

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI**

**KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ VE
SÖZLEŞMEDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ**

**Hazırlayan
Zeynep AYAR BİRKİN**

**Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN**

Yüksek Lisans Tezi

**Haziran 2018
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI**

**KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ VE
SÖZLEŞMEDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ**

(Yüksek Lisans Tezi)

**Hazırlayan
Zeynep AYAR BİRKİN**

**Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN**

**Bu çalışma, Erciyes Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi tarafından
SYL-2016-6793 kodlu proje ile desteklenmiştir.**

**Ağustos 2018
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Adı-Soyadı

Zeynep AYAR BİRKİN

İmza :

YÖNERGEYE UYGUNLUK

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Devri ve Sözleşmede Taraf Değişiklikleri adlı Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi'ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan

Zeynep AYAR BİRKİN

Danışman

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Özel Hukuk ABD Başkanı

Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL

Prof. Dr. Murat Doğan danışmanlığında Zeynep AYAR BİRKİN tarafından hazırlanan “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Devri ve Sözleşmede Taraf Değişiklikleri” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında **yüksek lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

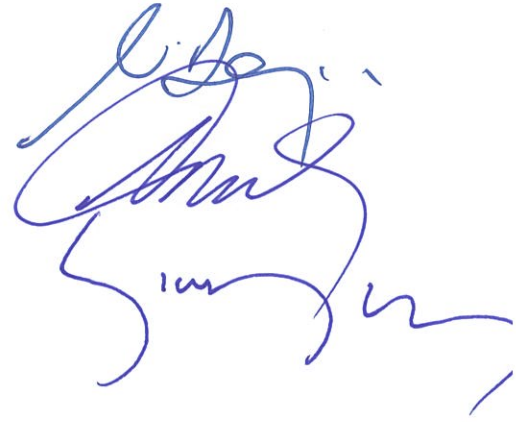
..27.../07.../2018

JÜRİ:

Danışman : Prof. Dr. Murat DOĞAN

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Akın ÇNAL

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR



ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 06.08.18 tarih ve 31

sayılı kararı ile onaylanmıştır.

...6.../8.../2018
Doç.Dr. Celil Arslan



ÖNSÖZ

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında başlamış olduğum yüksekisans programını, 2015-2018 eğitim döneminde hazırlamış olduğum “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Devri ve Sözleşmede Taraf Değişiklikleri” isimli tez çalışmasını tamamlamış bulunmaktayım. Bu çalışmada kat karşılığı inşaat sözleşmesini tanımak açısından, öncelikle tanımı, unsurları, hukuki niteliği, tarafları ile tarafların hak ve yükümlülükleri ve sözleşmenin sona ermesi halleri üzerinde durulmuştur. Sonrasında ise asıl inceleme konumuz olan taraf değişiklikleri, Borçlar Kanunu’nda düzenlenen hükümleri kapsamında genel olarak tek tek incelenmiş, her taraf değişikliği altında kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki uygulamaya değinilmiştir.

Çalışmamın hazırlanma süreci boyunca görüş ve yorumları ile bana yardımcı olan danışmanım Prof. Dr. Murat Doğan’a, her aşamada bilgi ve görüşlerine başvurduğum, çalışma konumun belirlenmesinde ve sonuçlanmasında büyük katkısı bulunan Dr. Öğr. Üyesi Akın Ünal’a, kütüphanesinden bir çok kaynak temin etmemi sağlayan ve bilgi ve görüşlerini esirgemeyen Dr. Arş. Gör. İsmail Atamulu’ya teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim. Çalışmamın tamamlanmasında uygulama yönünden yardım ederek, farklı bakış açıları sağlayan, bu konuda maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen babam Av. Ömer İkbâl Ayar’a, manevi desteklerini esirgemeyen annem Ayşe, kardeşlerim Sena ve Yusuf’a sevgilerimi ve teşekkürlerimi sunarım. Çalışmamın her aşamasında beni anlayışla karşılayan, çalışmada en az benim kadar emeği olan, sürekli destek olan eşim Mustafa Birkin’e teşekkür ederim. Ayrıca çalışma arkadaşlarım Arş. Gör. Semanur Öçalan, Arş. Gör. Ayşe Karakimseli, Arş. Gör. Merve Çağlak, Arş. Gör. Büşra Beydüz’e yardımlarını esirgemedikleri için teşekkürlerimi sunarım.

Zeynep AYAR BİRKİN

Kayseri, Temmuz 2018

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ VE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

Zeynep AYAR BİRKİN

Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi

Ağustos 2018

Danışman: Prof. Dr. Murat DOĞAN

KISA ÖZET

Çalışmamızın temel amacı, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarının çeşitli sebeplerle değişmesi ve sözleşmeye giren yeni tarafların hukuki durumlarının tespitidir. Bu kapsamda çalışmamız üç bölüme ayrılarak oluşturulmuştur. Çalışmamızın ilk bölümünde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, şekli, tarafları ve tarafların hak ve yükümlülükleri üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın asıl ikinci bölümünde ise TBK’da düzenlenen taraf değişikliklerinden alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma ve sözleşmeye katılmaya değinilmiştir. Üçüncü bölümde ise, gerçek manada taraf değişikliğine yol açan sözleşmenin devri ve diğer taraf değişiklikleri üzerinde durulmuştur. Daha sonra bu kuralların kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki uygulaması izah edilmeye çalışılmıştır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada doğan ve gelişen bir isimsiz sözleşme türü olduğu için doktrin görüşleri ve yargı kararlarından faydalanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; taraf değişiklikleri; alacağın devri; alacağın temliki; borcun üstlenilmesi; borcun nakli; borca katılma; sözleşmenin devri; sözleşmeye katılma.

CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN FOR FLAT

Zeynep AYAR BİRKİN

Erciyes University, Graduate School of Social Sciences

M. Sc. Thesis, August 2018

Supervisor: Prof. Dr. Murat DOĞAN

ABSTRACT

The main objective of our study is the determination of the alteration construction contract in return for flats parties and legal status of new parties entering into contract. In this context, our study is divided into three sections created. In the first part our study, we stated of definition, elements, legal characteristic, judiciary form of contract, parties and parties the judiciary right of parties. Second part of our study we stated, change of parties that are regulated in Turkish Code of Obligations, transfer of claim, assumption of in debtiness, accession of debt, accession of contract. In the third part, we stated, the transfer of contract and other party changes that leads to party change in real mania. After that, we aim to explain how these rules reflect to construction contract in return for flat. We also take the advantage of doctrine and verdicts because of the reason that it appeared during implementation, as an innominate contract an improved.

