline gelmezler. Burada esasen üçüncü kişiler arsa sahibi veya yüklenici ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin akıbetine bağlı olarak bir sözleşme akdetmektedir⁵⁰.

Üçüncü kişilerin akdetmiş oldukları bu ikinci sözleşmeden doğan hakları, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenme türüne ve bu sözleşmedeki hangi taraf ile sözleşme akdederek hak kazanmasına göre değişmektedir⁵¹.

3. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

3.1. Arsa Paylarının Bir Kısımının Yükleniciye Devri

Arsa sahibinin arsa paylarının bir kısmını sözleşme uyarınca yükleniciye devretmesi, sözleşmenin unsurlarından birini oluşturmaktadır⁵². Bu unsur sözleşmeye adını veren unsur olmakla beraber arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, yüklenicinin karşı ediminin bedel olmaması ile klasik inşaat sözleşmesinden ayıran unsurudur⁵³.

⁴⁸ Halis Yaşar, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 102 (2012), s. 295.

⁴⁹ Bu hususa ilişkin Yargıtay içtihadı için bkz. Yargıtay HGK, E. 2003/14-452, K. 2003/456, T. 02.07.2003, www.legalbank.net [ET. 23.03.2023].

⁵⁰ Yaşar, a.g.m., s. 294.

⁵¹ Mehmet Deniz Yener, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. LXV, S. 2 (2007), s. 371.

⁵² Eren, Borçlar Genel, s. 210; Erman, a.g.e., s. 2; Yavuz, Acar, Özen, a.g.e., s. 1067; Tuba İşbora, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, 2009), s. 3.

⁵³ Duman, İnşaat Hukuku, s. 45; Erman, a.g.e., s. 2.

Yüklenicinin inşaatı yapma ve teslim etmesinin karşısında arsa sahibi sözleşme uyarınca bazı bağımsız bölümleri yükleniciye devreder⁵⁴.

Burada arsa paylarının devri farklı şekillerde yapılabilir⁵⁵. Bu aynı zamanda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin türleri konusunu oluşturmakta olup aşağıda ilgili bölümde izah edilecektir.

3.2. Yüklenicinin İnşaat Yaparak Teslim Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ikinci unsuru ise yüklenicinin inşaat yaparak teslim etme borcudur⁵⁶. Sözleşme ile yüklenicinin sadece inşa borcu değil bununla beraber sözleşme doğrultusunda yaptığı inşaatı teslim etme borcu da mevcuttur⁵⁷. Zira yüklenicinin teslim etme borcunu ifa etmeksizin yerine getirdiği inşa etme borcu tek başına esasen bir anlam ifade etmeyecektir. İnşaatı gerekliliklerine uygun olarak inşa eden yüklenicinin inşaatı aynı gerekliliklere ve sözleşmeye uygun olarak teslim etmesi gerekmektedir⁵⁸. Yüklenici ancak bu şekilde sözleşme ile üstlenmiş olduğu borcundan tam olarak kurtulabilecektir.

3.3. Tarafların Anlaşması

Sözleşmenin son unsuru ise tarafların anlaşmasıdır. TBK'ya göre sözleşmenin hukukî oluşması için tarafların *"karşılıklı ve birbirine uygun"* irade beyanları gerekir⁵⁹. Dolayısıyla sözleşmenin hukukî olarak sonuç doğurabilmesi için tarafların mutlak surette sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmaları gerekmektedir⁶⁰. Bu sebeple tarafların, sözleşmenin diğer iki unsuru olan, yüklenicinin arsa üzerine bir

⁵⁴ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1067; Durak, a.g.m., s. 209.

⁵⁵ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 585; Erman, a.g.e., s. 11.

⁵⁶ Erman, a.g.e., s. 2; Şeyma Karaman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009), s. 3.

⁵⁷ Erman, a.g.e., s. 2; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1068.

⁵⁸ Erman, a.g.e., s. 2; Dilara Septioğlu, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2020), s. 47.

⁵⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 258; Kocaağa, Sözleşmenin Kurulması, s. 79; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 366; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), s. 48; Sözleşmenin kurulmasından önceki sorumluluk hakkında detaylı bilgi için bkz. Ümit Gezder, *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009).

⁶⁰ Durak, a.g.m., s. 210; Aktaş Çelik, a.g.e., s. 42; Erman, a.g.e., s. 3; Karaman, a.g.t., s. 3.

yapı inşa etme ve teslim etme ile arsa sahibinin de arsadan birtakım payları yükleniciye devretmesi unsurlarında anlaşması gerekmektedir⁶¹.

Sözleşme serbestisinden doğmuş olan bu sözleşmenin geçerliliği kanunen şekil şartına tabi değildir. Buna rağmen yine de sözleşmenin geçerliliği resmi olarak akdedilmesine bağlıdır. Zira bu sözleşmenin taraf edimlerinden birinin arsa paylarının devri ya da devrinin taahhüdü olması, bu sözleşmenin resmi şekilde yapılmasını gerektirmektedir⁶². Bu sebeple işbu sözleşmede tarafların anlaşması hususu resmi şekilde gerçekleştirilmelidir.

4. SÖZLEŞMENİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Uygulamada oldukça sık akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, uyuşmazlıkların çıkması akdedilme sıklığıyla orantılı olarak oldukça fazladır. Kanunda esaslı unsurları düzenlenmemiş olan bu sözleşmede meydana gelen uyuşmazlıklarda uygulanacak kanun maddelerinin tespit edilebilmesi için sözleşmesinin hukukî niteliklerinin belirlenmesi oldukça önemlidir⁶³.

Bu sözleşme hukukî niteliklerini bakımından; rızai, ivazlı, sinallagmatik, isimsiz, çift tipli karma, geçici-sürekli edimli ve tapuya şerh edilebilen bir sözleşmedir⁶⁴.

4.1. Sinallagmatik Nitelikte Olması

Sözleşmede, taraflardan arsa sahibinin bir miktar arsa payını yükleniciye devretme borcu bulunurken; diğer taraf olan yüklenicinin ise sözleşme uyarınca bir inşaat yaparak teslim etme borcu bulunmaktadır⁶⁵. Görüldüğü üzere bu sözleşmede, iki taraf da hem borçlu hem alacaklı konumunda olup bu halde taraf edimleri arasında tam

⁶¹ Kocaağa, İnşaat Sözleşmeleri, s. 65; Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011), s. 15 vd.

⁶² Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 138 vd; Erman, a.g.e., s. 17; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 588.

⁶³ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1066.

⁶⁴ Erman, a.g.e., s. 4; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1070; Duman, İnşaat Hukuku, s. 48.

⁶⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s. 48; Aktaş Çelik, a.g.e., s. 39.

bir tam bir karşılıklılık (synallagma) mevcuttur⁶⁶. Bu şekilde “her iki tarafın da borç altına girdiği” bu sözleşmede bir tarafın asli edimine karşılık olarak diğer tarafın asli ediminin bulunması ile bu sözleşme “sinallagmatik sözleşme” ya da “karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme” olarak nitelendirilir⁶⁷.

Sözleşmenin bu özelliği sebebiyle TBK’nın “karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler” hususunda getirmiş olduğu genel düzenlemeler bu sözleşmeye de uygulanabilecektir. Bu genel düzenlemelere örnek olarak TBK m. 97 ödemezlik defî, TBK m. 98 ifa güçsüzlüğü, TBK m. 125 ve devamı maddelerinde yer alan temerrüt hükümleri, TBK m. 136 ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler olup işbu hükümler arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanabilecektir⁶⁸.

4.2. İsimsiz ve Karma Nitelikte Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi asli edimleri kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş ve TBK m. 19 kapsamında sözleşme serbestisi çerçevesinde doğmuş bir sözleşmedir⁶⁹. Asli edimlerinin kanun tarafından düzenlenmemiş olması bu sözleşmenin atipik bir sözleşme diğer bir ifadeyle isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesine sebeptir⁷⁰. İsimsiz sözleşmeler farklı şekillerde meydana gelebilmekte olup öğretide genel itibarıyla *sui generis*, *birleşik sözleşmeler* ve *karma sözleşmeler* olarak üçe ayrılmaktadır⁷¹.

Bunlardan karma sözleşmeler, kanunda öngörülen sözleşme edimlerinin kanunun öngörmediği şekilde bir araya geldiği sözleşmeler olarak tanımlanır⁷². Buna göre, asli edimlerinin kanun tarafından düzenlenmiş olmadığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin edimleri incelendiğinde sözleşmede yer alan her iki tarafın ediminin

⁶⁶ Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), s. 40; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 3; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1073; Yargıtay 23. HD, E. 2015/5451, K. 2018/3389, T. 29.05.2018, www.legalbank.net [ET. 05.01.2023].

⁶⁷ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 45; Eren, Borçlar Genel, s. 96; Yargıtay’ın sözleşmenin sinallagmatik özelliğine ve tanımına ilişkin kararı için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2015/1825, K. 2016/3295, T. 27.05.2016, www.lexpera.com [ET. 01.12.2022].

⁶⁸ Erman, a.g.e., s. 4.

⁶⁹ Durak, a.g.m., s. 211; Eren, Borçlar Özel, s. 938.

⁷⁰ Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 58 vd.; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1071.

⁷¹ Oktay, a.g.m., s. 272.

⁷² Oktay, a.g.m., s. 273; Sinan Sami Akkurt, Kemal Erdoğan, Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), s. 407.

de kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelere ait olduğu görülmektedir⁷³. Bu durum arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini karma nitelikli hale getirmektedir.

Karma sözleşmeler de kendi içerisinde meydana gelme şekillerine göre ayrıma tabi tutulmakta olup bunlar *kombine sözleşmeler*, *kaynaşık sözleşmeler*, *kendisine yabancı yan edim içeren sözleşmeler* ve *çift tipli karma sözleşmelerdir*⁷⁴. Bunlardan çift tipli karma niteliktekiler, kanunda düzenlenmiş iki ayrı sözleşmedeki asli edimlerin *synallagma ilişkisi* içinde karşılıklı olarak bir mübadele yani değiş tokuş şekliyle değiştirilmesi sonucu oluşan yeni sözleşmeye denilmektedir⁷⁵.

Sözleşmede yüklenicinin edimi “*inşaatı yapma ve teslim etme borcu*” olmakla beraber esasen bu edim, TBK’da düzenlenen “*eser sözleşmesi*” içerisindeki yüklenicinin edimidir⁷⁶. Diğer yandan arsa sahibinin edimi ise “*taşınmaz satış vaadi/taşınmaz satış sözleşmesi*” özelliği göstermektedir⁷⁷. Bu şekilde tipik sözleşmelerde yer alan asli edimler, taraflarca kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilerek yeni bir sözleşme oluşturulmaktadır⁷⁸. Dolayısıyla bu karma sözleşmenin, Yargıtay görüşü uyarınca da “*çift tipli karma*” sözleşme nitelikte olduğu ifade edilmelidir⁷⁹.

Bununla beraber ifade etmek gerekir ki bu sözleşmenin bünyesinde kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelerin edimlerinin bulunması, mutlaka bu sözleşmeye içerisinde bulunan eser sözleşmesi ve/veya taşınmaz satış vaadi/taşınmaz satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelmeyip bu sözleşmeye uygulanacak kanun hükümlerinin tespiti gerekmektedir⁸⁰. Uygulanacak kanun hükümlerinin tespit edilmesi konusunda öğretide “*çeşitli tiplerin birbirini*

⁷³ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin işbu özelliklerinin belirtildiği Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 2013/1620, K. 2015/1096, T. 27.03.2015, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

⁷⁴ Oktay, a.g.m., s. 274; Eren, Borçlar Özel, s. 945; Yavuz, Acar, Özen, a.g.e., s. 25 vd.; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 58 vd.; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 17; Yücer Aktürk, a.g.e., s. 48.

⁷⁵ Oktay, a.g.m., s. 274; Eren, Borçlar Özel, s. 940; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 58.

⁷⁶ Duman, İnşaat Hukuku, s. 48.

⁷⁷ Duman, İnşaat Hukuku, s. 48.

⁷⁸ Erman, a.g.e., s. 4; Eren, Borçlar Özel, s. 940; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 58.

⁷⁹ Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), s. 91; Akkurt, Erdoğan, Tokat, a.g.e., s. 407; Erman, a.g.e., s. 5; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 495; Kırmızı, a.g.e., s. 613; Çift tipli karma özelliğine ilişkin Yargıtay’ın görüşü için bkz. Yargıtay HGK, E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 09.06.1983, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

⁸⁰ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1087.

*götürmesi”, “birleştirme”, “soğurma”, “yaratma” ve “kıyas” olmak üzere birçok görüş mevcuttur*⁸¹.

Öğretide genel itibariyle kabul gören görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak kanun hükümlerinin tespitinde *kıyas görüşü* esas alınmaktadır⁸². Bu görüşe göre, hiçbir hüküm ilgili sözleşmeye doğrudan doğruya değil ancak meydana gelen bu yeni sözleşmenin bünyesine uygun düşmesi halinde uygulanabilecektir⁸³. Bu halde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bünyesinde bulunan sözleşmelerin hükümleri, ancak bu sözleşmenin bünyesine uygun düştüğü ve hakkaniyet kuralları el verdiği ölçüde uygulanabilecektir⁸⁴.

4.3. Geçici-Sürekli Karmaşığı Nitelikte Olması

Öncelikle ifade etmek gerekirse borcun ifasının süreklilik arz ederek zamana yayıldığı sözleşmeler sürekli edimli sözleşme olarak adlandırılırken zamana yaygın olarak gerçekleşmeyen ve bir an içerisinde gerçekleşen sözleşmeler ise ani edimli olarak adlandırılır⁸⁵. Bazı sözleşmelerden doğan borçlarda ise borçlunun edimi zamana yaygın olmasına karşın alacaklıya karşı ifa anı tek bir anda ani edimle gerçekleşebilmektedir⁸⁶. Bu hususta ifanın nasıl nitelendirileceğinin tespiti hususunda öğretideki baskın görüş, ifanın nitelemesini yaparken borçlunun faaliyetlerinin değil alacaklının söz konusu edime hangi sürede kavuştuğuna bakılması gerektiği yönündedir⁸⁷. Bu görüş, borçlunun bu yöndeki ediminin ifa anında önceki eylemlerini ifa hazırlığı olarak kabul etmektedir⁸⁸.

Bu görüşün sözleşmede yüklenicinin zamana yayılan ve ifa hazırlığı olarak kabul edilen inşa etme eylemlerini yalnızca ifa hazırlığı kabul etmesi ile bu durum esasen

⁸¹ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersler, s. 591; Gümüş, Borçlar Özel, s. 220; Eren, Borçlar Özel, s. 945; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 62; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 27; Oktay, a.g.m., s. 275.

⁸² Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1087.

⁸³ Gümüş, Borçlar Özel, s. 220; Serozan, Özel Bölüm, s. 72; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 57; Oktay, a.g.m., s. 277; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1087.

⁸⁴ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 591; Serkan Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s. 21 vd.

⁸⁵ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 10; Eren, Borçlar Özel, s. 16.

⁸⁶ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 11; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 584.

⁸⁷ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 11; Duman, İnşaat Hukuku, s. 101.

⁸⁸ Duman, İnşaat Hukuku, s. 101.

hakkaniyeti zedeleyebilecek potansiyeldedir. Bu bakımdan bu sözleşmenin niteliğinin tam olarak ne olduğu hususu öğretide tartışmalıdır. Burada hangi görüşün benimseneceği hususu, sözleşmenin tasfiyesi halinde hangi metodun izleneceği ve hangi hükümlerin uygulanacağı konularında oldukça önemlidir⁸⁹.

Sözleşmenin ani edimli olduğu düşünüldüğünde, sözleşmeden dönme olduğu takdirde, her iki taraf da sözleşmenin akdedilmesinden itibaren yerine getirmiş olduğu tüm edimlerin iadesini gerçekleştirecektir⁹⁰. Örneğin, yükleniciye devredilen bir pay söz konusu ise bu payları arsa sahibine iade edecek; yine arsa üzerinde yüklenicinin inşasına başladığı bir yapının olması halinde ancak bu yapının tespit edilen bedelini yükleniciye ödemesi gerekecektir. Sözleşmenin yüklenicinin ifa hareketleri sebebiyle sürekli edimli bir sözleşme olduğu kabul edildiği takdirde ise, sözleşmenin tasfiyesi halinde fesih hükümleri uygulanacak olup sözleşme ileriye etkili sona erecek ve yüklenici inşaatı tamamladığı oranda arsadan ya da bağımsız bölümlerden pay ya da hisse talep edebilecektir⁹¹.

Bu husustaki Yargıtay kararlarına göre, yüklenicinin ediminin çok uzun bir zamana yayılması sebebiyle bu sözleşmenin ani edimli kabul edilmesi hakkaniyetli sonuç doğurmayacaktır⁹². Yargıtay, içtihatları ile inşaatteki tamamlanma oranına göre sözleşmenin ani ya da sürekli edim niteliğinde olduğu hususunda değerlendirme yaparak uygulanacak hükümleri tespit etmektedir.

Yargıtay içtihadı ile bu sözleşmenin “geçici sürekli karmaşığı” nitelikli olduğunu diğer bir ifadeyle hem ani edim özelliği hem de sürekli edimli sözleşme özelliğinin bulunduğu belirtilmiştir⁹³. Buna göre, bu sözleşmenin tasfiyesi gündeme geldiğinde, somut olaya göre sözleşmenin nitelemesi yapılarak akabinde sona erdirme şekli ve uygulanacak hükümler belirlenecektir⁹⁴. Yargıtay’ın genel kabulüne göre, yüklenicinin inşaatın %90 gibi büyük bir kısmını tamamlamış olduğu sözleşmede,

⁸⁹ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 41; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), s. 82.

⁹⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 496; Emine Nalçacı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönme” (Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, 2022), s. 72.

⁹¹ Erman, a.g.e., s. 9.

⁹² Duman, İnşaat Hukuku, s. 50; Nalçacı, a.g.t., s. 77.

⁹³ Bu husustaki Yargıtay görüşü için bkz. Yargıtay İBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

⁹⁴ Kırmızı, a.g.e., s. 627.

dönme hükümlerinin uygulanması hakkaniyete oldukça aykırı olacaktır⁹⁵. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, buradaki %90 ve üzeri oran kesin bir oran olmayıp somut olayın şartlarına göre değerlendirilip yorum yapılması daha yerindedir⁹⁶.

4.4. Sözleşmeden Doğan Hakkın Tapuya Şerh Edilebilir Olması

Hukukumuzdaki haklar hususundaki ana ayrımlardan biri de mutlak haklar ve kişisel hak ayrımıdır⁹⁷. Mutlak haklar herkese karşı; kişisel haklar ise yalnızca o hakkın borçlusu olan belli kişi veya kişilere karşı ileri sürülebilmektedir⁹⁸. Ancak kanunda sınırlı sayıda, *numerus clausus*, olarak ifade edilmiş olan kişisel hakların tapuya şerh edilmesi sonucu söz konusu hak üçüncü kişilere de ileri sürülebilir hale gelmektedir⁹⁹.

TMK m. 1009, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile talep edilecek olan hakkı, şerh edilebilen bir kişisel hak olarak düzenlemiştir¹⁰⁰. Burada şerh edilerek etkisi güçlendirilen husus, sözleşmenin kendisi değil bu sözleşmeden doğan kişisel haktır¹⁰¹.

Bununla beraber ifade edildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sinallagmatik bir sözleşme olması ile sözleşmedeki tarafların ayrı ayrı alacak hakkı ve borcu bulunmaktadır. Buna göre yüklenici sözleşmede belirtilen miktarda arsa

⁹⁵ Somut olaya göre değerlendirme yapılmasına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/5526, K. 2019/704, T. 20.02.2019, www.legalbank.net, [ET. 05.01.2023]; Mehmet Özyürek, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları” *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, c. 2, S. 2 (2019), s. 110.

⁹⁶ TBK m. 480/2 hükmünün gerekçesinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca sözleşmedeki somut duruma göre fesih mi yoksa dönme hükümlerinin mi uygulanacağı hususunda dürüstlük kuralının dikkate alınmasına ilişkin hükmün düzenlendiği ifade edilmiştir. www.tbmm.gov.tr [ET. 02.01.2023].

⁹⁷ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II: Mülkiyet* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), s. 402; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019) s. 182.

⁹⁸ Suat Sarı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. 64, S. 2 (2006), s. 273.

⁹⁹ Sarı, a.g.m., s. 274; Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2020), s. 49; Oğuzman, Seliçi, Oktay, a.g.e., s. 212 vd.

¹⁰⁰ Derya Bütün Yılmaz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 38 (2019), s. 116; Hatice Polat, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Tapuya Şerhi” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2021), s. 43; Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 380; Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler* (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007), s. 113.

¹⁰¹ Ali Avcı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, S. 1 (2015), s. 45.

payının mülkiyetini talep hakkı; arsa sahibinin ise yine sözleşmeye uygun nitelikleri barındıran bir yapının inşa ve teslimine ilişkin bir alacak hakkı mevcuttur. Kanunda ise bu iki kişisel haktan hangisinin tapuya şerh edilebileceği belirtilmemiştir¹⁰².

Öğretiye göre, şerh ile etkisi güçlendirilmiş nispi haklar göz önüne alındığında bu hakların taşınmazlar üzerindeki hakları etkilemeye yönelik olduğu ve tapu kütüğünde yapılan kişisel hak şerhinin söz konusu taşınmaza dair hakların şerh edilme zamanındaki gereklilikleri yerine getirmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir¹⁰³. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ve şerh edilebilen kişisel hakkın, yüklenicinin taşınmazdaki payların mülkiyetine ilişkin alacak hakkı olduğu söylenmelidir¹⁰⁴.

Bu şekilde sözleşmeden doğan bu hakkın tapuya şerh edilmesi ile bu hak, sonradan hak kazanmış olan diğer üçüncü kişilere de ileri sürülebilecektir¹⁰⁵.

4.5. Tüketici İşlemi Olup Olmadığı Hususunun Değerlendirilmesi

Öncelikle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a göre bir işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi TKHK m. 3'e göre ticari veya mesleki saiklerle hareket eden kişiler ile tüketiciler arasındaki vekalet, bankacılık, taşıma, eser ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere sözleşme veya hukuki işlemlerden biri olması gerekmektedir¹⁰⁶. Yine TKHK m. 3'e göre tüketici ise gereken ticari ya da mesleki amaçla hareket etmeyen gerçek ya da tüzel kişilerdir¹⁰⁷. Yine TKHK m. 83'e göre taraflardan birinin tüketici olduğu işlemlerde başka bir kanunda düzenleme

¹⁰² Bütün Yılmaz, a.g.m., s. 117.

¹⁰³ Sarı, a.g.m., s. 277; Şahan, a.g.e., s. 62.

¹⁰⁴ Sarı, a.g.m., s. 278; Şahan, a.g.e., s. 62 – 63.

¹⁰⁵ Bu sözleşmeden doğan hakkın şerh edilebileceğine hükmeden Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2003/3769, K. 2004/719, T. 13.02.2004, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

¹⁰⁶ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 23; Ümit Gezder, *Tüketici Kredi Sözleşmeleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998), s. 167; Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), s. 30.

¹⁰⁷ Ümit Gezder, "Mesafeli Sözleşmeler", *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)*, ed. Murat İnceoğlu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), s. 327; Aydın Zevkliler, Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun* (Ankara: Seçkin, 2016), s. 94; Aslan, a.g.e., s. 169; Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 22, S. 3 (2016), s. 400.

bulunması bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını engellemeyecektir¹⁰⁸. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir tüketici işlemi olup olmadığını ve bu kanuna tabi olup olmayacağının değerlendirilmesi gerekir.

Bu hususta ilk olarak yüklenicinin inşaatı yapan bir tacir olarak söz konusu sözleşme ile ticari faaliyette bulunmakta ve inşaat yapma teslim etme borcunu meslek edinmek suretiyle yerine getirmektedir¹⁰⁹. Diğer yandan Yargıtay'a göre arsa sahibinin sözleşmedeki amacı ise arsasını değerlendirmektir¹¹⁰. Ayrıca bu hususta Yargıtay, kanunun lafzında belirtilen sözleşmeler dikkate alındığında bu sözleşmelerin daha çok dar kapsamlı sözleşmeler olduğu ve oldukça geniş kapsamlı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu kapsama girmediğini belirtmektedir¹¹¹. Yargıtay'ın bu husustaki değerlendirmeleri de nazara alındığında, TKHK'nın ilgili malı ya da hizmeti satın alıp bunu günlük yaşantısında tüketen kişiyi korumayı amaçladığını kabul edilmektedir¹¹². Bu bakımdan Arsa sahibinin gerçekten de sözleşme ile genel olarak arsasını değerlendirme arzu ile hareket ederek çoğu zaman birden fazla bağımsız bölüm edinerek göz önüne alındığında arsa sahibinin tacir olmasa da bir tüketici sıfatında da olmadığı görülmektedir¹¹³. Bu bakımdan öğretiye göre her somut olaya göre inceleme yapılması gerekmekte olup arsa sahibinin amacının iyi değerlendirilmesi gerekmekte ve arsa sahibinin amacının konut ya da tatil ihtiyacını karşılamak olduğu durumlarda tüketici sıfatını taşıyacağını ifade etmektedir¹¹⁴. Zira

¹⁰⁸ Sezer Çabri, *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), s. 61; Ümit Gezder, *Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler* (İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006) s. 10.

¹⁰⁹ Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 146 vd.; Aktaş Çelik, a.g.e., s. 33; Gezder, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, s. 14.

¹¹⁰ Bu görüşteki Yargıtay içtihatları için bkz. Yargıtay 20. HD, E. 2015/13346, K. 2015/12889, T. 21.12.2015; Yargıtay 23. HD, E. 2017/713, K. 2017/1815, T. 14.06.2017, www.legalbank.net [ET. 23.03.2023]; Abdulkirim Yıldırım, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, S. 71, (2022), s. 1174.

¹¹¹ Bu husustaki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2016/2611, K. 2019/318 T. 06.02.2019; Yargıtay 23. HD, E. 2016/3982, K. 2019/2799, T. 18.06.2019; Yargıtay 20. HD, E. 2017/6566, K. 2017/4686, T. 29.05.2017; Yargıtay 20. HD, E. 2016/7517, K. 2016/11063, T. 22.11.2016, www.legalbank.net [ET. 23.02.2023].

¹¹² Yıldırım, a.g.m., s. 1574.

¹¹³ Yargıtay'ın birden fazla taşınmaz satın alan kişinin yalnızca satın aldığı taşınmaz sayısına göre değil buradaki amacının değerlendirilerek tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı hususunda değerlendirme yapılması gerektiği hakkında içtihadı için bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2015/36754, K. 2016/2002, T. 27.01.2016, www.legalbank.net [ET. 23.03.2023].

¹¹⁴ Yıldırım, a.g.m., s. 1179; Turgut Öz, *Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Mal Satışından Doğan Sorunlar*, *Fasikül Hukuk Dergisi*, c. 4, S. 29, (2012), s. 6; Bu hususta Yargıtay görüşleri için bkz.

arsa sahibinin söz konusu saikle hareket ettiği durumda bağımsız bölüm edinirken karşılığında bedel ya da arsa payı vermesinin öneminin bulunmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla beraber genel olarak Yargıtay çalışma konusu sözleşmeyi tüketici işlemi kabul etmeyerek bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların genel mahkemelerde görülmesi gerektiğine hükmetmektedir¹¹⁵.

Diğer yandan tacir olan yükleniciden TKHK'a göre konut ya da tatil amacıyla taşınmaz satın alan üçüncü kişilerin tüketici sıfatında oldukları ve yüklenici ile aralarında görülen bu hususa ilişkin uyuşmazlıkların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden farklı olarak tüketici mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir¹¹⁶. Üçüncü kişiler, aynı saikle arsa sahibinden taşınmaz satın aldığı anda ise arsa sahibinin ticari ya da mesleki saikle hareket etmediği göz önüne alındığında -bu saikle hareket ettiği durumlar istisna olmak üzere- TKHK anlamında bir satıcı sıfatını haiz olmayacağından bu halde bir tüketici işlemi mevcut olmayacak bu sebeple de üçüncü kişilerin arsa sahibinden taşınmaz satın aldığı durumlarda TKHK uygulanmayacağı gibi görevli mahkeme de tüketici mahkemeleri olmayacak ve genel mahkemeler görevli olacaktır¹¹⁷.

5. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde ortaya çıkmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yine sözleşme serbestisinin verdiği imkân ile çeşitli biçimlerde düzenlenebilmektedir¹¹⁸. Sınırlı sayıda olmayan işbu sözleşme türlerinin uygulamada en çok karşılaşılan biçimleri aşağıda izah edilecektir.

Yargıtay 15. HD, E. 2020/856, K. 2020/1500, T. 11.06.2020; Yargıtay 15. HD, E. 2004/3516, K. 2005/230, T. 25.01.2005; Yargıtay HGK, E. 2003/15-127, K. 2003/102, T. 26.02.2003; Yargıtay 15. HD, E. 2003/1042, K. 2003/3187, T. 16.06.2003, www.legalbank.net [ET. 24.03.2023].

¹¹⁵ Yıldırım, a.g.m., s. 1166; Bu hususta Yargıtay kararları için bkz. 15. HD, E. 2020/856, K. 2020/1500, T. 11.06.2020; Yargıtay 23. HD, E. 2015/2827, K. 2015/3969, T. 28.05.2015; Yargıtay 23. HD, E. 10480, K. 8330, T. 22.12.2014, www.legalbank.net [ET. 24.03.2023].

¹¹⁶ Öz, Konut ve Tatil Amaçlı Satış, s. 6; Avcı, Üçüncü Kişi, s. 65.

¹¹⁷ Bu hususta güncel bazı Yargıtay içtihatları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/4933, K. 2019/2667, T. 10.06.2019, Yargıtay 3. HD, E. 2020/6493, K. 2021/7900, T. 06/09/2021, Yargıtay 20. HD, E. 2019/794, K. 2019/1872, T. 18/03/2019, www.legalbank.net [24.03.2023].

¹¹⁸ Erman, a.g.e., s. 11; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, 1074; Gümüş, Yeni Şerhler, s. 214.

Ancak öncesinde bu hususun daha iyi anlaşılabilmesi adına tapu türlerinden olan *arsa tapu*, *kat irtifakı tapusu*, *kat irtifakı* ve *kat mülkiyeti* kavramlarını açıklamak gerekir. Bununla beraber bir yapının inşasındaki süreç ana hatlarıyla ifade edilecek olursak inşaata başlamak için öncelikle yapı izninin alınması, yapı denetiminin yapılması ve son olarak iskân ruhsatının diğer bir deyişle yapı kullanma belgesinin alınması aşamalarıyla ifade edilebilir¹¹⁹.

İnşaat yapılacak arsanın ilk formu olan ve üzerinde henüz inşaat başlamamış olan arsanın tapusu *arsa tapusu* olarak adlandırılır¹²⁰. Arsanın üzerine inşaat yapılmaya başlandığında ise buradaki *arsa tapusu*, ara form olan *kat irtifakı tapusuna* dönüştürülür.

634 sayılı Kat İrtifakı Kanunu¹²¹ m. 2/c’de bir arsa üzerine yapılacak olan inşaattaki bağımsız bölümlerin üzerine arsa maliki ya da diğer ortak maliklerce kat irtifakı kurulabileceğini belirtilmiştir. Buradaki irtifak yapıların tamamlanmasından sonra kat mülkiyetine geçilebilmesinin ön aşamasıdır¹²². Kat irtifakı yalnızca tamamlanmamış olan ya da henüz başlanmamış olan yapılarda mevcut olabilir. Bu sebeple kat irtifakının konusu tamamlanmış bir yapı olamaz.

Bununla beraber kanunen bir yapının inşaatının tamamlanabilmesi için yalnızca fiilen değil aynı zamanda hukuken de bitmesi gerekir. Burada son aşama olarak değerlendirilecek olan aşama, iskân ruhsatının alınması aşamasıdır¹²³. Henüz iskân yani yapı kullanım izni alınmamış bir yapı hukuken henüz tamamlanmış sayılamayacağından kat irtifakı nezdinde değerlendirilebilecektir¹²⁴.

İnşaat tamamlandığında ise kat irtifakı, kat mülkiyetine çevrilerek ilgili tapunun “*kat mülkiyetli tapu*” olması sağlanır. KMK m. 3/1, kat mülkiyetini “*arsa payı ve ana taşınmazdaki ortak yerler ile bağlantılı özel mülkiyet*” olarak tanımlamaktadır.

¹¹⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s. 407.

¹²⁰ Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 66.

¹²¹ RG, 2/7/1965, 12038.

¹²² Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 60 vd.

¹²³ Duman, İnşaat Hukuku, s. 407 vd.

¹²⁴ Germeç, a.g.e., s. 72; Yargıtay’ın hukukî yarar olduğu takdirde yükleniciye de kat irtifakı kurabilmesi için nama ifa ve yetki verilebileceğine dair kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2020/1325, K. 2020/1793, T. 23.06.2020, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

Bununla beraber gerek bu hususları ifade ederken zikrettiğimiz gerekse de aşağıda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin akdedilme türlerini izah ederken sürekli olarak zikredilecek bir kavram olarak *arsa payı* kavramından da konunun daha anlaşılır olması için bahsetmek gerekir. Üzerinde inşaat yapılacak olan arsanın, ilgili bağımsız bölümlere özgülenen *ortak mülkiyet paylarına* arsa payı denilmektedir¹²⁵. KMK'da yer alan bu kavram ile bağımsız olarak oluşan mülkiyetler ile ana taşınmazdaki ortak olan mülkiyet ile ilgi kurulmuş ve bu şekilde ana taşınmazda yer alan tüm paylar işbu bağımsız bölümlere oranlanmak suretiyle adeta bölüştürülerek ana taşınmazdaki mülkiyet ile oluşan bağımsız mülkiyetler arasında bağ kurulmuştur¹²⁶.

Bunun yanında tapunun geline son aşamada kat mülkiyetli tapu halinde olması, esasen sözleşmelerden ve hukuken beklenen ve arzulan durum olmasına rağmen ülkemizde maalesef genel olarak başlanan inşaatlarda kat irtifakı tapusu alınmakta ve inşaat fiziken bitirilmiş gözüke de söz konusu inşaatın iskân ruhsatı alınarak hukuken inşaatın bitirilmesi prosedürü sağlanmadığı için yapılan inşaatların tapuları *kat irtifaklı tapu* olarak bırakılmakta ve bu şekilde oturma sağlandığı görülmektedir.

Bu açıklamalarımızın ardından çalışmaya konu sözleşmenin türlerinden en çok akdedilen şekilleri aşağıda izah edilecektir.

5.1. Belirli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri Sonucu Meydana Gelmesi

Sözleşmenin bu türünde, arsa sahibi kat irtifakı kurulmuş olan sözleşme konusu taşınmazında yüklenici ile akdetmiş oldukları sözleşmede oranlarını belirttikleri arsa paylarını yükleniciye devreder¹²⁷. Bununla beraber taraflar sözleşme ile söz konusu inşaatın ilerleme sürecini içeren tüm gerekli şartlar, arsa sahibinin inşaat sonucunda edineceği dairenin yer ve özellikleri gibi hususları düzenler.

Arsa paylarının başlangıçta yükleniciye devredilmesi durumunda inşaatın henüz başlangıç aşamasında olması ile arsa sahibi oldukça zayıf bir konuma düşmektedir¹²⁸.

¹²⁵ Germeç, a.g.e., s. 78.

¹²⁶ Germeç, a.g.e., s. 78.

¹²⁷ Erman, a.g.e., s. 11; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1074; Durak, a.g.m., s. 215.

¹²⁸ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 50.

Bu durumu engellemek adına uygulamada sıklıkla arsa paylarını devretmiş olan arsa sahibi yararına ilgili arsa payları üzerinde bir teminat ipoteği konulması yoluna gidilmektedir¹²⁹.

Bu şekilde yapılan sözleşme ile inşaatın ilerleme durumuna göre arsa sahibi lehine konulmuş olan teminat ipoteği, yapılan inşaat sözleşmede yer alan kısımlara ulaşıldıkça kısım kısım kaldırılarak her iki taraf arasındaki denge kurulmaya çalışılmaktadır¹³⁰. Yargıtay bir kararı ile arsa paylarının inşaatın başlangıcında yükleniciye devri durumunda ilgili paylar üzerine teminat ipoteği konulabileceği ve ipotekli payların satılması halinde bu ipoteklerin satılmayan paylar üzerine kayacağına kararlaştırılacak yüklenicinin kendisine ekonomik kaynak oluşturmamasının hukuka uygun olduğuna ve arsa sahibinin bu şekilde kendisini koruyabileceğini karar vermiştir¹³¹.

5.2. Arsanın Tamamını Yükleniciye Devri Sonucu Meydana Gelmesi

Bu tür sözleşmeler için inşaata konu arsa üzerinde kat irtifakı kurulması öncelik olarak gerekli değildir¹³². Sözleşmenin bu türünde, arsa sahibi başlangıçta söz konusu arsayı yükleniciye devreder ve bunun yanında taraflar ayrıca bir eser sözleşmesi akdederek taraflar arası paylaşımı, inşaatın özellikleri ve diğer tüm sözleşmesel hükümleri düzenlerler¹³³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu türünde başlangıçta arsanın devredilmesi bir taşınmaz satış işlemidir. Ancak burada esasen amaçlanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin akdi olup işbu sözleşmenin sağlanması, sözleşmenin ifa edilmesine kolaylık olması amacıyla söz konusu arsanın devri gerçekleştirilmektedir¹³⁴.

Burada genellikle arsanın başlangıçta yükleniciye devredilmiş olması sebebiyle arsa sahibinin herhangi bir hak kaybı yaşamaması için arsa üzerine arsa sahibi lehine bir

¹²⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s. 1028.

¹³⁰ Ayan, Mülkiyet, s. 222.

¹³¹ Yargıtay kararları ile de arsa sahibinin sözleşmeden doğan hakkını ipotek ile güvence altına alabileceği hususunda bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1995/2259, K. 1995/5181, T. 02.10.1995, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

¹³² Durak, a.g.m., s. 214; Aktaş Çelik, a.g.e, s. 50.

¹³³ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1075; Erman, a.g.e., s. 11.

¹³⁴ Aktaş Çelik, a.g.e, s. 49.

ipoteke tesis edilir¹³⁵. Genellikle de inşaatla gelinecek aşamaya göre ipotek, arsa sahibi tarafından fek edilir ve en son olarak yüklenicinin iskân ruhsatını alarak hukuken inşaatı tamamlaması aşamasına kadar bir kısım ipotek hakkını fek etmeyerek saklı tutar¹³⁶. Bu şekilde hem yükleniciyi sözleşmeyi bitirmesi için hukukî olarak baskılar hem de kendisini güvence altına alarak haklarını kuvvetlendirir. Sonuç olarak da tamamlanan bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olan kısmın devri gerçekleştirilir.

5.3. Arsa Paylarının Yükleniciye Peyderpey Devri Sonucu Meydana Gelmesi

Sözleşmenin bu türünde taraflar arasında akdedilen sözleşme ile yapılacak olan inşaatla ilgili bölümlerin ve payların hangi tarafa ait olacağını; hangi aşamada pay devri gerçekleşeceği hususları başta olmak üzere sözleşme hükümlerini düzenleyerek anlaşılmaktadır¹³⁷.

Sözleşmenin bu şekliyle yüklenicinin inşaatla başlaması ve ilerlemesi ile de arsa sahibi sözleşmeye uygun olarak belli payları yükleniciye devreder ya da üçüncü kişilere yükleniciye ait olacak payları satabilmesi için yükleniciye vekalet verebilir¹³⁸. Bu şekilde yüklenici dilediği satışları malik sıfatı olmadan da yapabilir.

5.4. Arsa Paylarının Yükleniciye Devrini Vadetmesi Sonucu Meydana Gelmesi

Sözleşmenin bu türünde, arsa sahibi belirli arsa paylarının devrini vadetmekte bunun karşılığında ise yüklenici inşaatı tüm gereklilikleri ile inşa ederek teslim etmeyi taahhüt etmektedir¹³⁹. Sözleşmenin bu türü ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin *sinallagmatik* olma özelliği çok net olarak görülmektedir¹⁴⁰. Zira bu şekilde aynı sözleşmenin içinde hem taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile “*taşınmaz vaadi*” hem de

¹³⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s. 1028-1029.

¹³⁶ Yargıtay’ın arsa sahibinin teminat ipotegi ile güvence altına aldığı hakkını korumak adına, iskân ruhsatı alınmış olsa da tartışmalı bir durum varsa, ipotegin kaldırılmayacağına ilişkin kararı için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2013/7754, K. 2014/1227, T. 20.02.2014, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

¹³⁷ Erman, a.g.e., s. 14; Durak, a.g.m., s. 215.

¹³⁸ Durak, a.g.m., s. 215; Aktaş Çelik, a.g.e., s. 51.

¹³⁹ Erman, a.g.k., s. 15; Yavuz, Özen, Acar, Borçlar Özel, s. 1076.

¹⁴⁰ Durak, a.g.m., s. 214.

eser sözleşmesindeki “*inşa etme ve teslim etme*” borçları bulunmaktadır. Sözleşmenin bu türü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin en fazla akdedilen türüdür¹⁴¹.

6. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL ŞARTI

6.1. Sözleşmenin Şekli

Sözleşme serbestisinin benimsendiği hukuk sistemimizde bunu destekler biçimde aynı zamanda şekil serbestisi ilkesi de benimsenmiş ve durum kanunla düzenlenmiştir¹⁴². Hükme göre bir sözleşmenin şekle bağlı olması için bu hususta özel bir düzenleme olması gerekmektedir (TBK m. 12)¹⁴³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği hususunda getirilmiş kanuni bir şekil şartı yoktur¹⁴⁴. Ancak ifade edildiği üzere karma yapılı olan işbu sözleşmenin şekil şartına tabi olup olmadığı değerlendirilirken içerisinde yer alan sözleşmelerin şekil şartına tabi olup olmadıklarının da dikkate alınması gerekir¹⁴⁵.

Bu hususta arsa payı karşılığı inşaat sözleşmenin içerisinde bulunan eser sözleşmesinin geçerliliği hukuken şekil şartına tabi değildir¹⁴⁶. Buna karşın bu sözleşme diğer taraftan pay devrini içermesi sebebiyle mevzuatta yer alan hükümlere göre geçerliliği şekle tabidir¹⁴⁷. Bu şekil elbette ki ispat şartı değil bir geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde Yargıtay da TMK 706, TBK 237, Noterlik Kanunu 60/3 ve 89, Tapu Kanunu 26. maddeleri uyarınca taşınmaz devrini

¹⁴¹ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 51; Hakan Albayrak, “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, c. 5, S.10 (2017), s. 445.

¹⁴² Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012) s. 54; Tunçomağ, a.g.e., s. 210 vd.; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 139.

¹⁴³ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 140; Kurşat, a.g.e., s. 28.

¹⁴⁴ Erman, a.g.e., s. 17; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar, Borçlar Özel, s. 1077; Gümüş, Borçlar Özel, s. 218; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 57.

¹⁴⁵ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1077.

¹⁴⁶ Erman, a.g.e., s. 19-20; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1077; Durak, a.g.m., s. 216.

¹⁴⁷ Durak, a.g.m., s. 216 vd.; Berberoğlu Yenipınar, a.g.e., s. 239; Aktaş Çelik, a.g.e., s. 53; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 186.

içeren sözleşmelerin geçerli olabilmesi için resmi şekil şartına uygun olarak akdedilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴⁸.

Yargıtay içtihatları ile ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliğinin sözleşmenin *tapuda* ya da *noterde* düzenleme şeklinde yapılması gerektiği, aksi halde sözleşmenin geçersiz olacağı ve bu durumun sonucu olarak arsa sahibi açısından arsa paylarını devretme borcu doğurmayacağını belirtmektedir¹⁴⁹.

Bununla beraber kanunen şekle tabi sözleşmede yapılacak değişiklikler de aynı şekil şartına tabi olmaktadır meğerki bu değişiklik sözleşme metni ile çelişmeyen bir yan hüküm olsun (TBK m. 13). Bu hususta Yargıtay bir kararında, sözleşmede yapılan değişikliğin mahiyetini değerlendirerek söz konusu değişikliğin yan hüküm özelliğinde değil ek yükümlülük kapsamında olduğundan yapılan değişikliğin geçersiz olduğuna karar vermiştir¹⁵⁰.

Bu ifade edilenler yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmenin şekli konusundaki hususlar olup arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri mevzuat, öğreti ve Yargıtay uygulaması gereği geçerlilik resmi şekline tabidir¹⁵¹.

6.2. Sözleşmenin Şekle Aykırılığı

6.2.1. Genel olarak

TBK m. 12/2 uyarınca, geçerlilik şeklini haiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle aykırı akdedilmesi halinde geçersiz olacaktır¹⁵².

Şekle aykırılık durumunda meydana gelen geçersizliğin hukuken ne tür bir geçersizlik olacağı hususunda öğretide görüş birliği yoktur¹⁵³. Öğretide buradaki

¹⁴⁸ Yargıtay HGK, E. 2019/302, K. 2022/710, T. 24.05.2022, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022]; Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 372.

¹⁴⁹ Bu husustaki önemli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. Yargıtay İBK, E. 1978/3, K. 1978/4, T. 24.4.1978, www.legalbank.net [ET. 01.12.2022].

¹⁵⁰ Sözleşmede yapılan değişikliğin de şekil şartına uyması gerektiği hakkında Yargıtay görüşü için ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/635, K. 2018/3501, T. 01.10.2018, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

¹⁵¹ Şekil şartına ilişkin güncel Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 2017/1817, K. 2022/643, T. 17.05.2022, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

¹⁵² Erman, a.g.e., s. 22; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1082; Bilal Kartal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, *Yargıtay Dergisi*, c. IX, S. (1983), s. 560.

geçersizliğin “yokluk”, “mutlak butlan” ve “nispi butlan” olabileceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bununla beraber bu ana ayrımın yanında öğretideki bazı yazarlar, buradaki sözleşmenin geçersizliğini “eksik borç” ile “fili sözleşme” görüşleri ile ifade etmişlerdir¹⁵⁴. Yine bazı yazarlar buradaki şekle aykırılığa uygulanacak yaptırımın “kendine özgü geçersizlik” olacağını ileri sürmektedir¹⁵⁵.

Bununla beraber öğretide genel olarak ise, TBK m. 12/2’nin açık lafzı doğrultusunda şekle aykırı sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı ifadesi de göz önüne alınarak klasik görüş kapsamında şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olacağı görüşü benimsenmiştir¹⁵⁶. Sözleşmenin akdedilmesinde olduğu gibi değiştirilmesi de kural olarak resmi şekle tabidir¹⁵⁷. Değişiklikte şekle uyulmaması da aynı şartlara tabidir.

Buradaki şekle aykırılık halinin doğuracağı geçersizliğin hukukî mahiyeti başlıca, hâkimin şekle aykırılığı kendiliğinden dikkate alabilir mi ya da ancak tarafların ileri sürmesi ile mi dikkate alabilir ve tarafların iyiniyetinin önemli olup olmadığı, sözleşmenin ifa ile geçerli hale gelip gelemeyeceği gibi sözleşmesel uyumsuzluklarda

¹⁵³ Süleyman Yalman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Sonuçları”, *Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, S. 2 (2015), s. 135; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiv Kitabevi, 2021), s. 56.

¹⁵⁴ Antalya, a.g.e., s. 349; Eren, *Borçlar Genel*, s. 332.

¹⁵⁵ Erman, a.g.e., s. 23; Eren, *Borçlar Genel*, s. 329.

¹⁵⁶ Tandoğan, a.g.e., s. 233; Durak, a.g.m., s. 216; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, s. 155.; Eren, *Borçlar Genel*, s. 327; s. Aral, Ayrancı, a.g.e., 189; Nejat Aday, “Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Taraflar ve Üçüncü Kişiler Bakımından Etkileri”, *Prof. Dr. Süheyl Donay’a Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), s. 402.

¹⁵⁷ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar arasında sözleşmenin akdinin ardından inşaat yapılma aşamasındayken yüklenici, arsa sahibinin talebi ile ya da talebi olmadan sözleşme dışında birtakım işler yapabilmektedir. Bu durumda sözleşmeye dahil olmayan ek işlerin yapılmasının nasıl bir hukukî sebebe dayanağı, ek işlerin yerine getirilmesi halinde, geçerliliği şekle bağlı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle tabi olmaksızın değiştiğini mi yoksa taraflar arasında karşı edimi bedel olacak olan sözlü bir eser sözleşmesi mi kurulmuş olduğu gibi hususlar öğretide tartışmalı olup konu kapsamı itibarıyla çalışma içinde bu hususlara yer verilmemiştir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Köksal Kocaağa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, c. 22, S. 85 (Ankara 2009), s. 86-104; Emre Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009); Arzu Genç Arıdemir, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler Sorunu Bakımından Hukuki Durum” *Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004) s. 455.

söz konusu hukukî nitelendirme oldukça önemlidir¹⁵⁸. Bu bakımdan öncelikle aşağıda şekle aykırılık hususundaki öğretideki görüşler incelenmiştir.

6.2.2. Şekle aykırılığın sonuçları hakkında öğretideki görüşler

6.2.2.1. Geçersizliğin yokluk olduğu görüşü

Bu görüşteki yazarlar, sözleşmenin akdedilmesindeki *şekil şartının* bir var oluş şartı olduğu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, şekle aykırı olarak akdedilmiş sözleşme hukuken yok hükmünde olacak bir başka deyişle kurucu şartlarından birinin bulunmuyor olması ile sözleşme hiç kurulmamış durumda olacak ve sözleşmeye göre herhangi bir ifanın yerine getirilmesi ile sözleşmenin geçerli hale gelmeyeceği savunulmaktadır¹⁵⁹.

Buna göre sözleşme ifa ile geçerlilik kazanmayacağından inşaatın tamamlandığı durumda dahi sözleşme yoklukla geçersiz olduğu için tarafların sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade yükümlülükleri devam eder¹⁶⁰. Bu görüşe göre tarafların bu aşamadan sonra dahi şekle aykırılığı ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez ve hâkim tarafından da bu durum her zaman resen nazara alınabilir¹⁶¹.

Ancak sözleşmenin şekle aykırı olarak akdedilmesi halinde *yokluk* ile geçersiz olacağının kabulü, TBK m. 12/2’de düzenlenen şekil şartının geçerliliğe ilişkin düzenlemesi karşısında mümkün olmayacaktır¹⁶².

6.2.2.2. Geçersizliğin kesin hükümsüzlük olduğu görüşü

Klasik görüş olarak ifade edilen bu görüşe göre ise, düzenleme şekli öngörülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil şartına uymaksızın akdedilmesi ile bu

¹⁵⁸ Ümit Gezder, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç, Kişiler, Aile Hukuku Soruları ve Cevapları Cilt 1* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), s. 8 vd.

¹⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), s. 100 vd.

¹⁶⁰ Yokluk geçersizlik şekline ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s. 309; Eren, Borçlar Genel, s. 331; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel., s. 154; Antalya, a.g.e., s. 350.

¹⁶¹ Yalman, a.g.m., s. 138; Eren, Borçlar Genel, s. 331; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 192.

¹⁶² Yalman, a.g.m., s. 138; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 99.

sözleşme kesin hükümsüz olacak diğer bir deyişle mutlak butlan ile geçersiz olacaktır¹⁶³. Burada yokluk görüşünden farklı olarak sözleşme şekle aykırı olarak akdedilmiş olsa da sözleşmenin doğduğu hukuken kabul edilir ancak burada sözleşme baştan itibaren geçersizdir, herhangi bir hüküm doğurmaz ve taraflar ifaya zorlanamaz¹⁶⁴. Sözleşme kesin hükümsüzlükle malul olduğunda, taraf iyiniyetlerinin sözleşmenin geçerliliğine bir etkisi olmaz ve taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından resen dikkate alınabilir¹⁶⁵.

Yargıtay tarafından sözleşmede şekil şartı eksikliğinin sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getireceği görüşü benimsenmiştir¹⁶⁶. Ancak uygulamadaki uyuşmazlıklar ve sözleşmenin mahiyeti itibarıyla bu görüş de kesin bir şekilde uygulanmamaktadır. Zira Yargıtay bazı hallerde şekle aykırı sözleşmenin de geçerli bir sözleşme gibi sonuç doğuracağı ifade ederek şekle aykırı sözleşmeye dayalı olarak borçlunun ifaya mecbur bırakılacağını kabul etmiştir¹⁶⁷.

Yine Yargıtay başka bir içtihadı birleştirme kararı ile, kanuni şekle aykırı taşınmaz satışı yapıldığı takdirde tarafların doğan iade yükümlülüklerinin ve bu husustaki zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde ve buradaki tasfiyede vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağına hükmedilmiştir¹⁶⁸. Bu görüş gerek öğretide gerekse de Yargıtay uygulamasında yer bulan bir görüştür¹⁶⁹.

¹⁶³ Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, s. 155; Erman, a.g.e., s. 22.

¹⁶⁴ Yalman, a.g.m., s. 135; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s. 310.

¹⁶⁵ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), s. 153; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, s. 154; Eren, *Borçlar Genel*, s. 327; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), s. 127.

¹⁶⁶ Yargıtay'ın şekle aykırı olarak akdedilen sözleşmenin mutlak butlan ile geçersiz olacağına ilişkin içtihadı birleştirme kararı için bkz. Yargıtay İBK, E. 1954/8, K. 1954/18, T. 26.5.1955, www.lexpera.com [ET. 30.12.2022].

¹⁶⁷ Yargıtay'ın bu durumda tescil davası açılabilirliğini kabul ettiği kararı için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022]; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, s. 158.

¹⁶⁸ Yargıtay'ın şekil şartını kesin olarak uygulamadığına ilişkin 1940 tarihli içtihadı birleştirme kararı için bkz. Yargıtay İBK, E. 1940/31, K. 1940/47, T. 29.2.1940, Resmî Gazete T. 30.04.1940, S. 4497, s. 13730 vd. [ET. 30.12.2022].

¹⁶⁹ Şekle aykırı sözleşme durumunda iade yükümlülüğünün vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanacağı hususundaki Yargıtay görüşü için bkz. Yargıtay HGK, E. 2014/15, K. 2015/1047, T. 18.3.2015, www.legalbank.net [ET. 15.12.2022].

6.2.2.3. Kendine özgü geçersizlik görüşü

Bu görüşe göre, sözleşme şekil şartına aykırı biçimde akdedilmiş olsa dahi taraf iradeleri sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik ise diğer bir deyişle taraflardan biri tarafından sözleşmenin geçersizliği ileri sürülmediği takdirde sözleşmenin geçerliliğini koruyacaktır¹⁷⁰. Bu görüşe göre, şekle aykırı olarak akdedilen sözleşmenin geçersizliği hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınamaz yalnızca tarafların ileri sürmesi ile dikkate alınabilir¹⁷¹.

Yine bu görüş, kanuni şekil şartının amacının tarafların çıkarlarını korumaya yönelik olduğu düşünüldüğünde şekle aykırı durumun yalnızca taraflarca ileri sürülebilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁷². Bu görüşün benimsenmesinin sebebi, kesin hükümsüzlüğün ağır yaptırımlarını hafifletmektir.

Öğretide kendine özgü geçersizlik görüşü her ne kadar ileri sürülüyor olsa da Yargıtay içtihatları ve kanunun lafzı dikkate alındığında klasik teori içerisinde ifade edilen şekle aykırılığın müeyyidesinin kesin hükümsüzlük olacağı görüşü genel olarak kabul edilmektedir¹⁷³.

6.2.3. İleri sürülemeyeceği haller

Sözleşmelerin şekle aykırı olarak akdedilmesine rağmen hukuken geçerli olabildiği haller mevcuttur. Bu geçerliliğin temelinde hakkın kötüye kullanılması yasağı bulunmaktadır¹⁷⁴. Zira örnek vermek gerekirse şekle aykırı olarak akdedilmiş bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak tarafların başlıca borçlarını yerine getirilmesinden sonra ya da şekle aykırılığa kasti olarak sebep olan tarafın söz konusu geçersizliği sonradan ileri sürmesi halinde artık sözleşmenin kanuni şekle

¹⁷⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 329; Tandoğan, a.g.e., s. 233.

¹⁷¹ Erman, a.g.e., s. 23; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s. 310.

¹⁷² Yalman, a.g.m., s. 136.

¹⁷³ Öğretide ayrıca şekle aykırılığın yaptırımı olarak tabi borç ve fiili sözleşme görüşleri ileri sürülüyor olsa da çalışmanın kapsamı itibariyle bu görüşler ayrıca açıklanmamıştır. Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 332.

¹⁷⁴ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 242 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s. 314; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 163.

uygun olarak akdedilmediği ve bu sebeple geçeriz olduğunu ileri sürmek TMK m. 2 ile bağdaşmayacaktır¹⁷⁵.

Yargıtay kararları uyarınca da şekle aykırı olarak akdedilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması halinde sözleşmenin geçerli kabul edileceği hususu kabul edilmektedir¹⁷⁶. Bu hususta Yargıtay şekle aykırı sözleşmenin akdedilmiş olduğu uyuşmazlıklarda hakkın kötüye kullanılması durumunun değerlendirilmesi gerektiği ancak yine de hakkın kötüye kullanılması yasağının zaruri hallerde uygulanması gerektiğini de belirtmiştir¹⁷⁷.

Diğer yandan Yargıtay, resmi şekle aykırı olarak akdedilmiş olan ve taraflardan birinin veya her ikisinin edimlerini tamamen veya büyük miktarda ifa etmiş olmasından sonra artık şekle aykırı akdedilmiş sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir¹⁷⁸. Burada yüklenicinin inşaatı bitirme oranı net olarak belirlenmiş olmasa da içtihatlar uyarınca genel itibari ile %90 ve üzerindeki bir oran kabul edilmektedir¹⁷⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle aykırı olarak akdedilmesi halinde, bu durumun taraflarca ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmediği

¹⁷⁵ Demet Çeliktaş, “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, S. 1-4 (1987), s. 616 vd.; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 157; Yalman, a.g.m., s. 139.

¹⁷⁶ Erman, a.g.e., s. 24; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 156; Tapuda pay devri yapılması halinde veya başkaca dürüstlük kuralına aykırı olacak hallerde şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay HGK, E. 2012/592, K. 2013/65, T. 16.01.2013, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022]; Yargıtay 23. HD, E. 2012/2227, K. 2012/4932, T. 13.07.2012, www.lexpera.com [ET. 30.12.2022].

¹⁷⁷ Yargıtay’ın şekle aykırı olarak akdedilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dürüstlük kuralına dayalı olarak geçerli sayılmasının ancak zaruri durumlarda olacağına ilişkin görüşü için bkz. Yargıtay HGK, E. 2017/2036, K. 2019/161, T. 19.2.2019, www.lexpera.com [ET. 30.12.2022].

¹⁷⁸ Yargıtay’ın ifa sonucunda şekle aykırı sözleşmenin benimsendiğini bu sebeple şekle aykırılığın ileri sürülmesinin geçersiz olacağına ilişkin görüşü için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2001/3664, K. 2001/5516, T. 29.11.2001, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

¹⁷⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s. 120; Erman, a.g.t., s. 29; Yargıtay’ın uzun süre devam eden sözleşme ve %90 miktarındaki ifa oranı dikkate alındığında şekle aykırılığın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2008/6271, K. 2009/2151, T. 13.04.2009, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

her somut olay için ayrı değerlendirilmesi gerekmekte olup şartları olduğu takdirde ise sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemeyecektir¹⁸⁰.

6.3. Üçüncü Kişinin Hak Kazanım Şekilleri

İfade edildiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tarafları esasen arsa sahibi ve yüklenicidir. Sözleşmenin ifası ile meydana gelecek olan bağımsız bölümlerden hak kazanmak isteyen üçüncü kişiler ise arsa sahibi ya da yüklenici ile akdedeceği sözleşme ile hak sahibi olabilmektedir¹⁸¹. Üçüncü kişilerin arsa sahibi ya da yüklenici ile akdettiği sözleşmeye göre bu sözleşmenin şekli farklılık göstermektedir. Üçüncü kişiler söz konusu bağımsız bölümlerden hak kazanmak amacıyla duruma bağlı olarak yüklenici ya da arsa sahibi ile alacağın temlik sözleşmesi akdedebileceği gibi taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ya da taşınmaz satış sözleşmesi akdedebilmektedir.

6.3.1. Üçüncü kişinin alacağın temlik sözleşmesi ile hak kazanımı

Alacağın temlik hukuki işlemi ile genel itibariyle -kanun, sözleşme ya da işin niteliği engel oluşturmamakça- borçlunun rızası alınmaksızın alacaklı alacağını üçüncü kişiye devredebilir (TBK m. 183-194). Bu imkân ile sözleşmenin devri değil yalnızca ilgili sözleşmeden doğan alacak hakkı devredilir¹⁸². Söz konusu bu hukuki imkân ile üçüncü kişiler, yüklenici ya da arsa sahibi ile yapacağı alacağın temlik sözleşmesi ile tarafı olmadıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkını devralabilmektedir.

Bu durumu önce yüklenici açısından ele alacak olursak, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kendisine devredilecek olan arsa paylarını henüz bunlara malik olmadan üçüncü kişilere alacağın temlik ile devredebilir¹⁸³. Zira

¹⁸⁰ Yalman, a.g.m., s. 144; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s. 314.

¹⁸¹ Sertler, a.g.t., s. 54.

¹⁸² Yaşar, a.g.m., s. 301; Duman, İnşaat Hukuku, s. 1406; Eren, Borçlar Özel, s. 1350.

¹⁸³ Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 373; Seher Çingil, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022), s. 69 vd.

burada yüklenici ilgili arsa paylarına malik olmadığı ve henüz bir tapu kaydı bulunmadığından tapuda resmi bir satış öngörülmemekte olup yalnızca bir alacak hakkı devri söz konusudur¹⁸⁴. Bu sebeple yüklenici ve üçüncü kişi arasında akdedilen bu alacağın devrinin kanunen geçerliliği için yazılı şekilde yapılması gerekmektedir¹⁸⁵. Buna ilişkin olarak Yargıtay da sözleşme ile yükleniciye ait olacağı belirlenen bağımsız bölümleri alacağın temlik hükümlerine göre ve TBK m. 183 uyarınca resmi şekle tabi olmaksızın adi yazılı olarak devredebileceğine hükmetmiştir¹⁸⁶. Elbette sözleşme ile üçüncü kişilere devir hususu yasaklanabilir ya da üçüncü kişilere devir durumunda arsa sahibinden onay alınması zorunluluğu getirilebilir¹⁸⁷.

Yüklenici kendisine ait olacak bağımsız bölümlere denk gelen arsa paylarını bir kere temlik edebilecek olup bundan sonra yapılan temlikler geçersiz olacaktır¹⁸⁸. Yine Yargıtay içtihatları uyarınca, söz konusu alacağın devri işlemi ile üçüncü kişinin arsa sahibinden ilgili bağımsız bölümlerin tescilini isteyebilmesi için yüklenicinin sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirerek inşaatı tamamlaması diğer bir deyişle sözleşmeden doğan arsa paylarının kendi adına tescilini hakkını kazanmış olması gerekmektedir. Zira inşaat belli oranda tamamlanmadığı takdirde üçüncü kişinin tescil isteme hakkı söz konusu olmaz zira kazanılmamış bir hakkın devri de söz konusu olmayacaktır. Yargıtay’a göre de yüklenici söz konusu inşaatı tamamladığı takdirde üçüncü kişinin sahip olduğu bu şahsi hak, aynı hakka dönüşerek arsa sahibinden de talep edilebilir hale gelecektir¹⁸⁹. Yine yargıtay bu hususta arsa sahibine yöneltilecek tapu iptal ve tescil davalarında yüklenici ve arsa sahibinin

¹⁸⁴ Erman, a.g.e., s. 21; Mustafa Arıkan, “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 13, S.1 (2005), s. 138-139; Duman, İnşaat Hukuku, s. 135; Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 373.

¹⁸⁵ Berberoğlu Yenipınar, a.g.e., s. 36; Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 374; Şeref Ertaş, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları Devri, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’ e Armağan* (İzmir, 2001), s. 80.

¹⁸⁶ Buna ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2019/3728, K. 2020/1870, T. 25.06.2020, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

¹⁸⁷ Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 374; Ertaş, a.g.m., s. 81.

¹⁸⁸ Gülay Kahraman, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Durumu” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2020), s. 64.

¹⁸⁹ Sertler, a.g.t., s. 55; Bu husustaki bazı Yargıtay içtihatları için bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2016/5110, K. 2019/2835, T. 27.03.2019; Yargıtay HGK, E. 2014/324, K. 2015/2787, T. 27.11.2015; Yargıtay 15. HD, E. 2019/1680, K. 2020/187, T. 22.01.2020, Yargıtay 15. HD, E. 2020/514, K. 2020/1144, T. 01.06.2020; Yargıtay 15. HD, E. 2020/465, K. 2020/987, T. 11.03.2020, www.legalbank.net [ET. 24.03.2023].

zorunlu dava arkadaşı olarak davalı gösterilmesi görüşündedir¹⁹⁰. Ayrıca yüklenicinin inşaatı tamamlamaması halinde yüklenici üçüncü kişiye karşı alacağın temlikinden kaynaklanan borcunu yerine getirmediği için üçüncü kişinin uğradığı zararları karşılamak zorunda kalacaktır. Yargıtay'ın kabulüne göre yüklenicinin inşaatı tamamlaması ile ayıpların bulunması ile söz konusu ayıplar hafif ayıplar ise üçüncü kişi bu ayıpları gidererek ya da arsa sahibinin zararını karşılamak şartıyla alacağın temliki ile kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tescilini isteyebilir¹⁹¹.

Diğer yandan üçüncü kişinin arsa sahibi ile yapacağı alacağın temliki sözleşmesi ile de hak sahibi olması mümkündür. Bu duruma arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin akdiyle arsa paylarının tamamı yahut bir kısmının yükleniciye devredildiği hallerde rastlanmaktadır. Bu şekilde akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın tamamlanmasının ardından arsa sahibi yükleniciden sözleşme ile kendisine bırakılan bağımsız bölümleri talep etme hakkına sahip olmaktadır. Arsa sahibi burada yükleniciden talep edebileceği alacağını alacağın temliki kurumuyla üçüncü kişilere devredebilmektedir. TBK'ya göre yazılı şekilde yapılması gereken alacağın temliki sözleşmesi ile üçüncü kişiler devredilen alacak bakımından arsa sahibinin yerine geçerek halef olarak yükleniciden temlik aldığı alacağı diğer bir deyişle bağımsız bölümlerin devrini talep edebilir.

Bu halde alacağın temliki olarak nitelemiş olduğumuz ikinci sözleşme geçerli olsa dahi, ilk sözleşme geçersiz olacağından arsa sahibi sözleşmenin geçersizlik savunmasını, hak talep eden üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir¹⁹². Bununla beraber belirtmeli ki, yüklenicinin üçüncü kişilere karşı TBK m. 183/2 gereğince sorumluluğu doğar ve menfi zararlarını karşılamaları gerekir¹⁹³.

¹⁹⁰ Yüklenici ve arsa sahibinin zorunlu dava arkadaşı olarak gösterilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay HGK, E. 2017/2221, K. 2017/2019, T. 20.12.2017; Yargıtay HGK, E. 2008/748, K. 2008/750, T. 17.12.2008; Yargıtay 7. HD, E. 2021/2099, K. 2022/1008, T. 14.02.2022; Yargıtay 6. HD, E. 2021/1154, K. 2022/645, T. 09.02.2022; Yargıtay 14. HD, E. 2015/18245, K. 2017/4130, T. 22.05.2017, www.legalbank.net [ET. 24.03.2023].

¹⁹¹ Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 376.

¹⁹² Safa Reisoğlu, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, c. 24, S. 2 (2007), s. 13; Üçünü kişilerin adi yazılı sözleşmeyle bağımsız bölüm satın almalarına ilişkin ayrıca bkz. Reisoğlu, a.g.m., s. 13-17.

¹⁹³ Erman, a.g.e., s. 21-22.

6.3.2. Üçüncü kişinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hak kazanımı

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taraflardan bir ya da ikisine taşınmazın satışının yapılması talep hakkını tanıyan bir sözleşmedir¹⁹⁴. Bu sözleşmenin hukuki niteliği, öğretideki baskın görüş ve Yargıtay kabulüne göre, ön sözleşme olarak kabul edilir¹⁹⁵. Bu sözleşmenin geçerliliği kanuni olarak geçerlilik şekline tabi olup resmi şekilde yapılması zorunluluktur (TBK m. 237). Bu sözleşmenin ön sözleşme olması ile TBK m. 29'a göre taşınmaz satışına ilişkin şeklin geçerli olması ile yetkili merci tapu sicil müdür ve memurları veya Noterlik Kanunu m. 60 uyarınca noterler olarak belirlenmiştir. Bu sözleşmenin akdedilmesiyle ilgili taşınmazın satışını talep hakkı esasen kişisel bir hak olmakla beraber TMK gereği taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhi ile etkisi kuvvetlendirilebilir. Bu sözleşme özelinde ayrıca taraflardan birini de talebi tapuya şerh için yeterlidir (Tapu Kanunu m. 26/7).

İşte üçüncü kişiler izah ettiğimiz taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf olan yüklenici veya arsa sahibi ile akdederek bağımsız bölüm edinebilmektedir. Bu durumu ilk olarak yüklenici ile üçüncü kişiler arasında akdedilen sözleşme nezdinde ele alırsak yüklenici henüz tamamlamadığı inşaat ve dolayısıyla kat mülkiyeti henüz kurulmamış ve ileride meydana gelecek olan bağımsız bölümlerin satışını üçüncü kişilere vadetmekte olup bu sözleşmeyle üçüncü kişiler mülkiyet talep edebileceği kişisel bir hakka sahip olmaktadır. Resmi şekilde yapılması gereken taşınmaz satış vaadi sözleşmesi Yargıtay'ın kabulüne göre resmi şekle aykırı olarak yalnızca yazılı şekilde akdedilmesi halinde alacağın temliki hükümlerine tabi olacaktır¹⁹⁶. Bu durumda, yüklenicinin inşaatı gereği gibi tamamladığı takdirde artık üçüncü kişi de yükleniciden kendisine vadedilen taşınmazın tescilini isteyebilecektir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi açısından en önemli fark bu sözleşmenin resmi şekilde akdedilerek tapuya şerh edilmesi ile görülür. Zira bu halde, etkisi kuvvetlendirilmiş bir nispi hakkı bulunan üçüncü kişi

¹⁹⁴ Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 18; Oğuzman, Seliçi, Oktay, a.g.e., s. 385; Yavuz, Acar, Özen, a.g.e., s. 140.

¹⁹⁵ Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), s. 19.

¹⁹⁶ Şekle aykırı akdedilmesi halinde alacağın temliki hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bazı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 3. HD, E. 2021/603, K. 2022/3, T. 17.01.2022; Yargıtay 23. HD, E. 2013/5212, K. 2013/7076, T. 13.11.2013, www.legalbank.net [ET. 24.03.2023].

bu hakkını arsa sahibine ileri sürerek tescil talep edebilecek ve tazminatla yetinmek zorunda kalmayacaktır.

Yine Yargıtay’ın kabulüne göre, aynı taşınmaz için birden fazla kişi ile ayrı ayrı satış vaadi yapıldığı takdirde ilk yapılan satış vaadinin geçerli olduğu kabul edilir¹⁹⁷. Ancak belirtilmelidir ki birden fazla yapılmış olan satış vaatlerinden biri tapuya şerh edilmiş ise bu halde artık satış vaadinin yapılış tarihine bakılmaksızın tapuya şerh edilmiş olan sözleşme geçerli olacaktır¹⁹⁸.

Diğer yandan üçüncü kişilerin arsa sahibi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdetmesi açısından değerlendirdiğimizde, üçüncü kişiler arsa sahibi ile bu sözleşmeyi arsa sahibi ile resmi şekilde akdederek hak sahibi olabilir. Bu halde, inşaat tamamlandığında üçüncü kişi satış vaadi sözleşmesi ile kendisine vadedilen bağımsız bölümlerin kendisine devrini arsa sahibinden talep edebilecektir. Ayrıca ifade edildiği gibi Yargıtay’ın içtihatları uyarınca burada yapılan satış vaadinin alacağın temlik hüükümlerine tabi olması sebebiyle işbu hükümler uygulanacaktır.

6.3.3. Üçüncü kişinin taşınmaz satış sözleşmesi ile hak kazanımı

Üçüncü kişi, yüklenici ya da arsa sahibi ile *taşınmaz satış sözleşmesi* akdederek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hak sahibi olabilmektedir. TBK m. 237 uyarınca taşınmaz satış sözleşmesi resmi şekilde düzenledikleri durumda geçerli olacaktır. Tapu Kanunu m. 26 uyarınca resmi şekilden anlaşılması gereken ise sözleşmenin “*tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri*” tarafından yapılmasıdır. Bununla beraber 23/06/2022 tarihinde Noterlik Kanunu¹⁹⁹ m. 61/A’da yapılan değişiklik ile noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapabilme yetkisi getirilmiştir²⁰⁰. İşte üçüncü

¹⁹⁷ İlk satış vaadinin geçerli olacağına ilişkin bazı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2015/15802, K. 2016/2092, T. 23.02.2016; Yargıtay 7. HD, E. 2021/2350, K. 2021/4170, T. 22.12.2021; Yargıtay HGK, E. 2017/2265, K. 2017/1435, T. 22.11.2017; Kırmızı, a.g.e., 726; Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 379.

¹⁹⁸ Ruhi ve Ruhi, Davalar, s. 287.

¹⁹⁹ RG, 5.2.1972, 1512.

²⁰⁰ Noterlik Kanunu Geçici 21. maddesi ile işbu 61/A hükmü ile getirilen düzenlemenin ilgili maddelerde öngörülen ve en geç 01.01.2023 tarihine kadar kurulacak olan bilişim sisteminin kurulduğunun Adalet Bakanlığı’nın resmî sitesinde duyurulduğu tarihten itibaren uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak ilgili hükmün uygulanması, yine aynı hükümde yer alan Cumhurbaşkanı’nın bu süreyi altı aya kadar uzatabilir hükmü ile ertelenmiştir. İlgili hükmün

kişiler, arsa sahibi ya da yüklenici ile akdedeceği taşınmaz satış sözleşmesi ile hak sahibi olabilmektedir.

Bu durumu yüklenici açısından değerlendirecek; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin türüne bağlı olarak bazı durumlarda arsa sahibi henüz inşaat tamamlanmadan arsa paylarını tamamını ya da gelinen aşamaya bağlı olarak kısım kısım yükleniciye devredebilmektedir. Bu durumda malik konumunda olan yüklenici satmak istediği söz konusu bağımsız bölümlere isabet eden arsa payları üçüncü kişilere taşınmaz satış sözleşmesi ile devretme hakkına sahip olmaktadır²⁰¹. Bu durumda yüklenici, sözleşme ile kendisine bırakılan ve maliki olduğu bu arsa paylarını taşınmaz satış sözleşmesi ile satarak devredebilmektedir. Yüklenici ile üçüncü kişi arasında akdedilen bu sözleşme ile yüklenici satıcı, üçüncü kişi ise alıcı konumunda olup Yargıtay'ın kabulüne göre aradaki sözleşme eser sözleşmesi olmayıp taşınmaz satış sözleşmesidir²⁰².

İfade edildiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatı yapan taraf olan yüklenicinin, bu sözleşmeden doğan borcunu tam olarak yerine getirmeden önce edindiği payları üçüncü kişilere devredebilmektedir. Bu durumda genel hukuki kaide, malikten bir ayni hak iktisap edenin bu hakkının tapu siciline güven ilkesi gereği korunacağı yönündedir. Ancak izah edilen durumda Yargıtay bu durumun aksine olarak, yüklenicinin asıl sözleşmedeki mülkiyeti kazanabilmesini inşaatı tamamlayıp teslim etmesiyle gerçekleşeceğini, bu sebeple yüklenicinin önceden edinmiş olduğu arsa paylarının “avans” niteliğinde olduğu ve ancak yüklenicinin asıl sözleşmedeki borcunu gereği gibi ifa etmesiyle bu payların mülkiyetine hak kazanacağı kabul edilmektedir²⁰³. Bu sebeple Yargıtay bir geçersizlik durumunda bu paylar arsa

uygulanacağı tarih 01.07.2023 olarak belirlenmiştir. Noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi yapması hususundaki ilgili yönetmelik için bkz. 11.01.2023 tarih ve 32070 sayılı Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

²⁰¹ Bu durum uygulamada genel olarak topraktan satış olarak adlandırılır.

²⁰² Topraktan yapılan satışlarda henüz inşaat aşamasındayken bu sözleşmeyi akdederek hak sahibi olan üçüncü kişiler yüklenicinin inşaatı devam ediyor olması ile bazı durumlar taraflar arasındaki sözleşmenin değerlendirilmesinde hataya düşülmektedir. Bu hususta Yargıtay içtihatlarıyla beraber bu sözleşmenin eser sözleşmesi değil, satış sözleşmesi olduğunu genel olarak kabul etmektedir.

²⁰³ Saba Özmen ve Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, (2016), s. 18; Yargıtay 15 HD, E. 2019/3962, K. 2020/2494, T. 21.09.2020; Yargıtay 6. HD, E. 2021/4437, K. 2022/4390, T. 27.09.2022; Yargıtay 6. HD, E. 2021/4173, K. 2022/4088, T.

sahibine geri döndüğünde, tapudaki tescilin yolsuz olacağı ve üçüncü kişilerin TMK m. 1023 “iyiniyetle hak kazanımı” imkanından yararlanamayacağını kabul etmektedir.

Diğer yandan üçüncü kişi, arsa sahibi ile yapacağı taşınmaz satış sözleşmesi ile de hak sahibi olabilmektedir. Arsa sahibi maliki olduğu arsadaki payları başlangıçta yükleniciye devretmediği durumlarda, sözleşme ile kendisine ait olacak bağımsız bölümlere denk gelen payları ya da yükleniciye ait olacak payları da üçüncü kişilere devredebilmektedir²⁰⁴. İnşaatı tamamlaması ya da inşaatın belli aşamaya gelmesi durumunda ilgili arsa paylarını ya da bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep edebilecek olan yüklenici talep etme aşamasına geldiğinde, arsa sahibinin yükleniciye ait olan arsa paylarını üçüncü kişilere devretmişse artık yüklenici bu talep hakkının nispi nitelikte olması sebebiyle herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Meğerki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapu siline şerh edilmiş olsun. Bu halde artık yüklenici üçüncü kişiden sözleşme ile kendisine bırakılması taahhüt edilen payların devrini isteyebilecektir.

6.4. Asıl Sözleşmedeki Şekle Aykırılığın Üçüncü Kişilere Etkisi

Bir diğer husus ise asıl sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki şekle aykırılığın üçüncü kişilerle akdedilen sözleşmeye olan etkisidir. Sözleşmenin şekle aykırı olarak akdedildiği durumda üçüncü kişiler şekle aykırı diğer bir deyişle geçersiz bir sözleşmeye istinaden bir hak kazanmış olacaktır. Elbette bu şekle aykırılık, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin mümkün olduğu şekle aykırılık durumları için geçerli olacaktır²⁰⁵. Bu etki üçüncü kişilerin yukarıda izah edilen hangi tür sözleşmeye istinaden hak kazandığına göre değişebilmektedir.

Bu halde ilk olarak üçüncü kişinin alacağın temlik ile hak kazandığı bir durum söz konusu ise, şekle aykırılığı ileri süren taraf bu aykırılığı TBK m. 188 uyarınca temlik alana yani halefe karşı da ileri sürebilecektir. Bu durumda temlik alan konumundaki

13.09.2022; Yargıtay HGK, E. 2022/69, K. 2022/1050, T. 28.06.2022; Yargıtay 6. HD, E. 2021/6412, K. 2022/3004, T. 01.06.2022, www.legalbank.net [ET. 24.03.2023].

²⁰⁴ Sertler, a.g.t., s. 48.

²⁰⁵ Yener, Üçüncü Şahıslara Devir, s. 372.

üçüncü kişi bu hakkını bir edim karşılığı edinmiş ise, ödemiş olduğu bedeli sebepsiz zenginleşme hükümleri ya da TBK gereği garanti ile yükümlü olan devredenden TBK m. 193'teki alacak kalemlerini talep edebilecektir.

Üçüncü kişilerin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hak kazandığı durumda ise yine izah edildiği üzere şekle aykırılık ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olması halinde üçüncü kişiler satış vaadine dayalı olarak hak talep edemeyeceklerdir²⁰⁶.

Bir diğer hal ise üçüncü kişilerin taşınmaz satış sözleşmesi ile hak kazandığı durumdur. Bu halde ilk akla gelen husus genel hukuk ilkelerimizden olan tapu siciline güven ilkesi uyarınca üçüncü kişinin hak kazanımının korunacağı yönündedir. Ancak bu hususta Yargıtay'ın yerleşik kararları bu halde üçüncü kişilerin kazanımların korunmayacağını kabul etmektedir²⁰⁷.

7. BENZER BAZI SÖZLEŞMELERDEN AYRIMLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kanunda tanımlanmamış olması ile bazı benzer sözleşmeler ile karıştırılması mümkündür²⁰⁸. Buna binaen aşağıda işbu sözleşmenin karışma ihtimali olan bazı sözleşmelerden ayrımları ana hatları ile incelenmiştir.

7.1. İnşaat Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması

İnşaat sözleşmesi diğer bir deyişle bedel karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin bir çeşididir²⁰⁹. Gerek çalışma konusu sözleşmede gerekse de inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi yapıyı inşa etmek ve teslim etmektir. Bu iki

²⁰⁶ Mahmut Coşkun, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s.192.

²⁰⁷ Bu hususta güncel bazı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2021/3256, K. 2021/2583, T. 09.06.2021; Yargıtay 23. HD, E. 2016/7210, K. 2018/222, T. 25.01.2018; Yargıtay 23. HD, E. 2015/9708, K. 2018/3902, T. 03.07.2018, www.legalbank.net [ET.24.03.2023].

²⁰⁸ Engin Bahadır, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, *Fiscaoeconomia Sosyal Bilimler Dergisi*, c.3, S.1 (2019), s. 184.

²⁰⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s. 116.

sözleşme temelde iş sahibinin edimi yönünden ayrılmakta olup eser sözleşmesinde farklı olarak iş sahibinin edimi arsa payı devri değil edimi bedel ödemektir²¹⁰.

Yine bununla beraber inşaat sözleşmesi, esasen bir eser sözleşmesi olduğu için çalışma konusu sözleşmeden farklı olarak geçerlilik şekline tabi değildir. Aynı zamanda yüklenici bu sözleşme ile inşa edilecek bağımsız bölümleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farklı olarak üçüncü kişilere satamaz²¹¹. Yine inşaat sözleşmelerinden doğan kişisel hak tapuya şerh edilebilir değildir²¹².

7.2. Satış Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması

TBK m. 207 ve devamında düzenlenmiş olan satış sözleşmesi, satıcı tarafın satılanı alıcıya devretme borcu, alıcının da bedel ödeme borcu yüklendiği sözleşmedir²¹³. Buna sözleşme ile farklı olarak inşa edilen binanın pay karşılığı devri değil, bir malın para karşılığı satılması söz konusudur²¹⁴. Satıcının sattığı şey satıcının meydana getirdiği emeği ile oluşturduğu bir ürün değildir, zira aksi durumda taraflar arasındaki sözleşme, eser sözleşmesi olacaktır. Yargıtay da bu iki sözleşmenin ayrımı konusunda, meydana getirme unsurunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir²¹⁵.

Satış sözleşmesinde kural olarak satış esnasında bedel alınarak satılan teslim edilir²¹⁶. Oysa çalışma konusu sözleşmede yüklenicinin ilk edimi olan inşaatı yapma borcu zamana yayılmış olup bunun karşılığında arsa sahibinin mülkiyetini devredeceği arsa paylarının devir zamanı kural olarak yüklenicinin ediminden sonra ifa edilecek olup ediminin bölünerek farklı zamanlarda ifa edilmesi de kararlaştırılabilir²¹⁷.

²¹⁰ Erman, a.g.e., s. 2; Eren, Borçlar Özel, s. 595; Kurşat, a.g.e., s. 6; Emre Gökyayla, “Eser ve Vekalet Sözleşmeleri.” *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), s. 294.

²¹¹ Bahadır, a.g.m., s. 185-186.

²¹² Sarı, a.g.m., s. 275.

²¹³ Eren, Borçlar Özel, s. 28.

²¹⁴ Bahadır, a.g.m., s. 186; Eren, Borçlar Özel, s. 610; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 475.

²¹⁵ Yargıtay’ın satış sözleşmesi ve eser sözleşmesinin imal hususunda ayrıldığına ilişkin görüşü için bkz. Yargıtay HGK. E. 2017/2694, K. 2017/1425, T. 22.11.2017, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

²¹⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 28.

²¹⁷ Bahadır, a.g.m., 187.

Arsa sahibinin ediminin arsa paylarının devri olmasıyla buna uygulanacak hüküm taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin hükümler olup ilgili yerlerde kıyasen uygulanacaktır²¹⁸.

7.3. Trampa Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Trampa sözleşmesinde bir malın başka bir mal ile değişimi söz konusudur²¹⁹. Oysa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici yapı inşa ederek akabinde meydana getirdiği yapıdaki bağımsız bölümlerin bir kısmını sözleşmedeki alacağı olarak kendi uhdesine alır bir kısmını da arsa sahibi ile paylaşır²²⁰. Dolayısıyla arsa ile inşaat ayrı ayrı değerlendirilmediğinden yapılan inşaat ile arsanın birbiriyle takası gibi bir durum söz konusu olmaz.

7.4. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

TBK m. 393 ve devamı ile kanunda düzenlenmiş tipik bir sözleşme olan hizmet sözleşmesi karşısında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanun ile düzenlenmemiştir²²¹.

Hizmet sözleşmesinde, işçi “bağımlılık” ilişkisi içinde işveren faydasına çalışır veya bir hizmeti görmeyi taahhüt eder; bunun karşılığında da bir bedel alır²²². Burada hizmet sözleşmesinde ortaya çıkan en önemli unsur bağımlılık unsuru olup işçi işverene bağlı olarak çalışmaya devam ederken işverenin emir ve talimatlarıyla bağlıdır. Bunun dışında ayrıca bir sonuç çıkarma gayreti, bir şey meydana getirme gayreti olmaz. Nitekim Yargıtay da kararlarında hizmet sözleşmesinde ayırıcı olarak bağımlılık unsurunun arandığını belirtmiştir²²³. Ancak çalışma konusu sözleşmede,

²¹⁸ Bahadır, a.g.m., s. 186.

²¹⁹ Eren, Borçlar Özel, s. 277.

²²⁰ Bahadır, a.g.m., s. 186.

²²¹ Eren, Borçlar Özel, s. 545.

²²² Eren, Borçlar Özel, s. 547; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 482; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), s. 69.

²²³ Yargıtay’ın hizmet sözleşmesinde bağımlılık unsurunun bulunması gerektiği hakkındaki görüşü hakkında bkz. Yargıtay HGK, E. 2017/624, K. 2019/1177, T. 12.11.2019, www.lexpera.com [ET. 30.12.2022].

yüklenici iş sahibine karşı bağımlılık unsuru kapsamında bağlı olmayıp çalışırken özgürdür ve belli bir sonuç çıkarma gayreti içindedir²²⁴.

Yine farklı olarak hizmet sözleşmesi için getirilmiş bir şekil şartı kural olarak yoktur²²⁵. Aynı zamanda hizmet sözleşmesini işçi şahsen ifa etmek zorundadır, üçüncü bir kişi tarafından ifa edilemez. Oysa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici işi bizzat ya da gözetimi altındakilere yaptırırken; kendisinin yapmakla yükümlü olmadığı işleri alt yüklenicilere de devredebilmektedir.