Key words: Construction contract in return for flat; construction contract in return for land share; party changes; transfer of claim ; assignment of claim; assumption of in debtiness; accession of debt ; transfer of contract ; accession of contract.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
b.	: bent
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	: 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
KDV	: Katma Değer Vergisi
KMK	: 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde
NK	: 1512 Sayılı Noterlik Kanunu
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK	: 2644 Sayılı Tapu Kanunu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TST	: 28718 Sayılı Tapu Sicil Tüzüğü
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve sair
Y.	: Yargıtay

İÇİNDEKİLER

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ VE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK.....	i
YÖNERGEYE UYGUNLUK.....	ii
ÖNSÖZ.....	iv
KISA ÖZET	v
ABSTRACT	vi
KISALTMALAR	vii
İÇİNDEKİLER	viii
GİRİŞ	1
1. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ.....	1
2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	2
3. TARAF DEĞİŞİKLİĞİ KAVRAMI	3
3.1. Genel olarak.....	3
3.2. Taraf değişikliğinin sınıflandırılması	4
3.2.1. Mutlak-nisbî taraf değişikliği	5
3.2.2. Tam-kısmî taraf değişikliği	5
3.2.3. Dar anlamda-geniş anlamda taraf değişikliği.....	6
3.2.4. Hukuki işlem neticesinde olan-hukuki olay neticesinde olan taraf değişikliği	6
3.2.5. İvazlı-ivazsız taraf değişikliği	6
3.3. Türk Borçlar Kanunu'na göre taraf değişiklikleri	6

BİRİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1.GENEL OLARAK	9
2. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, ŞEKLİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	13
2.1. Tanımı	13
2.2. UNSURLARI	15

2.2.1. Arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini devir borcu altına girmesi	15
2.2.2. Yüklenicinin inşaat yaparak belirlenen bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesi	18
2.2.3. Taraflar arasında anlaşma	21
2.3. Şekli	22
2.3.1. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerlilik şekli	22
2.3.2. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde şekle uyulmamasının sonuçları	31
2.3.3. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturması	34
2.4. Hukuki Niteliği	40
2.4.2. İsimsiz sözleşme niteliği	40
2.4.3. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği	44
2.4.4. Ani-sürekli edimli sözleşme niteliği	46
2.4.5. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilme Niteliği	53
2.5. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenme şekilleri	58
2.5.1. Arsa sahibinin arsa paylarının satışını, yüklenicinin ise arsa üzerine inşaat yapımını vaat etmesi	59
2.5.2. Kat irtifakı kurulması	60
2.5.3. Arsa paylarının inşaatın ulaştığı seviyeye göre kademeli olarak devredilmesi	60
2.5.4. Arsanın başlangıçta tamamen veya bir kısmının yükleniciye devri ile arsa sahibi lehine ipotek kurulması	61
3. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ, TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ	63
3.1. Sözleşmenin Tarafları	63
3.1.1. Arsa sahibi	63
3.1.2. Yüklenici	66
3.2. Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri	67
3.2.1. Arsa sahibinin yükümlülükleri	67
3.2.1.1. Arsayı ayıpsız teslim borcu ve arsa payını devir borcu	67
3.2.1.2. Yüklenici ile işbirliği yapma borcu	71

3.2.2. Yüklenicinin yükümlülükleri	72
3.2.2.1. İnşaata zamanında başlama ve zamanında bitirme borcu	73
3.2.2.2. Teslim borcu	75
3.2.2.3. Sadakat ve özen borcu	78
3.2.2.4. İnşaata bizzat kendisi yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma borcu	81
3.2.2.5. İnşaatin ayıpsız teslimi (ayıba karşı tekeffül) borcu	82
3.2.2.6. İnşaat için gerekli iş araçları ve yapı malzemeleri temin etme borcu	84
3.3. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri	84

İKİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE NİSBÎ TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ALACAĞIN DEVRİ (ALACAĞIN TEMLİKİ)	86
1.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Devri	86
1.2. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri	91
1.2.1. Genel olarak	91
1.2.2. Tarafların alacağın devri sözleşmesi ile kişisel hakkını devretmesi	93
1.2.2.1. Arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını alacağın devri sözleşmesi ile devretmesi	94
1.2.2.2. Yüklenicinin sözleşmeden doğan kişisel hakkını alacağın devri sözleşmesi ile devretmesi	98
1.2.2.2.1. Genel olarak	98
1.2.2.2.2. Şartları	100
1.2.2.2.2.1. Geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması	101
1.2.2.2.2.2. Devredilen alacak hakkının mevcut veya belirlenebilir olması	102
1.2.2.2.2.3. Devir engelinin bulunmaması	106
1.2.2.2.2.4. Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin geçerlilik şekline uygun yapılması	109
1.2.2.2.2.4.1. Alacağın devri sözleşmesi şeklindeki devirlerde geçerlilik şekli	109

1.2.2.2.4.2. Taşınmaz satış sözleşmesi şeklindeki devirlerde geçerlilik şekli	113
1.2.2.2.4.3. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklindeki devirlerde geçerlilik şekli	114
1.2.2.2.3. Hüküm ve sonuçları	117
1.2.2.2.3.1. Devir konusu alacak açısından alacaklı sıfatının değişmesi	117
1.2.2.2.3.2. Alacakların devralan üçüncü kişiye imtiyaz ve fer'ileriyle birlikte geçmesi	119
1.2.2.2.3.3. Arsa sahibinin savunmaları	125
1.2.2.2.3.4. Eksik ve ayıplı ifa açısından alacağın devrinin sonuçları	128
1.2.2.2.3.4.1. Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi	128
1.2.2.2.3.4.2. Eksik ve ayıplı ifanın alacağın devrine etkisi.....	130
1.2.2.2.3.5. İyiniyetle yükleniciye yapılan ifanın arsa sahibini borçtan kurtarması.....	137
1.2.2.2.3.6. Arsa sahibinin tevdi suretiyle borçtan kurtulması.....	138
1.2.2.2.3.7. Yüklenicinin alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluğu (Garanti yükümlülüğü)	140
1.2.2.2.3.8. Yüklenicinin birden fazla alacağın devri sözleşmesi yapması	144
1.2.3. Tarafların taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile kişisel haklarını devretmesi.....	148
1.2.3.1. Yüklenicinin taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile haklarını devretmesi	148
1.2.3.2. Arsa sahibinin taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile haklarını devretmesi	151
1.2.4. Alacağın devredildiği hallerde sözleşmeden dönmenin devralan üçüncü kişilere etkisi	154
1.2.4.1. Genel olarak	154
1.2.4.2. Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi.....	155