²²⁴ Bahadır, a.g.m., s. 193; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 514.

²²⁵ Bahadır, a.g.m., s. 194.

BÖLÜM II

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

İlk bölümde genel olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açıklandıktan sonra ikinci bölümde sözleşmenin hükümleri incelenecektir.

Sözleşmenin hükümlerini incelemeye geçmeden önce ifade edilmesi gereken bir husus da çift tipli özellikte olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak kanun maddelerinin tespiti nasıl yapılacağı hususudur²²⁶. Sözleşmenin hukuki niteliğinin açıklandığı bölümde izah edildiği üzere çift tipli karma özellikteki bu sözleşmeye uygulanması gereken hükümlerin tespiti kıyas yolu ile gerçekleştirilir²²⁷.

Buna göre hiçbir hüküm doğrudan değil de ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilir²²⁸. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine içerisinde bulunan sözleşme hükümleri ancak bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecek olup Yargıtay da bu görüştedir²²⁹.

İkinci bölümde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hükümleri incelenecek olup bu kapsamda taraf borçları başlığında, öncelikle arsa sahibinin borçları, hükümleri ve sonuçları akabinde ise yüklenicinin borçları, hükümleri ve sonuçları incelenecektir.

²²⁶ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1087.

²²⁷ Gümüş, Borçlar Özel, s. 220; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 62; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1087.

²²⁸ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 591.

²²⁹ Yargıtay'ın hükümlerin tespit edilmesinde kıyas görüşünün uygulanacağına ilişkin kararı için bkz. Yargıtay İBK, E. 1983/3, 1984/1, T. 25.1.1984, www.lexpera.com [ET. 30.12.2022].

1. GENEL OLARAK TARAFLARIN BORÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, *arsa sahibi ve yüklenicinin* sözleşmede taraf olmaları sebebiyle sözleşmeden kaynaklanan birtakım borçları bulunmaktadır²³⁰. Tarafların sözleşmeden doğan ana borçları arsa sahibi açısından arsa paylarını yükleniciye devretme borcu; yüklenici açısından ise yapıyı inşa ederek teslim etmektir²³¹. Sözleşmenin akdedilmesinin akabinde yüklenicinin borcunu ifaya başlayabilmesi için ilk olarak arsa sahibinin inşaat yapılacak olan arsayı yükleniciye teslimi gerekmektedir²³². Bu sebeple tarafların borçları incelenirken öncelikle arsa sahibinin borçları ardından yüklenicinin borçları incelenecektir.

Bununla beraber ifade edilmelidir ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici sıklıkla henüz inşaat bitmeden, haklarını ve bazı durumlarda da borçlarını üçüncü kişilere devretmesiyle beraber arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri adeta üçlü bir hukukî ilişkiye dönüşmeye başlamıştır²³³. Zira yüklenicilerin çoğu henüz inşaat yapılma aşamasında, inşaatın tamamlanması ile hak edecekleri payları/bağımsız bölümleri üçüncü kişilere belli bir ön ödeme ile devir vaadi vermekte ve bu şekilde inşaatı bitirebilmek adına kendisine ekonomik kaynak sağlamaktadır²³⁴.

²³⁰ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 57; Erman, a.g.e., s. 33 vd.; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1000 vd.; Gümüş, Borçlar Özel, s. 13 vd.; Eren, Borçlar Özel, s. 604 vd; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 369 vd.

²³¹ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 581; Duman, İnşaat Hukuku, s. 45; Yargıtay'ın taraf borçlarını açıkladığı kararı hakkında bkz. Yargıtay HGK, E. 2012/162, K. 2012/217, T. 21.03.2012, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022].

²³² Aktaş Çelik, a.g.e., s. 57; Duman, İnşaat Hukuku, s. 262.

²³³ Ertaş, a.g.m., s. 79.

²³⁴ Berberoğlu Yenipınar, a.g.e., s. 104.

2. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

Burada sözleşmenin fiilen başlayabilmesi için ilk olarak arsa sahibinin sözleşmeye konu arsayı teslim etme borcunu ifa etmesi gerekir²³⁵. Bu sebeple çalışmanın arsa sahibinin borçları bölümünde arsa sahibinin borçları olan “sözleşmeye konu arsayı yükleniciye teslim etme borcu” ile incelemeye başlanacak akabinde ise sırası ile “bazı sözleşmeler için yükleniciye vekalet verme borcu” ve arsa sahibinin sözleşmedeki ana borcu “arsa paylarını devretme borcu” incelenecektir.

2.1. Arsayı Ayıpsız Olarak Teslim Etme Borcu

Sözleşmede, arsa sahibinin temel borçlarından biri de inşaat yapılacak “arsayı ayıpsız olarak yükleniciye teslim etme” borcudur²³⁶.

Yüklenicinin borcunun ifasına başlayabilmesi için arsa sahibi tarafından kendisine yapıyı inşa edeceği arsanın teslim edilmesi gerekir. Arsa sahibinin bu borcunu gereği gibi ifa edebilmesi için sözleşmeye konu arsayı yükleniciye her türlü fiili ve hukukî sorunlardan arı bir şekilde teslim etmesi gerekir²³⁷. Nitekim Yargıtay da taraf borçlarını açıkladığı kararlarında, öncelikli borcun arsa sahibine ait olduğunu vurgulamıştır²³⁸.

Arsa sahibi tarafından teslim borcunun gereği gibi yerine getirildiğinin kabulü için, sözleşmeye konu arsa üzerinde yüklenicinin inşaya başlamasını engellen bir imar durumu, arsa üzerinde bir mülkiyet iddiası ya da tahliyesi gereken bir kiracının bulunması gibi fiili ya da hukukî bir engelin bulunmaması gerekir²³⁹. Aksi takdirde arsa sahibi teslim borcunu gereği gibi yerine getirmiş olmayarak temerrüde düşecek

²³⁵ Durak, a.g.m., s. 229; Ayşe Usta Bayrakçı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Sorumlulukları” (Yüksek Lisans Tezi. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019), s. 84.

²³⁶ Kırmızı, a.g.e., s. 647; Usta Bayrakçı, a.g.t., s. 80.

²³⁷ Durak, a.g.m., s. 229; Erman, a.g.e., s. 55.

²³⁸ Yargıtay’ın arsa sahibinin öncelikli olarak arsayı ayıpsız olarak teslim etmesi gerektiğine ilişkin kararları için bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2007/2499, K. 2007/6455, T. 29.05.2007, www.legalbank.net [E.T. 30.12.2022]; Yargıtay 15. HD, E. 2003/5372, K. 2004/2508, T. 05.05.2004 www.legalbank.net [E.T. 30.12.2022].

²³⁹ Sütçü, a.g.e., s. 342; Erman, a.g.e., s. 55; Kostakoğlu, a.g.e., s. 261.

ve yükleniciden borcunu ifa etmesini isteyemeyecektir. Keza Yargıtay bir kararında arsası üzerindeki gecekondunun fatura aboneliklerini iptal ettirmeyerek yıkıma hazır hale getirmeyen arsa sahibinin temerrüde düştüğüne ve zararlara kusuru ile sebebiyet verdiği hükmetmiştir²⁴⁰. Yargıtay bu duruma ilişkin başka bir kararında ise, arsayı teslim borcunun gereği gibi yerine getirilmediğinin kabul edilebilmesi için söz konusu eksikliklerin açıkça inşaat yapmaya engel durum oluşturması gerektiğine hükmetmiştir²⁴¹.

Arsayı teslim alan yüklenici ise arsada inşaatla engel bir durum olup olmadığını incelemeli ve bir engel olduğu takdirde bu durumu arsa sahibine derhal bildirmelidir²⁴². Yüklenici bu bildirimle beraber TBK m. 472/3 lafzı gereği sorumlu olmaktan kurtulmuş olacaktır²⁴³. Aksi bir durumda örneğin yüklenici bir imar engelinin varlığına rağmen inşaatla yasal olmayarak başlarsa bu yüklenici açısından bir özen borcu ihlali niteliğinde olacak ve arsa sahibi için de sözleşmenin feshi sebebi doğuracaktır²⁴⁴.

2.2. Arsa Sahibinin Diğer Borçları

Yüklenicinin arsayı teslim aldıktan sonra yapının inşaatına başlayabilmesinin ilk koşulunun yapı ruhsatının alınması olduğu söylenebilir²⁴⁵. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede yapı ruhsatını açıkça yüklenicinin alması gerektiğine yönelik açık hüküm yoksa imar, plan, proje, yapı ruhsatı gibi işlemler doğrudan mülkiyet ile ilgili olması sebebiyle arsa sahibinin yükümlülüğündedir²⁴⁶. Arsa sahibi yapı ruhsatının alınması borcunu makul bir zamanda yerine getirmelidir. Aksi halde arsa sahibinin temerrüdü söz konusu olacak ve arsa sahibinin yükleniciyi inşaatla

²⁴⁰ Yargıtay'ın arsayı ayıpsız olarak teslim etmeyen arsa sahibinin temerrüde düşeceğine ilişkin kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2007/3118, K. 2008/2682, T. 22.04.2008 www.legalbank.net [E.T. 07.11.2022].

²⁴¹ Bu hususa ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2013/8075, K. 2014/2846, T. 11.04.2014 www.legalbank.net [E.T. 07.11.2022].

²⁴² Aktaş Çeliş, a.g.e., s. 58; Sütçü, a.g.e., s. 347.

²⁴³ Durak, a.g.m., s. 229.

²⁴⁴ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 58-59.

²⁴⁵ Berberoğlu Yenipınar, a.g.e., s. 76; Duman, İnşaat Hukuku, s. 76; Yargıtay'ın yapı ruhsatı eksikliğinin giderilememesi halinde ilgili yapının yıktırılması gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/698, K. 2018/2982, T. 10.07.2018, www.legalbank.net [E.T. 30.12.2022].

²⁴⁶ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 59.

başlamasını talep etme hakkı olmayacaktır²⁴⁷. Arsa sahibinin yapı ruhsatını alamaması imkânsızlık haline dayanıyorsa bu durum elbette imkansızlığın meydana gelme zamanına bağlı olarak sözleşmenin geçersizliğine ya da sona ermesine neden olacaktır.

Diğer yandan taraflar söz konusu bu işlemlerin yüklenici tarafından yapılması hususunda anlaşabilirler²⁴⁸. Bu halde arsa sahibi yükleniciye noter aracılığı ile tüm gerekli yetkileri barındıran bir vekaletname vererek yükleniciye söz konusu sorumluluklarını devredebilir²⁴⁹. Uygulamada sıklıkla görülen bu durum ile arsa sahibinin uzmanı olmadığı bir alandaki sorumluluğu yükleniciye devretmesiyle sözleşmedeki yükünü hafifletmiş olmaktadır.

Kanunen arsa sahibine ait olan yükümlülükler sözleşme ile yükleniciye devredildiğinde artık arsa sahibi, devrettiği yetkileri yerine getirmeyen yükleniciyi temerrüde düşürebilecektir²⁵⁰. Elbette bu durum için arsa sahibi yükleniciye mutlaka tüm yetkileri haiz bir vekaletname vermelidir. Aksi durumda taraflar sözleşme için işbu yetkilerin yükleniciye devredileceği kararlaştırmış olsalar dahi yeterli ve gerekli vekaletnameyi noter aracılığıyla düzenletmeyen arsa sahibi, yüklenicinin ihtarı ile temerrüde düşürülebilecek ya da yüklenici mahkemeye başvurarak TBK m. 113 nama ifa hükümleri uyarınca kendisine bu hususta yetki verilmesini talep edebilecektir²⁵¹.

2.3. Arsa Paylarını Devretme Borcu

Arsa sahibinin asli edimi, sözleşmeyle devir borcu altına girmiş olduğu arsa paylarını kural olarak yükleniciye devretmektir²⁵².

Arsa paylarını devir borcunun ne zaman muaccel olacağı konusunda ise elbette ilk olarak sözleşmeye bakılarak sözleşme hükümleri uygulanır. Sözleşmede belirli ya da

²⁴⁷ Duman, İnşaat Hukuku, s. 273.

²⁴⁸ Duman, İnşaat Hukuku, s. 272; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 563.

²⁴⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s. 272; Kırmızı, a.g.e., s. 666; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1041.

²⁵⁰ Yapı ruhsatı alınmadığında bunu alma gibi görevleri vekalet ile üstlenen yüklenicinin sorumlu olacağına ilişkin Yargıtay kararı hakkında bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2018/1915, K. 2018/1758, T. 26.04.2018, www.legalbank.net [E.T. 30.12.2022].

²⁵¹ Duman, Dava ve Sorunlar, s. 131; Erman, a.g.e, s. 58; Kostakoğlu, a.g.e., s. 263.

²⁵² Erman, a.g.e., s. 52; Bayrakçı, a.g.t., s. 80 vd.

belirlenebilir bir tarih mevcut olduğu takdirde elbette bu tarih uygulanır; mevcut olmadığı takdirde ise TBK'nın tamamlayıcı hükümlerine bakmak gerekir²⁵³. Bu hususta eser sözleşmesi hükümlerine bakıldığında, arsa sahibinin yükleniciye ait olacak payları devir borcu ancak yüklenicinin inşaatı tamamlayarak teslim etmesiyle muaccel olacaktır²⁵⁴. TBK'nın açık hükümlerine göre sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa yüklenici edimi ifa etmeden önce arsa sahibinin edimini ifa etmeye mecbur olmayıp Yargıtay uygulaması da bu şekildedir²⁵⁵.

Arsa sahibinin paylarını ne zaman devredeceği hususunda genellikle sözleşmede bir düzenleme yer alır. Yukarıda da izah edildiği üzere sözleşmede arsa paylarının geline aşamaya göre devredileceğinin belirtildiği durumda ise, sözleşmede belirtilen aşama geldiğinde -inşaatın temelini atılması, kaba inşaatın bitirilmesi, ince işçiliğin bitirilmesi gibi- arsa sahibinin borcu muaccel olmaktadır²⁵⁶.

Arsa sahibini devir borcunun ifa şekilleri akdedilen sözleşmenin türüne bağlı olarak da değişmektedir²⁵⁷. Yukarıda izah edildiği üzere bu sözleşmenin genel olarak düzenlendiği şekiller arsa sahibinin arsa paylarını kısım kısım geline aşamaya göre devredeceği şekilde; başlangıçta tamamının devri ile üzerine ipotek konularak geline aşamaya göre ipoteğin kaldırılacak şekilde olmak üzere birçok farklı şekilde farklı biçimlerde olabilir²⁵⁸. Tarafların sözleşme ile belirlediği bu biçimlere uygun olarak arsa sahibinin arsa paylarını devretme borcu doğar ve bu devrettiği her bir pay devri arsa sahibinin borcunu ifası olur. Arsa sahibi bu şekilde yükleniciye sözleşme sonucunda ait olacak bağımsız bölümlerin arsa paylarını devretmiş olur²⁵⁹.

²⁵³ Erman, a.g.e., s. 54; Kırmızı, a.g.e., s. 665.

²⁵⁴ Aktaş Çelik, a.g.m., s. 60; Durak, a.g.m., s. 229.

²⁵⁵ Erman, a.g.e., s. 54.; Yargıtay'ın yüklenici borcunu ifa etmeden arsa sahibinin borcunu ifa etmek zorunda olmadığına ilişkin karar hakkında bkz. Yargıtay HGK, E. 2014/68, K. 1332, T. 13.5.2015, www.lexpera.com [E.T. 30.12.2022].

²⁵⁶ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 581.

²⁵⁷ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 61.

²⁵⁸ Erman, a.g.e., s. 11; Yavuz, Borçlar Özel, s. 1074.

²⁵⁹ Bilal Kartal, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Ankara: Matsa Basımevi, 1993), s. 22.

2.3.1. Arsa paylarının devri yükümlülüğünün ihlal edilmesi

2.3.1.1. Genel olarak

Çalışma konusu sözleşmenin *sinallagmatik sözleşme* olmasıyla taraflar hem borçlu konumunda hem de alacaklı konumdadır²⁶⁰. Buna binaen arsa sahibinin sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmemesi ile eğer şartlar mevcutsa borçlu arsa sahibinin temerrüdü gündeme gelecektir²⁶¹.

Arsa sahibinin arsa payını devretme borcunun muaccel olması ve borcun ifasının imkânsız olmaması durumunda borcunu ifa etmeyen arsa sahibi genel hükümler uyarınca borçlu temerrüdüne düşecektir.

2.3.1.2. Arsa sahibinin borçlu temerrüdüne düşmesi

Arsa sahibi sözleşmeden doğan arsa paylarını devir borcunu yerine getirmeyerek bunun sonucunda temerrüde düşebilecektir. Burada özel bir borçlu temerrüdü düzenlemesi mevcut olmadığından bu hususta genel hükümler geçerli olacaktır.

Öncelikle borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için söz konusu borcun mümkün olması diğer bir deyişle imkânsız olmaması gerekmektedir²⁶². Bu şart kanun maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da işin icabı mevcut bir şarttır²⁶³.

TBK m. 117 ile temerrüt için iki şart belirtilmiş olup bunlar borcun muaccel olması ve alacaklının ihtarıdır²⁶⁴. TBK m. 117/2’de ise ihtara gerek olmadan temerrüde düşülebilecek durumlar düzenlenmiştir²⁶⁵. Hükme göre, vadenin belirli ya da belirlenmiş olması halinde alacaklının ihtarı olmaksızın kendiliğinden borçlu arsa sahibi temerrüde düşecektir²⁶⁶.

Arsa sahibinin borçlu temerrüdüne düşebilmesi için bu şartların oluşmasının yanında birtakım hukukî şartların da varlığı gerekmektedir. Öncelikle borçlunun temerrüdü

²⁶⁰ Erman, a.g.e., s. 4; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1073; Gümüş, Borçlar Özel, s. 213.

²⁶¹ Eren, Borçlar Genel, s. 1222.

²⁶² Oğuzman, Öz, Borçlar Genel., s. 458; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 688 vd.

²⁶³ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 468; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 689.

²⁶⁴ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 459; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 689.

²⁶⁵ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 463.

²⁶⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1230.

için, yüklenicinin alacaklı temerrüdüne düşmemiş olması gerekmektedir²⁶⁷. Diğer bir deyişle eğer yüklenici haklı bir sebebi olmaksızın arsa paylarını teslimden kaçınıyorsa arsa sahibi borçlu temerrüdüne düşmeyecektir. Yine arsa sahibinin arsa paylarını devirden kaçınmak için haklı bir sebebi varsa (ödemezlik def'i gibi) arsa sahibi borçlu temerrüdüne düşmeyecektir²⁶⁸.

Tüm şartların gerçekleşmiş olması ile borçlu arsa sahibi yüklenicinin ihtarı ile, ihtara gerek olmayan hallerden biri bulunuyorsa ihtara gerek kalmaksızın, borçlu temerrüdüne düşecektir²⁶⁹. Bunun sonucu olarak da artık yüklenici kural olarak arsa sahibine süre vererek borcun ifa edilmesini isteyebilir ve dilerse ifa gerçekleşmediği takdirde seçimlik haklarını kullanabilir²⁷⁰.

TBK m. 123'e göre kural olarak borçlu arsa sahibinin temerrüde düştüğü durumda yüklenici, borçlu arsa sahibine uygun bir süre vererek borcunu ifa etmesini isteyebilecek ya da uygun süre verilmesini hâkimden isteyebilecektir²⁷¹. TBK m. 124 uyarınca da borçlunun durumundan ya da tutumundan süre verilmesinin ifaya yönelik bir şey değiştirmeyeceği görülüyorsa ya da artık arsa sahibinin temerrüdü ile yüklenici açısından ifanın bir önemi kalmamışsa veyahut sözleşmede kesin vade belirlenmişse artık bu hallerden birinde yüklenicinin, borçlu arsa sahibine ifa için uygun bir süre tayin etmesine gerek olmayacaktır²⁷². Bunlarla beraber, yüklenici her zaman, süreye vermeye de gerek olmaksızın, aynen ifa talebinde bulunabilir.

2.3.1.3. Tescile zorlama davası

Arsa sahibinin arsa paylarını devretme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek temerrüde düşmesi ile alacaklı yüklenici her zaman için, herhangi bir süre tayin etmese dahi, aynen ifayı talep edebilir²⁷³. Bu duruma bağlı olarak da yüklenici sözleşmeye dayalı olarak arsa sahibinden adına arsa paylarının tescilinin yapılmasını

²⁶⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1230.

²⁶⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 1231.

²⁶⁹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 460; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 693.

²⁷⁰ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 485; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 701 vd.

²⁷¹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 506; Eren, Borçlar Genel, s. 1245

²⁷² Eren, Borçlar Genel, s. 1245; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 699.

²⁷³ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 505; Aydın Eskiyan, a.g.t., s. 39.

isteyebilecektir²⁷⁴. Tescil için TMK m. 1013 uyarınca malik olan arsa sahibinin yazılı talebi gerekmektedir. Arsa sahibinin buna uymayarak ifadan kaçınması halinde ise yükleniciye getirilmiş bir imkân söz konusudur. TMK m. 716'da düzenlenmiş bu duruma göre malikten mülkiyet hakkının kendi adına tescil edilmesi hakkında hukuki sebebi olan kişiler bu hakkını aksi bir durumda mahkemeden de talep edebilecektir. Yüklenici böylece hükme göre hak ettiği payların kendisine devredilmesi adına tescile zorlama davası açabilecektir. Bu davaya dayanak teşkil edecek olan ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olacaktır²⁷⁵.

İşbu davayı yüklenici açabileceği gibi yüklenicinin bu talep hakkını devretmiş olduğu üçüncü kişiler de bu davayı açabilecektir²⁷⁶. Nitekim Yargıtay da tescile zorlama davasını yüklenicinin ya da yüklenicinin haklarını devretmiş olduğu üçüncü kişi tarafından açılacağı görüşündedir²⁷⁷. Dava sonucunda mahkemenin vereceği karar nitelik itibarıyla yenilik doğurucu bir karardır. Buna bağlı olarak da mahkemenin yüklenici lehine karar vermesi ile arsa paylarını mülkiyeti tescilden önce yükleniciye geçer²⁷⁸.

Tescile zorlama davasının hangi yer mahkemesinde açılacağı hususunda genel yetki kuralları geçerli olup kural olarak yetkili yer taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmaktadır²⁷⁹.

Tescile zorlama davasında görevli mahkeme ise kural olarak Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Ancak tarafların TTK uyarınca tacir olması durumunda TTK m. 5 hükmü uyarınca Asliye Ticaret Mahkemeleri görevlidir²⁸⁰.

Tescile zorlama davasının sözleşmeden doğan bir alacak olması ile TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir²⁸¹.

²⁷⁴ Hüseyin Tokat, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılacağı Çeşitli İhtimaller", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 24, S. 1, (2016), s. 202.

²⁷⁵ Ayan, Mülkiyet, s. 174; Tokat, a.g.m., s. 203.

²⁷⁶ Ayan, Mülkiyet, s. 176; Aydın Eskiyan, a.g.t., s. 40.

²⁷⁷ Yükleniciden haklarını devralan üçüncü kişilerin de bu davayı açabileceğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 2008/817, K. 2009/19, T. 21.01.2009, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

²⁷⁸ Tokat, a.g.m., s. 203.

²⁷⁹ Ayan, Mülkiyet, s. 176.

²⁸⁰ Ayan, Mülkiyet, s. 176.

²⁸¹ Ayan, Mülkiyet, s. 176-177.

3. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Sözleşmede yüklenicinin esas borcu, kendisine devredilecek arsa payları karşılığında söz konusu arsaya inşaat yapmak ve bunu teslim etmektir²⁸². Yüklenicinin bu borcunun yanında hem kanundan hem de sözleşmeden kaynaklanan başkaca önemli borçları da vardır²⁸³.

Açıklandığı üzere karma olan bu sözleşmeye uygulanacak hükümler Yargıtay ve genel olarak öğretinin kabulüne göre bu sözleşmeyi meydana getiren sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması ile tespit edilir²⁸⁴.

Çalışmanın bu kısmında yüklenicinin sözleşmeden doğan borçları sırası ile incelenerek hükümleri ve sonuçlar açıklanacaktır²⁸⁵.

3.1. Yüklenicinin İnşaatı Sadakat ve Özen ile Yapması

3.1.1. Genel olarak

Yüklenici sözleşmeden doğan inşaat yapma ve teslim etme borcunu yerine getirirken borcunu sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlüdür²⁸⁶. Bu husus TBK eser sözleşmesi hükümleri içerisinde açıkça düzenlenmiştir (TBK m. 471)²⁸⁷. Bu bakımdan yüklenici sözleşmeden doğan esas borcunu ifa ederken iş sahibi olan arsa sahibinin yararına olan davranışlarda bulunup zararına olabilecek tüm davranışlardan kaçınmalıdır²⁸⁸.

Yüklenicinin bu borcunun esas dayanağı TMK m. 2 dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Yargıtay 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun geçerli olduğu zamanda

²⁸² Erman, a.g.e., s. 2; Yavuz, Acar, Özen, Borç Özel, s. 1068; Eren, Borçlar Özel, s. 605.

²⁸³ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 61; Gümüş, Borçlar Özel, s. 13; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 485.

²⁸⁴ Yavuz, Acar, Özen, Borç Hukuku Dersleri, s. 591; Gümüş, Borçlar Özel, s. 220; Eren, Borçlar Özel, s. 945; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 62; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 27; Oktay, a.g.m., s. 275.

²⁸⁵ Erman, a.g.e., s. 33; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 485; Durak, a.g.e., s. 222; Duman, İnşaat Hukuku, s. 181.

²⁸⁶ Erman, a.g.e., s. 36; Eren, Borçlar Özel, s. 635; Duman, İnşaat Hukuku, s. 189.

²⁸⁷ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 541.

²⁸⁸ Erman, a.g.e., s. 36; Aktaş Çelik, a.g.e., s. 62; Yargıtay'ın yüklenicinin özen ve sadakat borcuna ilişkin kararı bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2014/118, K. 2014/3380, T. 15.05.2014, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

açıkça bir kanuni düzenleme olmamasına rağmen bu borcu ahde vefa ilkesine dayandırmakta ve sözleşmede bir hüküm olmasa dahi yüklenicinin borcunu sadakat ve özen ile yerine getirme zorunda olduğunu belirtmiştir²⁸⁹.

Sadakat ve özen borçları arasında oldukça sıkı bir ilişki vardır²⁹⁰. Bu iki borcun arasındaki bu sıkı ilişkinin de etkisiyle bu iki borcun ayrımında öğretide ve Yargıtay uygulamasında fikir birliği bulunmamaktadır²⁹¹. Bu hususta bazı yazarlar, özen borcunun sadakat borcunun bir sonucu olduğunu ileri sürmektedir²⁹². Diğer yandan bazı yazarlar ise, sadakat borcunun özen borcunun içerisinde olduğu ve buna dayalı olarak yüklenicinin sözleşme ile yüklendiği işi yerine getirirken özenle davranmak zorunda olup bu özenin yansıması olarak da sadakat borcuna uygun davranarak işin düzgün bir şekilde şahsen veya kendi gözetiminde bulunan kişilere yaptırması gerektiğini ileri sürmektedir²⁹³.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise, Yargıtay'ın bir kararında sadakat ve özen borcunun birbiriyle ilişkisi değerlendirilirken özen borcunun sadakat borcunun sonucu olduğunu açıkça ifade etmiştir²⁹⁴. Yargıtay başka bir kararında ise farklı olarak özen ve sadakat borcunu birbirinden ayırmak suretiyle incelemiş ve bu borçları iki ayrı borç olarak yükleniciye yüklemiştir²⁹⁵.

3.1.1.1. Yüklenicinin sadakat borcu

Yüklenicinin sadakat borcunu tanımlayacak olursak içerisinde yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak edimlerini yerine getirmesinin yanında, sözleşme ile ilgili olarak arsa sahibinin her alandaki çıkarlarını koruyarak daima arsa sahibinin yararına

²⁸⁹ Yargıtay'ın 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kanuni düzenleme olmamasına rağmen yüklenicinin özen ve sadakat borcunun bulunduğu ilişkin kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1998/4289, K. 1999/115, T. 25.1.1999, www.lexpera.com [ET. 30.12.2022]; Ali Avcı, "Türk Borçlar Kanunu'nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, c. 0, S. 119 (2015), s. 369; Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 190.

²⁹⁰ Avcı, *Sadakat ve Özen*, s. 370.

²⁹¹ Avcı, *Sadakat ve Özen*, s. 370.

²⁹² Tandoğan, a.g.e., s. 49; Aral-Ayrancı, a.g.e., s. 380.

²⁹³ Eren, *Borçlar Özel*, s. 637.

²⁹⁴ Yargıtay'ın yüklenicinin özen borcunun sadakat borcunun bir sonucu olarak kabul ettiği görüşü hakkında bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1998/4289, K. 1999/115, T. 25.01.1999, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

²⁹⁵ Yargıtay'ın yüklenicinin sadakat ve özen borcunu birbirinden ayırdığı kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2020/1532, K. 2021/2837, T. 17.6.2021, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

hareket etmesi ve aynı zamanda arsa sahibini zarara uğratabilecek her durumdan kaçınması ile sözleşme ile elde etmiş olduğu imkânları kendi çıkarları için kullanmaması yükümlülüklerini kapsar²⁹⁶. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin sadakat borcu hem yapma hem de yapmama borcu olarak kendini gösteren iki yönlü bir borçtur²⁹⁷. Yüklenicinin bu borcu sözleşme süresince devam ettiği gibi sözleşme bittikten ve borçlar ifa edildikten sonra da ve hatta sözleşmenin geçersiz olması halinde dahi sır saklama yükümlülüğü olarak devam eder²⁹⁸.

3.1.1.2. Yüklenicinin özen borcu

Bu borç, yüklenicinin sadakat borcunun somutlaşmış bir şekli olup bütün sözleşmeye hâkim olan bir borçtur²⁹⁹. TBK özen borcunu yükleniciye iş görme edimini yerine getirirken özenli davranması gerekmesi olarak yüklemiştir. Yüklenici inşaatın başlama zamanı dahil inşaatın teslim edilerek sözleşmenin tamamen ifa edilmesine kadar her aşamasında özen ile hareket etmek zorundadır. Bunun yansıması olarak yüklenici inşaata uygun malzemeyi seçerek temin eder; işi kendi veya kendi gözetimi altındakilere yaptırır; planı ve projeyi hukuka uygun olarak yerine getirmek; iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uygun davranmak gibi borçları gündeme gelir³⁰⁰. Yüklenicinin bu borçları özen borcunun bir yansıması olarak kabul edilir. Bu borçlar önemine binaen aşağıda ayrı başlık altında incelenecektir.

Esasen görüldüğü üzere yüklenicinin özen ve sadakat borçları birbiri içerisinde neredeyse geçmiş olup birbirleriyle oldukça ilişkili kavramlar olduğu söylenebilir³⁰¹.

Özen borcu kıstasında TBK m. 471/2’de basiretli yüklenicinin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı düzenlemesi yer almaktadır. İlgili hüküm ile yüklenicinin söz konusu özen borcu objektifleştirilmiş olup öğretilde yüklenicinin bu borcu, “*objektif özen yükümlülüğü*” olarak ifade edilmektedir³⁰². Yargıtay kararlarına göre

²⁹⁶ Duman, İnşaat Hukuku, s. 191; Kırmızı, a.g.e., s. 655; Avcı, Sadakat ve Özen, s. 370.

²⁹⁷ Emre Gökyayla, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, S. 1 (2002), s. 787.

²⁹⁸ Gökyayla, a.g.m., s. 787.

²⁹⁹ Avcı, Sadakat ve Özen, s. 374; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 499; Erman, a.g.e., s. 36.

³⁰⁰ Duman, İnşaat Hukuku, s. 192; Eren, Borçlar Genel, s. 635.

³⁰¹ Gökyayla, a.g.m., s. 787.

³⁰² Eren, Borçlar Genel, s. 635.

yüklenici, “*sorumlu bir meslek adamı*” olarak davranmak zorunda olup işçi ve işveren ilişkisinden daha ağır bir özen borcu ile yükümlü olmaktadır³⁰³. Yüklenici yeterli uzmanlığı bulunmadığı ve bu durumun arsa sahibi tarafından bilindiği durumda dahi yüklenici sorumlu olmaktan kurtulamayacaktır³⁰⁴.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğu belirlenirken, kanunun lafzı gereği aynı zamanda “*bilinen teknik kurallara uyması*” esas alınır³⁰⁵. Bu bakımdan ilgili meslek odalarının yayınladıkları kurallar, yayımlandıkları zaman için “*bilinen teknik kurallar*” olarak kabul edilirler³⁰⁶.

3.1.2. Gerekli araç, gereç ve malzemeyi sağlama borcu

Sözleşme ile inşaatı yaparak teslim etme borcu altına giren yükleniciye getirilmiş borçlardan biri de gerekli araç, gereç ve malzemeyi temin etme borcudur³⁰⁷.

Burada öncelikle araç ve gereçten anlaşılması gereken inşaatın yapımında gerekli olan her türlü araç, makine, elektronik cihaz, elektronik alettir³⁰⁸. Bu hususta TBK m. 471/4’te, taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde, araç ve gereç temini hususu yüklenicinin üzerinde bırakılmıştır. Buna göre yüklenici kural olarak inşaatın yapılması için gerekli olan tüm gereken araç, makine, gereçleri tüm masrafları ile karşılamak zorundadır³⁰⁹. Bu hususta Yargıtay uygulamasında da araç ve malzeme temini hususunda taraflar arasında açık bir anlaşma yoksa araç ve gereç kapsamına giren unsurların temininin yüklenici tarafından yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir³¹⁰. Söz konusu karara göre aksi yöndeki iddiayı arsa sahibinin kanıtlaması gerekmektedir.

³⁰³ Yargıtay’ın yüklenicinin özen borcunun kapsamı hakkındaki kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2008/489, K. 2009/394, T. 27-01.2009, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023]; Duman, İnşaat Hukuku, s. 191.

³⁰⁴ Duman, İnşaat Hukuku, s. 194.

³⁰⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s. 198; Eren, Borçlar Özel, s. 635-636.

³⁰⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 637; Duman, İnşaat Hukuku, s. 198.

³⁰⁷ Erman, a.g.e., s. 41; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 513.; Eren, Borçlar Özel, s. 628; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1015.

³⁰⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 628.

³⁰⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s. 253.

³¹⁰ Yargıtay’ın inşaatla kullanılacak malzemeyi kural olarak yüklenicinin temin etmesi gerektiğine ilişkin kararı için bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2020/2449, K. 2020/6380, T. 20.20.2022, www.lexpera.com [ET. 02.01.2023].

Burada önemli hususlardan biri de yüklenicinin sorumluluğunun kapsamı dikkate alındığında, araç ve gereç teminindeki kıstasın *inşaatın yapımında gerekli olan araç ve malzemeler olmasıdır*³¹¹. Diğer bir deyişle inşaatın yapımı için zorunlu olmayan bir araç ve gereç temini ve inşaatıta kullanılması yükleniciden istendiği halde, yüklenicinin bunu yerine getirmemekten doğan bir sorumluluğu doğmayacaktır.

İnşaatın yapımında gerekli olan diğer bir unsur da inşaatın yapımında kullanılan malzemelerdir. Bundan anlaşılması gereken inşaat için kullanılacak tuğla, çimento, demir, çivi, tahta, beton, kum gibi gerek inşaatın yapımında gerekse de bağımsız bölümlerin meydana getirilmesi için mutlaka kullanılması gereken maddi şeylerdir³¹². İnşaatın yapımı için gerekli malzemelerin temini konusu ise TBK m. 472’de düzenlenmiştir. İlgili maddede malzemelerin arsa sahibi mi yüklenici tarafından mı temin ediliyor olmasına göre ayırım yapılarak bu durumların olağan sonuçları değerlendirilmiştir.

TBK m. 472/1’de malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği durumlarda, malzemedeki ayıp olması halinde yüklenicinin bu ayıptan satıcı gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu şekilde malzemelerin yüklenici tarafından temin edildiği halde yükleniciye ayrı bir özen borcu getirilmiştir. İnşaatın yapımında kullanılan malzeme kalitesi taraflarca belirlenmediyse, malzeme teminini yüklenen yüklenici malzemeyi seçerken TBK m. 86 hükmünde belirlenen “*ortalama nitelik*” kıstasını esas alacak olup Yargıtay’ın uygulaması da bu şekildedir³¹³. Buna göre, yüklenici ortalama niteliğin altında malzeme kullandığı takdirde arsa sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacaktır³¹⁴.

Öğretide genel olarak yer bulan görüşe göre, yüklenicinin kalitesiz malzemeyle inşaatıta ayıba sebebiyet vermesi halinde kanunun lafzı uyarınca TBK m. 219 hükümlerine göre sorumlu olacaktır³¹⁵. Diğer bir görüş olarak yer bulan *Erman*’ın

³¹¹ Duman, İnşaat Hukuku, s. 253.

³¹² Erman, a.g.e., s. 38; Eren, Borçlar Özel, s. 629.

³¹³ Yüklenicinin malzeme temini borcundaki esas alınacak ortalama nitelik kıstasına ilişkin kararı hakkında bk. Yargıtay 23. HD, E. 2013/1809, K. 2013/2672, T. 25.4.2013, www.legalbank.net [ET. 15.12.2022].

³¹⁴ Yüklenicinin ortalama niteliğin altında malzeme kullanması halindeki sorumluluğu satıcının sorumluluğu gibi olduğuna ilişkin kararı hakkında bkz. Yargıtay 17. HD, E. 2016/11567, K. 2019/7145, T. 10.06.2019, www.legalbank.net [ET. 18.11.2022].

³¹⁵ Sütçü, a.g.e., s. 580.

görüşüne göre ise, satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerinin tamamının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanmasının sözleşmenin bünyesine her zaman uygun düşmeyeceği, zira özellikle satış sözleşmelerinde meydana gelen küçük ayıplarda dahi sözleşmeden dönme imkanının mevcut olduğu, oysaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde “dönme” kurumunun istisna olduğu ileri sürülmektedir³¹⁶. Görüşe göre, bu sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olmasıyla borcun ifasının zamana yayılması ile küçük ayıplarda dahi dönme kurumuna başvurulması halinde büyük hak kayıpları doğuracağı ve yine bu haldeki ayıp durumunda geçerli olan zamanaşımı sürelerinin satış sözleşmesi hükümlerinde daha kısa süreli olması ile arsa sahibi aleyhine de durum oluşturacağından ilk görüşü desteklememektedir³¹⁷.

İnşaatın yapımı için gerekli olan malzemeyi arsa sahibinin temin etmesi hali ise TBK m. 472’nin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. İlgili hüküm malzemeyi arsa sahibinin sağlaması halinde, yükleniciye özenle kullanım ve hesap verme borcu yükleyerek aynı zamanda malzeme ayıplı olduğu takdirde durumu arsa sahibine bildirim yapma zorunluluğu ile yükleniciye birtakım sorumluluklar getirmiştir³¹⁸. Yüklenici arsa sahibinin temin ettiği malzemeleri özenle kullanmalı, muhafaza etmeli, gerekli bilgilendirmeleri yaparak artan malzeme olduğu takdirde iade etmelidir³¹⁹.

Bunun yanında yüklenici, arsa sahibinin temin ettiği malzemelerin farklı bir anlaşma olmadığı takdirde ortalama kalitede olup olmadığını veya ayıplı olup olmadığını kontrol etmek ve inşaatın yapımını ve teslimini engelleyen bir hal bir ayıp bulunması halinde bu durumu arsa sahibine bildirmekle yükümlüdür³²⁰. Aksi halde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen yüklenici buradaki esas sorumluluğun esasen malzemeyi temin eden arsa sahibinde olmasına karşın yine de doğacak sonuçlara kendisi katlanacaktır³²¹. Yargıtay buradaki inceleme ve bildirim yükümlülüklerinin yükleniciye verilerek sorumluluğunun arttırılmasının nedenini yüklenicinin tacir

³¹⁶ Erman, a.g.e., s. 41-42.

³¹⁷ Erman,a.g.e., s. 43.

³¹⁸ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1015-1016; Eren, Borçlar Özel, s. 630.

³¹⁹ Eren, Borçlar Özel, s. 630.

³²⁰ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e, s. 516.

³²¹ Eren, Borçlar Genel, s. 631.

sıfatını haiz ve inşaat konusunda uzman kişi vasfında olmasından kaynaklandığına hükmetmiştir³²². Yüklenicinin inceleme ve bildirme yükümlülükleri, inşaatın yapımında kullanılan araç ve gerecin sözleşme ile arsa sahibinin temin etmesinin kararlaştırıldığı durumlarda geçerli olduğu gibi; aynı maddede sayılan yüklenicinin inşaat yapılacak arsayı arsa sahibinden teslim alırken de geçerlidir³²³.

3.1.3. İnşaatı bizzat kendi ya da kendi yönetimindekilere yaptırma borcu

Yüklenicinin sözleşmeden doğan asli borcunu ifa ederken bu işi bizzat mı yapmak zorundadır yoksa yardımcı kişilerden yararlanabilir mi ya da işi direkt olarak bir alt yükleniciye devredebilir mi sorunu ortaya çıkmaktadır³²⁴.

Bu durumda yükleniciye getirilmiş özen borcundan kaynaklanan kanuni bir borç bulunmaktadır³²⁵. TBK m. 471/3'te düzenlenen bu borca göre, kural olarak yüklenici inşaatı bizzat kendi yapmalı ya da gözetimi altındaki kişilere yaptırmalıdır. Yüklenicinin kişisel özelliklerinin ifa konusunda bir önemi yoksa inşaatteki işleri üçüncü kişilere de devredebilecektir.

İşbu hükmün ilk cümlesine göre yüklenici meydana getireceği inşaatı kendisi bizzat yapmalı ya da yönetimi altındaki kişilere yani işçi, çırak, kalfa, usta gibi yardımcı kişilerden yararlanarak inşaatı meydana getirmelidir³²⁶.

Hükmün ikinci fıkrasında ise yüklenicinin kişilik özelliklerinin önem taşımadığı hallerde yüklenicinin inşaatı meydana getirirken bu işleri tamamen başkasına da yaptırabileceği öngörülmüştür³²⁷. Keza günümüz koşulları düşünüldüğünde uzmanlık ve üst ekipman gereken inşaat yapım işleri yüklenicinin bizzat veya sadece yardımcı kişiler aracılığıyla yapması mümkün değildir³²⁸. Yüklenicilerin teknolojik gelişmeler

³²² Yüklenicinin basiretli tacir olması sebebiyle arsa sahibi tarafından temin edilen malzeme veya diğer hususlarda ayıp bulunması halinde bunu derhal bildirmesi gerektiği hakkındaki kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2017/907, K. 2017/2889, K. 13.07.2017, www.legalbank.net [ET. 01.12.2022].

³²³ Eren, Borçlar Genel, s. 620.

³²⁴ Ahmet Kılıçoğlu, "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XXXII, S. 1 (1975), s. 187.

³²⁵ Erman, a.g.e., s. 43.

³²⁶ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 63; Duman, İnşaat Hukuku, s. 189.

³²⁷ Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 369; Kılıçoğlu, a.g.m., s. 189.

³²⁸ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 63.

neticesinde kişilik özelliklerinin inşaatın yapımındaki etkisinin azalması da göz önüne alındığında yükleniciler inşaat yapımında uzmanlık gerektiren asansör, elektrik tesisatı, su tesisatı, hafriyat, pencere yapımı gibi birçok işlemi alt yüklenicilere yaptırmaktadır³²⁹.