1.2.4.3. Sözleşmenin ileriye etkili feshinin yükleniciden pay devralan üçüncü kişiye etkisi.....	157
1.2.4.4. Sözleşmeden geçmişe etkili dönmenin yükleniciden pay devralan üçüncü kişiye etkisi	159
1.2.4.4.1. Tapu sicilinde arsa payının devri ile veya satış vaadi sözleşmesi ile pay devralanın hakları.....	159
1.2.4.4.1.1. Genel olarak	159
1.2.4.4.1.2. Sözleşmeden dönme halinde uygulanacak hükümler	160
1.2.4.4.1.3. Taşınmaz satış vaadi ile pay devralanın hakları.....	166
1.2.4.4.2. Adi yazılı alacağın devri sözleşmesi ile devralanın hakları (Dönmenin kişisel haklara etkisi)	168
1.2.4.5. Sözleşmeden geçmişe etkili dönmenin arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişiye etkisi	170
1.2.4.5.1. Tapu sicilinde arsa payının devri veya taşınmaz satış vaadi ile devralanın hakları	170
1.2.4.5.1.1. Arsa sahibinin arsa paylarını doğrudan üçüncü kişiye devretmesi halinde	170
1.2.4.5.1.1. Arsa sahibinin arsa paylarını yükleniciye vekalet vermek suretiyle üçüncü kişiye devretmesi halinde.....	172
1.2.4.2.2. Adi yazılı alacağın devri sözleşmesi ile devralanın hakları.....	173
2. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE BORCUN ÜSTLENİLMESİ... 174	
2.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borcun Üstlenilmesi	174
2.2. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Borcun Üstlenilmesi.....	176
2.2.1. Arsa sahibinin borcunun üstlenilmesi	177
2.2.1.1. Genel olarak	177
2.2.1.2. Arsanın mülkiyetinin yeni malike devri	179
2.2.2. Yüklenicinin borcunun üstlenilmesi	180
2.2.2.1. Yüklenicinin borcunun iç üstlenilmesi	180
2.2.2.2. Yüklenicinin borcunun dış üstlenilmesi	181
2.2.2.2.1. Yüklenicinin temerrüdü ve diğer hallerde borcun üstlenilmesi ..	181
2.2.2.2.2. Yüklenicinin borcunun dış üstlenilmesinin şartları	183
2.2.2.2.3. Yüklenicinin borcunun dış üstlenilmesinin sonuçları.....	186

2.2.2.2.3.1. Borcun ve borca bağı fer'i hakların intikali	186
2.2.2.2.3.2. Borç için verilen rehin ve kefaletlerin geçmesi.....	187
2.2.2.2.3.3. Def'i ve itirazların geçmesi	187
2.2.2.2.3.5. İptali ve sonuçları	189
2.2.2.2.3. Yüklenicinin borcunun üstlenilmesinin alt yüklenicilik sözleşmesinden farkı.....	190
2.2.2.2.3.1. Genel olarak alt yüklenicilik sözleşmesi.....	190
2.2.2.2.3.2. Borcun üstlenilmesinden farkı	191
2.1.3. Malvarlığı veya işletmelerin devri	191
2.1.4. İşletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi	194
3. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORCA KATILMA.....	195
3.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma	195
3.2. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borca katılma	197
3.2.1. Arsa sahibinin borcuna katılma.....	197
3.2.2. Yüklenicinin borcuna katılma	197
3.2.3. Hüküm ve sonuçları	198
4. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE SÖZLEŞMEYE KATILMA....	199
4.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeye Katılma.....	199
4.2. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Katılma	201
4.2.1. Arsa sahibi tarafına katılma	201
4.2.2. Yüklenici tarafına katılma.....	201
4.2.3. Şartları.....	202
4.2.4. Hüküm ve sonuçları	203

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MUTLAK TARAF

DEĞİŞİKLİKLERİ

1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ.....	205
1.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmenin Devri	205
1.1.1. Genel olarak	205
1.1.2. Sözleşmenin devrinin TBK'da düzenlenen diğer taraf değişikliklerinden farkı	208

1.2. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri.....	209
1.2.1. Genel olarak	209
1.2.2. Sözleşmenin devrinin alt yüklenicilik sözleşmesinden farkı	210
1.2.3. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafından devri.....	211
1.2.3.1. Genel olarak	211
1.2.3.2. Şartları	212
1.2.3.2.1. Genel olarak.....	212
1.2.3.2.2. Arsa sahibinin rızası	213
1.2.3.2.3. Devredilen kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin şartlar	216
1.2.3.2.4. Devir sözleşmesine ilişkin şartlar	217
1.2.3.3. Sonuçları.....	219
1.2.3.3.1. Sözleşmedeki taraf sıfatının değişmesi ve eski yüklenicinin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin sona ermesi.....	219
1.2.3.3.2. Sözleşmeden doğan bütün hak ve yükümlülüklerin devralan yeni yükleniciye geçmesi.....	221
1.2.3.3.2.1. Alacakların tüm imtiyaz ve fer'ileri ile birlikte devralan yükleniciye geçmesi	221
1.2.3.3.2.2. Yenilik doğuran hakların devralana geçmesi	222
1.2.3.3.2.3. Def'i ve itiraz haklarının devralana geçmesi	222
1.2.3.3.2.4. Teminatlar	223
1.2.3.3.2.5. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin devralana geçmesi....	223
1.2.3.3.2.6. Sözleşmenin devrinden önce yapılan alacağın devri sözleşmesinin durumu.....	224
1.2.3.4. Yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmenin devri	226
1.2.4. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibi tarafından devri.....	227
1.2.4.1. Genel olarak	227
1.2.4.2. Arsanın mülkiyetinin yeni malike geçmesi	228
2. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE HUKUKİ İŞLEM DIŞINDAKİ HALLERDEN KAYNAKLANAN TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ.....	229
2.1. Taraflardan Birinin İflası	230
2.1.1. Yüklenicinin iflası.....	230
2.1.2. Arsa sahibinin iflası	233

2.2. Taraflardan Birinin Ölümü	234
2.2.1. Yüklenicinin ölümü.....	234
2.2.2. Arsa sahibinin ölümü	235
SONUÇ.....	237
KAYNAKÇA	241
ÖZ GEÇMİŞ.....	254



GİRİŞ

1. Konunun Takdimi ve Önemi

Ülkemizde ve tüm dünyada nüfus artışı ile kırsal kesimlerden kentsel kesimlere göç ve ayrıca teknolojinin gelişmesi konut ve işyeri ihtiyacını artırmıştır. Daha çok şehir merkezlerinde gerek arsa sahibinin arazisi üzerinde üst üste birçok kat şeklinde, gerekse bir arazi üzerinde birden çok müstakil ev şeklinde yapılan inşaatlar ile bu sosyal ve ekonomik nitelikteki ihtiyaç giderilmeye çalışılmıştır. Neticede bu ihtiyaçları gidermeye yönelik çözüm arayışları kat karşılığı (arsa payı karşılığı) inşaat sözleşmelerini ortaya çıkarmıştır. Yargıtay Büyük Genel Kurulu da 30.09.1988 tarih 2/2 nolu bir İçtihadı Birleştirme Kararında, “1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir gelişme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur” şeklindeki ifadelerle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin doğumuna değinmiştir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada yaygın olarak kullanılan bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme türü 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve diğer kanunlarda özel olarak düzenlenmemiş, uygulamada oluşmuş ve gelişmiş olup günden güne kullanımı artan ve buna bağlı olarak uyuşmazlıklarla daha sık karşılaşılan bir alan oluşturmıştır. Bu uyuşmazlıklar, ilgili sözleşmeye dair doğrudan kanunî bir düzenleme bulunmaması sebebiyle de hayli önemli bir hale gelmiştir. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmesi alanındaki bu boşluk, doktrinin bu konuya ilişkin açıklamalarıyla ve yargı kararlarıyla doldurulmaya çalışılmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arsa sahibi ve yüklenicidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi uzun süren bir sözleşme ilişkisi doğurduğundan, bu süreç içerisinde taraflarında tam veya kısmî değişiklikler meydana gelebilir. Uygulamada özellikle,

bağımsız bölümün üzerindeki alacak hakkının üçüncü bir kişiye devri ile yüklenici inşaatın finansını sağlamakta, arsa sahibi ise gelir elde etmektedir. Yine yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmenin yüklenici tarafının değişmesi yoluna gidilmektedir. Aynı şekilde çeşitli sebeplerle arsanın mülkiyetinin devri söz konusu olmakta ve bu durumda yeni malikin sözleşmenin tarafı olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Son olarak taraflardan birinin ölümü veya iflası hallerinde sözleşmeye mirasçılar ya da iflas dairesi dahil olabilmektedir. Türk Borçlar Kanunu taraf değişikliklerini; alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma, sözleşmenin devri, sözleşmeye katılma olarak düzenlemiştir. Taraf değişikliği hallerinde, sözleşmeye dahil olan üçüncü kişi ile sözleşmede kalanın veya kalanların hak ve yükümlülüklerinin tespiti, hangi taraf değişikliklerinin uygulamadaki sorunlara uygun çözüm bulacağının belirlenmesi önemlidir. Bu sebeple çalışma konumuz, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf değişiklikleri olarak belirlenmiştir.

2. Konunun Sınırlandırılması

Çalışma konumuz kat karşılığı inşaat sözleşmesinde doktrin ve yargı kararlarıyla doldurulmaya çalışılan ve uygulamada birçok uyuşmazlığa sebep olan “*kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf değişiklikleri*”dir. Çalışmanın amacı, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin değil, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf değişikliklerinin uygulama ve teorik sorunları açısından incelenmesidir. Bu sebeple kat karşılığı inşaat sözleşmesi hakkındaki genel bilgiler ve sorunlara ayrıntılı olarak yer verilmemiştir. Ancak konunun daha iyi açıklanabilmesi amacıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği kadar ilk bölümde izah edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Aynı zamanda giriş ve sonuç bölümü bulunmaktadır. Giriş bölümünde, taraf değişikliği kavramı üzerinde durulmuştur. Birinci Bölüm’de kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, şekli, hukuki niteliği, tarafları ve tarafların hak ve yükümlülükleri gibi genel bilgilere kısaca yer verilmiştir. Bu sayede sonraki bölümlerin daha iyi anlaşılabilmesi amaçlanmıştır.

İkinci ve üçüncü bölümlerde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf değişiklikleri kapsamında sözleşmede oluşması muhtemel mutlak ve nisbî taraf değişiklikleri tek tek incelenmiştir. Bu kapsamda, İkinci bölümde nisbî (veya kısmî) taraf değişikliği

oluşturan TBK m.183 ve devamında düzenlenen, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma ve sözleşmeye katılma müesseselerine konuyla alakalı olduğu kadar değinilmiştir. Bu taraf değişikliği hallerinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi üzerinde uygulanmasının şartları ve neticeleri örnek olaylar ve yargı kararlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde ise mutlak (veya tam) anlamda taraf değişikliği oluşturan TBK m. 205 hükmünde düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri ve hukukî olaydan doğan diğer yollarla taraf değişikliği konuları incelenmiştir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi uzun süreli, çok masraflı ve güven ilişkisine dayalı bir sözleşme olduğundan birçok farklı uyuşmazlığa konu olabillir. Bu uyuşmazlıklar, taraf değişikliği hâllerinde, arsa sahibi ile yüklenici ya da bunlarla, borç ilişkilerine katılan üçüncü kişiler arasında meydana gelebilmektedir. Bu uyuşmazlıklara ve bunların çözüm yollarına da yer geldikçe değinilmiştir.