İfade edildiği üzere uygulamada sıklıkla inşaat yapımındaki birtakım uzmanlık gerektiren işlerin alt yüklenicilere devredilmesine başvurulur³³⁰. Bu bakımdan alt yükleniciliği ifade edecek olursak alt yükleniciler, asıl yüklenici ile işçi-işveren ilişkisine bağlı olmaksızın kendi nam ve hesabına çalışan; arsa sahibi yararına hareket ediyor olsa da arsa sahibinin de emir ve talimatları ile bağlı olmayan uzmanlığın gerektiği bir meslek grubuna sahip kişilerdir³³¹. Yüklenici ile alt yüklenici arasında asıl sözleşmeden ayrı olarak bir “alt yüklenicilik sözleşmesi” akdedilir³³².

Bu alt yüklenicilik sözleşmesi ile alt yüklenici bedel karşılığı işi yapıp teslim etmek konusunda asıl yükleniciye karşı ayrı bir eser sözleşmesi ile borç altına girer³³³. Arsa sahibi ile alt yüklenici arasında anlaşma mevcut olmadığı için taraflar birbirlerinden karşılıklı olarak bir talepte bulunamaz³³⁴. Bu hususta Yargıtay elbette özen ve sadakat borcu tüm inşaatın yapımı ve teslimini karşılayan yüklenicinin, meydana gelecek bir alt yüklenicilik sözleşmesine aykırılık karşısında, arsa sahibine karşı sorumlu olacağına hükmetmiştir³³⁵. İfade edilen durum öğretideki yaygın görüş olsa da bu hususta alt yüklenicilik sözleşmesinin arsa sahibinin yararına yapılan bir sözleşme olduğunu ve buna göre hüküm doğuracağını ileri süren yazarlar da vardır³³⁶.

³²⁹ Kırmızı, a.g.e., s. 639-640.

³³⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 621; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e, s. 511.

³³¹ Aral, Ayrancı, a.g.e., 373; Halil Akkanat, *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), s. 6.

³³² Eren, Borçlar Özel, s. 622; Erman, a.g.e., 45.

³³³ Ceyda Tutkun, *İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 50.

³³⁴ Tutkun, a.g.e., s. 183.

³³⁵ Yüklenicinin taşeronların haksız eylemleri dolayısıyla arsa sahibine karşı sorumlu olacağına ilişkin kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2017/1921, K. 2018/1730, T. 25.4.2018, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

³³⁶ Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 373.

3.1.4. İnşaata zamanında başlama ve bitirme borcu

Yüklenicinin bir borcu da inşaata zamanında başlama ve inşaatı zamanında bitirme borcudur. TBK m. 473/1'ye göre yüklenici işe vaktinde başlamaz ya da sözleşmeye aykırı işi geciktirirse veyahut yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceği anlaşılırsa arsa sahibi dönme hakkını kullanabilecektir³³⁷. Yüklenicinin işbu borcunun temelinde yüklenicinin özen borcu yer almaktadır³³⁸.

Bu hususta yüklenicinin inşaata zamanında başlama borcunu incelersek taraflar inşaata başlama zamanını elbette sözleşmede düzenleyebilirler³³⁹. Bu belirlenen zamanda yüklenici inşaata başlamadığı takdirde arsa sahibi sözleşmenin bitiş zamanını beklemeye gerek kalmadan sözleşmeden dönebilir³⁴⁰. Tarafların sözleşmede yüklenicinin inşaata başlayacağı zamanı belirlemediği halde ise, TBK genel hükümlere bakılır. Bu halde TBK m. 90 uyarınca kural olarak her borcun doğumu ile muaccel hale geleceği hükmü uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir deyişle sözleşmede yüklenicinin inşaata başlaması için bir zaman öngörülmediğinde yüklenici inşaata derhal başlamakla yükümlü olacaktır³⁴¹. Burada yüklenicinin hemen işe başlaması hususunu elbette somut durumun şartlarına göre anlamak gerekir³⁴². Yüklenicinin borcunun ifasına başlayabilmesi için tüm gerekli ön şartlar oluşmuşsa bu halde yüklenici hemen inşaata başlamakla yükümlü olacak aksi halde kanun hükmüne göre zamanında işe başlamamış olacağından temerrüde düşürülebilecektir³⁴³.

Kanun hükmünde yükleniciye borç olarak yüklenen aksi halde temerrüde düşürülebileceği ifade edilen başka bir durum ise yüklenicinin “*sözleşme hükümlerine göre işi geciktirmesi*” halidir³⁴⁴. Yüklenici sözleşmeyle yüklendiği edimini ifa için inşaatın yapımına zamanında başlamakla yükümlü olduğu gibi

³³⁷ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1018; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 390.

³³⁸ Özge Yücel, “Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 57, S. 3 (2008), s. 779.

³³⁹ Yücel, a.g.m., s. 781.

³⁴⁰ Duman, İnşaat Hukuku, s. 299.

³⁴¹ Kostakoğlu, a.g.e., s. 286.

³⁴² Duman, İnşaat Hukuku, s. 301.

³⁴³ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 519; Kostakoğlu, a.g.e., s. 286.

³⁴⁴ Duman, İnşaat Hukuku, s. 300.

sözleşmeye göre başladığı işi gereken hızla sürdürmekle yükümlüdür³⁴⁵. Yüklenicinin sözleşmeye aykırı şekilde işe devam etmemesi ya da işi ertelemesi hali yine ilgili hüküm ile erken temerrüt yaptırımına bağlanmıştır³⁴⁶.

Kanunda düzenlenen üçüncü hal ise arsa sahibine atfedilemeyecek bir durum sonucu gecikme sebebiyle yüklenicinin inşaatı zamanında bitirmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa bu halde yine arsa sahibine verilmiş bir erken dönme hakkı mevcuttur³⁴⁷.

Yargıtay ve öğretideki baskın görüşe göre kanun maddesinde sayılan üç halde de “işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesi” halinin şart olarak aranması gerektiği ileri sürülmektedir³⁴⁸. Öğretideki diğer görüş ise, kanun koyucunun hükümde özellikle üç ayrı durumu belirttiğini ve bu sebeple “işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesi” halinin üç durum için de aranmasına gerek olmadığını ileri sürmektedir³⁴⁹.

3.2. Yüklenicinin Teslim Borcu

3.2.1. Genel olarak

Yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan esas borcu yapıyı inşa ederek teslim etmektir³⁵⁰. Yüklenicinin teslim borcu kanunda açıkça belirtilmemekle beraber yüklenicinin sözleşmedeki borcunu gereği gibi ifa edebilmesi için mutlaka teslim borcu yerine getirilmek zorundadır³⁵¹. Yüklenicinin bu borcu diğer kanun maddeleri ile de desteklenerek yükleniciye asli bir borç olarak getirilmiş durumdadır. Yüklenicinin teslim borcunu yerine getirebilmesi için elbette öncelikle ilk asli edimi olan inşaatı yapma borcunu yerine getirmesi gerekir. Yüklenicinin inşaatı yapma borcunu yerine getirdiğinin kabulü için ise sözleşme ile üstlendiği tüm işleri ifa

³⁴⁵ Yücel, a.g.m., 782.

³⁴⁶ Yücel, a.g.m., 782.

³⁴⁷ Duman, İnşaat Hukuku, s. 300.

³⁴⁸ Kostakoğlu, a.g.e., s. 285 vd.; Yargıtay’ın TBK 473’ün uygulanabilmesi için aradığı şartlar hususundaki kararı için bkz. Yargıtay 6. HD. E. 2021/494, K. 2021/1469, T. 15.11.2021, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

³⁴⁹ Yücel, a.g.m., s. 783.

³⁵⁰ Gümüş, Borçlar Özel, s. 213; Gökyayla, Ek İş, s. 9; Kostakoğlu, a.g.e, s. 631, Zevkliler, Göyayla, a.g.e, s. 467; Aral, Ayrancı, a.g.e., 393.

³⁵¹ Eren, Borçlar Genel, s. 632; Aydoğdu, Kahveci, a.g.e., s. 660.

ederek inşaatı teslim hazırlan hale getirmesi gerekmektedir³⁵². Henüz tamamlanmamış ya da kısmi olarak tamamlanmış inşaat yüklenici tarafından teslim edilemez³⁵³. Bu durumdan elbette arsa sahibinin de inşaatı teslim almaktan kaçınma hakkı mevcuttur³⁵⁴.

Hukukî bir fiil olan teslim borcunun ifasından ne anlaşılması gerektiği kanunda düzenlenmemiş olup öğretide teslim borcunun tanımını hususunda farklı yorumlar mevcuttur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslim borcundan anlaşılması gereken *Erman'a* göre, inşaatın bitirilerek bağımsız bölümlerin tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesidir³⁵⁵.

Eren ise, yüklenicinin teslim borcundan anlaşılması gerekeni “sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp meydana getirilmiş bir eserin ifa amacıyla yüklenici tarafından iş sahibine maddi bir cisim olarak fiilen sunulup verilmesi, onun doğrudan hakimiyet alanına sokulması” olarak ifade etmiştir³⁵⁶.

Zevkliler ve Gökyayla'ya göre ise teslim, yine inşaatın yüklenici tarafından tamamlanarak ifa amacıyla arsa sahibinin alanına bırakılmasıdır³⁵⁷.

İzah edildiği üzere yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmiş olması için sözleşmeye ve kanuna uygun olarak yapımını tamamladığı inşaatın fiili hakimiyetini teslim borcunun ifası amacıyla arsa sahibine devretmesi gerekir³⁵⁸. İnşaatın tesliminin hukuken gerçekleşmesi için yüklenicinin sözleşme ile yüklendiği işleri tamamlamış olması gerekmektedir³⁵⁹. Burada inşaatın tamamlanması hususu da tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda arsa sahibinin bağımsız bölümlere *doğrudan*

³⁵² Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 485; Yavuz, Acar, Özen, a.g.e., s. 991.

³⁵³ Eren, Borçlar Genel, s. 621; Burak Doğan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları” (Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, 2019), s. 29.

³⁵⁴ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 486.

³⁵⁵ Erman, a.g.e., s. 34.

³⁵⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 621.

³⁵⁷ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 486; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1020; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 393.

³⁵⁸ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 67.

³⁵⁹ Ayhan Uçar, “Teslim Kavramı Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. V, S. 1-4 (2001), s. 529.

olarak erişiminin mevcut olması zilyetliğinin kendisine bırakılıyor olması da gerekmektedir³⁶⁰.

Diğer bir halde, eğer yüklenici sözleşmesel ve kanuni tüm sorumluluklarını yerine getirerek inşaatı teslim etme borcunu yerine getirmek istiyor ancak arsa sahibi haklı bir neden olmaksızın teslim almaktan kaçınıyorsa, burada gündeme TBK m. 107 alacaklının temerrüdü gündeme gelecektir³⁶¹. Bu durumda TBK m. 106 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Alacaklı arsa sahibinin temerrüdü halinde, öğretide bu borç için tevdi imkanının söz konusu olmadığı, bu sebeple TBK m. 110 uyarınca yüklenicinin sözleşmeden dönebileceği ileri sürülmektedir. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, arsa sahibinin teslimden kaçınması halinde somut olaya göre ilgili bağımsız bölümlerin anahtarlarının tevdi edilmesi ile sorumluluktan kurtulunabilecektir³⁶².

Yüklenicinin sözleşmesel olarak sorumluluktan kurtulabilmesi için mutlaka teslim borcunu yerine getirmesi gerekmektedir. Teslim borcunun yerine getirildiğinin ispatı yükleniciye aittir³⁶³. Teslim borcunun yerine getirilmesi her türlü delille ispat edilebilecektir³⁶⁴. Ancak sözleşme ile teslimin gerçekleşmesi iskân ruhsatının alınmasına bağlandıysa ya da dolaylı olarak anahtar teslim usulü öngörüldüyse Yargıtay teslimin ispatı için iskân ruhsatının sunulması hususunu aramaktadır³⁶⁵.

Yüklenicinin teslim borcu konusunda bir diğer incelenmesi gereken durum ise teslim borcunun nerede yerine getirileceği yani ifa yeri hususudur. Teslim yeri de taraflarca sözleşme ile serbestçe açık veya örtülü olarak belirlenebilir³⁶⁶. Böyle bir belirleme olmadığı takdirde tamamlayıcı hükümlerden yararlanılır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu bir taşınmazın yani bağımsız bölümlerin teslimini içerdiği için

³⁶⁰ Uçar, a.g.m., s. 532.

³⁶¹ Ayan, Temerrüt, s. 49.

³⁶² Sütçü, a.g.e., s. 47; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 361; Serozan, Dönme, s. 323.

³⁶³ Aktaş Çelik, a.g.e., s. 68.

³⁶⁴ Sütçü, a.g.e., s. 704; Erman, a.g.e., s. 34; Kurşat, a.g.e., s. 174.

³⁶⁵ Teslim olgusunun yüklenici tarafından kanıtlanması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2006/5241, K. 2007/8403, T. 31.12.2007, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

³⁶⁶ Uçar, a.g.m., s. 539.

işin doğası gereği teslim borcunun ifa yeri taşınmazın yani bağımsız bölümlerin bulunduğu yer olmaktadır³⁶⁷.

Yüklenicinin sözleşmeden doğan teslim borcunu yerine getirmesinin birtakım hukukî sonuçları vardır³⁶⁸. Bu sonuçlar, yüklenicinin alacağının muaccel olması, yarar ve hasar arsa sahibine geçmesi, ayıptan doğan sorumluluk ile bundan doğan muayene, ihbar süreleri ve zamanaşımı süreleri başlaması gibi hususlar ayıptan doğan hakların kullanılması teslim borcunun ifasına bağlanmıştır³⁶⁹. Bu sebeple teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği hususu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için oldukça önemlidir. Akdedilen sözleşmede teslimin bazı şartlar altında gerçekleşeceği hususunda taraflar anlaşılabilir. Bu durum en çok iskân ruhsatının alınması hususunda karşımıza çıkmaktadır. Teslim borcunun gerçekleşmesi için iskân ruhsatının alınması gerektiğinin belirtildiği sözleşmelerde, Yargıtay yükleniciye iskân ruhsatının alınması borcunu yerine getirmesi için süre verilmesi gerektiğini, bu koşulun gerektiği durumlarda iskân ruhsatı alınmadan teslim fiilinin hukukî sonuçlarını doğurmayacağını belirtmektedir³⁷⁰. Sözleşmede böyle bir şart yer almadığı takdirde ise yüklenicinin inşaatı sözleşme ile yasalara uygun olarak tamamlamış olması ve teslim sunması ile teslimin geçerli olacak ve hukukî sonuçlarını doğuracaktır³⁷¹.

İfade edildiği üzere Türk Hukuku'nda hukukî teslimin gerçekleşebilmesi için inşaatın sözleşmesel ve kanuni olarak tamamlanmış olması diğer bir deyişle ortak alanlar dahil tüm bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesi gerekmektedir³⁷². Burada eserin yani inşaatın henüz tamamlanmamış olması ile ayıplı olarak tamamlanmış olması hususlarını ayırmak gerekir. Bir inşaat ayıplı olsa da bu durum inşaatın tamamlanmış olmasına ve teslim edilmesine engel olmaz³⁷³. Elbette inşaatı büyük bir ayıbın mevcut olması halinde arsa sahibi eseri kabul etmeyebilir. Ancak teslim ve kabul arasındaki kronolojik sıra dikkate alındığında

³⁶⁷ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 493.

³⁶⁸ Turan Şahin, "Eser Sözleşmesinden Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü" (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2012), s. 55.; Duman, İnşaat Hukuku, s. 474.

³⁶⁹ Şahin, a.g.t., s. 55 vd.

³⁷⁰ Buna ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15 HD, E. 2008/142, K. 2009/1294, T. 9.3.2009, www.legalbank.net [ET. 01.12.2022].

³⁷¹ Kırmızı, a.g.e., s. 653.

³⁷² Ayan, Temerrüt, s. 62.

³⁷³ Tandoğan, a.g.e., s.126; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 400; Uçar, a.g.e., s.53.

kabul daha sonra gerçekleştiği için kabule engel bir ayıbın bulunduğu halde dahi bu durum ayıplı inşaatın teslimine sunulması bakımından önemli değildir³⁷⁴. Teslim ve kabul kavramları oldukça benzer olsa da hukukî nitelikleri bakımından tamamen farklıdır³⁷⁵. Sözleşme sonucu meydana gelen bağımsız bölümlerin sadece teslim alınması özel bir irade gerektirmediği gibi bir kabul anlamına da gelmez³⁷⁶. Oysa ilgili bağımsız bölümlerin kabul edilmesi hali, inşaatın sözleşmeye uygun olarak inşa edildiğini ve herhangi bir görünen ayıbın bulunmadığı anlamına gelir. Burada kabul açık veya örtülü olarak yapılabilir³⁷⁷.

Bununla beraber inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanmadığı halde, arsa sahibi inşaatı fiilen teslim almış olsa bile hukukî anlamda inşaat teslim edilmiş olmaz. Nitekim Yargıtay da kararlarında sözleşmeye uygun bir teslim yok ise hukuken teslimin gerçekleşmemiş olacağına hükmetmektedir³⁷⁸. Aynı zamanda eksik iş bulunması halinde yüklenicinin sözleşmesel borcu ve arsa sahibinin sözleşmesel alacağı devam eder.

Burada yapılması gereken bir diğer ayrım ise eksiklik ve ayıp kavramlarıdır. Eksiklik diğer bir deyişle eksik iş, yüklenicinin sözleşme ile üstlenmiş olduğu ya da iş değişikliği ile yüklendiği ek işlerin hiç ya da bir kısmının yapılmaması ile ortaya çıkar³⁷⁹. Ayıp durumu ise tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları ya da dürüstlük kuralı gereği bulunması gerekli vasıfların bulunmaması anlamına gelmektedir³⁸⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında eksik iş ile ayıplı işin birbirinden farklı kavramlar olduğunu bu bakımdan inşa edilen yapının sözleşmede belirlenen yüz ölçümünden daha az olması halinin ayıplı değil eksik iş olduğunu ve bu sebeple ayıp hükümlerine ilişkin zamanaşımı sürelerine bağlı olmaksızın talep edilebileceğine hükmetmiştir³⁸¹.

³⁷⁴ Turan, a.g.t., s. 70.

³⁷⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s. 466.

³⁷⁶ Turan, a.g.t., s. 71.

³⁷⁷ Duman, İnşaat Hukuku, s. 474.

³⁷⁸ Yargıtay'ın geçerli fiilen teslim ile hukukî teslim ayrımına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2008/1420, K. 2009/1294, T. 09.03.2009, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

³⁷⁹ Kostakoğlu, a.g.e., s. 509-510.

³⁸⁰ Turan, a.g.t., s. 71.

³⁸¹ Bu duruma ilişkin Yargıtay HGK kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 2015/1581, K. 2015/2792, T. 04.12.2015, www.legalbank.net [ET.01.01.2023].

İnşaatta eksik işin bulunması bir ayıplı ifa değil ifanın gereği gibi yapılmadığı anlamına gelmektedir³⁸². İnşaatta “önemli ve açık” bir ayıbın mevcut olması halinde arsa sahibi inşaatı teslim almaktan imtina edebilir. Ancak izah edildiği üzere küçük ayıpların mevcudiyeti teslimin gerçekleşmesine engel olmayacaktır. Oysaki eksik iş durumunda sözleşme borcunu yerine hiç veya kısmen getirmemiş olan yüklenicinin doğrudan temerrüdü değerlendirilebilecektir³⁸³.

Bununla beraber sözleşmede, arsa payı inşaat sözleşmelerinde sıklıkla yer alan “*anahtar teslim*” usulünün belirlenmiş olması halinde ise inşaatın fiziken bitmiş olmasının teslim için yeterli olmayacağını, bu halde inşaatın hukuken bitmesi şartının aranması gerektiğini ifade etmek gerekir. Bu halde yüklenici sözleşmesel borcunu gereği gibi ifa etmek için, iskân ruhsatının alınmasını da kapsayacak şekilde anahtar teslim esasına uygun olarak edimini yerine getirmelidir. Diğer bir deyişle “*anahtar teslim*” ibaresi binaya ilişkin tüm inşaat faaliyetlerinin tamamlanması ve binanın fiziki olarak teslim hazır hale gelmesinin yanında iskân ruhsatının da alınması gerektiğini ifade eder. Bu halde yüklenicinin ifası, iskân ruhsatının alınmasını da kapsayacak şekilde anahtar teslim esasına uygun olarak edimini yerine getirilmelidir³⁸⁴. Yargıtay yerleşik içtihatları ile açıkça anahtar teslim esasının iskân raporunun alınmasını da kapsadığını belirtmektedir³⁸⁵. Dolayısıyla böyle bir halde, ancak yüklenicinin borcunu gereği gibi ifası sonucunda arsa sahibinin borcu muaccel olacaktır.

3.2.2. Yüklenicinin teslim borcunda temerrüdü

3.2.2.1. Yüklenicinin temerrüdünün şartları

Sözleşme gereği borçlu olan yüklenici hukuken imkânsız halde olmayan teslim borcunu, ifa zamanının gelmiş olması ve talep ediliyor olmasına rağmen ifa etmezse

³⁸² Yargıtay’ın bu duruma ilişkin kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2008/2057, K. 2009/1644, T. 23.3.2009, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023]; Yargıtay 15. HD, E. 2008/1942, K. 2008/4021, T. 17.06.2008, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

³⁸³ Duman, İnşaat Hukuku, s. 465 vd.

³⁸⁴ Ayan, Temerrüt, s. 6; Kuşat, a.g.e., s. 188.

³⁸⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s. 472; Anahtar teslim usulünün iskân ruhsatının alınmasını gerektirdiği hususundaki Yargıtay görüşü hakkında bkz. Yargıtay, 23. HD, E. 2012/3569, K. 2012/4993, T. 11.09.2012, www.lexpera.com [ET. 01.01.2012]; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 485.

hukuken temerrüde düşer³⁸⁶. Bu hususta özel bir düzenleme olmadığından yüklenicinin temerrüdünün şartları ve sonuçları bakımından TBK m. 123 ve devamında düzenlenen temerrüde ilişkin genel hükümlere gidilmesi gerekmektedir³⁸⁷. Böylece yüklenicinin temerrüdü konusu incelenirken sırasıyla genel hükümlere göre temerrüdün şartları izah edilecek olup akabinde yüklenicinin temerrüdünün şartları olarak sırasıyla yüklenicinin teslim borcunun ifasının imkânsız olmaması, teslim borcunun muaccel olması ve yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmemesi, temerrüdü engelleyecek bir durumun bulunmaması ve ihtar şartı hususları incelenecektir.

3.2.2.1.1. Genel olarak borçlu temerrüdü

TBK m. 117 ve devamı hükümlerinde borçlu temerrüdünün genel hükümleri düzenlenmiştir. İfanın sözleşmeye uygun olarak zamanında borçlu tarafından yerine getirilmediği takdirde borçlunun temerrüdü söz konusu olacaktır. Temerrüdün gerçekleşmesi için ortada ifa edilebilir bir borç vardır ancak bu borç zamanında ifa edilmemiştir. Zira aksi durumda yani ifa edilebilir bir borcun mevcut olmadığı durumda temerrüt değil ifa imkânsızlığı söz konusu olacaktır³⁸⁸.

Genel hükümlere göre, borçlu temerrüdü için öncelikle borcun muaccel olması gerekmektedir³⁸⁹. Bunun yanında vadesi gelmiş borcun ifa edilebilmesinin hukuken mümkün olması diğer bir deyişle imkânsız olmaması gerekmektedir. Bu şartların yanında borçlunun temerrüde düşmesini engelleyen başkaca bir hal bulunmamalı ve alacaklı tarafından borçluya bu durumun kural olarak ihtar edilerek temerrüde düşürülmesi gerekir³⁹⁰.

³⁸⁶ Erman, a.g.e., s. 61; Mehmet Deniz Yener, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011), s. 7.

³⁸⁷ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 493; Doğan, a.g.t., 98 vd.; Yargıtay HGK, E. 2014/724, K. 2016/168, T. 24.02.2016, www.legalbank.net [ET. 05.01.2023]; Yargıtay'ın anahtar teslim usulü belirlenen sözleşmelere ilişkin kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2019/1960, K. 2019/3281, T. 9.7.2019, www.lexpera.com [ET. 05.01.2023]; Yargıtay 6. HD, E. 2021/987, K. 2021/706, T. 7.10.2021, www.lexpera.com [ET. 10.01.2023]; Kırmızı, a.g.e., s. 652.

³⁸⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 1222; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel., s. 555; Ayan, Borçlar Genel., s. 385.

³⁸⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 688; Ayan, Borçlar Genel, s. 385.

³⁹⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 689; Ayan, Borçlar Genel, s. 386.

Borçlu temerrüdünün genel hükümlere ilişkin açıklamaların ardından bu şartları ve sonuçlarını arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri özelinde inceleyeceğiz.

3.2.2.1.2. Borcu muaccel olması ve teslimde gecikme

Yüklenicinin sözleşmeden doğan asli borçlarının inşaatı yapmak ve teslim etmek olduğunu ifade etmiştik. Yüklenicinin borcunu tam olarak ifa edebilmesi için kanuna ve sözleşmeye uygun olarak tamamlandığı inşaatı mutlaka teslim etmesi gerekir. Teslim borcu niteliği itibarıyla kural olarak ani bir edimdir³⁹¹.

Yüklenicinin temerrüdünden bahsedebilmek için öncelikle mümkün olan borcun muaccel olması gerekmektedir³⁹². Borç muaccel olmadan teslim borcunun yerine getirilmediğinin ileri sürülmesi mümkün değildir.

Borcun muaccel olup olmadığı hususundaki tespit ise elbette ifa zamanının tespiti ile mümkündür. TBK m. 117/2 uyarınca teslim borcunun ne zaman yerine getirileceğini taraflar sözleşme ile serbest olarak belirlenebileceği gibi taraflardan birinin daha sonra belirleyebileceği ve bu zamanların geçmesi ile yüklenicinin temerrüde düşeceğini düzenlemiştir³⁹³.

Yargıtay uygulamasına göre sözleşmede böyle bir vade mevcut olmadığı durumda yapılan inşaatın mahiyeti, emsal işlerdeki süre, farazi taraf iradeleri ve makul bir arsa sahibinin teslim bekleyebileceği ve makul yüklenicinin de teslim edebileceği zaman *vade* olarak değerlendirilebilecektir³⁹⁴. Uygulamada taraflar teslim zamanı ile ilgili olarak ayrıca yüklenici aleyhine bir cezai şart ya da götürü tazminat belirleyebilmektedir³⁹⁵. Bu halde borcunu gereği gibi ya da hiç ifa etmeyen yüklenici

³⁹¹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 10; “Detaylı açıklamalar için yukarıda izah edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani-sürekli karmaşığı özellik göstermesi hakkında” bkz. 1. Bölüm, 4/4.3. kısım.

³⁹² Erman, a.g.e., s. 61; Ayan, a.g.e., s. 385; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 689; Durak, a.g.m., s. 230; Doğan, a.g.t., s. 98.

³⁹³ Leyla Müjde Kurt, “Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011), s. 60; Yener, a.g.e., s. 9-13.

³⁹⁴ Belirsiz vade durumunda vadenin nasıl belirleneceğine ilişkin Yargıtay’ın kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2007/4786, K. 2008/3962, T. 13.06.2008, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023]; Eren, Borçlar Genel, s. 621, Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 482, Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 991.

³⁹⁵ Erol Cansel, Çağlar Özel, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, c. 8 (2013), s. 717.

bu bedeli ödemekle yükümlü olmaktadır³⁹⁶. Bu husus yüklenicinin borcuna sadık kalarak zamanında ifa etmesi konusunda teşvik edilmesi bakımından önemlidir³⁹⁷. Sözleşmede teslim zamanının kararlaştırılmadığı durumda ise sözleşme süresiz bir sözleşme olduğu için yüklenici TBK m. 117 ve TBK m. 124 uyarınca temerrüde düşürülebilecek ve ilgili seçimlik haklar kullanılabilecektir³⁹⁸.

3.2.2.1.3. İmkânsız olmaması

Yüklenicinin temerrüdünün gerçekleşmesi için yüklenicinin borcunun mümkün ve ifa edilebilir olması diğer bir deyişle imkânsız olmaması gerekir. Buradaki imkânsızlık sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlık olup aksi halde sözleşme kurulma anında ifanın imkânsız olması durumunda sözleşme TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüz olacaktır³⁹⁹.

Kanun ve uygulama itibariyle imkânsızlık ve temerrüdün bir arada bulunması mümkün değildir. Buradaki ayırım Yargıtay uygulamasına da birçok defa konu olmuştur. Yargıtay, yüklenicinin temerrüdünden önce kusuru olmaksızın ifanın yasal engeller sebebiyle yapılamamasını diğer bir deyişle olanaksız olması halinde objektif imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağına hükmetmiştir⁴⁰⁰. Bu bakımdan ifa imkânsızlığı, objektif ve sürekli bir imkânsızlık olup sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmiş bir imkânsızlıktır⁴⁰¹. İnşaatın tesliminin tamamen değil de kısmen imkânsız olması durumunda ise, yine bu durum ifanın tamamen imkânsız olması şeklinde değerlendirilir⁴⁰².

³⁹⁶ Numan Tekelioğlu, “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2 (2017), s. 165.

³⁹⁷ Yargıtay’ın cezai şart ve götürü tazminata ilişkin ayırımı hakkındaki kararı için bkz. Yargıtay HGK, E.2013/1140, K.2014/905, T. 12.11.2014, www.lexpera.com [ET. 05.01.2023].

³⁹⁸ Kurt, a.g.t., s. 201; Ayan, Borçlar Genel, s. 399.

³⁹⁹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel., s. 87; Erman, a.g.e., s. 64.

⁴⁰⁰ Sözleşmede imkânsızlık ve temerrüde ilişkin ayırımına ilişkin kararları için bkz. Yargıtay kararı: Yargıtay 15. HD, E. 2010/3631, K. 2010/4848, K. 28.09.2010, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023]; Yargıtay 23. HD, E. 2012/1626, K. 2012/4289, K. 19.06.2012, www.lexpera.com [ET. 03.01.2023].

⁴⁰¹ Kurt, a.g.t., s. 131; Ayan, Borçlar Genel, s. 385; Mustafa Duhan Demir, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi* (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2017), s. 56.

⁴⁰² Kurt, a.g.t., s. 133; Tekinay, Burcuoğlu, Akman, Altop, a.g.e., s. 910 vd.

Yüklenici tarafından borcun yerine getirilmesi imkânsız olduğu takdirde buradaki imkânsızlıkta yüklenicinin kusurunun bulunup bulunmaması haline göre de bir ayırım yapılmaktadır⁴⁰³. Yüklenici imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurlu ise TBK m. 112 uyarınca arsa sahibinin zararlarını gidermekle yükümlüdür⁴⁰⁴. Ancak yüklenici imkânsızlığa kusuru ile neden olmamışsa TBK m. 136 uyarınca borç yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı şekilde imkânsızlaştığı için yüklenici borcundan kurtulur. Ancak TBK m. 483 uyarınca inşaatın beklenmedik olay sebebiyle imkânsız hale gelmesinde arsa sahibinin alacaklı temerrüdü söz konusu değilse yaptığı masrafları arsa sahibinden isteyemeyecek ve malzeme sağlayana, yani çoğunlukla yine yükleniciye, ait olacaktır⁴⁰⁵.

Diğer yandan yüklenici temerrüde düşer ve daha sonra borç imkânsız hale gelirse burada TBK m. 118 gündeme gelecektir. Hükme göre, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etmedikçe arsa sahibinin zararlarını giderecektir. TBK m. 119'a göre ise beklenmedik durumlardan doğan zararlardan sorumlu olmak istemeyen mütemerrit yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesinin çözümü, temerrüde düşmekte hiçbir kusurunun olmadığını veya borcunu gereği gibi zamanında ifa etseydi dahi bu halin inşaaata zarar vereceğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁴⁰⁶.

3.2.2.1.4. Temerrüde düşmeyi engelleyecek bir sebebin bulunmaması

Yüklenicinin temerrüdünün bir şartı da temerrüde düşmesini engellen bir sebebin bulunmamasıdır. Diğer bir deyişle yüklenicini teslim borcunun ifası “*objektif olarak borca aykırılık*” oluşturmalıdır⁴⁰⁷. Aksi halde buradaki gecikme “*haklı gecikme*” olacağından yüklenici temerrüde düşmüş olmayacaktır. Yüklenicinin gecikmesinin hangi durumlarda “*haklı gecikme*” sayılacağı ve temerrüde yol açmayacağı TBK’da düzenlenmemiştir⁴⁰⁸. Ancak TBK m. 473/1 erken dönme hallerinin mefhumu

⁴⁰³ Kurt, a.g.t., s. 255; Eren, Borçlar Genel, s. 1113; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 875.

⁴⁰⁴ Aydın Eskiyan, a.g.t., s. 64.

⁴⁰⁵ Erman, a.g.e., s. 67.

⁴⁰⁶ Erman, a.g.e., s. 67.

⁴⁰⁷ Kurt, a.g.t., s.159; Demir, a.g.e., s. 72

⁴⁰⁸ Kurt, a.g.t., s. 160-161; Tandoğan, a.g.e., s. 131.

muhalfinden arsa sahibine yüklenebilecek bir durumun mevcut olması halinde yüklenicinin temerrüde düşmeyeceği anlaşılmaktadır⁴⁰⁹. Buradan yapılacak çıkarım ile yüklenicinin temerrüde düşebilmesi için arsa sahibinin borcun ifası için hazır olması gerekir⁴¹⁰. Diğer bir deyişle alacaklı olan arsa sahibi borcun ifasını kabulden kaçınırsa ya da gerekli yükümlülüklerini getirmez ve alacaklı temerrüdüne düşerse artık yüklenicinin borçlu temerrüdünden bahsedilmeyecektir⁴¹¹.

Diğer bir haklı durum ise, yükleniciye borcu ifadan kaçınma imkânı veren bir def'i hakkının bulunmasıdır. Bu def'ilerin başlıcaları; ödemezlik def'i, zamanaşımı def'i ve acz def'idir⁴¹². Ödemezlik def'inde, arsa sahibi sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmediği için yüklenici bu durumu ileri sürerek kendi borcunun ifasından borcu muaccel olsa dahi kaçınabilir (TBK m. 97)⁴¹³. Diğer durum olan acz def'isinde ise, arsa sahibi iflas eder veyahut borcunu ödeyemeyecek duruma acz haline düşerse yüklenici arsa sahibinden güvence bedeli isteyebilir (TBK m. 98). Bu şekilde kendisine güvence verilene kadar temerrüde düşmez ve güvence bedeli ödenmezse sözleşmeden dönebilir⁴¹⁴. Diğer bir hal olan zamanaşımı def'inde ise, böyle bir def'i imkânı olan yüklenici açısından bu def'i, borcunu ifadan sürekli olarak kaçınma hakkı sağlar⁴¹⁵. Yüklenicinin izah edilen def'ilerden birine sahip olarak bunlardan birini ileri sürmesi ile yüklenicinin temerrüdünün şartları sağlanmamış olacak ve artık yüklenicinin temerrüde düşmesi söz konusu olamayacaktır.

⁴⁰⁹ Kurşat, a.g.e., s. 158; Kurt, a.g.t., s.159; 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kanun lafzında “iş sahibine yüklenemeyecek” ibaresi değil, “iş sahibinin kusuru olmaksızın vâkı olan tehhür” ibaresi bulunmaktaydı. Bu yönden öğretilde “aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, gecikmede işsahibinin kusurunun aranmadığı isnat edilebilmenin bu anlamda kabul edilebilir olduğu” ileri sürülmekteydi.

⁴¹⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1230; Demir, a.g.e., s. 72 vd.

⁴¹¹ Tuğçe Tekben, “Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 22, S. 3 (2016), s. 2604.

⁴¹² Eren, Borçlar Genel, s. 1231; Kurt, a.g.t., s.175.

⁴¹³ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 337; Demir, a.g.e., s. 77.

⁴¹⁴ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 337.

⁴¹⁵ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 609.

3.2.2.1.5. Arsa sahibinin yükleniciye ihtarda bulunması

3.2.2.1.5.1. Genel olarak

TBK m. 117'ye göre, temerrüt halinin gerçekleşmesi kura olarak, alacaklı arsa sahibinin ihtarda bulunmasına bağlıdır⁴¹⁶.

İhtarın tanımı kanunda yapılmış olmayıp öğretideki görüşlere göre “*ihtar; tek taraflı, varması gereken, karşı tarafın hakimiyetine ulaşması gereken borçludan ediminin ifası talep edilen hukuki işlem benzeri*” bir irade beyanıdır⁴¹⁷. İhtar ile arsa sahibi, yükleniciyi temerrüde düşürebilmek adına, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış bir şekilde kendisine teslimini açık irade beyanı ile yükleniciden talep eder⁴¹⁸.

İhtarın geçerliliği kural olarak şekil şartına tabi olmayıp taraflardan birinin tacir olduğu durumda şekle tabidir⁴¹⁹. Bu şekil şartı TTK m. 18/3'te düzenlenmiş olup hükme göre ihtarın “*noter kanalıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla, elektronik imza ile kayıtlı elektronik posta sistemi*” usullerinden biri ile yapılabileceği belirtilmiştir. İhtar açık veya örtülü yapılabilmektedir. Arsa sahibi tarafından yükleniciye ihtar gönderildiğinde ihtarın gerçekleşebilmesi için ihtar konu olan borç açıkça belirtilmelidir⁴²⁰. Bunun aksine bu ihtar ile yüklenicinin temerrüde düşeceği ve temerrüdün sonuçlarına katlanılacağına ihtar edilmesine gerek olmayıp arsa sahibi yüklenicinin mütemerrit duruma düşmesini istemese dahi ihtar sonrası yüklenici mütemerrit olacaktır⁴²¹. Arsa sahibi gönderdiği ihtar ile yükleniciye süre vermek zorunda değildir ancak eğer ifa için yükleniciye süre tayin ederse yüklenici verilen sürenin bitimi ile temerrüde düşer⁴²². Bununla birlikte yükleniciye ihtar gönderilmesi

⁴¹⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1126; Yargıtay'ın temerrüt ihtarı olmaksızın borçlunun temerrüde düşmeyeceği ve bu sebeple faiz sürelerinin dava ile başlayacağına ilişkin kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/103, K. 2018/2627, T. 21.06.2018, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023]; Yargıtay 15. HD, E. 2012/4203, K. 2013/3556, T. 03.06.2013, www.legalbank.net [ET. 02.01.2023].

⁴¹⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1126; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 460.

⁴¹⁸ Kurt, a.g.t., 202.

⁴¹⁹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 462.

⁴²⁰ Kurt, a.g.t., s. 203.

⁴²¹ Sütçü, a.g.e., s. 984.

⁴²² Kurt, a.g.t., 205.

için borcun muaccel olması bir zorunluluk değildir ancak temerrüt için muacceliyet gerektiğinden ihtar ancak muacceliyet tarihinden itibaren sonuç doğurur⁴²³.

Borçluyu temerrüde düşürmenin şartlarından olan alacaklının ihtar şartı emredici hüküm niteliğinde değildir. Dolayısıyla taraflar ihtarla gerek olmadan da temerrüdün gerçekleşeceği hususunda anlaşabilirler⁴²⁴. Bunun yanında TBK m. 117/2’de ayrıca borçluya ihtar yapılmaksızın borçlunun temerrüde düştüğü durumlar belirtilmiştir. Hükme göre sözleşmede belirli bir vade varsa, vadenin gelmesi yani borcun muaccel olması ile borçlu herhangi bir bildirimle gerek kalmaksızın temerrüde düşer. Buradaki belirli vade, taraflarca belirlenen bir “*takvim günü*”, “*kesin olarak hesaplanabilen tarih*” veya “*belirli bir süre içinde tamamlanması*” şeklinde belirtilerek vadesi net olarak hesaplanabilen vadeler olabilmektedir⁴²⁵. Bu durumda Roma Hukuku ilkelerinden olan “*Dies Interpellat Pro Homine*” yani “*tarih insan yerine ihtar eder*” ilkesi uygulanır ve ihtarla gerek kalmaz⁴²⁶. Yine ilgili hükme göre, belirli vadeyi tayin etme görevi “*taraflardan birine*” bırakılmış olabilir. Bu halde yine belirli vadeyi tayin etme hakkı bulunan tarafın belirli vadeyi karşı tarafa bildirmesi ile artık bildirilen vadede inşaatı teslim etmeyen yüklenici herhangi bir bildirimle gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir⁴²⁷.

Taraflarca belirlenmiş vadenin, belirsiz vade haline gelmesi de mümkündür⁴²⁸. Bu durum karşımıza yaygın olarak arsa sahibinden kaynaklanan bir sebepten dolayı yüklenicinin inşaatı yapma borcunu ifa aşamasının uzamasından kaynaklanır. Örnek verilecek olursa arsa sahibinin sözleşmeye ek olarak ilave birtakım işlerin yapılmasını talep etmesi ile artık sözleşmenin kendiliğinden ilave işin kapsamına göre uzayacağını ve artık bu halde buradaki vadenin TBK anlamında özelliğini yitirmiş olacağından yüklenicinin temerrüde düşürülmesi için arsa sahibinin ihtar gerekmektedir⁴²⁹.

⁴²³ Sütçü, a.g.e., s. 984.

⁴²⁴ Aydın Eskiyan, a.g.t., s. 68.

⁴²⁵ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 300.

⁴²⁶ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 463.

⁴²⁷ Pierre Tercier, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), s. 333.

⁴²⁸ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 312.

⁴²⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1229-1230; Kırmızı, a.g.e., s. 485.

3.2.2.1.5.2. İhtarın gerekmediği durumlar

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtar gerek olduğu hallerde, ihtar da bulunulmanın fayda sağlamayacağı ya da TMK m. 2 gereği ihtar yapılmasına gerek olmadığı durumlarda ihtar gerek olmaksızın -diğer şartların mevcudiyetinde- temerrüde düşer⁴³⁰. Örnek vermek gerekirse yüklenicinin inşaatı teslim etmeyeceğini arsa sahibine bildirdiği ya da yüklenicinin inşaatı tamamladığı işler tamamlayacağı işlere oranla çok düşük ise artık burada ihtar gerek kalmaksızın yüklenicinin temerrüde düştüğünü söylemek gerekir.

TBK m. 124'te düzenlenen temerrüt halinde yükleniciye süre verilmesine gerek olmayan durumların aynı zamanda “*ihtara gerek olmayan haller*” için de kıyasen uygulanacağı ileri sürülmektedir⁴³¹. Hükme göre yükleniciye süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşılması, ifanın artık arsa sahibi için faydasız kalması ve sözleşme ile gecikme halinde ifanın kabul edilemeyeceği kararlaştırıldıysa artık yükleniciye süre vermeye gerek olmadığı gibi genel kabul edilen görüşe göre bu hallerde yükleniciye ihtar göndermeden de yüklenici temerrüde düşmüş kabul edilecektir. Gerçekten ilgili kanun hükmünün dürüstlük kuralından kaynaklanan ihtar gerek olmayan durumlara uygun olduğu ve kıyasen kabul edilebileceği görülmektedir⁴³².

3.2.2.2. Yüklenicinin temerrüdünün sonuçları

Yüklenici inşaatı teslim borcu olan asli edimini vadesinde teslim etmediği takdirde, arsa sahibinin ihtarının gerektiği bir durum mevcut ise bu ihtarla, ihtar gerek olmayan bir durum var ise, vade ile kendiliğinden temerrüde düşer⁴³³. Yüklenicinin temerrüde düşmesi, yerine getirmediği teslim borcunu ortadan kaldırmaz⁴³⁴. Diğer bir deyişle borçlu temerrüdü gerçekleştirmiş olsa da gerek mütemerrit yüklenici inşaatı

⁴³⁰ Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s. 252 vd.

⁴³¹ Erman, a.g.e., s. 75-76.

⁴³² Yargıtay'ın TBK m. 123 ve m. 124'ü uyguladığı karar için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2016/9461 K. 2020/806 T. 10.2.2020, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁴³³ Erman, a.g.e., s. 61; İsmail Atamulu, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), s. 55.

⁴³⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1055.

gereği gibi tamamlayarak teslim etme borcu altındadır gerekse de arsa sahibi yükleniciden bu borcunu ifa etmesini talep hakkına sahiptir⁴³⁵.

Yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesinde, kusuru aranmaz⁴³⁶. Yani yüklenici kusursuz olsa dahi şartları gerçekleştiği takdirde temerrüde düşecektir. Burada yüklenicinin kusurunun bulunması arsa sahibine aynen ifa talebinin yanında diğer başkaca taleplerde bulunabilme hakkı vermektedir⁴³⁷.

Yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi ile kanuni birtakım şartların da gerçekleşmesi ile arsa sahibi seçimlik haklarını kullanabilecektir⁴³⁸.

3.2.2.2.1. Arsa sahibinin seçimlik hakları

Borçlunun temerrüdü sonucunda alacaklı tarafa tanınmış seçimlik haklar TBK m. 125'te düzenlenmiştir. Aşağıda alacaklı arsa sahibine tanınmış olan bu seçimlik haklar şartları ile incelenecektir.

3.2.2.2.1.1. Arsa sahibinin aynen ifa talebi

Yukarıda ifade edildiği üzere, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi yüklenicinin borcunu aynen ifa etme yükümlülüğünde herhangi bir değişiklik yapmaz⁴³⁹. Yüklenicinin temerrüdünün akabinde arsa sahibi yükleniciden inşaatı teslim etmesini “*aynen ifa*” talep hakkı doğrultusunda istemeye devam edebilir⁴⁴⁰. Ancak bunun fiili olarak sonuç doğurması söz konusu olmuyor ise diğer bir deyişle arsa sahibi mütemerrit yükleniciyi uyarmak dışında bir sonuç alamıyorsa bu pratikte büyük bir sorun teşkil edecektir⁴⁴¹.

Burada yüklenicinin borcu, bir *verme borcu* değil *yapma borcu* olduğundan ve burada verme borçlarındaki cebri icra kurumu geçerli olmadığından genel

⁴³⁵ Gümüş, Borçlar Özel, s. 66 vd.

⁴³⁶ Erman, a.g.e., s. 71; Eren, Borçlar Genel, s. 1232.

⁴³⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1235.

⁴³⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 1250.

⁴³⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1235.

⁴⁴⁰ Kurt, a.g.t., s. 232.

⁴⁴¹ Özyürek, a.g.m., s. 88.

hükümlerde getirilmiş özel bir imkân vardır⁴⁴². TBK m. 113 “*nama ifa*” kurumuna göre yapma borçlarında, borcu ifa edilmeyen alacaklı masrafı borçluya ait olacak şekilde söz konusu edimin kendisi ya da başkası tarafından yerine getirilmesini talep edebilmektedir. Yüklenicinin yapma edimi bakımından uygulanabilecek olan bu hüküm doğrultusunda arsa sahibi aynen ifayı talep etmeye işlevsel bir şekilde devam edebilecektir. Yargıtay da temerrüde düşen yüklenicinin aynen ifayı yerine getirme olasılığı zayıf ise aynen ifanın değil, nama ifa yolunu seçebileceğine hükmetmiştir⁴⁴³. Bu şekilde yüklenici inşaatı yapma ve teslim etme borcunun ifasından kaçındığı takdirde arsa sahibi TBK m. 113 uyarınca mahkemeden izin isteyerek sözleşme konusu işin kendisi veya başka biri tarafından tamamlanmasını talep edebilecektir⁴⁴⁴. Yargıtay bu husustaki kararlarında, yapma borcunun ifa edilmediği hallerde arsa sahibinin masrafı yükleniciye ait olmak üzere ona ya da üçüncü bir kişiye yaptırabileceğine ilişkin mahkemeden özel nitelikli karar alınarak ilgili masrafların da kararda tek tek gösterilmesini gerektiğini aramaktadır⁴⁴⁵.

Kanun hükmünde ifade edildiği üzere buradaki ifa yüklenici tarafından da tamamlansa başka bir kimse tarafından nama ifa kurumu ile de tamamlansa yüklenici masrafları ödemekle yükümlü olacaktır⁴⁴⁶. Yargıtay uygulamasına göre nama ifa kapsamında yapılan masrafların sözleşme ile yükleniciye kalacak arsa payları için arsa sahibine “*satış yetkisi*” verilmek suretiyle karşılanması mümkündür⁴⁴⁷.

Yüklenicinin temerrüdü sonucunda arsa sahibinin aynen ifa isteyebilmesi için borçlu olan yüklenicinin kusurlu olması gerekmez. Ancak aynen ifa yanında gecikme

⁴⁴² Özyürek, a.g.m., s. 88.

⁴⁴³ Yargıtay HGK, E. 2019/303, K. 2022/180, T. 22.2.2022, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023]

⁴⁴⁴ Arzu Genç Arıdemir, “Borcun İfa Edilmemesi Kavramı, Yaptırımı”, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014) s. 383.

⁴⁴⁵ Yüklenicinin yapma borcunu yerine getirmede olduğu takdirde arsa sahibinin nama ifa hükümlerine başvurabileceği hususundaki Yargıtay kararı hakkında bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2015/8744, K. 2018/4014, T. 05.07.2018, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023]; Bununla birlikte eser sözleşmesi hükümleri ile getirilmiş özel bir nama ifa düzenlemesi de mevcuttur. TBK m. 473/2’de düzenlenen bu hükme göre, eser meydana getirilme sırasında, yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı yahut sözleşmeye aykırı meydana getirdiği görülüyorsa, iş sahibi bu durumun düzeltilmesini isteyebilir ve bunun giderilmemesi halinde hasarı ve masrafı yükleniciye ait olmak üzere işin onarım ya da devamını üçüncü kişiye verebilecektir.

⁴⁴⁶ Nama ifanın icrası hakkında bkz. İcra İflas Kanunu m. 30, www.mevzuat.gov.tr [ET. 01.01.2023].

⁴⁴⁷ Sütçü, a.g.e., s. 937-938.

tazminatı talep edebilmek için yüklenicinin kusuru ile temerrüde düşmüş olması gerekmektedir⁴⁴⁸.

3.2.2.2.1.2. Aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkı

Kural olarak mütemerrit yüklenici, kusursuzluğunu ispatlamadıkça, gecikme sebebiyle arsa sahibinin meydana gelen zararlarını gidermek zorundadır (TBK m. 118). İlgili hükme göre, temerrüde kusuru ile düşen yüklenici, arsa sahibinin temerrütten doğan zararlarını karşılamakla yükümlüdür⁴⁴⁹. Gecikme tazminatı olarak isimlendirilen bu zarar kalemi alacaklı olan arsa sahibinin temerrütten sonra aynen ifa ile giderilemeyen zararlarının karşılanması içindir⁴⁵⁰.

Yüklenicinin temerrüdü ile, aynen ifa ile gecikme tazminatı isteyecek olan arsa sahibi yükleniciye süre tayin etmek zorunda değildir⁴⁵¹. Arsa sahibinin burada aynen ifa talebi esasen muaccel alacağın olağan hükmüdür⁴⁵². Aynı zamanda temerrüde düşen borçlu yüklenicinin, bu duruma kusuru ile sebebiyet verdiği karine olarak kabul edilir. Bu duruma kusuru ile sebebiyet vermediğini iddia eden yüklenicinin gecikme tazminatı sorumluluğundan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmektedir⁴⁵³.

Aynen ifa ile gecikme tazminatı talep edilebilmesi için yüklenicinin söz konusu teslim borcunun ifasındaki gecikmede kusurlu olması, arsa sahibinin gecikme sebebiyle zarar oluşması ve temerrüt ile zararın arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁴⁵⁴. Gecikme tazminatının konusunu, yüklenicinin temerrüdünün gerçekleştiği zaman ile aynen ifanın gerçekleştiği zaman arasındaki fiili zarar ile yoksun kalınan kâr -kira tazminatı- dikkate alınarak hesaplanır⁴⁵⁵. Buradaki gecikme tazminatı, olumlu yani müspet zararların tazminidir. Zira sözleşme ayakta tutulmaya devam edilmektedir.

⁴⁴⁸ Özyürek, a.g.m., s. 90.

⁴⁴⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1250.

⁴⁵⁰ Özyürek, a.g.m., s. 90; Yener, a.g.e., s. 55.

⁴⁵¹ Kılıçoğlu, Borçlar Genel., s. 633.

⁴⁵² Oğuzman, Öz, Borçlar Genel., s. 485.

⁴⁵³ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 487.

⁴⁵⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1236; Erman, a.g.e., s. 86.

⁴⁵⁵ Kurt, a.g.t., s. 252.

Gecikme tazminatının içerisinde bulunan ilk kalem olan fiili zarardan anlaşılması gereken arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle yapmış olduğu masraflardır⁴⁵⁶. Örnek vermek gerekirse temerrüt sonucu arsa sahibi teslim alamadığı bağımsız bölüm adına kendisine başka bir bağımsız bölüm kiralamak zorunda kalmış olabilir ya da bu sözleşmeye dayalı olarak akdettiği başka bir sözleşmede yüklenicinin ilk sözleşmede gecikmesi sebebiyle akdettiği ikinci bağımsız sözleşmedeki edimini yerine getiremediği için tazminat ödemek zorunda kalmış olabilir⁴⁵⁷. Bu durumlar arsa sahibinin yüklenicinin teslimde temerrüdü sonucu uğradığı fiili zararlardır. Arsa sahibinin söz konusu zararlarının yükleniciden talep edilebilmesi için mutlak suretle yüklenicinin temerrüdü ile arasında bir illiyet bağı gerekmektedir⁴⁵⁸. Aksi halde durumda arsa sahibi söz konusu zararlarını yükleniciden talep edemez.

Gecikme tazminatının içerisinde bulunan diğer kalem ise arsa sahibinin kâr kaybıdır. Kira tazminatı olarak da adlandırılan yoksun kalınan kazanç, yüklenicinin temerrüde düşmesi sebebi ile arsa sahibinin mahrum kaldığı kazançları ifade eder⁴⁵⁹. Diğer bir deyişle arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü sebebiyle malvarlığında meydana gelebilecek muhtemel artıştan yoksun kalması sonucu uğradığı zarardır⁴⁶⁰. Yargıtay da bu hususta yüklenicinin gecikmesi halinde kira tazminatını talep edebileceği, bunun yüklenicinin teslimde geciktiği her aya ilişkin ödenmesi gereken ücret olduğunu karar vererek kira tazminatının sözleşmede kararlaştırılmadığı hallerde rayiç bedellere göre belirleme yapılması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁶¹.

Örnek vermek gerekirse yüklenici bağımsız bölümleri zamanında teslim etmiş olsaydı, arsa sahibi bunları kiraya vererek bir kazanç elde edecekti ve bu şekilde yüklenicinin temerrüdünden dolayı arsa sahibi bu kazançtan yoksun kalmaktadır⁴⁶².

⁴⁵⁶ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 486.

⁴⁵⁷ Ayan, Borçlar Genel, s. 388; Gümüş, Borçlar Özel, s. 69.

⁴⁵⁸ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 487; Eren, Borçlar Genel, s. 1238.

⁴⁵⁹ Ayan, Borçlar Genel, s. 388; Yener, a.g.e., s. 60.

⁴⁶⁰ Erdem Büyüksağış, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), s. 49.

⁴⁶¹ Bu hususa ilişkin Yargıtay karar içi bkz. Yargıtay HGK, E. 2014/724, K. 2016/168, T. 24.2.2016, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁴⁶² Kurt, a.g.t., s. 252.

İşte buradaki yoksun kalınan kazanç, gecikme tazminatı kalemi içerisinde istenebilecektir⁴⁶³.

Gecikme tazminatı ferî nitelikli bir borç olmayıp borçlunun temerrüdüne bağlanan ayrı bir borçtur. Aynen ifanın yerine getirilip getirilmemesine bakılmaksızın yükleniciden talep edilmesi mümkün olup Yargıtay da bu görüştedir⁴⁶⁴. Bununla birlikte yüklenici temerrüdün akabinde aynen ifaya uygun olarak asli borcu ifa ettiğinde ifa sırasına göre arsa sahibinin ifa etmediği arsa paylarını devir borcu söz konusu ise arsa sahibinin bu borcu muaccel olacaktır. Ancak burada eğer yüklenici temerrüdünden kaynaklanan gecikme tazminatını ödemez ise arsa sahibi kanuni olarak bu borcunu ifadan kaçınabilecektir⁴⁶⁵.

Sözleşme ile ayrıca yüklenicinin teslim borcunu ifada temerrüdü halindeki olası zararlar adına sözleşmelerde ayrıca ceza şartı belirlenebilmektedir. TBK. m. 179/2 uyarınca; buradaki ceza, sözleşmeden doğan borcunu ihlal eden tarafın ödemesi hakkında kararlaştırılan ferî nitelikli bir borçtur⁴⁶⁶. Bu sebeple cezai şart talebi için asıl borcun geçerli olması gerekmektedir. Cezai şartın temel faydası yükleniciyi ifaya zorlarken aynı zamanda alacaklı olan arsa sahibinin zararını ispatlama külfetinden kurtarmaktadır⁴⁶⁷. Zira cezai şart istenebilmesi için gecikme tazminatından farklı olarak arsa sahibinin zarar uğraması şartı aranmaz. Ayrıca sözleşmede cezai şart belirlenmesi yüklenicinin sorumlu olacağı miktarı belirlemez. Bu sebeple arsa sahibinin temerrüt sebebiyle, belirlenen cezai şartı aşan bir zararı varsa bunu da yükleniciden talep edebilecektir⁴⁶⁸. Gerek buradaki cezai şartın niteliği gerekse de Yargıtay kararları doğrultusunda cezai şart ile gecikme tazminatının birlikte talep edilebilmektedir⁴⁶⁹.

⁴⁶³ Yargıtay 15. HD, E. 2008/774, K. 2008/2436, T. 15.04.2008, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

⁴⁶⁴ Gecikme tazminatının ferî nitelikte olmadığına ilişkin Yargıtay karar için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2015/5300, K. 2015/7883, T. 4.12.2015, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁴⁶⁵ Aydın Eskiyan, a.g.t., s. 71.

⁴⁶⁶ Özyürek, a.g.m., s. 92; Köksal Kocağa, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 33; Cansel, Özel, a.g.m., s. 726.

⁴⁶⁷ Kocağa, Cezai Şart, s. 40.

⁴⁶⁸ Kurt, a.g.t., s. 270.

⁴⁶⁹ Gecikme tazminatı ve cezai şartın birlikte istenebileceğine ilişkin Yargıtay'ın kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 2022/490, K. 2022/1184, T. 29.09.2022, www.legalbank.com [01.01.2023]; Cansel, Özel, a.g.m., s. 724.

3.2.2.2.1.3. Olumlu zararı talep hakkı

Arsa sahibinin seçimlik haklarından biri, “*aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçerek olumlu zararlarını talep*” hakkıdır⁴⁷⁰.

“*İfa yerine tazminat*” şeklinde de tanımlanan bu seçimlik hak ile arsa sahibi sözleşmenin ifasından vazgeçtiğini yükleniciye bildirir ve ifa yerine müspet yani olumlu zararlarının tazmin edilmesi talebinde bulunur⁴⁷¹. Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararlarının tazminini isteyebilmesi için yükleniciye ifayı yerine getirmesi için mehil tayin etmesi ile sürenin tamamlanmasına karşın yüklenicinin aynen ifa talebini yerine getirmemesi gerekmektedir. Bu durumun akabinde arsa sahibi yükleniciye kanunun lafzına göre “*hemen*” aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini ve bu hakkını kullandığını yükleniciye bildirmelidir⁴⁷².

Olumlu zarar, yüklenici sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi yerine getirmiş olsaydı arsa sahibinin muhtemel malvarlığı ile sözleşmeden doğan borcun yüklenici tarafından ifa edilmemiş olması ile arsa sahibinin mevcut malvarlığı arasındaki farktır⁴⁷³. İfadan vazgeçerek olumlu zararların talep edildiği durumda, taraflar arasındaki sözleşme devam etmekte olup yalnızca sözleşmedeki ifa yerine olumlu zararların tazmini talep edilmektedir⁴⁷⁴. Olumlu zarar iki unsuru içerisinde barındırmakta olup bu zarar kalemleri, yüklenicinin ifa etmediği ediminin arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği andaki değeri ve yüklenicinin temerrüdünden doğan gecikme sebebiyle arsa sahibinin zararları olup yoksun kalınan kar ile fiili zararlar da olumlu zarar içerisine dahildir. Yargıtay kararları uyarınca gecikme tazminatı ile olumlu zararın ayrı ayrı istenmesi mümkün değildir⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1250.

⁴⁷¹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 513; Yener, a.g.e., 69.

⁴⁷² Eren, Borçlar Genel, s. 1252.

⁴⁷³ Erman, a.g.e., s. 100; Eren, Genel Hükümler, s. 1252; Duman, İnşaat Hukuku, s. 511.

⁴⁷⁴ Yargıtay’ın müspet zararı açıkladığı kararlar için bkz. Yargıtay HGK, E. 2006/13-499, K. 2006/507, T. 05.07.2006, www.lexpera.com [ET. 05.01.2023]; Yargıtay HGK, E. 2006/13-499, K. 2006/507, T. 05.07.2006, www.lexpera.com [ET. 05.01.2023]; Yargıtay 15. HD, E. 2018/2267, K. 2019/1576, T. 08.04.2019, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022].

⁴⁷⁵ Gecikme tazminatı ile olumlu zararın ayrı ayrı istenemeyeceğine ilişkin Yargıtay’ın kararı için bkz. Yargıtay 23 HD, E. 2017/2252, K. 2018/5681, T. 06.12.2018, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022].

Aynen ifadan vazgeçerek talep edinilen olumlu zararın hesaplanmasında iki teori mevcuttur⁴⁷⁶. Bu teorilerden biri değişim (mübadele) teorisi, diğeri ise fark teorisidir. Değişim teorisinde, mütemerrit borçlunun borcu tazminat yükümlülüğüne dönüşmekte buna karşın karşı tarafın edimi aynı şekilde devam etmektedir⁴⁷⁷. Diğer bir deyişle değişim teorisine göre, temerrüde düşen borçluya karşı arsa sahibi ifadan vazgeçerek olumlu zararlarını tazmin talep ettiğinde, yüklenicinin edimi tazminata dönüşmekte ancak arsa sahibinin edimi arsa paylarının devri olarak aynı şekilde devam etmektedir⁴⁷⁸.

Diğer bir teori olan ve gerek Yargıtay gerekse öğreti tarafından kabul gören fark teorisine göre ise, alacaklı sözleşmeden doğan borcunu ifa etmekle yükümlü olmayacak ve mütemerrit yüklenicinin ödeyeceği olumlu zarar tazminatından arsa sahibinin borcunun değeri mahsup edilecektir⁴⁷⁹.

Diğer yandan ifade edilmelidir ki arsa sahibinin ifadan vazgeçerek olumlu zarar tazmini talebi için yüklenicinin temerrütte kusurunun bulunması gerekmektedir⁴⁸⁰. Kanunda açıkça ifade edilmiş olmasa dahi yüklenicinin tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kusurunun bulunması tazminat hukuku gereği bir zorunluluk olup Yargıtay da kararlarında olumlu zarar hükmedilebilmesi için yüklenicinin kusurunu aramaktadır⁴⁸¹. Bu halde arsa sahibinin talebi üzerine müspet zararları ödemekle yükümlü olmak istemeyen yüklenici temerrüde düşmekte bir kusurunun bulunmadığını ispat etmelidir⁴⁸².

⁴⁷⁶ Yargıtay'ın olumlu zararın hesaplanmasındaki teorilerin açıklamalar ve fark teorisinin kabul edildiğine ilişkin kararı için bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2004/3108, K. 2004/11101, T. 12.07.2004, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

⁴⁷⁷ Kurt, a.g.t., s. 340.

⁴⁷⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 1253.

⁴⁷⁹ Erman, a.g.e., s. 101; Eren, Borçlar Genel, s. 1253; Özyürek, a.g.m., s. 97 vd.; Kurt, a.g.t., s. 340-341; Yargıtay'ın müspet zararın içerik ve mahiyetine ilişkin yorumu: Yargıtay 3. HD, E. 2018/6983, K. 2019/7656, T. 9.10.2019, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022].

⁴⁸⁰ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 509.

⁴⁸¹ Müspet zarar için borçlunun kusurunun bulunması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2005/5335, K. 2005/5448, T. 14.10.2005, www.legalbank.net [01.01.2023].

⁴⁸² Eren, Borçlar Genel, s. 1252.

3.2.2.2.1.4. Sözleşmeden dönerek olumsuz zararı talep hakkı

TBK m. 125'in ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, yüklenicinin temerrüdü sonucu arsa sahibinin seçimlik haklarından bir diğeri ise arsa sahibinin sözleşmeden dönerek yükleniciden olumsuz zararlarını diğeri bir ifadeyle menfi zararlarını talep etme hakkıdır⁴⁸³.

Burada ilk olarak değerlendirilmesi gereken husus dönme iradesidir. Zira sözleşmeler sona erdirilirken nitelik itibarıyla incelenerek sözleşmenin niteliğine göre her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılarak sözleşmenin geçmişe etkili mi yoksa ileri etkili mi sona erdirileceğinin tespiti gerekmektedir⁴⁸⁴. Sözleşmeler geçmişe etkili olarak *dönme* ile sona erdirildiğinde sözleşme başlangıçtan itibaren hiç akdedilmemiş gibi sonuç doğurur ve taraflar sözleşmeyi akdettikleri durumlarına dönerler. Diğer yandan sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirildiği *fesih* durumunda ise sözleşme fesih anına kadar geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur ancak o andan itibaren sona erer.

Bununla beraber arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, dönme hususunda özellikli bir durum vardır. Zira bu sözleşmelerde yüklenicinin asli edimi bakımından düşünüldüğünde içerisinde hem inşaatı yapma hem de inşaatı teslim etme borçlarını barındırır. Bu sebeple yüklenicinin bu iki asli ediminden inşaatı yapma borcu süreye yayılmışken inşaatı teslim borcu ani bir edim olarak kendisini gösterir⁴⁸⁵. Bu sebeple sözleşmenin niteliği hususunda sürekli edimli mi ani edimli mi olduğu hususunda tartışmalar mevcut olup bu hususlar yukarıda ifade edilmiştir⁴⁸⁶.

Bu bakımdan öğretide ve uygulamadaki terminoloji karışıklığına binaen izah etmek gerekir ki, dönme beyanı ani edim niteliğindeki sözleşmelerde *geriye etkili* olarak etkisini gösterirken; sürekli edimli niteliğindeki sözleşmelerde ise edim zamana yayıldığından geriye etkili olan dönme beyanında bulunulması mümkün değildir. Bu

⁴⁸³ Erman, a.g.e., 103; Yener, a.g.e., s. 74.

⁴⁸⁴ Erman, a.g.e., s. 106; Aydemir, a.g.e., s. 500.

⁴⁸⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1255.

⁴⁸⁶ Erman, a.g.e., s. 8; Serozan, Dönme, s. 467.

durumda sözleşme, sürekli edimli olarak kabul edildiğinde ancak ileriye etkili olarak sonuç doğuran *fesih* beyanı ile sona erdirilmesi söz konusu olabilir.⁴⁸⁷

Bu hususta önemli bir Yargıtay içtihadı mevcut olup işbu karar ile Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin “*geçici sürekli karmaşığı*” bir sözleşme olduğuna karar verilmiştir⁴⁸⁸. Yargıtay bu içtihadıyla her somut olay için her inşaat için ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini; büyük oranda tamamlanmış inşaatlarda geri etkili olan dönmenin TMK m. 2 ile bağdaşmayacağından ancak ileriye etkili olan fesih yoluna gidilebileceğini belirtmiştir. Uygulamada sıklıkla başvuru olan işbu içtihadında Yargıtay, net bir oran belirlemeyerek hangi oranda tamamlanan inşaatla dönme yoluna gidilemeyeceğini belirtilmemiştir. Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde genel olarak inşaatın yaklaşık olarak %90 ve üzerinde tamamlanmış olması ile artık sözleşmeden dönmenin TMK m. 2’ye aykırı olacağı düşüncesi hakimdir⁴⁸⁹.

Yargıtay’a göre inşaatın önemli bir kısmının tamamlanmadığı ve yüklenicinin temerrüdü sonucu arsa sahibinin sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirdiği durumda, *dönme* sebebiyle sözleşme başlangıçtan itibaren hiç akdedilmiş gibi sonuç doğuracağından ifa edilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşmeye göre iadesi gerekecektir⁴⁹⁰. Burada şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır; yüklenici inşaatı yapma edimi ifa faaliyetlerine başladığında, yaptığı edimleri arsa sahibinin arsasının üzerine yapmaktadır. Sözleşmeden dönüldüğünde bu yapıların tam olarak iadesinin mümkün olmadığı, en azından her iki taraf için de makul olmadığını söylemek gerekir⁴⁹¹. Bu durumda yüklenici arsa sahibinden bu yaptıklarını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilecektir. Yine benzer şekilde arsa sahibinin menfi zararının hesaplanırken sağlamış olduğu faydaların bundan düşeceğini ve denkleştirme yoluna

⁴⁸⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1256.

⁴⁸⁸ Buradaki sözleşmenin geçici sürekli karmaşığı olmasına ilişkin önemli Yargıtay içtihadı için bkz. Yargıtay İBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984 www.legalbank.net [15.12.2022].

⁴⁸⁹ Akdın ileriye feshi için inşaat seviyesinin %90 ve üzeri bir orana ulaşması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2016/1968, K. 2018/4005, T. 5.7.2018, www.legalbank.net [ET. 15.12.2022].

⁴⁹⁰ Dönme halindeki uygulanacak hukukî durum ve tasfiye hakkındaki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2019/643, K. 2019/3904, T. 14.10.2019, www.legalbank.net [ET. 15.12.2022].

⁴⁹¹ Kurt, a.g.t., s. 370.

gidileceğini ifade etmek gerekir⁴⁹². Dönme sonucunda arsa sahibinin devretmiş olduğu arsa payları var ise arsa sahibi bunları da geri talep edebilecektir.

Dönme hakkı tek taraflı ileri sürülebilen, karşı tarafa varması gereken, şekil şartı olmayan yenilik doğuran bir haktır⁴⁹³. Dönme hakkının nitelikleri itibariyle hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için yüklenicinin bu beyanı kabul etmesi gerekmez. Dönme beyanı yüklenicinin hakimiyet alanına girdiği anda tüm sonuçlarını doğurur⁴⁹⁴.

Taraflar anlaşması ile herhangi bir mahkeme kararı aranmaksızın sözleşmeden dönülebilir. Bu hususta bir Yargıtay kararında, inşaatın %63 oranında tamamlanmış olduğu inşaatla taraflardan birinin ileri sürdüğü dönme beyanını diğer tarafın kabul etmesi ile tarafların iradelerinin birleşmiş olması ile dönme beyanının geçerli olduğunu ifade etmiştir⁴⁹⁵. Ancak Yargıtay uygulamasında arsa sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için karşı tarafın kabul etmediği durumunda mahkemenin arsa sahibinin dönme hakkını kullanmasında haklı olduğuna dair bir karar vermesi aranmaktadır⁴⁹⁶. Buradaki mahkemenin vereceği karar yenilik doğuran bir karardır⁴⁹⁷.

Dönme hakkının taraflar arasındaki ilişkiye nasıl bir etkide bulunduğu öğretide tartışmalıdır. Bu görüşlerden “*klasik dönme teorisi*”, dönmenin bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu ileri sürer. Buna göre sözleşmeden dönme sonucu, sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacak ve hiç kurulmamış olarak kabul edilecektir⁴⁹⁸. Bunun akabinde taraflar arasında yeni bir hukukî ilişki kurularak iade yükümlülükleri gündeme gelir.

Bu husustaki diğer bir görüş olan “*yeni dönme teorisine*” göre, dönme hakkı değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Kullanılmasıyla taraflar arasındaki hukuki ilişki

⁴⁹² Buz, a.g.e., s. 273.

⁴⁹³ Kurt, a.g.t., s. 351.

⁴⁹⁴ Kurt, a.g.t., s.352.

⁴⁹⁵ Caner Kaner, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi” (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2017), s. 83; Demir, a.g.e., s. 85.

⁴⁹⁶ Taraflar arasında anlaşma yok ise dönmenin mahkeme kararı ile olacağı hakkında Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/2608, K. 2018/5171, K. 20.12.2018, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022]; Kırmızı, a.g.e., s. 691.

⁴⁹⁷ Kurt, a.g.t., s. 353.

⁴⁹⁸ Buz, a.g.e., s. 118.

klasik teoride olduğu gibi ortadan kalkmaz sözleşme devam eder sadece sözleşmenin içeriği değişir⁴⁹⁹. Diğer bir deyişle arsa sahibi tarafından dönülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerin yerini dönmeden önce ifa edilen borçların iadesi alır⁵⁰⁰. Bu sebeple yeni dönme teorisine dönüşüm teorisi de denilmektedir.

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile tarafların iade yükümlülüklerinin hukukî sebebinin ne olduğu hususunda da öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Buradaki görüşler “*sebepsiz zenginleşme*”, “*kanuni borç ilişkisi*” ve “*ayni etkili dönme*” görüşleri şeklinde ifade edilebilir⁵⁰¹. Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, dönme ile tarafların iade etmeleri gereken edimler, ifa edildiği gibi aynen iade edilmelidir. Bunun mümkün olmadığı durumda iade edilecek edimin değeri üzerinden iade etmelidir. Burada TBK m. 82 ve devamında düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri geçerlidir.

İade yükümlülüğünün ikinci hukukî sebebi hususundaki diğer görüş kanuni borç ilişkisi görüşüdür⁵⁰². Buna göre sözleşmeden dönme ile asıl sözleşme tamamen ortadan kalkar. Taraflar arasındaki iade talepleri taraflar arasında kurulan yeni borç ilişkisine göre gerçekleşir.

Bu husustaki diğer görüş ise “*ayni etkili dönme görüşü*”dür⁵⁰³. Diğer bir deyişle “*istihkak teorisi*” dayanağını, mülkiyet devri tasarruf işleminin temelinde olan borçlandırıcı işlemin dönme ile ortadan kalkmasıyla buna bağlı tasarruf işleminin de etkilenmesi düşüncesinden alır⁵⁰⁴. Söz konusu görüşe göre, sözleşmeden dönüldüğünde, sözleşmeye bağlı olarak tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlem ortadan tamamen kalktığından devralınan aynî hakların devri alan kişiye aslında hiç devredilmediği ileri sürülür⁵⁰⁵. Bu görüş diğer görüşlerden farklı olarak sözleşmenin başlangıçtan itibaren ortadan kalmasının yanında dönme ile tasarruf işlemlerinin ortadan kalkacağını ileri sürerek dönmeyle *ayni* bir etki tanır⁵⁰⁶. Buna göre arsa

⁴⁹⁹ Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007) s. 89; Eren, Borçlar Genel, s. 1077.

⁵⁰⁰ Serozan, Dönme, s. 89.

⁵⁰¹ Buz, a.g.e., s. 118; Yener, a.g.e., s. 109 vd.

⁵⁰² Buz, a.g.e., s. 120; Yener, a.g.e., s. 111.

⁵⁰³ Buz, a.g.e., s. 121.

⁵⁰⁴ Buz, a.g.e., s. 172.

⁵⁰⁵ Buz, a.g.e., s. 121-122.

⁵⁰⁶ Kurt, a.g.t., s. 363.

sahibinin sözleşmeden dönmesi ile dönmeden önce ifa edilen edimler dolayısıyla mülkiyet hakları karşı tarafa geçmez. Yargıtay’a göre dönme sonucunda devredilen edim yani bu durumda mülkiyet aynen iade olarak talep edilir; aynen iadenin mümkün olmadığı halde ise sebepsiz zenginleşme hükümleri aracılığı ile talep edilir⁵⁰⁷.

İfade edildiği üzere, temerrüde düşen yüklenici karşısında arsa sahibinin seçimlik haklarından biri sözleşmeden dönme ve olumsuz zarar talebidir⁵⁰⁸. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmaz ancak arsa sahibinin ayrıca tazminat talebi için tazminat hukuku gereği yüklenicinin kusuru aranmaktadır⁵⁰⁹. Olumsuz zarar, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı arsa sahibinin uğramayacağı, sözleşmeye duyduğu güven nedeniyle uğradığı zarardır⁵¹⁰. Bu hususta Yargıtay kararları ile menfi zarar ve menfi zarar kalemlerini detaylı olarak açıklanmaktadır⁵¹¹.

Her ne kadar olumlu zarar ile olumsuz zarar içerisinde benzer kalemlere rastlansa da hiçbir zaman olumlu zarar ile olumsuz zarar birlikte talep edilemeyeceğinin kabulü gerekir⁵¹². Buna karşın bazı yazarlar dönme halinde olumlu zararının tazminin de talep edilebileceğini ileri sürmektedir⁵¹³. Ancak kanunun lafzı dikkate alındığında dönme halinde istenecek zararların olumsuz zarar olduğunu yönündedir. Bu sebeple dönme halinde talep edilecek zararların yalnızca olumsuz zararlar olduğunun ifade etmek gerekir⁵¹⁴.

Bu seçimlik hak için yüklenicinin temerrüdü gerekmele beraber ayrıca yüklenicinin kusuru aranmamaktadır⁵¹⁵. Ancak ifade edilmelidir ki arsa sahibinin dönme hakkının

⁵⁰⁷ İade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yerine getirileceğine ilişkin Yargıtay kararı: Yargıtay 6. HD, E. 2021/4551, K. 2022/3753, T. 29.06.2022 www.legalbank.net [ET. 15.12.2022].

⁵⁰⁸ Yener, a.g.e., s. 74.

⁵⁰⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1259.

⁵¹⁰ Yargıtay’ın olumsuz zarar tanımı için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2014/9421, K. 2016/1340, T. 04.03.2016, www.legalbank.net [ET. 15.12.2022].

⁵¹¹ Yargıtay’ın menfi zarar ve menfi zarar kalemlerine detaylı olarak açıklamış olduğu kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 1989/13-392, K. 1990/1, T. 17.01.1990, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁵¹² Oğuzman, Borçlar Genel, s. 389.

⁵¹³ Serozan, Dönme, s. 639.

⁵¹⁴ Oğuzman, Borçlar Genel, s. 387 ve 528; Öz, Dönme, s. 639; Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar (İstanbul: Beta Yayıncılık, 200), s. 368.

⁵¹⁵ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 509.

yanında olumsuz zararlarını talep edebilmesi için yüklenicinin kusuru ile temerrüde düşmesi zorunluluktur⁵¹⁶. Temerrüde düşen borçlu karşısında arsa sahibi sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarının yani sözleşmenin hükümsüz kalması ile uğradığı zararlarının giderilmesini isteyebilir⁵¹⁷. Sözleşmeden dönme ile tarafların sözleşme öncesindeki durumlarına sanki hiç sözleşme yapılmamış gibi geri dönmesi amaçlanır.

Sözleşmeden dönen arsa sahibinin olumsuz zararı hesaplanırken kural olarak hüküm anı esas alınmaktadır. Menfi zararın talebi için geçerli olan zamanaşımı ise TBK m. 146'da düzenlenen genel on yıllık süredir⁵¹⁸.

3.2.2.2.2. Seçimlik hakların kullanılmasının şartları

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, yüklenicinin temerrüde düşmesi ile arsa sahibinin kanuni seçimlik hakları bulunmaktadır. Seçimlik haklar için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmekte olup bu şartlar “*uygun süre verme şartı*” ve “*derhal bildirim şartı*”dır⁵¹⁹.

3.2.2.2.2.1. Uygun süre verme şartı

Arsa sahibi seçimlik haklarını kullanmak için öncelikle, temerrüde düşmüş olan yükleniciye ek bir süre vererek bu verdiği süre içerisinde inşaatı tamamlayarak ifasını talep eder⁵²⁰.

Yüklenicinin temerrüdü ile arsa sahibi yükleniciye süre vermese de yüklenicinin aynen ifa borcu devam eder. Bu sebeple aynen ifa hakkı kullanılacaksa yükleniciye herhangi bir süre verilmesine gerek yoktur. Arsa sahibinin diğer hakları olan olumlu zararların tazmini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararların tazminini talep

⁵¹⁶ Ergüne, a.g.e., s. 35.

⁵¹⁷ Ergüne, a.g.e., s. 293 vd.

⁵¹⁸ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel s. 524; Yargıtay 15. HD, E. 2016/530, K. 2017/2856, T. 12.07.2017, www.lexpera.com [ET. 02.01.2023].

⁵¹⁹ Aydemir, a.g.e., s. 484; Erman, a.g.e., s. 100; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 487.

⁵²⁰ Kurt, a.g.t., s. 288; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel s. 402; Eren, Borçlar Genel, s. 1066.

etmesi haklarını kullanmak istemesi durumunda da yine yükleniciye ek süre vermesi gerekir.

Arsa sahibinin söz konusu haklarından birini kullanmak için yükleniciye verdiği işbu ek süre tayini, hukukî nitelik itibariyle hukukî işlem benzeri, tek taraflı olan ve yükleniciye ulaşması gereken bir irade beyanıdır⁵²¹. Arsa sahibinin süre tayin etmesi geçerlilik şekline tabi değildir. Ancak tarafların TTK m. 18/3 gereğince tacir olduğu durumda hükümde sayılan usullerden birine uyulması gerekmektedir⁵²².

Ayrıca TBK m. 123 anlamında geçerli bir ek süre tayini olması için bu sürenin taşınması gereken birtakım özellikler bulunması gerekmektedir. Bu özelliklerden ilki tayin edilen ek süreyi hangi borcu için verdiğini ve ek süre sonunda ifanın gerçekleşmesini talep ettiğini belirtmesi gerektiğidir. Ek sürenin taşınması gereken bir diğer şart ise, tayin edilen ek sürenin “*belirli*” olması gerektiğidir. Diğer bir deyişle yükleniciye verilen ek sürenin ne zaman sona ereceğinin anlaşılması gerektiğidir. Burada belirli bir tarih bildirilebileceği gibi belirlenebilir bir tarih de bu şartı karşılayacaktır. Ancak “*derhal teslim edin*”, “*makul süre içinde teslim edin*” gibi beyanlar ek sürenin belirlilik kazanması için yeterli değildir⁵²³. Ek süre tayininin kanuna uygun olması için gerekli üçüncü ve son şart ise verilen ek sürenin “*uygun*” olması gerektiğidir. Buradaki uygunluk değerlendirmesinde esas alınacak kıstas dürüstlük kuralıdır⁵²⁴. Burada yükleniciye inşaatı normal seyrinde tamamlaması kadar uzun bir süre verileceği de düşünülmeyeceği gibi yüklenicinin inşaat işlerini tamamlayıp teslim edebilmesinin mümkün olmayacağı bir sürenin ek süre olarak verilmesi de uygun niteliği taşımayacaktır.

Burada gündeme gelen bir tartışma tayin edilen ek sürenin makul olmaması halinde bu ek sürenin hukuken nasıl sonuç doğuracağıdır. Arsa sahibinin yükleniciye olması gerekenden uzun bir süre vermesi durumunda arsa sahibinin kendisi işbu süreyi tayin etmiş olduğundan bu ek süre ile bağlı olacağını ve süre sonuna kadar ifanın makul sürede gerçekleşmediğini ileri sürerek seçimlik haklarını kullanması söz konusu

⁵²¹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 402.

⁵²² Bu husustaki önceki açıklamalarımız burada da geçerlidir.

⁵²³ Kurt, a.g.e., s. 289; Eren, Borçlar Genel, s. 1067.

⁵²⁴ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel s. 403.

olamayacaktır⁵²⁵. Tayin edilen ek sürenin “*uygun*” süreden daha kısa olması halinde yüklenicinin arsa sahibine sürenin uygun olmadığı yönünden bir itirazda bulunması gerektiği aksi halde tayin edilen kısa süreyi kabul etmiş olacağı ifade edilir⁵²⁶. Tayin edilen kısa sürenin hukuken geçerli olup olmadığı hususunda ise öğretide tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre, tayin edilen kısa ek süre uzayarak uygun ek süreye dönüşecektir ve buna göre uygun sürenin tamamlanması ile yüklenicinin ifası söz konusu değilse arsa sahibi seçimlik haklarını kullanabilecektir⁵²⁷. Bu husustaki bir diğer görüş ise ek sürenin uygun olması şartı kanuni bir şart olduğundan uygun olmayan ek süre tayininin geçersiz olacağı yönündedir⁵²⁸. Bu halde, arsa sahibinin tekrar bir geçerli ek süre tayininin de bulunması gerektiği ileri sürülmektedir.

Yükleniciye ek süre verilmesi için öncelikle yüklenicinin temerrüde düşmesi gerekmektedir. Yüklenicinin temerrüdü ve yükleniciye ek süre tayin edilmesi iki ayrı aşamada gerçekleştirilebileceği gibi yükleniciye gönderilen temerrüt ihtarıyla yükleniciye aynı zamanda ek süre tayini de yapılabilir. Yükleniciye verilen ek sürenin başlaması yükleniciyi temerrüitten kurtarmayacağından yüklenicinin sorumlulukları aynı şekilde devam eder.

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin yükleniciye aynen ifa için süre vermesi kural olup bunun istisnaları TBK m. 124 ile süre vermenin etkisiz olmasının anlaşılması, borcun ifasının gecikme sonucu faydasız kalması ya da sözleşmeden bu aşamadan sonra kabul edilmeyeceğinin anlaşılması olarak ifade edilmiştir.

İşbu süre vermeye gerek olmayan haller arsa sahibine getirilmiş bir imkân olup arsa sahibi dilerse bu hallerde de yükleniciye ek süre vererek aynen ifayı yerine getirmesini bekleyebilir.

Kanun hükmünde açıkça izah edildiği üzere yükleniciye ek süre verilmesine gerek olmayan hallerin ilki “*süre vermenin etkisizliği*” durumudur. Bu durum elbette her somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir⁵²⁹. Örnek olarak yüklenicinin açıkça

⁵²⁵ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 403; Eren, Borçlar Genel, s. 1067; Sütçü, s. 994.

⁵²⁶ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 404.

⁵²⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1068.

⁵²⁸ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 404.

⁵²⁹ Yargıtay’ın süre vermenin etkisiz olacağı bu sebeple süre verilmesine gerek olmadığına ilişkin değerlendirmesi için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2004/6922, K. 2005/4298, T. 18.7.2005, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

veya örtülü olarak inşaatı teslim etmeyeceğini ifade etmesi verilebilir⁵³⁰. Ek süre tayinine gerek olmayan diğer hâl ise, borcun ifa edilmesinin arsa sahibi tarafından faydasız kalması halidir. Bu durumda yüklenicinin temerrüdü sonucunda artık arsa sahibine yüklenici inşaatı teslim etse dahi arsa sahibi açısından bunun bir faydasının kalmaması durumudur⁵³¹. Bu hususta öğretide yer alan bir tartışma da yüklenicinin gecikme halinde ifanın arsa sahibi açısından faydasız kalacağını bilmesi ya da bilmesinin gerektiği durumda bu hükmün geçerli olup olmayacağıdır. Bir görüşe göre yüklenicinin bu durumu bilmemesi ya da bilmesinin zorunda olduğu durumlarda bir temerrüt söz konusu ise bu hükmün geçerli olacağını ileri sürmek temerrüde düşmüş yükleniciyi koruyacağından bu şartın aranmaması gerektiği yönündedir⁵³². Diğer bir görüşe ise ilk görüşün tersi olarak yüklenicinin bu durumu bilmiyorsa ya da bilmesi gerekmiyorsa bu halde arsa sahibi için ifa faydasız kalmış olsa da yine de yükleniciye ek süre tayin edilmesi gerektiği yönündedir⁵³³.