Sonuç kısmında ise çalışmamız sırasında vardığımız kanaatler ve sonuçlar toplu olarak ortaya konulmuştur.

3. Taraf Değişikliği Kavramı

3.1. Genel olarak

Bir borç ilişkisi, kural olarak, nisbîlik ilkesi gereğince sadece tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurmaktadır¹. Bu sebeple, sözleşmeden doğan borcun ifası, kural olarak

¹ Nisbîlik ilkesinin istisnaları, şerh ile etkisi kuvvetlendirilmiş haklar ve üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bunlara ek olarak alacağın devri gibi diğer taraf değişikliği hallerinde de borç ilişkisine bir üçüncü kişi dahil olarak, borç ilişkisi onlara karşı ileri sürülebilir hale gelmektedir. Ancak üçüncü kişi yararına sözleşme ile alacağın devri farklıdır. Zira üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin tarafı olmayan şahsa onun yararına bir edim kararlaştırılmakta, bir başka deyişle borçlu alacaklıya karşı üçüncü kişiye edimi ifa edeceğini taahhüt etmektedir. Bu sebeple bu sözleşme türü alacağın devrinden ayrılmaktadır. Şener **Akyol**, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.8,9; M. Deniz **Yener**, “Alacağı Devredenın Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 67, C.3, S.5, Y.2011, (s.67-75), <http://e-dergi.marmara.edu.tr/marufacd/article/view/5000006325>, Erişim: 02.07.2018, s.69. Üçüncü şahıs yararına sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret **Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.1169 vd.; Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s.9 vd.; Nil **Karabağ Bulut**, *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Ekili Sözleşme*, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2009, s.5 vd.; Hüseyin **Hatemi** ve Emre **Gökayla**, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 293.

sadece borçludan talep edilebilmekte, ifayı da sadece alacaklı talep edebilmektedir². Ancak borç ilişkileri, kural olarak, alacaklı ve borçlu tarafın kişilikleriyle ayrılmaz bir parçası değildir³. Nitekim zaman içinde çeşitli sebeplerle taraf sıfatında değişiklikler meydana gelebilir⁴. Böylece, borç ilişkisi kurulduktan sonra, aktif veya pasif süjelerinde, bir başka deyişle alacaklı veya borçlu tarafında mutlak veya nisbî (tam veya kısmî) değişiklikler meydana gelebilmesi mümkündür⁵. Bu durum, sözleşme ilişkisinde taraf değişiklikleri olarak adlandırılmaktadır.

Sözleşmede taraf değişikliklerinin yapılabilmesi olanağı sözleşme özgürlüğü ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu ilke kapsamında, taraflar, sözleşmenin kurulmasında, devamında, devrinde ve sona ermesinde kanunun emredici hukuk kuralları çerçevesinde dilediğini yapmakta özgür oldukları kadar, sözleşmenin bir tarafını değiştirmede de özgür olmalıdırlar⁶. Ancak taraf değişiklikleri için birtakım hukuki şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu şartlar sözleşme özgürlüğünü kısıtlamak için öngörülmemiştir. Bunlar, taraflardan birinin diğerine karşı sahip olduğu hakları koruma ve sözleşmeye olan güveni sağlamak içindir⁷.

3.2. Taraf değişikliğinin sınıflandırılması

Doktrinde ve uygulamada taraf değişikliğinin sınıflandırılması yoluna gidilmemiştir. Taraf değişiklikleri, mutlak ve nisbî, tam ve kısmî, dar anlamda ve geniş anlamda olarak sınıflandırılabilir. Bu sınıflandırmaların esası aynıdır. Biz yine de ayrı başlıklar altında değerlendirmeyi uygun buluyoruz. Aynı zamanda hukukî işlem neticesinde gerçekleşen ve hukukî işlem dışı hukukî bir olay neticesinde gerçekleşen taraf değişiklikleri, ivazlı ve ivazsız taraf değişiklikleri olarak da sınıflandırma yapılabilir.

² Karabağ Bulut, s.6; İzzet **Karataş**, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminden Kaynaklanan Davalar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.91

³ Hatemi ve Gökyayla, s.384; Nisbîlik ilkesi gereği sözleşmenin etkisi de sözleşmenin sadece taraflarına karşı olması kural olup, bazı sözleşme türleri sözleşmeyi mutlak bir hukuki bağ olmaktan çıkarmaktadır. Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s.8,

⁴ Zeynep Damla **Taşkın** ve Ali **Şahbaz**, “Sözleşmenin Devri”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.15, S.178, Y.2017, (s.4955-5019), s.4956

⁵ Selahattin Sulhi **Tekinay**, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Hazırlayanlar: Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, Filliz Kitabevi, İstanbul 1993, s.240.

⁶ Gökhan **Çayan**, *Sözleşmenin Devri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.1.

⁷ Çayan, s.4.

3.2.1. Mutlak-nisbî taraf değışikliğı

Taraf değışiklikleri arasında yapılacak en temel ayırım, mutlak ve nisbî taraf değışikliğı halleridir. Mutlak taraf değışikliğı, borç ilişkisinin bir tarafının tüm hak ve borçları açısından sözleşme ilişkisinden çıkması, yerine bir başkasının geçmesidir. Bu durum, gerçek anlamda taraf değışikliğini oluşturur. Nisbî taraf değışikliğı ise, borç ilişkisinin taraflarından birinin yalnızca haklarının veya borçlarının, tamamının veya bir kısmının değışmesi ya da taraflardan birinin yanına yeni bir kişinin eklenmesi anlamına gelir.