Kanunda ek süre tayin edilmesine ihtiyaç olmayan üçüncü bir durum olarak sözleşmede kesin bir vadenin bulunması hali olduğu ifade edilmiştir. Sözleşmede belirlenmiş kesin bir vade bulunması halinde yüklenici ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşmesiyle beraber aynı zamanda işbu hüküm gereği ek süre verilmesine gerek kalmaksızın arsa sahibince seçimlik hakların kullanılması yoluna gidilebilecektir. Kanun hükmünde aranan vade, kesin vadedir. Sözleşmede teslim zamanının net olarak belirlenmesi vadeyi “belirli” hale getirmekle beraber “kesin” hale getirmez. Vadenin kesin olarak belirlenmesi için ifanın mutlaka belirtilen tarihte ifa edilmesi hususunda anlaşma gereklidir⁵³⁴. Diğer bir deyişle tarafların vadeye uyma hususunu sözleşmenin esaslı bir unsuru haline getirmeleri halinde kesin vadeden bahsedilebilir.

Taraflar sözleşmede açıkça vadenin kesin olduğunu ya da vadeden sonra ifayı kabul etmeyeceklerini açıkça düzenleyebilirler. Bu halde vadenin kesin vade olduğuna bir şüphe olmaz. Bununla beraber bazı yazarlar ise, sözleşmede vadenin kesin olduğuna ilişkin açık bir düzenleme olmasa da dahi tarafların tutumlarından vadenin kesin

⁵³⁰ Gökyayla, Borçlar Genel II, s. 259.

⁵³¹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 421.

⁵³² Eren, Borçlar Genel, s. 1248.

⁵³³ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 421.

⁵³⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1069.

olduğu anlaşılıyorsa yahut taraflar vadeyi sözleşmenin esaslı unsuru olacak şekilde belirlemişlerse vadenin kesin vade niteliğinde olacağı ileri sürülür⁵³⁵.

Yargıtay ise bu hususa ilişkin kararında vade ile kesin vadenin farklı kavramlar olduğunu; kesin vadeli sözleşmede taraf iradelerinden kesin vadenin anlaşıldığı durumlarda alacaklının süre vermeden seçimlik haklarını kullanabileceğine hükmetmiştir⁵³⁶. Kesin vade halinde arsa sahibi ek süre vermeksizin seçimlik haklarını kullanmak zorunda olmayıp bu hakkından vazgeçip yükleniciye ek süre verebilir. Yine kesin vade olsa dahi arsa sahibi kesin vade de herhangi bir seçimlik hakkını kullanmamış olabilir. Yargıtay bu şekilde kesin vadeye rağmen seçimlik hakkın kullanılmayarak aynen ifanın beklendiği durumda, kesin vadenin bu niteliğini yitireceğini bu sebeple fesih hakkını kullanmak isteyen alacaklının yükleniciye süre vererek temerrüde düşürülmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵³⁷. Zira kesin vadeden sonra seçimlik haklarını kullanmayan alacaklının aynen ifayı beklediği kabul edilir⁵³⁸.

3.2.2.2.2. Derhal bildirim şartı

TBK m. 125'e göre temerrüde düşen yüklenici arsa sahibinin kendisine verdiği süre içerisinde borcunu yerine getirmemişse ya da TBK m. 124 gereği arsa sahibinin süre vermesini gerektiren bir hal söz konusu değilse arsa sahibi, "*aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini hemen bildirerek*" seçimlik haklarını kullanabilir. Arsa sahibi söz konusu bu hakkını "*hemen*" ileri sürmez ise seçimlik haklarını kullanamayacaktır⁵³⁹. Ancak arsa sahibi yükleniciye tekrar bir süre vererek seçimlik haklarını talep edebilir. Alacaklının seçimlik haklarını kullandığını "*hemen*" ileri sürmesinden anlaşılması gereken ise "*somut olayın şartları ve olağan akış gereği*" uygun olan en yakın zamanda yükleniciye bildirimde bulunmasıdır⁵⁴⁰.

⁵³⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1249.

⁵³⁶ Yargıtay'ın kesin vade değerlendirmesinin ilişkin karar için bkz. Yargıtay HGK, E. 2017/125, K. 2020/135, T. 13.02.2020, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022].

⁵³⁷ Yargıtay'ın bu duruma ilişkin kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 2013/15-1947, K. 2014/13, T. 15.01.2014, www.legalbank.net [15.12.2022].

⁵³⁸ Yargıtay 15. HD, E. 2002/423, K. 2002/2813, T. 27.05.2002, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023].

⁵³⁹ Ayan, Temerrüt, s. 197.

⁵⁴⁰ Kurt, a.g.t., s. 301.

3.2.3. Temerrüt sebebiyle sözleşmesinin sona ermesinin üçüncü kişilere etkisi

İzah edildiği üzere arsa sahibi ya da yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan şahsi haklarını üçüncü kişilere farklı şekillerde devredebilmektedir. Bu şekilde hak sahibi olabilen üçüncü kişiler asıl sözleşmedeki problemler sebebiyle birçok sorun ile karşılaşmaktadır.

Yukarıda izah edildiği üzere yüklenicinin temerrüde düşmesi ile arsa sahibi tarafından sözleşme sona erdirilebilir. Bu durumda bu sözleşmeye bağlı olarak sözleşme akdeden üçüncü kişilerin durumunun ne olacağının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda ilk olarak sözleşmenin geçmişe etkili olarak dönme ile mi ileri etkili fesih ile mi sona erdirildiği önem kazanmaktadır⁵⁴¹.

Yukarıda izah edildiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici sürekli karmağı bir sözleşmedir⁵⁴². Diğer bir deyişle bu sözleşme esas itibariyle ani edimli nitelikte olup buna ilişkin olarak dönmeye ilişkin hükümler uygulanacakken beraber bazı durumlarda yüklenicinin inşaatta geldiği aşama nazara alınarak -ki bu oran yukarıda ilgili bölümde açıklandığı üzere Yargıtay içtihatları uyarınca her somut olay için ayrı değerlendirilmek üzere %90 ve üzeridir- sözleşme sona erdirilirken sürekli edimli sözleşmelere uygulanan ileri etkili olan fesih hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda sözleşme ileri etkili olarak sona erdirildiği takdirde fesih anına kadar yüklenicinin inşa ettiği kısma denk gelen sözleşme ile yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmış arsa payları yükleniciye ait olacaktır⁵⁴³. Bu halde yüklenici ile alacağın temlik, taşınmaz satış vaadi ya da taşınmaz satış sözleşmesi yaparak hak kazanmış olan üçüncü kişinin bu hakları kural olarak korunacaktır. Ancak diğer yandan sözleşmenin dönme ile geçmişe etkili olarak sona erdiği durumda ise üçüncü kişilerin durumunun ne olacağının değerlendirilmesi gerekir. Dönme beyanının etkisi hususundaki teorileri burada da geçerli olmakla beraber tekrara düşmemek adına yinelenmemiştir. Yargıtay sözleşmenin dönme ile sona erdirilmesi durumunda taraflar arasında borçların iadesi hakkında klasik dönme teorisi uygulamakta dolayısıyla da iade yükümlülüklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre

⁵⁴¹ Erman, a.g.e. s. 106.

⁵⁴² Yargıtay İBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984 www.legalbank.net [15.12.2022]; Erman, a.g.e., s. 108; Kurşat, a.g.e., s. 378.

⁵⁴³ Aydemir, a.g.e., s. 501.

yapmaktadır. Diğer yandan yüklenici ile sözleşme akdederek hak kazanan üçüncü kişiler bakımından ise tasarrufi işlemlere etki eden aynı etkili dönme teorisini uygulamaktadır⁵⁴⁴. Hak kazanım şekillerine göre dönmenin üçüncü kişilere etkisi aşağıda kısaca izah edilmiştir.

3.2.3.1. Alacağın temliki ile hak kazanan üçüncü kişiye dönmenin etkisi

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi sözleşmeden döndüğü takdirde, eğer üçüncü kişi taraflardan birinden alacağın temliki sözleşmesi ile bir hak kazanmış ise sözleşme dönme ile ortadan kalktığı için yüklenicinin bir alacak hakkı bulunmayacağından alacağın temliki ile temlik alan da bu alacak hakkını kaybeder⁵⁴⁵. Bu durumda üçüncü kişi yalnızca alacağın temliki hükümleri uyarınca zararının giderilmesini isteyebilecektir⁵⁴⁶.

3.2.3.2. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hak kazanan üçüncü kişiye dönmenin etkisi

Diğer yandan üçüncü kişinin hak kazanım şekillerinde izah edildiği üzere üçüncü kişi, sözleşmenin taraflarından biri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdederek de hak sahibi olabilirler. Bu durumda sözleşmenin dönme ile geçmişse etkili olarak sona ermesi halinde sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelecek ve sözleşmenin türüne bağlı olarak başlangıçta devredilmiş olan bir arsa payı varsa iadesi gerekecektir. Bu durumda taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hak kazanan üçüncü kişi, sözleşmenin geçmişe etkili sona ermesi halinde sözleşme başlangıçtan itibaren geçerli olmayacağı için sözleşmenin akdinden sonra dönme aşamasına kadar

⁵⁴⁴ Öz, Dönme, s. 241; Buz, a.g.e., s. 134; Yargıtay'ın aynı etkili dönme teorisini uygulayıp üçüncü kişilere yapılan devirleri iptal eden kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/4559, K. 2019/2998, T. 26.06.2019, www.legalbank.net [ET. 25.03.2023]; Yargıtay'ın dönme beyanının taraflara etkisine ilişkin bazı kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2008/4482, K. 2009/4714, T. 14.09.2009; Yargıtay 23. HD, E. 2013/3525, K. 2013/5279, T. 11.09.2013; Yargıtay 15. HD, E. 2018/3318, K. 2019/1504, T. 02.04.2019, www.legalbank.net [ET. 25.03.2023].

⁵⁴⁵ Kazanılmamış hakkın temlik de edilemeyeceğine ilişkin bazı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay HGK, E. 2022/69 K. 2022/1050 T. 28.06.2022; Yargıtay 7. HD, E. 2021/8335 K. 2022/4374 T. 21.06.2022; Yargıtay HGK, E. 2018/174 K. 2021/1712 T. 21.12.2021, www.legalbank.net [ET. 25.03.2023].

⁵⁴⁶ Coşkun, a.g.e., s. 844.

yapılmış herhangi bir arsa payı devri varsa bunların sebebi ortadan kalktığı için yolsuz hale gelecek arsa sahibine iadesi gerekecek yine devredilmemiş arsa payları için yüklenicinin devir isteme hakkı olmayacaktır⁵⁴⁷. Bu durumda yüklenicinin henüz malik olmadan üçüncü kişilere devrini vadettiği arsa paylarını üçüncü kişilere devretme borcu imkânsız hale gelecektir. Diğer yandan yüklenici sözleşmenin akdedilmesi ile başlangıçta Yargıtay'ın tabiri ile avans olarak aldığı arsa payları üçüncü kişilere devreden yüklenici, arsa sahibi ile arasındaki sözleşmenin geçmiş etkili olarak sona ermesi ile kendisine devredilen arsa payları açısından devir sebebi ortadan kalkacak ve bunları iade yükümlülüğü doğacağından yüklenici üçüncü kişilere de vadetmiş olduğu devirleri gerçekleştiremeyecektir. Satış vaadi ile hak kazanmış olan üçüncü kişi ise arsa sahibinden bir talepte bulunamayacak yalnızca yükleniciden ödemelerinin iadesinin ve zarar tazmini isteyebilecektir⁵⁴⁸.

Taşınmaz satış vaadi hususundaki önemli bir diğer husus ise bu sözleşmenin tapuya şerh edilmesi durumunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme ile sona ermesi halinde ne olacağı hususu öğretide tartışmalıdır⁵⁴⁹. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre, bu sözleşmenin tapuya şerh edilmesi ile yüklenicinin devrini vadettiği arsa paylarının devri dönme ile yolsuz hale gelse dahi tapu siciline güven ilkesi gereği şerhin etkisini sürdüreceği ve üçüncü kişilerin etkisi kuvvetlendirilmiş bu nispi hakkını arsa sahibine ileri sürerek arsa paylarının devrini talep edebileceği ileri sürülmektedir⁵⁵⁰. Yargıtay'ın da görüşü olan diğer görüşe göre ise, satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh edilmiş olsa da dahi üçüncü kişilerin bunu arsa sahibine ileri süremeyeceği yönündedir⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ Erman, a.g.e., s. 183.

⁵⁴⁸ Erman, a.g.e., s. 184; Avcı, Üçüncü Kişi, s. 184; Coşkun, a.g.e., s. 858.

⁵⁴⁹ İzzet Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar (Ankara: Adalet Yayınları, 2021), s. 206.

⁵⁵⁰ Erman, a.g.e., s. 185-186; Kurşat, a.g.e., s. 445.

⁵⁵¹ Kurşat, a.g.e., s. 445; Öz, Dönme, s. 260 vd; Karataş, a.g.e., s. 206.

3.2.3.3. Taşınmaz satış sözleşmesi ile hak kazanan üçüncü kişiye dönmenin etkisi

Yukarıda izah edildiği üzere üçüncü kişiler taşınmaz satış sözleşmesi ile de hak sahibi olabilmektedir. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme ile sona ermesi durumunda asıl malik olan arsa sahibinden arsa payı devralan üçüncü kişilerin bu mülkiyet hakları korunacakken yüklenicinin sözleşme sebebiyle edindiği arsa paylarının mülkiyetine hak kazanan üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu durum genel hukuk ilkelerinden olan TMK m. 1023 kapsamında ele alındığında tapuda yer alan tescile güvenerek iyiniyetle mülkiyet kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunacağını söylemek gerekir⁵⁵². Oysa tapu siciline güven ilkesine karşın Yargıtay'ın istikrarlı kararları bu ilkenin aksinedir⁵⁵³. Zira Yargıtay kararlarında, yükleniciye devredilmiş arsa paylarının “*avans*” niteliğinde olduğunu, yüklenici sözleşmeye uygun olarak borcunu ifa etmediği takdirde arsa sahibi sözleşmeden dönerse yüklenici arsa paylarına mülkiyetini kazanmış olmayacağı için tapu siciline güvenerek iyiniyetle yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişinin bu hakkının korunmayacağını ifade etmektedir⁵⁵⁴. Yine Yargıtay aynı doğrultuda, üçüncü kişilerin ancak yüklenicinin borcunu tam olarak yerine getirmesi halinde kendilerinin söz konusu mülkiyete hak kazanacağını bildikleri ya da bilmeleri gerektiğini, üçüncü kişilerin konum itibarıyla esasen buradaki riske katlanan kişiler olduğunu ifade ederek iyiniyetle hak kazanımlarının mümkün olmadığı ifade etmektedir⁵⁵⁵. Diğer yandan Yargıtay sadece yükleniciden hak kazanan üçüncü kişilerin değil üçüncü kişiler ile sözleşme akdederek hak kazanan diğer kişilerin de TMK m. 1023'ten yararlanamayacağını ifade etmektedir⁵⁵⁶. Bu durumda arsa sahibi

⁵⁵² Oğuzman, Seliçi, Oktay, a.g.e., s. 17.

⁵⁵³ Bu hususta bazı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2019/1868, K. 2020/190, T. 22.01.2020, Yargıtay HGK, E.2018/23-240, K. 2020/43, T. 21.01.2020; Yargıtay 6. HD, E. 2021/4437, K. 2022/4390, T. 27.09.2022, www.legalbank.net [ET. 25.03.2023].

⁵⁵⁴ Saba Özmen ve Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan ‘Avans Tapu’ Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 15, S. 1 (2016), s. 18.

⁵⁵⁵ Yargıtay HGK, E. 2018/240, K. 2020/43, T. 21.01.2020, www.legalbank.net [ET. 25.03.2023]; Kostakoğlu, a.g.e., s. 61.

⁵⁵⁶ Özmen, Ürem, a.g.e., s. 16; Coşkun, a.g.e., s. 128; Öz, Dönme, s. 39; Buz, s. 121.

sözleşmeden dönme halinde yükleniciye devretmiş olduğu arsa paylarını yükleniciden ya da üçüncü kişilerden tapu iptal ve tescil davasıyla talep edebilir⁵⁵⁷.

Yargıtay'ın bu görüşü, üçüncü kişileri hak kaybına uğrattığı ve temel hukuk ilkelerine aykırılık ettiği gerekçesi ile öğretide geniş bir eleştiri bulmaktadır. Gerçekten de Yargıtay söz konusu içtihatları ile tapu siciline güven ilkesini dikkate almayarak mülkiyet hakkı ihlaline neden olduğunu ve aynı zamanda bu şekilde yükleniciye devredilen arsa paylarının tescilinin bu şekilde adeta bir bozucu şarta bağlandığı anlaşılmakta olup hukuki ilkelerle çelişmektedir⁵⁵⁸.

Bu hususta ayrıca son yıllarda verilmiş Anayasa Mahkemesi, 2014/12321 başvuru numaralı ve 20.07.2017 tarihli Faik Tari ve Sultan Tari kararı ile Yargıtay'ın gerekçeleri ile bu hususta yükleniciden arsa payını taşınmaz satış sözleşmesi ile devralmış üçüncü kişinin açıklanan durumda mahkemece tapu kayıtlarının iptal edilmesinin mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁵⁵⁹.

Bizim de katıldığımız eleştiriye göre, burada hem arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibini ve sözleşmeden dönülmesi halindeki sonuçları koruyarak hem de üçüncü kişilerin haklarını tamamen ortadan kaldırmak yerine üçüncü kişilerin TMK m. 1023 nezdinde iyiniyet değerlendirmesini olması gerektiği gibi yapmak ve ona göre karar vermek ve yine söz konusu içtihat üzere devam edilmesi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesini tabiri caizse “zorunlu olmayan bir zorunluluk” haline getirmek suretiyle üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracak şekilde bir belirli düzenleme hukuk ilkelerine daha uygun bir çözüm gibi görünmektedir.

⁵⁵⁷ Coşkun, a.g.e., s. 756 vd.

⁵⁵⁸ Yargıtay HGK, E. 2018/240, K. 2020/43, T. 21.01.2020, www.legalbank.net [ET. 25.03.2023].

⁵⁵⁹ T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12321> [ET. 25.03.2025]; Saba Özmen, “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararı’nın Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, c. 30, S. 135 (2018), s. 423; Pelin Çavdar, “Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı’nın Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 24, S. 1 (2018), s. 415 vd.

3.3. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğu

Yüklenici sözleşme ile üstlendiği inşaatı yapma borcunu ayıpsız olarak meydana getirmeli ve teslim etmelidir. Aksi halde sözleşmede yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmesi ile bir borcu daha gündeme gelmektedir⁵⁶⁰. İşte bu son aşamada inşaat teslim edildikten sonra arsa sahibinin teslim aldığı bağımsız bölümleri incelemesi ile yüklenicinin bir borcu, bir sorumluluğu doğabilmekte olup bu borç ayıptan kaynaklanan sorumluluk olarak adlandırılmaktadır⁵⁶¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak olan ayıp hükümleri TBK m. 474 - 478 arasında düzenlenmiş olan eser sözleşmesine ilişkin ayıp hükümleridir. Ancak burada önemli bir husus arsa sahibinin TKHK gereği *tüketici* sıfatını taşıması ihtimalidir⁵⁶². TKHK gereği gerekli şartların gerçekleşmiş olması halinde arsa sahibi bu kanun gereği de ayıp hükümlerine başvurabilecektir⁵⁶³.

3.3.1. Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunun şartları

Yüklenicinin ayıptan kaynaklanan sorumluluğunun meydana gelmesi için birtakım şartların oluşması gerekmektedir. Bu şartları sıralayacak olursak; inşaatın arsa sahibine teslim edilmesi, inşaatı bir ayıbın bulunuyor olması, söz konusu ayıbın arsa sahibine atfedilemiyor olması, söz konusu ayıbın arsa sahibi tarafından kabul edilmemesi ve arsa sahibinin gerekli şekil şartları olan “*muayene ve ihbar külfetlerini*” yerine getirmesi olarak ifade edilebilir⁵⁶⁴. Bu şartların gerçekleşmesi ile

⁵⁶⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 645.

⁵⁶¹ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1025; Eren, Özel Hükümler, 2021, s. 645; Mehmet Deniz Yener, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 4, S. 1 (2009), s. 158.

⁵⁶² Yıldırım, a.g.m., s. 1173; Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca arsa sahibi tüketici olarak kabul edilmemekte olup her somut durumun şartlarına göre değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/1607, K. 2018/3413, T. 25.09.2018, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁵⁶³ Sözleşmenin tüketici kanunu kapsamına girebilmesi için “yatırım ya da kâr amacı ile yapılmıyor olması” gerekmekte olup arsa sahibinin TKHK uyarınca tüketici sıfatında olduğu ve “inşaatın konut veya tatil amacıyla yapılması durumunda” ancak tüketici kanunu kapsamında değerlendirilebilir. TKHK m. 11’e göre arsa sahibinin tüketici olması halinde kendisine tanınan seçimlik haklar düzenlenmiştir. Hükme göre eser sözleşmesi hükümlerinden farklı olarak “misliyle değişim hakkı” da tanınmış olup arsa sahibinin tüketici olması halinde bu hakkını da kullanması mümkün olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zekeriya Kürşat, İnşaat Sözleşmeleri, s. 640 vd.

⁵⁶⁴ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1024; Halis Cengiz ve Mehmet Cengiz, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, (Ankara: Seçkin, 2021), s. 64; Eren, Borçlar Özel, s. 646.

yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Bu sayılan şartlar aşağıda sırası ile izah edilmiştir.

3.3.1.1. İnşaatın arsa sahibine teslimi şartı

TBK m. 474/1 uyarınca yüklenicinin ayıptan kaynaklanan sorumluluğunun doğması olması için ilk şart inşaatın “*arsa sahibine teslim edilmesi*”dir⁵⁶⁵. Teslim için, yüklenicinin inşaatı teslim borcu bölümünde açıklandığı üzere, inşaatın tamamlanarak arsa sahibinin hakimiyet alanına sokulması gerekmektedir⁵⁶⁶. Teslime sunulan inşaatla önemsiz eksiklikler, ayıplar hukukî teslimin gerçekleşmesini engellemez ancak yüklenicinin sorumluluğunu doğurur⁵⁶⁷.

Eğer teslimden önce, inşaatın yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı olarak ya da sözleşmeye aykırı teslim edileceği anlaşıyorsa, arsa sahibi yükleniciye süre vererek ayıbın veya aykırılığın giderilmesini ya da masrafı yükleniciye ait olacak şekilde üçüncü kişiye bu giderimin yaptırılacağını ihtar edebilir.

Teslim edilen inşaatın aynı zamanda tamamlanmış olması gerekmektedir. Zira tamamlanmamış inşaat durumunda arsa sahibinin başvurması gereken hukukî imkânlar inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasını dava etmek, TBK m. 113 gereği nama ifa talep etmek ya da yüklenicinin temerrüdü hükümlerine başvurmaktır.

İzah edilen sebeplerle özetle yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun doğabilmesinin ön şartı yüklenicinin asli edimlerini yani inşaatı tamamlama ve teslim etme borçlarını yerine getirmesidir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Erman, a.g.e., s. 121; Cengiz, a.g.e., s. 46.

⁵⁶⁶ Erman, a.g.e., s. 34; Mustafa Gür, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 33 vd.

⁵⁶⁷ Gümüş, Borçlar Özel, s. 96.

⁵⁶⁸ Turan Şahin, “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, S. 2, (2016), s. 138; Erman, a.g.e. s. 121.

3.3.1.2. İnşaatın ayıplı olması şartı

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun söz konusu olması için teslim edilen inşaatta bir ayıp bulunmalıdır. Ayıp kavramı, meydana getirilen inşaatın “*sözleşme kararlaştırılan nitelikleri*” taşımaması ya da sözleşmede yer almasa dahi “*inşaatta bulunması gereken nitelikleri*” taşımaması olarak ifade edilebilir⁵⁶⁹.

Meydana getirilen işin ayıplı olması ile eksik olması hususları birbirinden farklıdır⁵⁷⁰. Ayıplı iş söz konusu olduğunda, inşaat tamamlanmıştır ancak sözleşmeye ya da dürüstlük kuralına aykırı bir nitelik bulunması ya da bulunmaması hali söz konusu olur⁵⁷¹. Oysaki inşaatta eksik iş söz konusu ise, yüklenici edimi olan inşaatın bir kısmını ifa edememiş durumdadır. İnşaatta bir eksik ifa durumu söz konusu ise bu durumda temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

3.3.1.2.1. Açık ayıbın mevcut olması hali

Kanunda açık ayıp ve gizli ayıp tanımlamaları yapılmamış olup öğretide ve uygulamada bu ayrımlar ve sonuçlarına oldukça yer verilmektedir⁵⁷². Bu tanımlamalar göz önüne alındığında açık ayıptan anlaşılması gerekenin teslim alınan inşaatın arsa sahibi tarafından muayene edilip incelenmesi ile görülen ayıplardır. Arsa sahibi açık ayıpların mevcudiyeti halinde inşaatı kabul etmemelidir aksi halde açık ayıplar için yüklenici sorumluluktan kurtulacaktır meğerki arsa sahibi inşaatı kabul ederken ihtirazi kayıt koymuş olsun (TBK m. 477/1).

3.3.1.2.2. Gizli ayıbın mevcut olması hali

Gizli ayıp arsa sahibinin özen ve dikkati göstererek muayene külfetini yerine getirdiği esnada görülemeyen daha sonra, genelde kullanıma bağlı olarak, ortaya

⁵⁶⁹ Tandoğan, a.g.e., s.161; Erman, a.g.e., s. 121; Sütçü, a.g.e., s. 801.

⁵⁷⁰ Zeynep Özcan, “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 11, (2018), s. 325.

⁵⁷¹ Gür, a.g.e., s. 107; Cengiz, a.g.e., s. 46.

⁵⁷² Gür, a.g.e., s. 115; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 400.

çıkan ayıplara denir⁵⁷³. Bu sebeple gizli ayıplar için açık ayıplarda olduğu gibi muayene külfetinin yerine getirilmesi bir zorunluluk değildir⁵⁷⁴. Gizli ayıplarda muayene külfeti bulunmuyor olsa da ihbar külfeti bulunmaktadır. TBK m. 477/3 hükmüyle arsa sahibine gizli ayıp ortaya çıkar çıkmaz gecikmeksizin bu durumu yükleniciye bildirme külfetini getirerek aksi halde inşaatı kabul ettiği varsayılacağı düzenlenmiştir.

3.3.1.3. Ayıbın arsa sahibinden kaynaklanmaması

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun söz konusu olması için bir diğer şart, işbu ayıbın arsa sahibine yükletilebiliyor olmamasıdır⁵⁷⁵. Zira TBK m. 476'ya göre mevcut ayıp arsa sahibinin yapmış olduğu ya da yapmamış olduğu bir durumdan sadır ise bu halde yüklenicinin sorumluluğunun tekrar değerlendirilmesi gerekecektir⁵⁷⁶. Ayıbın arsa sahibine yükletilebilir durumda olmasının yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırması için bununla beraber birkaç hususun daha gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵⁷⁷. Bu hususta TBK m. 472/3'e göre, arsa sahibinin temin ettiği malzeme ya da arsanın ayıplı olduğunun anlaşılması halinde yüklenicinin bu durumu *"hemen arsa sahibine bildirmesini aksi halde kendisinin sorumlu olacağını"* düzenlemiştir. Getirilen bu şart *"ayıbın arsa sahibine yükletilebilir olması"* kistasını oldukça daraltmış ve bu halde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen yükleniciyi sorumlu tutmuştur⁵⁷⁸. Bu hüküm ve TBK m. 476'da geçen *"yüklenicinin açık ihtarı"* ibaresi ile yükleniciye söz konusu ayıba karşı uyarma ve bildirimde bulunma borcu getirmiştir. Yüklenicinin bu şekilde sorumluluktan kurtulabilmesi için elbette arsa sahibinden sadır olan sebep ile söz konusu ayıp arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

İşte yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için gerekli bir şart olan söz konusu ayıbın arsa sahibine yükletilebilir olmaması gerekmesi ile

⁵⁷³ Erman, a.g.e., s. 113; Betül Güven, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Ayıplı İfa* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), s. 60.

⁵⁷⁴ Gür, a.g.e., m. 117.

⁵⁷⁵ Şenocak, a.g.e., s. 131.

⁵⁷⁶ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 554.

⁵⁷⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 644.

⁵⁷⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 645.

kanun bu şartın yanında birtakım sorumluluklar da getirerek durumunu ağırlaştırmıştır⁵⁷⁹.

3.3.1.4. Ayıbın arsa sahibi tarafından kabul edilmemesi

Ayıplı inşaatın arsa sahibi tarafından teslim alınmasının akabinde kabul edilmesi ile artık arsa sahibi yüklenicinin inşaatı mevcut olan ayıplardan sorumlu olduğunu ileri süremeyecektir⁵⁸⁰. Açık veya örtülü olarak yapılabilen kabul beyanı, hukuken bir irade beyanı olup arsa sahibinin teslim aldığı inşaatı benimsediğini gösterir (TBK m. 477)⁵⁸¹. Dolayısıyla arsa sahibinin kabulü karşısında yüklenici kural olarak ayıptan doğan sorumluluktan kurtulacaktır.

TBK m. 477/2 hükmünde örtülü kabulün kanun tarafından getirilmiş bir hali söz konusudur⁵⁸². TBK m. 477/3'te ise, inşaatı gizli bir ayıp çıkması durumunda gecikmeksizin yükleniciye bildirim yapılması gerektiğini aksi halde yine inşaatı kabul etmiş sayılacağına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.

3.3.1.5. Arsa sahibinin şekli şartları yerine getirmesi

Arsa sahibinin yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğa gidebilmesi için şekli şartlar olan gözden geçirme yani muayene etme ve durumu yükleniciye bildirim külfetlerini yerine getirmesi gerekmektedir (TBK m. 474)⁵⁸³. Öğretide şekli şartlar olarak da geçen bu külfetler, yerine getirilmemesi halinde arsa sahibi açısından bir sorumluluk doğurmaz ancak bu husustaki hukukî imkânlarını kullanabilmesine engel olur⁵⁸⁴.

Arsa sahibinin inşaatı gözden geçirmesi diğer bir deyişle muayene etmesi, kendisine tamamlanmış olarak teslim edilmiş olan inşaatı sözleşmede yer alan ve ayrıca TMK m. 2 gereği inşaatı bulunması gereken özelliklerin bulunup bulunmadığını

⁵⁷⁹ Şenocak, a.g.e., s. 135; Eren, Borçlar Özel, s. 638.

⁵⁸⁰ Gür, a.g.e., s. 36; Güven, a.g.e., s. 72.

⁵⁸¹ Eren, Borçlar Özel, s. 640; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 554.

⁵⁸² Zevkliler, a.g.e., Gökyayla, s. 558.

⁵⁸³ Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), s. 179; Gür, a.g.e., s. 19; Yener, Ayıp, s. 159; Cengiz, a.g.e., s. 64.

⁵⁸⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 642; Şenocak, a.g.e., s. 109; Gür, a.g.e., s. 66-69.

incelemesidir⁵⁸⁵. Burada arsa sahibinin ne düzeyde inceleme yapmasının yeterli olacağının ölçütü yine somut duruma göre belirlenecek olmakla beraber “ortalama” bir kıstasın ele alınması gerektiği ileri sürülür.

Yine arsa sahibinin ne zaman gözden geçirme külfetini yerine getireceği TBK m. 474/1’de “*imkân bulur bulmaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanunun geniş bir anlama gelecek bir tabir kullanması öğretide somut olaya göre süre tayinin yapılması gerektiği olarak yorumlanmıştır⁵⁸⁶.

Arsa sahibinin muayene külfetini yerine getirmesinin akabinde muayene ile tespit ettiği ayıplar mevcut ise bunları yükleniciye bildirme külfeti gündeme gelir⁵⁸⁷. Arsa sahibi yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurmak ve seçimlik haklarını kullanmayı dilerse mutlaka bildirim külfetini de yerine getirmelidir⁵⁸⁸. Ayıp bildiriminin kanunen getirilmiş bir şekilde şartı mevcut değildir ancak ayıp bildirimi yapıldığının ispatı arsa sahibi üzerindedir. Bu sebeple yazılı bir bildirimde bulunmak arsa sahibinin bu husustaki haklarını koruyacak olup Yargıtay bildirim yapıldığının ispatına ilişkin tanık delilini de yeterli bulmaktadır⁵⁸⁹. Bununla birlikte geçerli bir ayıp bildiriminin yapılması için arsa sahibinin yükleniciye sadece mevcut ayıbı bildirmesi yeterli olmayıp hangi ayıpların mevcut olduğu hususunda yeterli bir bilgi verip inşaatı bu hali ile kabul etmediğini ve bundan dolayı yüklenicinin sorumluluğunun mevcut olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir⁵⁹⁰.

Ayıp bildiriminin ne zaman yapılacağı hususunda ise, açık bir ayıbın mevcut olması halinde TBK m. 477/2 uyarınca her olay için ayrı değerlendirme yapılarak “*makul, dürüst, orta zekalı*” bir kişinin mevcut ayıbı yükleniciye bildirebileceği süre tespit edilerek bu zaman esas alınır. Gizli bir ayıbının mevcut olması halinde TBK m. 477/3 gereği ayıbın fark edilmesi ile bu durumu derhal yükleniciye bildirmesi gerekir aksi halde ayıplı inşaatı kabul etmiş sayılır. Söz konusu sürelerin tespiti yapılırken her zaman dürüstlük kuralı esas alınmalıdır.

⁵⁸⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 642; Gür, a.g.e., s. 56.

⁵⁸⁶ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 558.

⁵⁸⁷ Öz Seçer, “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. II, S. 145-146 (İstanbul 2016), s. 729.

⁵⁸⁸ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 558.

⁵⁸⁹ Ayıp bildiriminin yapıldığının tanık delili ile ispat edilebileceğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 1977/11-393, K. 1979/80, T. 02.02.1979, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022].

⁵⁹⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 653.

3.3.2. Ayıptan dolayı arsa sahibinin hakları

3.3.2.1. Genel olarak

Yukarıda ifade edilen şartların gerçekleşip yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu gündeme geldiğinde, bu durumun sonucu olarak arsa sahibinin yükleniciden talep edebileceği seçimlik hakları doğar⁵⁹¹. TBK m. 475 uyarınca bu seçimlik haklar “sözleşmeden dönme”, “bedelden indirim” ve “ücretsiz onarım” şeklindedir. Bununla birlikte ayrıca şartları olduğu takdirde arsa sahibinin tazminat hakkı da mevcuttur.

Arsa sahibine tanınmış olan bu haklar yenilik doğurucu nitelikte olup bu hakların özellikleri olarak kullanılmakla tükenirler, karşı tarafa varmakla tüm sonuçlarını doğururlar ve herhangi bir şarta bağlı olarak ileri sürülemezler⁵⁹². Elbette genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı bu kapsamda değildir⁵⁹³. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu halinde arsa sahibinin kullanabileceği seçimlik haklar yukarıda sayılanlardan ibaret olup bu hakların arttırılamaz. Buna ilişkin Yargıtay bir kararında, somut uyuşmazlıkta “misliyle değişim” talebinin TBK’da düzenlenmiş bir seçimlik hak olmaması ile buna hükmedilmesinin mümkün olmamasıyla beraber yalnızca bu hakkı talep eden alacaklıya taleple bağlılık ilkesi gereği diğer seçimlik haklarından birinin de kullandırılmayacağı ifade ederek davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁹⁴.

3.3.2.2. Sözleşmeden dönme hakkı

3.3.2.2.1. Genel olarak

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu durumunda TBK m. 475/1 hükmü doğrultusunda arsa sahibi dönme hakkını kullanabilir⁵⁹⁵. Dönme beyanında bulunması herhangi bir

⁵⁹¹ Gür, a.g.e., s. 122; Yener, Ayıp, s. 161 vd.; Cengiz, a.g.e., s. 75.

⁵⁹² Erman, a.g.e., s. 141 – 142; Güven, a.g.e., s. 81.

⁵⁹³ Şahin, a.g.m., s. 149.

⁵⁹⁴ Buna ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2014/4247, K. 2015/2265, T. 29.04.2015, www.lexpera.com [15.12.2022].

⁵⁹⁵ Gür, a.g.e., s. 123; Cengiz, a.g.e., s. 75; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1035; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 406.

şekil şartına tabi tutulmamış olup herhangi bir şekle tabi olmaksızın yapılabilir meğerki taraflar tacir olsun⁵⁹⁶.

Arsa sahibinin dönme seçimlik hakkını kullanması, inşaatı tamamlayarak teslim etmiş olan yüklenici için oldukça ağır bir yaptırım doğurmaktadır. Önceki bölümde ifade edilmiş olduğu üzere, dönmenin gerçekleşmesi ile sözleşme hiç kurulmamış gibi sonuç doğuracağından ve tarafların ifa ettikleri edimleri iade yükümlülüğü doğacağından arsa sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için birtakım şartlar getirilmiştir.

3.3.2.2.2. Dönme hakkının kullanılabilmesinin şartları ve sonuçları

TBK uyarınca arsa sahibinin dönme seçimlik hakkını kullanabilmesinin ilk şartı, arsa sahibine teslim edilmiş olan inşaat, arsa sahibi tarafından kullanılamayacak veya dürüstlük kuralı gereği inşaatı kabul etmeye zorlanamayacağı düzeyde ayıplı olması gerekmektedir⁵⁹⁷.

İnşaatta bulunan ayıpların arsa sahibine teslim edilmiş olan bağımsız bölümlerin kullanılmasını ne ölçüde engellediği hakkaniyete uygun olarak her somut olay gereği değerlendirilecektir. Yargıtay'a göre, dönme hakkının kullanılabilmesi için arsa sahibinin kabule edemeyeceği ölçüde bir ayıp ya da bu ölçüde sözleşme aykırılık olması gerekmektedir⁵⁹⁸.

Arsa sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için ikinci şart TBK m. 475/3'te düzenlenmiştir. Buna göre arsa sahibinin arsası üzerine yapılmış olan inşaatın söz konusu olması halinde dönme ile inşa edilen yapının yıkılarak kaldırılması kanun deyiimiyle aşırı bir zarar doğuracaksa arsa sahibinin dönme hakkını kullanamayacağını düzenlemiştir. Buna binaen dönme halinde gerekli ikinci şart

⁵⁹⁶ Nihat Yavuz, *Ayıplı İfa* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), s. 463; Erman, a.g.e., s. 146.

⁵⁹⁷ Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 1989), s. 106; Yener, Ayıp, s. 162; Bu duruma ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2011/5015, K. 2012/5529, T. 10.09.2012, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022]; Gür, a.g.e., s. 152.

⁵⁹⁸ Dönme hakkının hangi durumda kullanılabileceği hakkındaki Yargıtay değerlendirmesi için bkz. Yargıtay, 15. HD, E. 2014/5389, K. 2015/801, T. 18.02.2015, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022].

“aşırı zarar oluşmaması”dır⁵⁹⁹. Burada inşaattaki ayıbın kabul edilemez nitelikte olduğu hususundaki ispat yükü arsa sahibine ait olup dönme hakkının kullanılması ile inşaatın kaldırılması gerektiğinden bu eylemin aşırı zarar meydana getireceği hususunun ispatı ise yüklenicidedir⁶⁰⁰.

Dönme hakkının hukukî niteliği ve kullanılması ile doğacak hukukî sonuçları bakımından öğretideki farklı görüşler yüklenicinin temerrüdü bölümünde izah edilmişti. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun gündeme gelmesi için inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi gerektiğinden burada dönmenin geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağını kabul etmek kabul edilebilir olmayabilecektir. Bunun yanında yeni dönme görüşüne göre dönmenin ileriye etkili fesih şeklinde sonuç doğurarak tarafların iade yükümlülüklerini mevcut sözleşmedeki edimlerin değişmesi şeklinde devam ettireceğini kabul etmek ayıptan doğan sorumlulukta inşaat tamamlanmış olduğundan hukukî ve vicdani olarak daha uygun olacaktır⁶⁰¹.

3.3.2.2.3. Ayıp halinde dönmenin üçüncü kişilere etkisi

Arsa sahibinin sözleşmeden ayıp sebebiyle dönmesi sonucu uygulamadaki sorunlardan biri de dönülen asıl sözleşmeye dayanarak hak kazanmış üçüncü kişilerin durumudur⁶⁰². Zira arsa sahibi ile yüklenicinin sözleşmeyi akdedilmesiyle yüklenicinin işlemleri daha kolay gerçekleştirebilmesi için arsa paylarının bir kısmını ya da bazı durumlarda tamamını yükleniciye devredebilmektedir⁶⁰³. İnşaatı yaparken oldukça masraf yapacak olan yüklenici ise inşaata bazen başlamadan dahi satış yapmaya başlayarak inşaatın tamamlanması ile kendisine ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devrederek kendisine finansman sağlamaktadır⁶⁰⁴. Bu halde üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı hususunda öğretide ve yargıtay uygulamasında farklı görüşler mevcuttur.

⁵⁹⁹ Dönme talebi halinde bunun kanuni şartlar ve aşırı zarar yol açmaması şartlarını taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2014/2346, K. 2014/5868, T. 23.09.2014, www.lexpera.com [ET. 30.12.2022].

⁶⁰⁰ Erman, a.g.e., s. 146; Cengiz, a.g.e., s. 80;

⁶⁰¹ Eren, Borçlar Özel, s. 648.

⁶⁰² Erman, a.g.e., 175; Cengiz, a.g.e., s. 88.

⁶⁰³ Erman, a.g.e., s.175; Kostakoğlu, a.g.e., s. 1100.

⁶⁰⁴ Gümüş, Borçlar Özel, s. 222.

Bu hususta öğretide ileri sürülen yeni dönme görüşüne göre, dönme ile yüklenicinin sözleşmedeki borcu değişerek borcunun yerini iade aldığından yüklenici hem arsa sahibine iade yükümlülüğünü yerine getirmeli aynı zamanda üçüncü kişilerle yapmış olduğu sözleşmede de borca aykırılık durumu söz konusu olduğundan üçüncü kişilerin de zararlarını gidermelidir. Üçüncü kişi ile arasında bir sözleşme bulunmayan arsa sahibi ile birbirlerinden talepleri olamayacaktır⁶⁰⁵.

Arsa sahibi ile üçüncü kişilerin birbirinden bir taleplerinin söz konusu olamayacağı görüşü ileri sürülüyor olsa da Yargıtay klasik dönme görüşünü benimseyerek dönmenin aynı etkili olduğunu ve arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile yüklenicinin üçüncü kişilere devretmiş olduğu tapulara yönelik “*tapu iptal tescil davası ikame edebileceklerini*”, üçüncü kişilerin “*iyiniyetle hak kazanımı imkânından yararlanamayacağı*” ileri sürülmektedir⁶⁰⁶. Yargıtay’a göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile yüklenicinin üçüncü kişilere gerçekleştirdiği devirler arsa sahibi tarafından iade alınabilecektir⁶⁰⁷. Yargıtay üçüncü kişilerden devralan diğer kişilerin haklarını da iyiniyet kuralı gereği korumamaktadır⁶⁰⁸. Yargıtay’ın bu uygulaması kanun maddesine aykırı uygulama ve hakkaniyet ilkesine aykırılık nedeniyle öğretide eleştirilmektedir. Bu hususta yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi başlığında izah ettiğimiz hususlar burada da geçerlidir.

3.3.2.3. Bedelden İndirim Hakkı

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu halinde arsa sahibinin, diğer seçimlik hakkı ise TBK m. 475’te düzenlenen inşaatı alıkoyarak mevcut ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkıdır⁶⁰⁹. Arsa sahibinin bu hakkı BK’da ayıbın “*yüksek derecede*

⁶⁰⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 649.

⁶⁰⁶ Kübra Şen, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Durumu”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 9, S. 1, (2021), s. 43.

⁶⁰⁷ Ana sözleşmeden dönülmesi ile üçüncü kişilerin iyiniyetinin dikkate alınmayacağı hususunda Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, T. E. 2018/4559, K. 2019/2998, T. 26.6.2019, www.legalbank.net [ET. 01.01.2023]; Yargıtay 15. HD, E. 2019/643, K. 2019/3904, T. 14.10.2019, www.legalbank.net [ET. 15.12.2022].