Türk Borçlar Kanunu madde 183 vd. hükümlerinde düzenlenen taraf değışikliğı hallerinden, mutlak taraf değışikliğı oluşturan, sadece sözleşmenin devridir. Ayrıca hukuki olaydan kaynaklanan değışiklikler de, bir tarafın tamamen sözleşmeden çıkarak taraf sıfatını kaybetmesi sonucunu doğuruyorsa mutlak taraf değışikliğı sayılır. Sözleşmenin devri dışındaki Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen değışiklikler, nisbî taraf değışikliğı kapsamında değerlendirilmelidir. Zira alacağın devri ve borcun üstlenilmesi ile borç ilişkisinden doğan haklardan veya borçlardan biri ya da tamamı devredilmekte diğer yükümlülükler devredende kalmaktadır. Bu taraf değışikliğı hallerinde sözleşmeden ayrılan taraf olmamaktadır. Yine borca ve sözleşmeye katılmada, borcunun veya sözleşmedeki bir tarafın yanına yeni bir kişi katılmaktadır. Sözleşmeden bir tarafın çıkıp yeni bir tarafın geçmesi söz konusu değildir.

3.2.2. Tam-kısmî taraf değışikliğı

Tam ve kısmî taraf değışikliğı esasen mutlak ve nisbî taraf değışikliğı ayırımı ile aynı doğrultudadır. Tam taraf değışikliğı, borç ilişkisinde taraf sıfatının tam olarak değışmesidir. Kısmî taraf değışikliğinde ise, borç ilişkisinde taraf sıfatına tamamen son verilmemektedir. tarafın sadece alacak haklarının veya borçlarının üçüncü bir kişiye devredilmesi veya üçüncü bir kişinin müteselsil sorumlu olarak taraf sıfatına veya borca katılmasıdır. Tam taraf değışikliğı, sözleşmenin devri ile kanunlarda düzenlenen hukuki bir olay neticesinde gerçekleşen taraf değışiklikleridir. Kısmî taraf değışikliğı ise alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma ve sözleşmeye katılmadır.

3.2.3. Dar anlamda-geniş anlamda taraf değişikliği

Dar anlamda taraf değişikliği, borç ilişkisinin alacaklı veya borçlu tarafının sadece belirli bir alacak veya borç açısından değişmesidir. Bu kapsama, alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma şeklindeki taraf değişiklikleri girmelidir. Geniş anlamda taraf değişikliği ise, bir borç ilişkisinin alacaklı veya borçlu tarafının tüm hak ve borçları kapsayacak şekilde değişmesidir. Geniş anlamda taraf değişikliği ise sözleşmenin devri ile sözleşmeye katılma hali olarak belirlenebilir.

3.2.4. Hukuki işlem neticesinde olan-hukuki olay neticesinde olan taraf değişikliği

Bir borç ilişkisinin tarafları hukuki bir işlem ile, sözleşmedeki taraflardan bir veya bir kaçının değişmesini kararlaştırmış ise, hukuki işlem neticesinde olan taraf değişikliği söz konusu olur. Ancak bir sözleşmenin tarafının değişmesi veya yeni bir tarafın sözleşmeye herhangi bir sıfat ile dahil olması kanun hükmünden, yargı kararından veya bir olayın gerçekleşmesinden kaynaklanabilir. Bunlar da hukuki olay neticesinde olan taraf değişikliği adlandırılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m. 183 vd. hükümlerinde hukuki işlem ile meydana gelen taraf değişikliklerini düzenlemiştir. Hukuki bir olay neticesinde gerçekleşen taraf değişiklikleri ise, çeşitli hükümlerde düzenlenmiştir. Bunlar mirasa, iflasa, eşyaya bağlı haklara ve rehinli taşınmazın devrine ilişkin özel hükümlerdir.

3.2.5. İvazlı-ivazsız taraf değişikliği

İvazlı taraf değişikliği, borç ilişkisindeki bir taraf değişirken, taraflardan birine karşılık bir bedel verimesi kararlaştırılmışsa söz konusu olur. İvazsız taraf değişikliği ise bir karşılık kararlaştırılmayan taraf değişikliğidir. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanununda yer alan hukuki işlem ile düzenlenen bütün taraf değişiklikleri ivazlı veya ivazsız düzenlenebilir. Ancak iflas, ölüm gibi hukuki bir olay neticesinde kendiliğinden meydana gelen taraf değişikliklerinin ivazlı olması mümkün olmamalıdır.

3.3. Türk Borçlar Kanunu'na göre taraf değişiklikleri

Türk Borçlar Kanunu taraf değişikliğinin hangi hallerde gerçekleştiğini, birinci kısım “Genel Hükümler”, beşinci bölüm “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlığı

altında üç ayırım halinde sırasıyla “*Alacağın Devri*”, “*Borcun Üstlenilmesi*” ve “*Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*” hükümlerinde düzenlemiştir. TBK m. 183 ve devamı hükümlerine göre borç ilişkisinin aktif süjesinin yani alacaklının değişikliği; alacağın devri (TBK m.183-194), işletmelerin birleşmesi veya şekil değiştirmesi (TBK m. 203), sözleşmenin devri (TBK m.205) veya sözleşmeye katılma (TBK m.206) şeklinde olabilir. Bununla birlikte borç ilişkisinin pasif süjesi olan borçlunun değişimi ise borcu üstlenme (TBK m.195-200), malvarlığın veya işletmenin devralınması (TBK m. 202), işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi (TBK m.203), sözleşmenin devri (TBK m.205) ve sözleşmeye katılma (TBK m.206) şeklinde gerçekleşebilir. Bununla birlikte, mirasın paylaşılması ve rehinli taşınmazların devrinde özel düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim, TBK m. 204 hükmüne göre “*Mirasın paylaşılması ve rehinli taşınmazların devri konusundaki borcun üstlenilmesine ilişkin özel hükümler saklıdır*”. Bu durumda mirasın paylaşılmasına ilişkin TMK m.681 ve ipotek edilmiş taşınmazı iktisap eden üçüncü kişinin borcu üzerine almasına ilişkin TMK m.888-890 hükümleri uygulanır⁸. Hukuki işlem ile meydana gelen taraf değişikliklerinin aşağıda da inceleneceği üzere aralarında farklılık bulunmaktadır. Ancak bu taraf değişikliklerinin ortak özelliği bir hukuki işlemle gerçekleşmesidir⁹. Bunun yanı sıra hukuki olay ve kanunî yahut yargısal yollarla taraf değişiklikleri de mümkündür.