⁶⁰⁸ Şen, a.g.m., s. 43.

⁶⁰⁹ Gür, a.g.e., s. 125; Güven, a.g.e., s. 98; Cengiz, a.g.e., s. 90.

ehemmiyeti haiz olmaması” tabiri ile düzenlenmekteyken yeni düzenleme ile bu ifade çıkartılmıştır. Buradaki ifade çıkartılmış olsa dahi uygulama esas alındığından gerçekten de arsa sahibinin ancak önemli olmayan ayıplar için bu seçeneği kullandığı görülecektir. Zira daha büyük bir ayıbın söz konusu olması halinde arsa sahibinin başvuracağı seçenek sözleşmeden dönme seçeneği olabilecektir.

Yargıtay uygulaması ile de kabul edildiği üzere arsa sahibinin inşaatı mevcut ayıp sonucunda bedelden indirim talep edebilmesi için inşaatın sözleşmeye aykırı olmaması ya da söz konusu ayıbın önemsiz bir ayıp olması gerektiği kabul edilmektedir⁶¹⁰. Arsa sahibinin söz konusu bedelden indirim seçimlik hakkını kullanabilmesi için bir diğer şart elbette ki söz konusu ayıbın inşaatın değerini düşürmüş olması durumudur⁶¹¹.

Arsa sahibinin bedelden indirim seçimlik hakkını kullanabilmesi için kanun hükmü gereğinde eseri alıkoyması gerekmektedir⁶¹². Buna göre, zaten ayıptan doğan haklarını kullanmak için inşaatı teslim alması gereken arsa sahibinin bu seçimlik hakkını kullanabilmek için inşaatı hâkimiyet alanında bulundurması diğer bir deyişle eseri teslim almış olması gerekmektedir⁶¹³. Arsa sahibi hâkimiyetinde bulundurduğu bağımsız bölümleri dilerse satması yine de bu seçimlik hakkını kullanmasına engel değildir. Zira bu seçimlik hak ile amaçlanan edimler arası dengesizliğin giderilmesidir⁶¹⁴.

3.3.2.4. İnşaatın ücretsiz onarılmasını isteme hakkı

İnşaatıdaki ayıp halinde arsa sahibine tanınmış seçimlik haklardan biri de TBK m. 475’te düzenlenmiş olan inşaatın ücretsiz onarılmasını isteme hakkıdır⁶¹⁵. Arsa sahibine tanınmış olan bu hak yüklenicinin kusuru aranmaksızın inşaatıdaki ayıp durumunda arsa sahibine alternatif olarak getirilmiş ve mevcut ayıpların yüklenici tarafından kaldırılmasını talep etme hakkı veren bir imkândır.

⁶¹⁰ Yargıtay 15. HD, E. 1999/4706, K. 2000/1964, T. 24.4.2000, www.legalbank.com [ET.15.12.2022]; Şahin, a.g.m., s. 148; Yener, Ayıp, s. 168.

⁶¹¹ Şahin, a.g.m., s. 147.

⁶¹² Yavuz, Ayıplı İfa, s. 464.

⁶¹³ Şahin, a.g.m., s. 148.

⁶¹⁴ Yavuz, Ayıplı İfa, s. 464.

⁶¹⁵ Yavuz, Ayıplı İfa, s. 465; Gür, a.g.e., s. 126.

TBK m. 474/1/3, aşırı bir masrafı gerektirmemesi halinde arsa sahibine bedelsiz onarım imkânı getirmiştir. Öğreti ve Yargıtay görüşüne göre kabul edilemez düzeyde ayıp bir inşaat bulunmadığı takdirde arsa sahibi bedelsiz onarım veya ücretten indirim haklarını kullanabilecektir⁶¹⁶.

Arsa sahibinin inşaatteki ayıbın ücretsiz giderilmesini isteme hakkı için gerekli şartlar ise öncelikle kanun lafzında ifade edilen ayıbın giderilmesini aşırı bir masrafı gerektirmemesi, ayıbın giderilebilecek türden bir ayıp olması ve dönmeyi gerektirecek derecede önemli bir ayıp olmaması gerekir.

Arsa sahibinin seçimlik hakkını kullanması için bunu mutlaka yükleniciye yöneltmesi gerekmekte olup arsa sahibi bu hakkını kullanmayı ileri sürmedikçe mahkeme tarafından dikkate alınması söz konusu değildir. Bu hususta Yargıtay bir kararında arsa sahibinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği itirazının hukuki nitelik itibarıyla bir *def'i* olduğundan bunun yüklenici tarafından ileri sürülmesi gerektiği, aksi halde mahkeme bu durumu resen dikkate almayacağından bildirim yapıldığının kabulüne göre hüküm kurulacağına hükmetmiştir⁶¹⁷.

3.3.2.5. Tazminat talep hakkı

Teslim edilen inşaatla mevcut ayıplar için arsa sahibine tanınmış başka bir imkân da tazminat talep etme hakkıdır⁶¹⁸. Arsa sahibine tanınmış tazminat talep hakkı, yukarıda izah edilen seçimlik haklardan biri olmayıp arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanarak gideremediği ayıplar için söz konusudur. Arsa sahibi tazminat hakkını diğer seçimlik hakların yerine ya da seçimlik hakkını kapsar bir şekilde kullanamaz⁶¹⁹. Ancak tek başına tazminat talep etmesine de bir hukukî engel yoktur.

Arsa sahibine getirilmiş tazminat hakkının doğabilmesi için elbette tazminat sorumluluğu şartlarının mevcut olması gerekmektedir. Bunun için arsa sahibinin

⁶¹⁶ Yargıtay 15. HD, E. 2019/2359, K. 2019/3731, T. 02.10.2019, www.legalbank.net [ET. 20.12.2022]; Erman, a.g.e., s. 152.

⁶¹⁷ İlgili karar için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2013/2829, K. 2013/4913, T. 17.09.2013, www.legalbank.net [ET. 20.12.2022].

⁶¹⁸ Gür, a.g.e., s. 129; Yener, Ayıp, s. 169.

⁶¹⁹ Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 534.

ayıptan doğan bir zararının oluşması, yüklenicinin bu zarardan dolayı kusurunun bulunması ve elbette illiyet bağı bulunması gerekmektedir⁶²⁰.

3.3.3. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu sona erdiren nedenler

3.3.3.1. Ayıbın arsa sahibine yükletilebilir olması

Yukarıda izah edildiği üzere yüklenicinin inşaattaki ayıptan sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle TBK m. 476 uyarınca söz konusu ayıbın “*arsa sahibine yükletilemiyor olması*” gerekmektedir. Ancak hüküm gereği ayıbın arsa sahibine yükletilebiliyor olması ile yüklenicinin sorumluluğunun sona ermesi için yüklenicinin arsa sahibine ihtarda bulunması da gerekmektedir⁶²¹.

3.3.3.2. Arsa sahibinin inşaatı kabul etmesi

Arsa sahibinin inşaatı açık veya örtülü olarak kabul etmesi ile yüklenici açık ayıplar için sorumluluktan kurtulur⁶²². Arsa sahibin henüz inşaatı inceleme imkânı bulamadığı takdirde bu hususta mutlaka ihtirazi kayıt ile inşaatı kabul etmelidir. Aksi halde yüklenicinin açık ayıplar için sorumluluğu sona erecektir. Hükme göre arsa sahibinin inşaatı gözden geçirme ile fark edemeyeceği ayıplar ya da yüklenici tarafından gizlenmiş olan ayıplar hakkında yüklenici sorumlu olmaya devam eder.

Arsa sahibi seçimlik haklarını kullanması için getirilmiş şekli şartlar olan “*gözden geçirme*” ve “*bildirim*” külfetlerini yerine getirmeyi ihmal ederse inşaatı hukuken kabul ettiği varsayılacaktır. Elbette bu kabul etmiş sayılma daha sonradan ortaya çıkacak gizli ayıpları kapsamayacaktır. İnşaatı teslim aldıktan sonra şekli külfetlerini ihmal ederek inşaatı kabul etmiş sayılan arsa sahibi, daha sonra bağımsız bölümlerde bir gizli ayıp ortaya çıkarsa bu ayıplar için ayrıca külfetleri doğacaktır⁶²³.

İnşaatı sonradan ortaya çıkan ayıplar halinde ise, TBK m. 477/3 uyarınca, gizli ayıp meydana gelir gelmez arsa sahibi durumu yükleniciye bildirmek mecburiyetindedir.

⁶²⁰ Kusurun ispatı hususunda bkz. Eren, Borçlar Özel, s. 662.

⁶²¹ Erman, a.g.e., s. 160; Yener, Ayıp, s. 171.

⁶²² Erman, a.g.e., s. 163; Yener, Ayıp, s. 172.

⁶²³ Erzurumluoğlu, a.g.e., s. 185.

Aksi halde gizli ya da gizlenmiş ayıpları ortaya çıkmasıyla gecikmeksizin yükleniciye bildirmeye arsa sahibi inşaatı gizli ayıplarıyla beraber kabul etmiş sayılacaktır⁶²⁴.

3.3.3.3. Zamanaşımı süresinin geçmesi

TBK m. 478’de yüklenicinin ayıplı ifası akabinde arsa sahibi tarafından ikame edilecek davalara zamanaşımına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir⁶²⁵. Hükme göre meydana getirilen eser, bir taşınmaz ise beş yıl zamanaşımı süresi öngörülerek yüklenicinin ağır bir kusurunun bulunması halinde ise her durumda yirmi yıllık zamanaşımı süresi getirilmiştir⁶²⁶.

Bu hüküm, zamanaşımına ilişkin TBK m. 146 ve devamında düzenlenen genel hükümlere göre özel hüküm niteliğinde olup bu hususta zamanaşımına ilişkin genel nitelikler burada da uygulama alanı bulacaktır. TBK m. 147/6 hükmü gereği yüklenicinin ayıp dışında kalan yükümlülüklerini ağır kusuru ile yerine getirmediği alacak talepleri dışında beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

3.6.3.4. Sorumsuzluk anlaşmasının bulunması durumu

Sözleşmede taraflar yüklenicinin ayıp halinde sorumlu olmayacağına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması yapabilirler. Zira TBK m. 474 ve devamında düzenlenmiş hükümler emredici hüküm niteliğinde olmadığından tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür.

Taraflar anlaşarak TBK m. 115’e göre, ağır kusurdan sorumsuzluk dışında, bir sorumsuzluk anlaşması yapabileceklerdir⁶²⁷. Taraflar sorumsuzluk anlaşması ile yüklenicinin hafif kusurlarından sorumlu olmayacağını düzenleyebilirler⁶²⁸. Ancak yüklenici ağır kusurlu ise ayıptan doğan sorumluluk, sorumsuzluk anlaşması ile

⁶²⁴ Erman, a.g.e., s. 166.

⁶²⁵ Gür, a.g.e., s. 130.

⁶²⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 663; Gür, a.g.e., s. 131.

⁶²⁷ Nilgün Başalp, *Sorumsuzluk Anlaşmaları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), s. 5.

⁶²⁸ Başalp, a.g.e., s. 178

kaldırılmayacağından diğer bir deyişle bu sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacağından yüklenici sorumlu olmaya devam edecektir⁶²⁹.

TBK m. 115/3'te uzmanlık gerektiren alanlarda hafif kusurlara ilişkin olarak da sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı belirtilmiştir. Buradaki şartları avukatlık, doktorluk, mimarlık gibi meslek gruplar sağlayacağından yüklenicinin faaliyetinin bu gruba girmeyeceği kabul edilmektedir⁶³⁰.



⁶²⁹ Başalp, a.g.e., s. 175.

⁶³⁰ Numan Tekelioğlu, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 6, S 1-2, (2017), s. 15.

BÖLÜM III

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN

SONA ERMESİ

1. SONA ERME SEBEPLERİ VE SONUÇLARI

1.1. Genel Olarak

Çalışmanın bu bölümünde sözleşmenin sona erme halleri ve bunların sonuçları ele alınacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme sebeplerini sıralayacak olursak bunların başında sözleşmenin en temelde sona erme şekli olan ifa ile sona erme gelmektedir. Bunun akabinde temelde sözleşmenin sona erme sebepleri tarafların anlaşması ile, ifa imkânsızlığı ile, arsa sahibinin tek taraflı beyanı ve yüklenicinin tek taraflı beyanı ile sona erebilmektedir⁶³¹. İfade edilen işbu sona erme sebepleri aşağıda incelenerek varsa çeşitleri ve sonuçları açıklanacaktır.

1.2. İfa ile Sözleşmenin Sona Ermesi

Sözleşmenin sona erme sebeplerinden ilki tarafların sözleşme ile borçlandıkları edimleri ifa etmeleri diğer bir deyişle borçlandıkları edimleri sözleşmeye uygun olarak yerine getirmeleridir⁶³². Sözleşmede taraflardan yüklenici, edimi olan inşaatı yapma borcunu; sözleşme, kanun ve dürüstlük kuralına göre inşa ederek ve vadesinde arsa sahibine teslim ederek borcundan kurtulur. Buna karşılık arsa sahibi de arsa payı devretme ya da bağımsız bölüm devretme borcunu sözleşmeye uygun

⁶³¹ Canan Ruhi ve Ahmet Celal Ruhi, Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 76; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1053 vd.; Gümüş, Borçlar Özel, s. 190; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 572; Eren, Borçlar Özel, s. 682; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 591 vd.; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 423; Akıntürk, Ateş, a.g.e., s. 318; Kaner, a.g.t, s. 58 vd.; Kahveci, a.g.t., s. 140.

⁶³² Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 535.

olarak ifa ederek borcundan kurtulur. Bu şekilde tarafların sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmesi ile sözleşme kural olarak sona ermesi gerektiği gibi ifa sebebi ile sona ermiş olacaktır⁶³³. İfaya ilişkin genel hükümler, TBK m. 83 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olup niteliği itibarıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası hususunda da geçerli olacaktır⁶³⁴.

1.3. Anlaşma ile Sona Erme

Sözleşmenin bir diğer sona erme hali, tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesidir. İkale olarak da ifade edilen bu durum ile yüklenici ve arsa sahibi sözleşme serbestisi çerçevesinde sözleşme akdettikleri gibi yine sözleşme serbestisi kapsamında sözleşmeyi sona erdirebilirler⁶³⁵. Kaldırma anlaşması olarak da anılan ikale ile sözleşmenin sona ermesi için hem yüklenicinin hem arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye hususunda iradelerinin buluşması gerekir⁶³⁶. Sözleşmeyi hangi koşullar altında sona erdirmek istediklerini taraflar inşaatın geldiği duruma göre ya da özgür iradelerine göre serbestçe belirleyebilirler⁶³⁷.

Sözleşmenin meydana getirilmesinde gerekli olan şekil şartı TBK m. 13'e göre bir sözleşmenin değiştirilmesi durumunda da uyulacaktır. Bu sebeple tarafların yapacağı ikale yani sözleşmeyi sona erdirmeye anlaşmasının da resmi şekle uygun olarak akdedilmesi gerekmektedir⁶³⁸.

1.4. İfa İmkânsızlığı Sebebiyle Sona Erme

Sözleşmenin bir diğer sona erme hali, ifa imkânsızlığıdır⁶³⁹. Sözleşmenin konusunun sözleşme kurulma aşamasındayken imkânsız olması TBK m. 27 hükmü uyarınca sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirir. Oysa burada izah edilen *sözleşmenin sona erme sebeplerinden biri olan imkânsızlık* halinde durum, bu ilk durumdan farklıdır.

⁶³³ Eren, Borçlar Özel, s. 695; Ruhi, a.g.e., s. 76.

⁶³⁴ Kaner, a.g.t., s. 59.

⁶³⁵ Kaner, a.g.t., s. 60.

⁶³⁶ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 542 vd.

⁶³⁷ Tandoğan, a.g.e., s. 351.

⁶³⁸ Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 238.

⁶³⁹ İsmail Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 194.

Burada kastedilen imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmiş olan TBK m. 136 anlamında bir imkansızlıktır⁶⁴⁰.

Buna göre, ifa imkânsızlığı sözleşme kurulmasından sonra ancak yüklenicinin temerrüde düşmesinden önce meydana gelmeli ve ifanın imkânsız hale gelmesinde yüklenicinin bir kusurunun bulunmaması gerekmektedir⁶⁴¹.

TBK m. 136'da yer alan işbu genel düzenleme burada da geçerli olacaktır. Bunun yanında TBK m. 483, 485 ve 486'da eser sözleşmesi hükümlerinde imkânsızlık haline ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. Bu hükümler de kıyasen sözleşmenin bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.

Bu özel imkânsızlık düzenlemelerinden ilki, beklenmedik olay sonucu imkânsızlık; ikincisi, arsa sahibinden kaynaklanan beklenmedik olay sonucu imkânsızlık ve son olarak üçüncüsü yüklenicinin ölümü ya da kişisel özelliklerini yitirmesi sebebiyle imkânsızlıktır⁶⁴². Aşağıda bu durumlar sırası ile ele alınacaktır.

1.4.1. İnşaatın beklenmedik olay sonucu yok olması sebebiyle imkânsızlık

1.4.1.1. Beklenmedik olay sebebiyle imkânsızlık ve şartları

İfa imkânsızlığı sebebiyle sözleşmenin sona ermesinin ilk hali olan “*beklenmedik olay sonucu inşaatın yok olması*” hali TBK m. 483/1'de düzenlenmişti. Hüküm bağlamında beklenmedik olay, inşaatın sona ermesine neden olan ancak arsa sahibi veya yükleniciye atfedilemeyen hem beklenmeyen halleri hem de mücbir sebepleri içerisine alır⁶⁴³.

Hükme göre inşaatın beklenmedik olay sebebiyle yok olması halinde sözleşmenin sona ermesi için dört şartın bulunması gerekmektedir⁶⁴⁴. Bu şartlardan birincisi *inşaatın kısmen veya tamamen yok olmasıdır*. İnşaatın yok olmasından anlaşılması

⁶⁴⁰ Hüseyin Altaş, *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması: BK mad. 368* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), s. 66; Kayar, a.g.e., s. 163; Vedat Buz, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 1-2, (1994), s. 23.

⁶⁴¹ Ali Ziya Kahveci, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2017), s. 152.

⁶⁴² Eren, Borçlar Özel, s. 703.

⁶⁴³ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 559; Eren, Borçlar Özel, s. 703; Duman, İnşaat Hukuku, s. 1277.

⁶⁴⁴ Ruhi, a.g.e., s. 77.

gereken inşaatın sözleşmeden düşük olarak ayıplı dahi sayılamayacak hale gelmesidir⁶⁴⁵.

İkinci şart ise, *inşaatın teslim edilmemiş olmasıdır*⁶⁴⁶. Diğer bir deyişle inşaatın yok olması, inşaatın arsa sahibine teslim edilmesinden önce meydana gelmiş olmalıdır. Aksi halde teslim edildikten sonra hasar ve yarar hukuken arsa sahibine geçtiği için buradaki sonuçlara katlanacak olan taraf arsa sahibi olmaktadır⁶⁴⁷.

Bu husustaki üçüncü şart ise, *inşaatın yok olma sebebinin beklenmedik bir olaya dayanması* gerekmesidir⁶⁴⁸. Bu beklenmedik olay hem inşaatın yok olmasına sebep olmalı ve taraflara atfedilebilir olmamalıdır⁶⁴⁹. Zira taraflardan birinin sebep olduğu imkânsızlık halinde, TBK m. 483 anlamında bir imkânsızlık söz konusu olmaz.

Dördüncü ve son şart ise, *arsa sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüş olmamasıdır*⁶⁵⁰. Zira arsa sahibi yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak teslim sunmuş olduğu inşaatı haklı gerekçesi olmadan teslim almayarak alacaklı temerrüdüne düşüyse, alacaklı temerrüdünün başladığı tarihten itibaren hasar artık arsa sahibine geçecektir. Bu sebeple beklenmedik olaydan doğan yok olmaya da arsa sahibinin katlanması gerekecek ve dolayısıyla TBK m. 483 uygulama alanı bulmayacaktır⁶⁵¹.

1.4.1.2. İmkânsızlık nedeniyle sona ermenin sonuçları

Yukarıda sayılan şartların gerçekleşmesiyle beklenmeyen olay sebebiyle imkânsızlık sonucu sözleşme sona erecektir⁶⁵². Bunun sonucu olarak hükme göre, yüklenici yaptığı işlerin ücretini ve giderlerinin ödenmesini talep edemeyecektir. Yine hükümde söz konusu imkânsızlık durumunda “*malzemeye gelen hasarın, malzemeyi sağlayana ait olacağı*” düzenlenmiştir. TBK’ya göre kural olarak inşaatın meydana

⁶⁴⁵ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 445; Eren, Borçlar Özel, s. 703; Altaş, Telef, s. 66.

⁶⁴⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 705.

⁶⁴⁷ Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 233.

⁶⁴⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 704; Kahveci, a.g.t., s. 147.

⁶⁴⁹ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 559; Altaş, Telef, s. 247; Beklenmedik durumun kapsamına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Duman, İnşaat Hukuku, s. 1281.

⁶⁵⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 705; Kahveci, a.g.t., s. 149.

⁶⁵¹ Duman, İnşaat Hukuku, s. 1284; Altaş, Telef, s. 79.

⁶⁵² Eren, Borçlar Özel, s. 705; Beklenmeyen olay sebebiyle imkansızlığın tanım ve sonuçlarının açıklandığı Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2003/70, K. 2003/746, T. 19.02.2003, www.legalbank.net [02.01.2023].

getirilmesinde malzeme sağlama borcu yükleniciye aittir. Bu sebeple TBK m. 483/1'e göre imkânsızlık halinde hasar yükleniciye ait olacaktır⁶⁵³.

Tüm şartların varlığına rağmen inşaatın tekrar inşası objektif olarak mümkün ise yüklenici tekrar inşa ile yükümlü olmaya devam edecektir⁶⁵⁴. Diğer bir deyişle, sözleşmenin TBK m. 483/1 hükmü uyarınca sona erebilmesi için inşaatın tekrar yapılmasının objektif olarak mümkün olmaması gerekir. Aksi halde yüklenicinin borcu devam edeceğinden sözleşme sona ermeyecektir.

TBK m. 483/2 hükmü ile yükleniciye hasardan kurtulma noktasında bir imkân getirilmiştir. Bu şekilde yüklenici, inşaatın yok olmasının arsa sahibine yükletilebilir bir sebepten olduğunu ve kendisinin yok olmadan hiçbir kusuru olmadığını ve kendisinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir⁶⁵⁵. Bu durumda hasar artık arsa sahibine ait olacak ve yüklenici inşaatı tekrar yapmakla yükümlü olmayacağı gibi yapmış olduğu malzeme bedelleri, yaptığı işin değerini ve buna girmeyen giderlerini ödemesini isteyebilecektir⁶⁵⁶.

1.4.2. Arsa sahibi ile ilgili meydana gelen imkânsızlık

İfade edildiği üzere ifa sözleşmenin kurulmasından sonra imkânsız hale gelirse borç kural olarak sona erer. İnşaatla meydana gelen imkânsızlık “*arsa sahibinin sağladığı malzeme*”, “*arsanın ayıplı olması*” ya da “*arsa sahibinin talimatına uygun yapılmasından*” meydana gelmiş olabileceği gibi “*arsa sahibinden kaynaklanan beklenmedik bir olaydan*” da meydana gelebilir⁶⁵⁷. İmkansızlığın arsa sahibinden kaynaklanması halleri TBK m. 483/2 ve 485'te düzenlenmiştir.

Kanun ile hasarın geçişine ilişkin bir istisna getirilmiştir. Buna göre maddede sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde artık inşaatın imkânsız hale gelmesindeki hasara yüklenici değil arsa sahibi katlanacaktır⁶⁵⁸. Meydana gelen sayılı hallerde, yüklenici gerekli ilgili hususlara ilişkin arsa sahibine ihtarda bulunduysa artık

⁶⁵³ Altaş, Telef, s. 249.

⁶⁵⁴ Kahveci, a.g.t., s. 149; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 233.

⁶⁵⁵ Altaş, Telef, s. 98.

⁶⁵⁶ Buz, a.g.m., s. 30.

⁶⁵⁷ Altaş, Telef, s. 93.

⁶⁵⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 707; Kahveci, a.g.t., s. 163.

yüklenici imkânsızlık sonucu hasara katlanmayacak ve yaptığı işin değerini ve işin değerine girmeyen değerleri talep edebilecektir⁶⁵⁹. Ayrıca arsa sahibinin kusurunun bulunması halinde yüklenici ayrıca tazminat talep edebilecektir⁶⁶⁰.

Meydana gelen durum arsa sahibinin kusurundan kaynaklanmayıp aynı zamanda arsa sahibinin hakimiyet alanından kaynaklanan maddi ya da hukukî bir olay olabilir (TBK m. 485/1)⁶⁶¹. Bu duruma örnek olarak inşaat yapılacak arsanın kamulaştırılması ya da arsaya inşaat yasağı konulması verilebilir. Burada sözleşmenin sona ereceği hususunda öğretide tartışmalar olmakla beraber baskın görüşe göre, sözleşmenin ileriye etkili olarak fesih beyanına gerek kalmadan kendiliğinden sona ereceği yönündedir⁶⁶². Yüklenici açısından kusuru olmaksızın sona erecek sözleşme karşısında yüklenicinin sorumlu olduğu bir durum olmayacaktır. Bu durumun akabinde yüklenici, arsa sahibinin kusuru olmaksızın arsa sahibinden kaynaklanan imkânsızlık durumu akabinde arsa sahibinden kanunun lafzı uyarınca “*o zamana kadar yaptığı işin değer ile bunun içine girmeyen masraf ve giderleri*” isteyebilecektir⁶⁶³. Arsa sahibinin sorumlu tutulabileceği bir durumdan dolayı arsa sahibiyle ilgili bir durumdan dolayı imkânsızlık meydana geldiğinde ise TBK m. 485/2 hükmü uyarınca yüklenici ayrıca tazminat talebinde bulunabilecektir. Yargıtay bu durumun değerlendirmesinin her somut olaya göre yapılarak ayrıca tarafların kusur incelmesinin yapılması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁶⁴.

1.4.3. Yüklenicinin kişisel özelliklerini yitirmesi veya ölümü sebebiyle imkânsızlık

Sözleşmenin imkânsız hale gelmesinin bir diğer görünümü de yüklenicinin ölümü veya kişisel özelliklerini yitirmesi halidir⁶⁶⁵. TBK m. 486’da düzenlenen bu duruma

⁶⁵⁹ Gümüş, Borçlar Özel, s. 185.

⁶⁶⁰ Altaş, Telef, s. 101; Duman, İnşaat Hukuku, s. 1289, Eren, Borçlar Özel, s. 708.

⁶⁶¹ Mustafa Arıkan, “Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 16, S. 2 (2008), s. 278.

⁶⁶² Eren, Özel Hükümler, s. 698; Duman, a.g.e., s. 1367.

⁶⁶³ Gümüş, Borçlar Özel, s. 209.

⁶⁶⁴ Altaş, Telef, s. 100; Buz, a.g.m., s. 29; Duman, İnşaat Hukuku, s. 1286; Meydana gelen imkansızlığa taraflardan birinin sebebiyet verip vermediği, kusurlarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1994/6303, K. 1995/2382, T. 20.04.1995, www.legalbank.net [ET. 02.01.2023].

⁶⁶⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 711; Yener, a.g.e., s. 21.

göre, eğer sözleşme yüklenicinin kişilik özelliklerine dikkat edilerek akdedildiyse yüklenicinin ölmesi ile ya da inşaatı tamamlayabilme yeteneğini kaybetmesiyle sözleşme kural olarak sona erecektir⁶⁶⁶. Bu halde arsa sahibi inşaatın tamamlanmış olan bölümü yararlanılabilecek durumdaysa yapılan bölümü kabul etmeli, o kısma denk gelen edimini vermek zorundadır⁶⁶⁷.

1.4.3.1. Yüklenicinin kişisel özelliklerini yitirmesi

Arsa sahibi sözleşmeyi akdederken yüklenicinin kişisel özelliklerine önem atfederek sözleşmeyi akdetmiş ise, yüklenicinin işbu özelliklerini kaybetmesi ile sözleşme kural olarak sona erecektir. Buradaki imkânsızlığın objektif imkânsızlık mı yoksa subjektif imkânsızlık olduğu mu hususunda farklı görüşler mevcuttur⁶⁶⁸. Öz'e göre, buradaki imkânsızlığın niteliğinin bir önemi olmayıp her iki durumda da hükmün uygulanması için yeterlidir⁶⁶⁹. Burada esasen meydana gelen durumlar subjektif imkânsızlık oluştursa da tarafların iradeleri meydana gelen bu durumlara objektif imkânsızlık ile muamele etmek yönündedir⁶⁷⁰.

Yüklenicinin inşaatı tamamlama özelliğinin kaybetmesine neden olan ve yüklenicinin şahsında meydana gelen beklenmedik olayın herhangi bir şekilde yükleniciye atfedilememesi gerekir. Yüklenicinin kusurunun bulunduğu durumda TBK m. 486 gündeme gelmeyecektir.

Hükmün şartlarının oluşması ile arsa sahibinin fesih beyanına gerek kalmaksızın sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Sözleşme bu şekilde ileriye etkili sona erer ve arsa sahibi eğer inşaatın tamamlanmamış bölümünden yararlanabilecekse hüküm gereği bunu kabul ederek karşılığını vermek zorundadır.

Burada, TBK m. 485'te arsa sahibinin kusuru halindeki tazminat talep hakkı gibi bir düzenleme mevcut değildir⁶⁷¹. Ancak yine de söz konusu imkânsızlık yüklenicinin

⁶⁶⁶ Duman, İnşaat Hukuku, s. 1355.

⁶⁶⁷ Erman, a.g.e., s. 64; Eren, Borçlar Özel, s. 712; Gümüş, Borçlar Özel, s. 209; Tandoğan, a.g.e., 334.

⁶⁶⁸ Gümüş, Borçlar Özel, s.112.

⁶⁶⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 227.

⁶⁷⁰ Kahveci, a.g.t., s. 168; Kaner, a.g.t., s. 141; Eren, Borçlar Özel, s. 712; Kahveci, a.g.t., s.167.

⁶⁷¹ Eren, Borçlar Özel, s. 712.

kusurundan kaynaklanmış ise bu durumda genel hüküm TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır⁶⁷².

1.4.3.2. Yüklenicinin ölümü

TBK m. 485'te yüklenicinin kişisel özelliklerini kaybetmesi yanında düzenlenen ikinci hal de yüklenicinin ölümü durumudur⁶⁷³. Taraflar arasındaki sözleşme, işbu hükme göre yüklenicinin ölümü sebebiyle kural olarak sona erecektir⁶⁷⁴. Bunun için sözleşme akdedilirken yüklenicinin kişisel özelliklerinin ön plana alınarak yapılmış olması gerekmektedir. Yüklenicinin kişisel özellikleri önemsenmeksizin akdedilmiş olan sözleşme yüklenicinin ölümü ile sona ermeyecek ve söz konusu borç mirasçılara geçecektir⁶⁷⁵.

Yüklenicinin inşaatı kendi bizzat veya gözetimi altındakilere yaptırma borcu TBK m. 471/3'te düzenlenmiştir. Buna göre inşaatın meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı durumda yüklenicinin birtakım işleri başkalarına yaptırabileceği düzenlenmiştir⁶⁷⁶. Yargıtay kararları uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemi olmayıp yüklenicinin inşaatı üçüncü kişilere yaptırmasına izin verilmiş ise bu halde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşınamaması sebebiyle yüklenicinin ölümü ya da kişisel özelliklerini kaybetmesi ile sözleşme sona ermeyeceği kabul edilmektedir⁶⁷⁷.

Gelişen teknoloji ile ve işin mahiyeti gereği genel olarak yüklenicilerin borcun ifasında kişisel özelliklerinin öneminin kalmadığı görülmektedir. Böyle durumlarda TBK m. 486 gereği sözleşmenin sona ermeyeceğini söylemek gerekir.

⁶⁷² Eren, Borçlar Özel, s. 713.

⁶⁷³ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 233; Kaner, a.g.t., s. 141.

⁶⁷⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 714; Kahveci, a.g.t., s. 173.

⁶⁷⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 714; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 593.

⁶⁷⁶ Mustafa Arıkan, "Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 16, S. 2 (2008), s. 280; Gümüş, Borçlar Özel, s. 213.

⁶⁷⁷ Yargıtay HGK, E. 1995/15-562, K. 1995/900, T. 1.11.1995, www.lexpera.com [ET. 15.12.2022].

1.5. Arsa Sahibinin Beyanı Sonucu Sözleşmenin Sona Ermesi

1.5.1. İfa süresi içinde sözleşmeden dönme

Kanuni düzenlemeye göre yüklenici sözleşmenin akdedilmesinden sonra işe başlaması gereken vakitte başlamamışsa ya da sözleşmeye aykırı olacak şekilde işi geciktiriyorsa veyahut da arsa sahibine atfedilemeyecek bir sebepten doğan gecikme ile yüklenicinin inşaatı zamanında bitiremeyeceği anlaşıyorsa arsa sahibi artık teslim gününü beklemeksizin sözleşmeden dönebilecektir⁶⁷⁸.

Öğretide *erken dönme* olarak adlandırılan hükme göre, bu sebepler yüklenicinin bir kusuru olmaksızın meydana gelmiş olsa dahi arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Ancak haklı bir sebep ya da arsa sahibinden kaynaklanan bir durum söz konusu ise arsa sahibi dönme hakkını kullanamaz⁶⁷⁹. Tüm şartlar oluştuğu takdirde öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre, temerrüde ilişkin genel hükümler kıyasen uygulanmak suretiyle yükleniciye, süre vermesi gereken hallerde uygun bir süre vererek ihtarda bulunması gerekmektedir⁶⁸⁰. Verilen uygun süre sonunda derhal yükleniciye dönme beyanı bildirilebilecektir.

1.5.1.1. İfa süresi içerisinde sözleşmeden dönülmesinin şartları

TBK m. 473'te sayıldığı üzere ifa süresi içerisindeyken arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için üç hal düzenlenmiştir⁶⁸¹. Bunlar yüklenicinin, zamanında işe başlamaması veya başladığı inşaatı olması gereken zaman ile devam ettirmemesi veya inşaatı kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılmasıdır⁶⁸². Öncelikle yüklenicinin ne zaman işe başlayacağı, ilerleyeceği ve bitireceği gibi hususlar sözleşme ile belirlenmiş ise elbette bu konuda sözleşme esas alınacaktır. Bu durumda sözleşmeye göre aykırı olarak işe zamanında başlamayan ya da işi geciktiren yüklenici karşısında arsa sahibi ifa gününü beklemeksizin sözleşmeden dönebilecektir⁶⁸³. Sözleşme ile belirlenmiş zamanlar söz konusu değilse yüklenici

⁶⁷⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 131.

⁶⁷⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 132.

⁶⁸⁰ Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 93.

⁶⁸¹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 131.

⁶⁸² Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 579.

⁶⁸³ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 133.

TBK m. 90 uyarınca dürüstlük kuralına uygun olarak en erken tarihte işe başlaması ve devam ettirmesi gerekmektedir. Bu duruma uyulmadığı takdirde arsa sahibi yine TBK m. 473 doğrultusunda dönme hakkını kullanabilecektir. Elbette arsa sahibi bu hakkını kullanmak zorunda olmayıp dilerse teslim tarihini bekleyerek duruma göre hukukî imkânlarını kullanabilecektir.

Arsa sahibinin ifa süresi henüz bitmeden sözleşmeden dönebilmesine imkân veren bir diğer hal ise, inşaatın yüklenici tarafından zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılmasıdır⁶⁸⁴. Bu halde, taraflarca bir teslim tarihi kararlaştırılmış olması ve yüklenicinin inşaatı geldiği aşama nazara alındığında vade gününde inşaatı teslim edemeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir⁶⁸⁵. Burada dönme hakkının kullanılabilmesi için inşaatın vade gününde tamamlanamayacağının kesin bir şekilde tespiti gerekmekte olup her somut olayın ve yüklenicinin durumuna göre inşaatın hiçbir surette süresinde yetişemeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumda dönme hakkı kullanılabilir⁶⁸⁶.

Arsa sahibinin TBK m. 473'te sayılan hallerden birinde sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin gecikme hususunda haklı bir sebebinin mevcut olmaması gerekmektedir. Örneğin arsa sahibinin alacaklı temerrüdü söz konusu ise, sözleşme konusu edim imkânsız hale gelmişse, arsa sahibinin borcunu ifa etmemiş olmasından ya da arsa sahibinin aciz haline düşmesi ile yüklenici haklı olarak ifadan kaçınıyorsa arsa sahibi TBK m. 473 uyarınca sözleşmeden dönebilecektir⁶⁸⁷.

1.5.1.2. İfa süresi içerisinde sözleşmeden dönülmesinin sonuçları

Yukarıdaki şartların sağlanmış olması ile arsa sahibi artık sözleşmeyle belirlenen vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilecektir. Öğretide kabul gören görüşe göre, TBK m. 473/1 düzenlemesinin borçlu temerrüdü ile ilgili bir hüküm olması ile arsa sahibine aynı zamanda genel hükümlerde yer alan diğer haklardan yararlanma

⁶⁸⁴ Duman, İnşaat Hukuku, s. 299.

⁶⁸⁵ Bu hususa ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2014/54, K. 2014/3330, T. 29.4.2014, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁶⁸⁶ Duman, İnşaat Hukuku, s. 300.

⁶⁸⁷ Kaner, a.g.t., s. 98.

imkânı verdiği ileri sürülmektedir⁶⁸⁸. Bu görüşün aksi olarak Öz, TBK m. 473/1’de yalnızca dönme hakkının arsa sahibine bir hak olarak tanındığının ve hükümde yer almayan bir hakkın arsa sahibine tanınamayacağı görüşündedir⁶⁸⁹. Gerçekten de lafzi yorum yapıldığında kanun maddesinde arsa sahibine açıkça ve yalnızca *dönme hakkının* verilmiş olduğu, eğer kanun koyucu diğer hakları da arsa sahibine tanımak isteseydi diğer hükümlerde olduğu gibi seçimlik hakları belirtebileceği görülmektedir.

Bununla beraber arsa sahibi dönme hakkını kullanması TBK m. 125 genel hükümlere göre sonuç doğurur ve sözleşme akdedildiği zamandan itibaren geriye etkili olarak ortadan kalkar. Arsa sahibi devretmiş olduğu arsa paylarının iadesini isteyebilir ve devretmediği arsa payları mevcutsa bunları devirden kaçınabilir⁶⁹⁰. Bu halde arsa sahibinin aynı zamanda yüklenicinin ifa ettiği inşaatı iade yükümlülüğü doğan ancak pratik olarak bunun uygulaması çok düşüktür. Bu hususta ileri sürülen yeni dönme görüşü benimsendiği takdirde ise sözleşme ileriye etkili fesih yolu ile sözleşme sona erdirilerek tarafların iade yükümlüleri buna göre belirlenebilecektir⁶⁹¹.

1.5.2.Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme

Yüklenici inşaatı, tarafların anlaştıkları vadede borcunun muaccel olmasına karşın teslim etmeyerek sözleşmeye aykırı olarak hareket ederse yüklenici arsa sahibinin ihtarı ile temerrüde düşer⁶⁹². Burada özel bir temerrüt düzenlemesi bulunmadığından yüklenicinin temerrüdü halinde genel hükümlerde düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanacaktır⁶⁹³.

Buna göre TBK genel hükümlere göre, yüklenicinin temerrüdü için gerekli birtakım kanuni şartlar vardır⁶⁹⁴. Öncelikle borç muaccel olmalıdır. Borcun muaccel olmasına karşın yüklenici teslimi mümkün olan borcunu haklı bir sebebi olmamasına rağmen

⁶⁸⁸ Kocağa, İnşaat Sözleşmeleri, s. 94; Duman, İnşaat Hukuku, s. 301.

⁶⁸⁹ Öz, Dönme, s. 49.

⁶⁹⁰ Kaner, a.g.t., s. 99.

⁶⁹¹ Kaner, a.g.t., s. 100.

⁶⁹² Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 460; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 493.

⁶⁹³ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 458.

⁶⁹⁴ Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 395.

yerine getirmemiş olmalıdır. Bu şartların gerçekleşmesinin akabinde yüklenici kural olarak arsa sahibinin göndereceği bir ihtarname ile temerrüde düşer⁶⁹⁵.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde TBK m. 125'e göre arsa sahibine birtakım seçimlik haklar verilmiştir. Hükme göre yüklenicinin temerrüdü halinde *“aynen ifa ve gecikme tazminatı”* ya da bunları talep etmediğini yükleniciye hemen bildirerek *“olumlu zararını”* isteyebilir veya *“sözleşmeden dönmek suretiyle olumsuz zararını”* talep edebilir⁶⁹⁶.

Yüklenici inşaatı teslim etme borcunda arsa sahibinin ihtarıyla -ihtara gerek olmayan durumlarda ihtara gerek olmaksızın- temerrüde düştükten sonra, arsa sahibi yükleniciye TBK m. 123 doğrultusunda borcu ifa etmesi için süre verecektir. Eğer yüklenici verilen süre içerisinde borcunu ifa etmezse ya da süre tayin edilmesine ihtiyaç olmayan bir hal mevcutsa arsa sahibi dilerse derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek ifa edilmemeden meydana gelen olumlu zararını talep edebilir veya sözleşmeden dönüp olumsuz zararlarını isteyebilir. Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının akabinde taraflar arasındaki sözleşme sona erecek olup ifa edilmemiş olan edimlere ilişkin borçlardan taraflar kurtulmuş olacak ve geçmişte ifa ettikleri borçlarına yönelik iade borçları gündeme gelecektir.

Yüklenicinin teslim borcunu ifa etmemesinin sonucu olarak yüklenicinin temerrüdü ve bu durumda arsa sahibinin seçimlik haklarına ilişkin açıklamalar yüklenicinin borçları bölümünde yapılmış olduğundan tekrar düşmemek adına bu bölümde yinelenmeyecektir.

1.5.3. Ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme

Sözleşmenin sona ermesinde değerlendirilmesi gereken bir diğer hal de ayıplı ifa durumunda sözleşmeden dönülmesidir. İnşaattaki ayıbın kabule zorlanılamayacağı derece ayıplı veya aynı ölçüde sözleşmeye aykırı olması ile arsa sahibi sözleşmeden dönebilecektir⁶⁹⁷. Yüklenicinin ayıptan doğan dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi için inşaatın tamamlanarak önemli ayıp

⁶⁹⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1224.

⁶⁹⁶ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 485.

⁶⁹⁷ Yavuz, Ayıplı İfa, s. 462-463.

içerir bir şekilde arsa sahibine teslim edilmesi gerekmektedir. Bununla beraber çalışmanın ilgili bölümünde açıklanan şekli şartların da yerine getirilmesi gerekmektedir⁶⁹⁸.

Burada arsa sahibinin teslim aldığı bağımsız bölümlerde TBK m. 475/1/1'de belirtilen gibi kabul edilemez bir ayıbın bulunduğu durumda dahi arsa sahibinin dönme hakkını kullanabilmesinin önünde kanuni bir engel olup TBK m. 475/3'te düzenlenmiştir. Bu hükümde arsa sahibinin arsası üzerinde yapılmış olan eserlerin sökülmesinin “aşırı zarar” doğuracağı durumlarda arsa sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği yalnızca diğer seçimlik haklarını kullanabileceği belirtilmiştir⁶⁹⁹. Ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurulabilmesi için inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi gerektiğinden teslim edilen inşaatı ayıplar bulunuyorsa da esasen inşaat tamamlanmıştır⁷⁰⁰. Bu halde çoğu zaman inşaatın yıkılarak kaldırılması aşırı zarar meydana getireceğinden arsa sahibi çoğu zaman dönme seçimlik hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdiremeyecektir.