Taraf değişikliği denilince akla borç ilişkisindeki tarafın tam anlamıyla borç ilişkisinden çıkıp, yerine yenisinin girmesi gelebilir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu’nda “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlığı altında madde 183 vd. hükümlerinde düzenlenen kurumlardan sözleşmenin devri dışındaki müesseseler, tam anlamıyla bir tarafın sözleşmeden çıkıp, yerine yeni bir tarafın geçmesi sonucunu doğuracak nitelikte taraf değişikliği değildir. Ancak “*değişmek*” kelimesinin anlamının “*başka bir biçim*

⁸ Kemal **Oğuzman** ve Turgut **Öz**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.598; Kılıçoğlu, s.838. TMK m. 681 hükmü mirasçılardan üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu düzenlemektedir. Tereke borçlarından dolayı mirasçılar beş yıl süre ile şahsi ve müteselsil olarak sorumlu olacaklardır. Bu hüküm hakkında bkz. Mustafa **Dural** ve Turgut **Öz**, *Türk Özel Hukuku Miras Hukuku*, C.4, Filiz Kitabevi, 10. Baskı, İstanbul 2016, s.526. TMK m. 888-890 hükümleri için bkz. Mehmet **Ayan**, *Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar*, 7. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s.241,246; M. Kemal **Oğuzman**, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay Özdemir**, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.970; Haluk Nami **Nomer** ve Mehmet Serkan **Ergüne**, *Eşya Hukuku*, 3. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2016, s. 206,207.

⁹ Ercan **Akyiğit**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Sakarya Yayıncılık, Sakarya 2015, s.187,188.

veya duruma girmek”¹⁰ şeklinde tanımlaması yapıldığında, aslında sözleşme ilişkisine herhangi bir şekilde üçüncü bir kişinin dahil olması, taraf değişikliği olarak nitelendirilmelidir. Kanun ise taraf değişikliği kavramını borç ilişkilerinin taraflarında mutlak veya nisbî değişiklikler olarak kabul etmiştir. Ancak bu taraf değişiklikleri, bir tarafın sözleşmeden mutlak suretle çıkıp yerine üçüncü kişinin girmesi ile sadece belli hak ve borçlar açısından üçüncü bir kişinin taraf olması ayrımına göre “Borç ilişkilerinde mutlak ve nisbî taraf değişiklikleri” veya “borç ilişkilerinde tam ve kısmî taraf değişiklikleri” olarak adlandırılması daha uygun olabilirdi.



¹⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b60c9f-3cbef72.70470976, Erişim Tarihi:26.07.2018

BİRİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1.GENEL OLARAK

634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda; tamamlanmamış bir yapı üzerinde kat, daire, dükkan gibi kullanmaya elverişli olan bölümler için bağımsız mülkiyet haklarının kurulabileceği, yine bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak yapı üzerinde kat irtifakı kurulabileceği ve buna bağlı olarak tespit edilmiş bağımsız bölümler üzerinde tesis edilecek olan kat mülkiyeti hakkını düzenlenmiştir¹¹. Kanununun sağladığı bu imkanlardan yararlanmak isteyen arsa sahipleri, arsalarını bina yapılması ve bundan değer elde etmesi için yükleniciye verip, yüklenicinin meydana getireceği binadaki bağımsız bölümlerden bazılarını da inşaatı yapması edimine karşılık olarak yükleniciye vermektedir¹².

Görüldüğü üzere bu sözleşme tipi bir ihtiyaçtan kaynaklanır. Zira bina yapmak ve bağımsız bölüm sahibi olmak için sadece arsa sahibi olmak yetmez, inşaatı başlanması için hem bir sermaye hem de inşaatı yapacak teknik bilgiye sahip olunması gerekir¹³.

¹¹ KMK m. 1: “Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulun maliki veya ortak malikleri tarafından, bu kanun hükümlerine göre, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir.

Yapılmakta veya ileride yapılacak olan bir yapının, birinci fıkrada yazılı nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından, bu kanun hükümlerine göre irtifak hakları kurulabilir.”; KMK m. 3/1: “Kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir”. Bağımsız mülkiyet hakları, kat irtifakı ve kat mülkiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rona **Serozan**, *Eşya Hukuku* 1, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.51,52; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.607 vd.; Mehmet **Ayan**, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, 7. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s.452 vd.; Jale G. **Akipek** ve Turgut **Akıntürk**, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s.416; M. Turgut **Öz**, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 107 vd.

¹² İzzet **Karadaş**, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.42.

¹³ Efrail **Aydemir**, *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.122; Yaşar Engin **Selimoğlu**, *Eser Sözleşmesi*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.423.

Yine benzer şekilde yüklenicinin inşaatı yapmaya yeterli sermayesi ve teknik bilgisi olsa da, genelde arsa satın alarak üzerine inşaat yapmak maddi olarak ona külfet getirir. Çoğu zaman arsa sahiplerinin binayı kendisinin yapması imkansız olduğundan, yüklenicilerin ise arsa sahibi olmasının inşaatın maliyetini etkilediğinden uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmelerine başvurma zorunluluğu ortaya çıkar. Bu sözleşme sayesinde her iki taraf ortaya para koymayıp, arsa sahibi arsasını, yüklenici ise teşebbüs gücünü koyarak bunları en verimli şekilde değerlendirmiş olur¹⁴. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi sadece boş arsası bulunan arsa sahipleri açısından değil de, imar gereği veya eskiyen evlerin yıkılarak yerine yeni yapı yapılması için de imkan sağlar¹⁵.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme türü değildir. 818 sayılı Borçlar Kanunu gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da; inşaat yapımı gibi büyük işleri kapsayan eser sözleşmelerini değil de, daha küçük kapsamlı işler dikkate alınarak eser sözleşmeleri düzenlenmiş, uygulamada büyük yer teşkil eden büyük çaplı inşaat sözleşmelerine yeni Kanun'da yer verilmemiştir¹⁶. Bu sözleşme türü ihtiyaç sonucu uygulamada oluşmuş, ortaya çıkan boşluklar ise yine uygulamada ve doktrinde doldurulmaya çalışılmıştır¹⁷. Kanunî bir düzenleme olmaması sebebiyle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin isimlendirilmesinde uygulamada ve doktrinde terim birliği sağlanamamıştır¹⁸. Nitekim, TMK m. 1009 ile

¹⁴ Bilal **Kartal**, "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi-I", *Yargıtay Dergisi*, Ocak 1975, Y.9, S.33-34,(s.96-113), s.97.; Şenol **Turut**, *Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri*, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2009, s.19.; Gökhan **Tozoğlu**, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Vergilendirme Karşısındaki Durumu*, Sayram Yayınları, Konya 2016, s.1.; Osman **Oy** ve Tahsin Emre **Haşal**, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, Beta Yayınları, Ankara 2014, s.25.