Bununla birlikte inşaatın ayıplı olarak teslim edilmesi halinde yüklenicinin ayıptan sorumlu olması ve arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar yüklenicinin borçları bölümünde detaylı olarak açıklanmış olup tekrara düşmemek adına burada detaylar açıklanmayacaktır⁷⁰¹.

1.5.4. Tazminat karşılığı sözleşmenin feshedilmesi kurumunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından değerlendirilmesi

TBK m. 484 hükmü, iş sahibine herhangi bir haklı gerekçesi olmaksızın sözleşmeyi sona erdirebilmesi için bir imkân getirilmiştir⁷⁰². Bu hüküm ile iş sahibine, yüklenicinin tüm zararlarını gidermek şartıyla, haklı bir sebebi olmasa dahi sözleşmeyi feshetme hakkı verilmiştir⁷⁰³.

⁶⁹⁸ Erzurumluoğlu, a.g.e., s. 179.

⁶⁹⁹ Erman, a.g.e., s. 141.

⁷⁰⁰ Erman, a.g.e., s. 142.

⁷⁰¹ Bkz. 3.6. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, s. 106.

⁷⁰² Öz Seçer, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Tam Tazminatla Feshi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), s. 75.

⁷⁰³ Eren, Borçlar Özel, s. 697.

Eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde düzenlenmiş olan TBK m. 484'ün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanabilirliği öğretide tartışmalıdır⁷⁰⁴. *Erman*'a göre, yüklenicinin sözleşme ile hak kazanacağı arsa paylarını ya da bağımsız bölümleri bu şekilde bir haklı gerekçe olmaksızın arsa sahibince tek tarafı olarak sonlandırılabilmesi dürüstlük kuralına ve menfaatler dengesine aykırıdır⁷⁰⁵. Öğretideki diğer görüş ve Yargıtay uygulamasına göre ise bu hüküm arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanabilecektir⁷⁰⁶. Haklı sebep olmaksızın sözleşmeden dönme hakkı kanun ile yalnızca arsa sahibine verilmiş olup yükleniciye böyle bir imkân tanınmamıştır⁷⁰⁷.

1.5.4.1. Tazminat karşılığı sözleşmenin feshedilmesinin şartları

Bu hükmün şartlarına göre arsa sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için, inşaat henüz tamamlanmamış olmalı ve arsa sahibi tarafından yükleniciye fesih bildirimi yapılması gerekmektedir⁷⁰⁸. Bu hak öğretide keyfi (gerekçesiz) fesih hakkı olarak da nitelendirilmektedir⁷⁰⁹.

Bu fesih imkanının çalışma konusu sözleşme bakımından uygulanabileceğini kabul eden görüşe göre, arsa sahibinin bu hakkını kullanabilmesi kanunen bir süreye bağlanmış olup bu hakkını kullanabilmesi için inşaatın tamamlanmamış olması gerekmektedir⁷¹⁰. Arsa sahibi bu hakkını inşaat henüz başlamadan ya da inşaat devam ederken kullanabilecektir. İnşaatın son aşamalarına gelmesiyle arsa sahibinin dönme hakkını kullanmak istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden bu halde de arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkün olmayacaktır⁷¹¹.

⁷⁰⁴ Kostakoğlu, a.g.e., s. 706; Buz, a.g.e., s. 223.

⁷⁰⁵ Erman, a.g.e., s. 215; Kırmızı, a.g.e., s. 759.

⁷⁰⁶ TBK m. 485'in arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanabileceğine ilişkin görüşü için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1998/2263, K. 1998/3752, T. 8.10.1998, www.legalbank.net [ET. 01.01.2022]; Gümüş, Borçlar Özel, s. 191; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 235; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1097.

⁷⁰⁷ Eren, Özel hükümler, s. 698.

⁷⁰⁸ Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 235.

⁷⁰⁹ Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 235-237.

⁷¹⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 697.

⁷¹¹ Eren, Borçlar Özel, s. 697.

Bununla beraber arsa sahibinin fesih iradesini mutlaka yükleniciye bildirmesi gerekmektedir⁷¹². Fesih bildiriminin niteliğine ilişkin önceki açıklamalar burada da geçerlidir.

Arsa sahibi fesih bildiriminde bulunurken yüklenicinin zararlarını karşılama teklifinde bulunmak ya da zararlarını karşılamak zorunda değildir⁷¹³. Arsa sahibinin sözleşmeyi ilgili hükme göre feshetmesi ile bunun sonucu olarak tazminat yükümlülüğü gündeme gelecektir. Arsa sahibi hiçbir sebep bildirmeden sözleşmeyi feshettiğini yükleniciye bildirmesiyle beraber sözleşmeyi TBK m. 484 uyarınca feshettiği öğretideki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması gereği kabul edilir⁷¹⁴.

Yüklenicinin ediminin bölünebilir bir edim olması halinde arsa sahibinin TBK m. 484 uyarınca kısmi olarak da sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir. Zira çoğun için de az da vardır ilkesi gereği arsa sahibinin sözleşmenin konusuna uygun olacağı ölçüde kısmen dönebilir⁷¹⁵.

1.5.4.2. Arsa sahibinin tazminat karşılığı sözleşmeyi feshetmesinin sonuçları

Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirme beyanı olan fesih bildiriminin yükleniciye ulaşmasıyla beraber sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir⁷¹⁶. Zira kanun maddesinde “*yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek*” ibaresi geçmekle beraber sözleşmenin ileriye etkili olarak yani fesih ile sona ereceği ifade edilmiştir⁷¹⁷. Fesih bildirimi ile tarafların borçları sona erer. Arsa sahibinin daha önceden ifa etmiş olduğu arsa payı mevcut ise bunların iadesini talep edebilecektir. Zira arsa sahibinin sözleşmedeki edimini artık tazminat almıştır⁷¹⁸.

Arsa sahibi, yüklenicinin uğramış olduğu zararları gidermek zorundadır. Bu durum haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmiş arsa sahibine getirilmiş kanuni

⁷¹² Kahveci, a.g.t., s. 190; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1059. Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 237. Eren, Borçlar Özel, s. 698; Gümüş, Borçlar Özel, s. 190. Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 567.

⁷¹³ Duman, İnşaat Hukuku, s. 225.

⁷¹⁴ Öz, Dönme, s. 234; Yargıtay 23. HD, E. 2014/1458, K. 2014/5682, T. 17.9.2014, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁷¹⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 699.

⁷¹⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 699.

⁷¹⁷ Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 235.

⁷¹⁸ Kahveci, a.g.t., s. 181 vd.

bir zorunluluktur. Buna göre yüklenici edimini ifa etseydi hangi maddi durumda bulunacaktıysa arsa sahibinden o duruma getirilmesini isteyebilir⁷¹⁹. Yüklenicinin olumlu zararının içine “*fiili zararlar*” ve “*yoksun kalınan kâr*” da girmektedir. Arsa sahibinin buradaki sorumluluğu kusura dayanmayan kusursuz sorumluluktur.

Sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiğinden arsa sahibinin sözleşmeyi feshettiği ana kadar yüklenicinin inşa ettiği inşaat kısmı ifa olarak kabul edilecek o kısma karşılık gelen arsa payı devredilmişse yüklenicide kalmaya devam edecek, devredilmemişse inşa edilen kısma denk gelen arsa payı devir yükümlülüğü doğacaktır⁷²⁰. İnşa edilen kısmı karşılayan bir arsa payı söz konusu değilse yüklenicinin kısmi ifasının karşılığı para olarak ödenecektir. Kısmi ifanın kabul edildiği halde, inşaatın devamı için talepte bulunulamayacak olup inşaatın fesih anına kadar yapılan bölümleri kısmi ifa sayılacaktır. Buna bağlı olarak da örneğin kısmi ifada bir ayıp varsa arsa sahibi yükleniciden buna ilişkin talepte bulunabilecektir.

Yüklenicinin buradaki zararının hesaplanması adına öğretilen iki yöntem geliştirilmiş olup bu yöntemler toplama yöntemi ile çıkarma yöntemidir⁷²¹. Toplama yöntemi diğer bir adıyla müspet hesaplama yönteminde, öncelikle yüklenicinin sözleşmenin feshedilme anına kadar kısmi inşaatın meydana getirilmesi için yaptığı masraflar tespit edilir⁷²². Yüklenicinin tespit edilen bu masrafına, yüklenici eğer inşaatı tamamlamış olsaydı hangi brüt karı elde edecek ise o kar da tespit edilerek eklenir. Yüklenicinin brüt karı tespit edilirken sözleşme hükümleri, meslek odalarının tarifeleri, yüklenicinin ticari defter kayıtları ve diğer belgeler de dikkate alınarak tespit edilecektir⁷²³. Elde edilen bu miktardan yüklenicinin arsa sahibi ile olan sözleşmesinin feshedilmesi ile yapmaktan kurtulduğu masraflar, başka bir arsa sahibin ile yaptığı anlaşma ile kazandığı veya kazanmayı ihmal ettiği kar eksiltilmek suretiyle yükleniciye ödenmesi gereken tazminat tespit edilir⁷²⁴.

Yüklenicinin zararını hesaplama hususundaki ikinci yöntem çıkarma yöntemi diğer bir deyişle menfi hesaplama yöntemidir. Bu yöntemde, sözleşmede tarafların

⁷¹⁹ Kahveci, a.g.t., s. 181.

⁷²⁰ Kurşat, a.g.e., s. 223.

⁷²¹ Eren, Borçlar Özel, s. 700.

⁷²² Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 424.

⁷²³ Eren, Borçlar Özel, s. 699.

⁷²⁴ Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 425.

kararlaştırdığı bedelden yüklenicinin inşaata tamamlamamasından dolayı tasarruf ettiğı masraflar ve başkaca bir sözleşme akdederek kazandığı ya da kazanmayı ihmal ettiğı kar çıkartılarak hesaplanır⁷²⁵.

Yüklenici zararını tespit ederken kendisi için uygun olan yöntemle göre zarar tespiti yaparak arsa sahibinden bu zararını isteyebilecektir⁷²⁶. Yargıtay zarar tespitinde toplama yöntemini uygulamakla beraber yüklenicinin kar kaybını da talep ettiğı durumlarda çıkarma yöntemini uygulamaktadır⁷²⁷. Öğretideki bir görüşe göre toplama yönteminin TBK m. 484'teki zararı tam olarak karşıladığını ileri sürerek bu yöntemle daha kapsamlı bir hesaplama yapıldığını ileri sürmektedir⁷²⁸.

1.6. Yüklenicinin Tek Taraflı Olarak Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

1.6.1. Borçlu temerrüdü sonucu yüklenicinin dönmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi inşaata yaparak teslim etmek iken arsa sahibinin edimi de sözleşmeye uygun olarak arsa paylarını yükleniciye devretmektir. Sözleşme ile arsa sahibinin bu paylarını hangi aşamalarda hangi oranlarda devredeceğı belirlenebilir. Arsa sahibi sözleşmeden doğan devir borçlarını devir zamanında ifa etmezse ya da vade belirlenmemişse arsa sahibi yüklenicinin, ihtarı ile borçlu temerrüdüne düşecektir.

Arsa sahibinin borçlu temerrüdü hususunda özel bir hüküm mevcut olmayıp borçlu temerrüdünün genel düzenlemeleri burada da uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla genel hükümlerde yer alan seçimlik haklar arsa sahibinin temerrüdü halinde yüklenici açısından da söz konusu olacağından ilgili hükme göre arsa sahibi temerrüde düştüğünde yüklenici dilerse arsa sahibinin borcunu ifa etmesi için süre vererek süre sonunda sözleşmeden dönüp olumsuz zararlarını isteyebilir. Bu hususta

⁷²⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 700; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 424 vd.

⁷²⁶ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 568.

⁷²⁷ Yargıtay'ın toplama metodunu benimsediğı bazı kararları için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1998/2263, K. 1998/3752, T. 08.10.1998, www.legalbank.net [ET. 02.01.2023]; Yargıtay 15. HD, E. 1989/2592, K. 1989/1833, T. 10.04.1989, www.legalbank.net [ET. 30.12.2022]; Yargıtay 15. HD, E. 1989/1623, K. 1989/4247, T. 16.10.1989, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023]; Yargıtay 15. HD, E. 2010/7098, K. 2012/350, T. 27.1.2012 www.lexpera.com [ET. 01.01.2023]; Yargıtay 15. HD, E. 1998/833, K. 1998/1348, T. 2.4.1998, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁷²⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 700.

yüklenicinin sahip olacağı seçimlik haklar ve dönmeye ilişkin genel açıklamalarımız burada da geçerlidir.

1.6.2. Alacaklı temerrüdü sonucu yüklenicinin dönmesi

Arsa sahibi haklı bir sebep olmaksızın yüklenicinin ifasını teslimden kaçınırsa veya borç ifası için yapması gereken hazırlık fiillerini yapmaz ise, örneğin arsayı her türlü hukuki ve fiili engelden ari teslim etmezse ya da yetkili makamlardan inşaat izinlerini almazsa gibi, alacaklı arsa sahibinin temerrüdü söz konusu olacaktır⁷²⁹. Burada alacaklı temerrüdü hususunda özel bir düzenleme bulunmadığı için genel hükümler geçerli olacaktır.

Genel hükümlere bakıldığında arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinin ardından yüklenici, TBK m. 107 hükmüne göre hasar ve masrafları arsa sahibinin üzerinde olmak üzere, borcunu tevdi ederek borçtan kurtulup kurtulamayacağını değerlendirilmesi gerekir⁷³⁰. Ancak TBK m. 107’de yer alan tevdi imkânı borcun mahiyeti gereği *verme borçları* için söz konusu olmaktadır⁷³¹. Bu sözleşmelerin “*verme*” borcu değil “*yapma*” borcu olması sebebiyle tevdi imkânının değil TBK m. 110 hükmünün ele alınması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁷³². Bu sebeple bu durumda borç bir şeyin teslimini gerektirmediğinde arsa sahibi alacaklı temerrüdüne düşerse yüklenici, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönebilecektir⁷³³. İlgili hüküm ile borçlu temerrüdüne ilişkin düzenlemeler atıf yapması ile genel temerrüt hükümlerine göre süre verilmesi gereken durumlarda süre verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷³⁴. Bu konuda *Oğuzman/Öz*, taşınmazlarda tevdi imkanının olmadığını ancak genelde tevdi ihtiyacının da olmadığını savunmakta olup bu hususta şayet taşınmazın mülkiyeti devredilecekse TMK m. 922 gereği alacaklıya gerek olmayacağı; şayet alacaklının sahip olduğu taşınmaz sadece iade edilecekse bu durumda da taşınmazın terk edildiği bildirilerek ve anahtar tevdi

⁷²⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1134; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 852; Kaner, a.g.t., s. 124.

⁷³⁰ Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011), s. 333.

⁷³¹ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 365.

⁷³² Kahveci, a.g.t., s. 220; Serozan, Dönme, s. 328; Kaner, a.g.t., s. 124

⁷³³ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 352.

⁷³⁴ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 353.

edilerek borçtan kurtulabileceğini ifade etmektedir⁷³⁵. Gerçekten de, taşınmazlarda tevdi imkanı mümkün olmasa dahi, inşaatta fiziken tevdi değil ancak “*fiili hakimiyeti*” kurmak amacıyla ilgili bağımsız bölümün anahtarının tevdi edilmesinin uygulanabilirliği gerekir⁷³⁶.

Sözleşmeden dönen yüklenicinin TBK m. 125/3 uyarınca arsa sahibinden olumsuz zararlarını isteyip isteyemeyeceği öğretide tartışmalıdır⁷³⁷. Oğuzman/Öz’e göre, kural olarak alacaklı temerrüdü sorumluluğa açmayacağı için arsa sahibi de tazminatla esasen yükümlü olmayacaktır ancak borcun ifasının kabul edilmesi bir borç olarak kabul edildiği durumda dönme halinde olumsuz zararlar da talep edilebilir⁷³⁸. Arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinin akabinde yüklenicinin sözleşmeden dönmesi ile önceki açıklamalarımız burada da geçerlidir. Buna binaen Yargıtay İÇBK gereği büyük kısmı tamamlanan inşaatlarda sözleşme ileri etkili olarak sona erdirilecektir.

1.6.3. Olağanüstü haller sebebiyle sözleşmenin uyarlanması ya da sözleşmeden dönülmesi

İnşaat sözleşmelerinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden farklı olarak iş sahibinin edimi arsa payı devri değil bedeldir⁷³⁹. Bu bedel inşaat sözleşmelerinde taraflarca yaklaşık götürü bedel ya da yaklaşık bedel olarak belirlenebilmektedir⁷⁴⁰.

Bedelin önceden belirlenirken kesin olarak bir miktar paranın ya da bir şeyin ya da başka bir eserin kararlaştırıldığı durumda götürü bedelin mevcut olduğu kabul edilir⁷⁴¹. Götürü bedelde taraflarca kesin olarak yapılmış bir belirleme olduğu için kural olarak taraflar bedelin arttırılmasını veya azaltılmasını isteyemeyecektir.

⁷³⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay, a.g.e., s. 207; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 361.

⁷³⁶ Serozan, Dönme, s. 323; Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 361; Mehmet Cihat Ekmen, *İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü* (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2020), s. 160.

⁷³⁷ Uğradığı zararı ispat ve alacaklının kusurunu ispatı hakkında menfi tazminat da isteyebileceği hakkında bkz. Serozan, Dönme, s. 350.

⁷³⁸ Oğuzman, Öz, Borçlar Genel, s. 366; Yargıtay HGK, E. 1986/134, K. 1986/15-42, T. 12.2.1986, www.legalbank.net [ET. 21.02.2023]; Kaner, a.g.t., s. 126.

⁷³⁹ Tunçomağ, a.g.e., s. 953; Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 359.

⁷⁴⁰ Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 414.

⁷⁴¹ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 527; Yavuz, Acar, Özen, Borçlar Özel, s. 1043; Kurşat, a.g.e., s. 94; Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s. 277.

Götürü bedel durumunda yüklenici meydana gelebilecek riske katlanmak durumundadır⁷⁴².

TBK m. 480/2 ile, öngörülemeyen birtakım hallerde yüklenicinin götürü bedel ile inşaatı tamamlaması çok güçleşirse yükleniciye sözleşmenin yeni koşullara göre uyarlanmasının talep edilebileceği, bunun mümkün olmadığı ya da arsa sahibinden buna katlanmasının beklenemediği durumlarda dönme imkânı getirilmiştir⁷⁴³.

Burada çalışma konumuz için önemli olan husus “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin götürü bedelli sözleşme niteliği taşıyıp taşıyamaması*” ve buna bağlı olarak bu sözleşmede uyarlama talep edilip edilmeyeceği ile buna bağlı olarak yüklenici tarafından sözleşmeden dönülüp dönülemeyeceğidir.

Arsa sahibinin sözleşmedeki edimi olarak belirlenmiş arsa paylarının adeta bir götürü bedel gibi arttırıp azaltılamayacağı görülecektir⁷⁴⁴. Buna ilişkin olarak Yargıtay da bu sözleşmelerin götürü bedelli olduğunu kabul etmektedir⁷⁴⁵. Buna bağlı olarak da TBK 480’de düzenlenmiş olan “*sözleşmenin uyarlanması ya da mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme*” kurumunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanması mümkündür⁷⁴⁶.

1.6.3.1. TBK m. 480/2’nin uygulanabilmesinin şartları

Arttırılması ya da azaltılması söz konusu olmayan götürü bedel, TBK m. 480/2’de düzenlenmiştir. Hükmün uygulanabilmesinin birinci şartı, taraflarca sözleşme akdedilirken öngörülememiş ya da öngörülse de kendilerini etkilemeyeceğini düşünerek dikkate alınmayan bir durumun meydana gelmesidir⁷⁴⁷. Bu durumlar savaş, döviz kurlarındaki beklenmedik artış, ekonomik kriz, pandemi gibi taraflarca

⁷⁴² Faruk Acar, “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 134 (2013), s. 8.

⁷⁴³ Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), s. 236.

⁷⁴⁴ Gümüş, Borçlar Özel, s. 221.

⁷⁴⁵ Yargıtay 23. HD, E. 2014/8139, K. 2015/8249, T. 18.12.2015, www.legalbank.net [ET. 15.12.2022]; Yargıtay HGK, E. 2014/718, K. 2015/1433, T. 27.05.2015, www.legalbank.net [ET. 02.01.2023]; Yargıtay 23. HD, E. 2013/5450, K. 2013/7583, T. 29.11.2013, www.lexpera.com [ET. 01.01.2023].

⁷⁴⁶ Kırmızı, a.g.e., 666; Gökyayla, Ek İş, s. 220.

⁷⁴⁷ Gülistan Aşan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Uyarlanması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 30, S. 3 (2022), s. 1453.

öngörülemeyen durumlara örnektir⁷⁴⁸. 480/2 bağlamında bir beklenmedik hal için meydana gelen olayın sadece tarafları etkilememesi, genel nitelikli objektif bir olay olması gerekmektedir. Bu sebeple yalnızca tarafları ya da inşaatı etkileyen yahut yalnız taraflara atfedilebilir durumlar öngörülemeyen olay kabul edilemeyecektir⁷⁴⁹.

Öngörülemeyen durumun ortaya çıkması ile TBK m. 480/2'nin uygulanabilmesi için meydana gelen olayın yüklenicinin götürü bedelle diğer bir deyişle belirlenen arsa payları karşılığında inşaatı yapmasına engel olması ya da son derece zorlaştırması gerekmektedir⁷⁵⁰. Meydana gelen beklenmedik durum yüklenicinin inşaat maliyetlerini arttırarak yüklenicinin belirlenen şartlar altında inşaatı yapmasını oldukça zorlaştırması ve bu şekilde edimler arasındaki dengeyi bozması hususları değerlendirilmelidir⁷⁵¹.

Bu haller gerçekleştiği takdirde yüklenici hâkimden sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilecektir meğerki taraflar sözleşme ile usulüne uygun olarak TBK m. 480/2'nin aksini kararlaştırmış olsun⁷⁵². Yüklenicinin bu talebi için elbette inşaatı tamamlayarak teslim etmemiş olması gerekir. Aksi halde yüklenici inşaatı tamamladıktan sonra uyarlama talebinde bulunursa kendisi ile çelişmiş olacaktır.

1.6.3.2. TBK m. 480/2'nin uygulanmasının sonuçları

Bir önceki başlıkta izah edildiği üzere TBK m. 480/2'deki hususların gerçekleşmesiyle beraber yüklenici mahkemeye başvurarak sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edebilecektir⁷⁵³. Bu durumda mahkeme, uyarlama şartlarını yerinde görürse götürü bedelin arttırılması diğer bir deyişle arsa paylarının arttırılması, sözleşme süresinin uzatılması gibi uyarlama yöntemleri belirleyebilir. Uyarlamanın mümkün olmadığı durumda ya da uyarlama yapılmasının kabulünün arsa sahibinden beklenemediği durumda yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkı

⁷⁴⁸ Öz, İnşaat, s. 65.

⁷⁴⁹ Baysal, a.g.e., s. 270.

⁷⁵⁰ Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 189.

⁷⁵¹ Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 189.

⁷⁵² Gökyayla, Ek İş, s. 231.

⁷⁵³ Baysal, a.g.e., s. 436; Duman, İnşaat Hukuku, s. 1068.

mevcuttur⁷⁵⁴. Dürüstlük kuralı uyarınca yüklenici dönme değil fesih hakkını kullanabilecektir⁷⁵⁵. Kanun hükmünde uyarılama talep edilebilmesi için açıkça dava açılması gerektiği belirtilirken yüklenicinin dönme ya da fesih hakkını kullanımının mahkemeden talep edilmesi gerektiği belirtilmemiştir⁷⁵⁶. Buna ilişkin olarak öğretideki bir görüş, dönme beyanının tek taraflı ile kullanılması ve varması ile sonuç doğuran özelliği sebebiyle mahkemeden talep edilmesine gerek olmadığını ileri sürmektedir⁷⁵⁷.

Sonuç olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflarca öngörülememiş beklenmeyen olayın meydana gelmesi ile yüklenicinin inşaatı tamamlayarak teslim etmesine engel olur ya da çok zorlaştırırsa, yüklenici bu durumu öncelikle arsa sahibine bildirecektir⁷⁵⁸. Bu bildirimin hukukî dayanağının TBK m. 472/3 olduğu kabul edilmektedir⁷⁵⁹. Bu durumda yüklenici arsa sahibine yaptığı bildirim ile beklenmeyen durumlar sebebiyle arsa paylarının arttırılması talebinde bulunur. Bu talebinin arsa sahibi tarafından karşılanmaması halinde mahkemeye başvuracaktır. Bunun akabinde hâkim, yüklenicinin talebi doğrultusunda öncelikle uyarılama ile arsa paylarının arttırılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirmesini yaptıktan sonra dönme ya da dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin feshine karar verecektir. Ancak yüklenicinin yalnızca uyarılama talep ettiği halde ise hâkim resen dönme ya da feshe karar veremeyecektir.

⁷⁵⁴ Baysal, a.g.e., s. 419.

⁷⁵⁵ Baysal, a.g.e., s. 421.

⁷⁵⁶ Aşan, a.g.m., s. 1469.

⁷⁵⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 670.

⁷⁵⁸ Aşan, a.g.m., s. 1468.

⁷⁵⁹ Tandoğan, a.g.e., s. 253.

SONUÇ

İşbu çalışma üç ayrı bölümden oluşmaktadır. İlk kısımda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ana hatları ve özellikleriyle incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle sözleşmenin tanım sorunu ve tanımlanması, tarafları, unsurları, hukukî niteliği, türleri, şekil şartı, üçüncü kişilerin hak kazanım şekilleri ve benzer bazı sözleşmelerden ayrıldığı spesifik noktalar incelenerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin öncelikle genel itibarıyla anlaşılması sağlanmıştır. İkinci bölümünde ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hükümleri ele alınarak tarafların yükümlülükleri ile bunların sonuçları izah edilmiştir. Bu kapsamda tarafların asli borçlarını yerine getirmemeleri halinde uygulanacak hükümlerin tespiti ile bu durumların sonuçları ve üçüncü kişilere olan bazı etkileri ele alınmıştır. Çalışmanın son bölümünde, sözleşmenin sona erme şekilleri gerek genel hükümler gerekse de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nezdinde ele alınmak suretiyle öğreti ve Yargıtay uygulamasındaki görüşler çerçevesinde değerlendirilmiş ve sonuçlandırılmıştır.

Uygulamada oldukça akdediliyor olması ile bu sözleşme gerek Yargıtay'ın gerekse de öğretinin birçok defa değerlendirilerek sözleşmenin özellikleri, genel hükümleri ve sona ermesi dahil olmak üzere birçok açıdan fikir tartışmalarının yaşandığı bir sözleşmedir. İsimsiz atipik bir sözleşme olmasıyla uygulamada arsa sahiplerinin bedel ödemek istemeksizin arsalarını değerlendirerek arsaları üzerine inşaat yapılması talepleri ve bunun karşılığında yükleniciye arsadan pay ya da arsa üzerine inşa edilecek bağımsız bölümlerden bazılarını devretme isteği sonucu ortaya çıkmıştır. Bu sözleşmeye göre arsa sahibinin asli edimi *“sözleşmeden doğan birtakım arsa paylarını ya da bir kısım bağımsız bölümlerin yükleniciye devretmek”* iken yüklenicinin borcu söz konusu arsa üzerine *“sözleşme ve dürüstlük kuralına uygun bir yapı inşa ederek teslim etmektir”*. Buna binaen sözleşme içerisinde arsa sahibinin borcu açısından taşınmaz satış/taşınmaz satış vaadi; diğer taraf olan yüklenici edimi açısından ise eser inşa etme ve teslim etme bakımından eser sözleşmesinin bulunmasıyla sinallagmatik özellikte, çift tipli karma ve isimsiz bir sözleşme olduğu kabul edilirken işbu sözleşmenin edim niteliği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bu tartışmanın önemi sözleşmenin sona ermesi halinde uygulanacak hükümler yönünde ortaya çıkmaktadır. Bu hususta Yargıtay bu sözleşmelerim *“ani-süreklî karmaşığı”* nitelikli olduğunu kabul etmektedir. Sözleşmenin böyle yorumlanması ile inşaatta son aşamalara gelmiş olan yüklenicinin

dönme yaptırımıyla karşılaşarak yaşayacağı hak kaybı önlenmeye çalışılarak taraflar arasındaki edimler arası denge sağlanmaya çalışılmıştır.

Sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti hususunda ise öğretide tartışmalar mevcut olup baskın ve kanımızca da uygun olan kıyas yöntemi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içerisinde bulunan iki ayrı sözleşmenin hükümlerinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanacağı ifade edilmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içerisinde taşınmaz satışı/satış vaadi sözleşmesini barındırıyor olmasıyla taşınmaz satışlarında geçerli olan sözleşme geçerlilik şartlarına tabi olmaktadır. Aksi halde kural olarak şekle aykırı olarak akdedilmiş sözleşme geçersiz olacaktır.

Sözleşmede arsa sahibinin sözleşmeden doğan asli borcunun birtakım arsa paylarını devretmek olması yanında inşaat yapılacak arsayı teslim etmek, gerekmesi halinde yükleniciye vekalet vermek gibi başkaca borçları da vardır. Arsa sahibinin asli borcu olan arsa paylarını devretmede borçlu temerrüdüne düşmesi halinde genel hükümler uygulanacak olup arsa paylarının bir taşınmaz devri olması ile sözleşmedeki şartların gerçekleşmesi ile yüklenici mahkemeye başvurarak ilgili payların kendisine hükmen geçirilmesini mahkemeden talep edebilecektir. Bununla beraber yüklenicinin sözleşmeden doğan inşaatı yapmak ve teslim etmek borçlarının yanında, “*sadakat ve özen borcu*” ve bu borcundan doğan “*gerekli araç-gereç ve malzemeyi sağlama borcu*”, “*işi bizzat ya da gözetimi altındakilere yaptırmak*”, “*işe zamanında başlamak ve tamamlamak*” borçları ile inşaatı “*teslim etmek*” ve “*ayıp halinde ayıptan doğan borçlar*” olmak gibi birçok borcu bulunmaktadır. Yüklenicinin asli borcu olan inşaatı teslim etmede temerrüde düşmesi ile uygulanacak hükümler TBK genel hükümler olup gerek sözleşmenin mahiyeti gerekse ani-sürekli karmaşığı bir sözleşme olması ile gerekli değerlendirmeler ile uygulanacak hükümler belirlenmiştir.

Yüklenicinin diğer önemli bir borcu da teslim edilen inşaatta ayıp bulunması halinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğudur. Bu halde şartların gerçekleşmesi ile yüklenicinin sorumluluğu doğacak ve arsa sahibinin seçimlik olarak “*sözleşmeden dönme*”, “*ayıp oranında bedel indirimi*” ya da “*ücretsiz onarım*” hakları gündeme gelecektir. Ayıptan doğan sorumluluğu kaldıran hallerden birinin bulunmaması halinde talep edilebilecek bu hakların yanı sıra şartları halinde tazminat da talep edebilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme şekilleri ise ifa, ikale, ifa imkânsızlığı, arsa sahibinin tek taraflı beyanı ya da yüklenicinin tek taraflı beyanı ile sona erebilecektir. İfa imkânsızlığı ile sona erme beklenmedik halden kaynaklanabileceği gibi, arsa sahibinden ya da yükleniciden kaynaklanabilmektedir. Arsa sahibinin tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye imkanları ise ifa süresinde sözleşmeden dönme, yüklenicinin temerrüdü sonucu dönme, ayıplı ifa sonucu dönme, tazminat karşılığı dönme şeklindedir. Yüklenicinin tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmesi ise arsanın borçlu temerrüdüne düşmesi sonucu, arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucu ya da olağanüstü haller sebebiyle sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse sözleşmeyi feshetme yolu ile sözleşme sona erebilecektir.

Ülkemiz özelinde dikkate alındığında karşılığı bedel olan inşaat sözleşmesinden ziyade kişilerin inşaatın karşı edimi olarak arsadan pay ya da inşa edilen bağımsız bölümlerin bazılarını yükleniciye devretme arzusunda olduğu görülmektedir. Buna binaen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin oldukça fazla akdediliyor olması, kapsamının oldukça geniş olması, çeşitli şekillerde akdedilebiliyor olması ve buna karşın kanunda düzenlenmemiş olması ile pek çok problemi beraberinde getirmektedir. Kanuni düzenlenmenin olmamasının yanında aynı zamanda içtihatların da birleştirilmemesi ile uygulamada farklı kararların çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu gibi durumlar hak kayıplarına sebep olduğu gibi hukukî güveni de zedelemektedir. Buna binaen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi özelinde bir düzenlemeye gidilmesi, düzenlenen hükümler ile gerekli atıfların yapılması ve bu hususta önemli içtihatların birleştirilerek fikir ayrılıkların azaltılması hukukî güvenliği sağlayarak belirsizliği kaldıracak ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini teoride ve pratikte daha anlaşılır hale getirecektir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”. *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 134 (2013): 1-24.
- Aday, Nejat. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Taraflar ve Üçüncü Kişiler Bakımından Etkileri. *Prof. Dr. Süheyl Donay’a Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Akkanat, Halil. *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Akkurt, S. Sami, Kemal Erdoğan, Hüseyin Tokat. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Kahraman. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Aktaş Çelik, Ümran. *Tüketici Hukuku Açısından Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aktürk Yücer, İpek. *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Akyol, Şener. *Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Albayrak, Hakan. “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, c. 5, S.10 (2017): 43-95.
- Altaş, Hüseyin. *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998. (kıs. Şekle Aykırılık).
- Altaş, Hüseyin. *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması: BK mad. 368*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002. (kıs. Telef).
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.

- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Arat, Ayşe. “İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, S. 2 (2006): 239-249.
- Arıkan, Mustafa. “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 13, S. 1 (2005): 129-155. (kıs. Alacağın Temliki).
- Arıkan, Mustafa. “Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 16, S. 2 (2008): 265-285. (kıs. İfa İmkânsızlığı).
- Aslan, Yılmaz. *Tüketici Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.
- Aşan, Gülistan. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Uyarlanması.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 30, S. 3 (2022), s. 1443-1480.
- Atamulu, İsmail. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Ayar Birkin, Zeynep. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aydın Eskiyan, Naz. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Hükümleri.” Yüksek Lisans Tezi. Başkent Üniversitesi, 2020.
- Aydın, Sezer. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Avcı, Ali. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları.” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, S. 1 (2015): 41-66.
- Avcı, Ali. “Türk Borçlar Kanunu’nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 119 (2015): 367-394. (kıs. Sadakat ve Özen).
- Avcı, Ali. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015. (kıs. Üçüncü Kişi)

- Ayan, Serkan. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008. (kıs. Temerrüt).
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016. (kıs. Borçlar Genel).
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku II: Mülkiyet*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016. (kıs. Mülkiyet).
- Aydemir, Efrail. *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Bahadır, Engin. “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması.” *Fiscaoeconomia Sosyal Bilimler Dergisi*, c. 3, S. 1 (2019): 177-201.
- Bahtiyar, Mehmet ve Levent Biçer. “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 22, S. 3 (2016): 395-436.
- Başalp, Nilgün. *Sorumsuzluk Anlaşmaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Bayrakçı, Ayşe Usta. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Sorumlulukları.” Yüksek Lisans Tezi. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019.
- Baysal, Başak. *Sözleşmenin Uyarlanması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Buz, Vedat. “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması.” *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, c. 49, S. 01 (1994): 23-40.

- Bütün Yılmaz, Derya G. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 38 (2019): 107-130.
- Büyükkay, Yusuf. *Eser Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014.
- Büyüksağış, Erdem. *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Cengiz, Halis ve Mehmet Cengiz. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Cansel, Erol ve Çağlar Özel. “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu.” *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, c. 8 (2013): 0-734.
- Coşkun, Mahmut. *İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 844.
- Çapri, Sezer. *6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Çavdar, Pelin. “Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı’nın Değerlendirilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 24, S. 1 (2018).
- Çelikleş, Demet. “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, S. 1-4 (1987): 593-461.
- Çingil, Seher. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.” Yüksek Lisans Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022.
- Demir, Mustafa Duhan. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*. İstanbul: Seçkin Yayınları, 2017.
- Doğan, Burak. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları” Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, 2019.

- Duman, İ. Hasan. *İnşaat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Duman, İ. Hasan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Dava ve Sorunlar Nasıl İncelenmelidir?* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022. (kıs. Dava ve Sorunlar).
- Durak, Yasemin. “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, Özel Sayı (2015): 207-252.
- Eren, Fikret. “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri.” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, S. 1 (2015): s. 63-126.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2019. (kıs. Borçlar Genel).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021. (kıs. Borçlar Özel).
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Olumsuz Zarar*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008.
- Erman, Hasan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul: Der Yayınları, 2010.
- Ertaş, Şeref. “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri.” *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell’e Armağan*. İzmir: 2001, 79-92.
- Erzurumluoğlu, Erzan. *Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Genç Arıdemir, Arzu. “Arsa Payı Karşılılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler Sorunu Bakımından Hukuki Durum”, *Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Genç Arıdemir, Arzu. “Borcun İfa Edilmemesi Kavramı Yaptırımını.” *Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014, 374-385.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Gezder, Ümit. *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998.
- Gezder, Ümit. *Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006.
- Gezder, Ümit. *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Gezder, Ümit. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç, Kişiler, Aile Hukuku Soruları ve Cevapları Cilt 1*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Gezder, Ümit. “Mesafeli Sözleşmeler”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, ed. Murat İncoğlu. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Gökyayla, Emre “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, S. 1 (2002): 785-805.
- Gökyayla, Emre. *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Gökyayla, Emre. “Eser ve Vekalet Sözleşmeleri.” *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Gümüş, M. Alper. *Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. (kıs. Yeni Şerhler)
- Gümüş, M. Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014. (Borçlar Özel).
- Güven, Betül. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Ayıplı İfa*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Gür, Mustafa. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- İşbora, Tuba. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.” Yüksek Lisans Tezi. Akdeniz Üniversitesi, 2009.
- Kahveci, Ali Ziya. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi.” (Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2017.
- Kaner, Caner. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi.” Yüksek Lisans Tezi. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2017.
- Karaman, Şeyma. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.” Yüksek Lisans Tezi. Çankaya Üniversitesi, 2009.
- Karataş, İzzet. *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar (Satış Vaadi)*. Ankara: Adalet Yayınları, 2021.
- Kartal, Bilal. “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi.” *Yargıtay Dergisi*, Cilt. 9, S. 4 (1983): 551-568.
- Kartal, Bilal. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Ankara: Matsa Basımevi, 1993.
- Kayar, İsmail. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kayıhan, Şaban. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet. “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XXXII, S. 1 (1975): 185-199.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019. (kıs. Borçlar Genel).
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019. (kıs. Borçlar Özel).
- Kırmızı, Mustafa. *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

- Kostakoğlu, Cengiz. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*. Ankara: Beta Yayıncılık, 2011.
- Kocaağa, Köksal. “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, c. 21, S. 79, 73-102. (kıs. Sözleşmenin Kurulması).
- Kocaağa, Köksal. *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003. (kıs. Cezai şart).
- Kocaağa, Köksal. “Arsa Payı Karşılı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, c. 22, S. 85 (2009): 86-104.
- Kocaağa, Köksal. *İnşaat Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Kurşat, Zekeriya. *İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Kurt, Leyla Müjde Kurt. “Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü.” Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi, 2011.
- Maraşlıoğlu, Andaç. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.” Yüksek Lisans Tezi. Aydın Üniversitesi, 2017.
- Nalçacı, Emine. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönme.” Yüksek Lisans Tezi. Çağ Üniversitesi, 2022.
- Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Nomer, Haluk Nami ve Baki İlkay Engin. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Oğuzman, Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016. (kıs. Borçlar Genel).
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021. (kıs. Medeni Hukuku).

- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Oktay, Saibe. “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. 55, S. 1-2 (1996): 263-296.
- Özmen, Saba ve Tuba Karaman. S. T. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları.” *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 87, S. 1 (2013): 47-74.
- Özmen, Saba ve Müge Ürem. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan ‘Avans Tapu’ Kavramına Yönelik Eleştiriler.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 15, S. 1 (2016).
- Özmen, Saba. “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararı’nın Eleştirisi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, c. 30, S. 135 (2018).
- Özyürek, Mehmet. “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları.” *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, c. 2, S. 2 (2019): 65-118.
- Öz, Turgut. *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 1989. (kıs. Dönme).
- Öz, Turgut. “Konut ve Tatil Amaçlı taşınmaz Mal Satışından Doğan Sorunlar.” *Fasikül Hukuk Dergisi*, c. 4, S. 29, (2012). (kıs. Konut ve Tatil Amaçlı Satış).
- Öz, Turgut. *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016. (kıs. İnşaat Sözleşmesi).
- Polat, Hatice. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Tapuya Şerhi.” Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2021.
- Reisoğlu, Safa. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, c. 24, S 2 (2007): 5-17.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.

- Ruhi, Canan ve Ahmet Celal Ruhi. *Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Ruhi, Canan ve Ahmet Celal Ruhi. *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022. (kıs. Satış Vaadi).
- Ruhi, Canan ve Ahmet Celal Ruhi. *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022. (kıs. Davalar).
- Sarı Suat. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. LKIV, S.2 (2006): 273-300.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Seçer, Öz. “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan*, c. II, S. 145-146 (2016): 727-754.
- Seçer, Öz. *İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Tam Tazminatla Feshi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Septioğlu, Dilara. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü” Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi, 2020.
- Sertler, Dilek. “Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu” Yüksek Lisans Tezi. Bursa Uludağ Üniversitesi, 2021.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. (kıs. Dönme).
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018. (kıs. Özel Bölüm).
- Sütçü, Nezih. *Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt 1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Şahin, Turan. “Eser Sözleşmesinden Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü.” Doktora Tezi. Selçuk Üniversitesi, 2012.

- Şahin, Turan. “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 1, S. 2 (2016): 135-157.
- Şen, Kübra. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Durumu.” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 9, S. 1 (2021): 31-56.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Türe, Taner, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Kurulması.” Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, 2020.
- Tekben, Tuğçe. “Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 22, S. 3 (2016): 2597-2621.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tercier, Pierre. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Tokat, H. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilirliği Çeşitli İhtimaller.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 24 (2016): 181-245.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler c. 1*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.
- Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. *İş Hukukunun Esasları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Tekelioğlu, Numan. “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2 (2017): 159-186.

- Tekelioğlu, Numan. “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 6, S. 1-2 (2017): 1-34.
- Tutkun Ceyda. *İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Uçar, Ayhan. “Teslim Kavramı Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. V, S. 1-4 (2001): 513-555.
- Usta, Oğuz. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Yalman, Süleyman. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Sonuçları.” *Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, S. 2 (2015): 125-146.
- Yaşar, Halis. “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 102 (2012).
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar, Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014. (kıs. Borçlar Özel).
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar, Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. Ankara: Beta Yayıncılık, 2022. (kıs. Borçlar Hukuku Dersleri).
- Yavuz, Nihat. *Ayıplı İfa*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yener, Mehmet Deniz. “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. LXV, S. 2 (2007): 371-382. (kıs. Üçüncü Şahıslara Devir).
- Yener, Mehmet Deniz. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.
- Yener, Mehmet Deniz. “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 4, S. 1 (2009): 155-176. (kıs. Ayıp).

Yücel, Özge. “Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 57, S. 3 (2008): 779-790.

Yıldırım, Abdulkerim. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 71, S. 3 (2022): 1165- 1181.

Yıldırım, Sümeyye Hilal. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.” Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011.

Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turan Kitabevi, 2017.

Zevkliler, Aydın ve Çağlar Özel. *Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Elektronik Kaynaklar

<https://dergipark.org.tr/tr/>

www.jurix.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.legalbank.net

www.lexpera.com

<https://www.resmigazete.gov.tr>

www.kazanci.com

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı: Çağla Nur KARABULUT DURSUN

Uyruğu: T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri:

Elektronik Posta:

EĞİTİM

Derece

Kurum

Mezuniyet Yılı

İŞ TECRÜBESİ

Tarih

Kurum

Görev

YABANCI DİLLER