¹⁵ Özellikle 1960'lı yıllardan önce, belediyelerin depreme dayanıklı binalar yapmaması neticesinde bu binaların imara uygun binalara dönüştürülmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Oy ve Haşal, s.21.

¹⁶ Bu konuda eleştiriler için bkz. Veysel **Başpınar**, "6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na İlişkin Genel Değerlendirme", *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz'a Armağan*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, (s.21-31), s.30.; Emre **Gökyayla**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz'a Armağan*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, (s.571-588), s.585.

¹⁷ Uygulamadaki kanunî boşlukları doldurmayı kendine görev bilen Yargıtay ise bu konuyu "arsa payı karşılığında bina yapımı" veya "kat karşılığı inşaat" şeklinde kurallaştırmıştır. Bkz. Aydemir, s.123.

¹⁸ Uygulamada yaygın olarak "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" terimi kullanıldığı görülse de; Yargıtay kararlarında zamanla terim birliği sağlanamadığı "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi", "inşaat sözleşmesi", "kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi" gibi terimlerin kullanıldığı görülmüştür. Bkz: Y. 23. HD. 25.05.2017 T., 2015/8863 E., 2017/903 K.: "Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri"... ", Sinerji Mevzuat.; Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 23. HD. 25.05.2017 T., 2016/4213 E., 2017/1567 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 21.11.2017 T., 2017/4131 E., 2017/8638 K.Sinerji Mevzuat; Y. 15.

Tapu Kanunu m. 26'da kanun koyucu, tapu siciline şerh edilebilecek sözleşmeleri sayarken “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri*” terimini kullanmış olup; bu sözleşme hakkındaki kanunî düzenlemeler sadece bunlardır. Aynı şekilde ilgili sözleşmenin tanımı, unsurları ve hukuki niteliği açısından da uygulama ve doktrinde bir birlik sağlanamamıştır. Bütün bunlara rağmen, bu tür sözleşmelerde güdülen amaç, yüklenicinin arsa sahibinden en başta edindiği veya inşaatın yapımı sürecinde edineceği belirli arsa paylarına karşılık bütünlük arz eden bağımsız bölümleri yapıp teslim etmesidir¹⁹.

HD. 06.07.2017 T., 2017/764 E., 2017/2784 K. Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 11.07.2012 T., 2012/2501 E. 2012/4840 K., Sinerji Mevzuat; Y. 13. HD. 24.01.1992 T., 1991/8698 E., 1992/486 K., Sinerji Mevzuat. Doktrinde de terim birliği bulunmamakla birlikte; Türk Medeni Kanunu ve Tapu Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alınarak yaygın olarak “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Erman, Arsa, s.1; Gürkan **Coşkun**, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Durumu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.25; M. Deniz **Yener**, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.3.; Cevdet **Yavuz**, *Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler)*, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.580.; Yusuf **Büyükay**, *Eser Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s.59; Umut **Yeniocak**, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı)*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.107; Öz, *İnşaat*, s.6. Bizim de tercih ettiğimiz, “*Kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” terimi kullanan yazarlar için bkz. İsmail **Atamulu**, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 27.; Tozoğlu, s. 4.; Oy ve Haşal, s.21.; Oğuz **Usta**, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.9.; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.33. “*Kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” teriminin eleştirisi için bkz. Aydemir, s.122. “*Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi*” olarak isimlendiren yazarlar için bkz. Mustafa Alper **Gümüş**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.2, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.113; Karadaş, s.42; “*Arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapım sözleşmesi*” olarak isimlendiren yazarlar için bkz. Kemal **Dayınlı**, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, DY Yayınları, Ankara 2008, s.23; Ali **Avcı**, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları*, Adalet Yayınları, Ankara 2015, s.4; Kartal, *Arsa Payı*, s.101; Kartal, kat kavramının kullanılmaması gerektiğini şu şekilde izah etmiştir: “*sözleşmeye konu olan ve müteahhit tarafından yapımı yüklenilen kısımların kat değil, daire, dükkan gibi arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler olduğunu kabul etmek gerekir. Bu cümleden olarak sözleşmedeki kat yerine bağımsız bölüm sözcüklerini kullanmak daha doğru olacaktır. Çünkü Kat Mülkiyeti Yasasında birim, kat değil, daire veya dükkan gibi bağımsız bölümlerdir. Tabii ki, bir katta bulunan birden fazla bağımsız bölümün arsa paylarına karşılık olarak yapılması sözleşme ile kararlaştırılabilir. Bu halde iş sahibi aynı katta birden fazla bölümün sahibi olur.*”, Kartal, *Arsa Payı*, s.101; Ancak, 1993 tarihli bir eserinde aynı yönde eleştirilerini yazsa da eserin genelinde ve isminde “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” terimini kullanmıştır. Bkz. Bilal **Kartal**, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Matsa Basımevi, Ankara 1993, s.18. “*Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi*” olarak adlandıran yazarlar için bkz. Fahrettin **Aral** ve Hasan **Ayrancı**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.54.; “*Arsa karşılığı bağımsız bölümlerden oluşan çok katlı binanın yapım sözleşmesi*” olarak isimlendiren yazar için bkz. İbrahim **Kaplan**, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.270.; “*Arsa payı karşılığı bağımsız bölüm sözleşmesi*” olarak isimlendiren yazar için bkz. Şenol **Turut**, *Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009, s.21.

Sonuç olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmesi vasıtasıyla arsa sahibi arsasını değerlendirerek çok katlı yapıdan ev sahibi olmakta, yüklenici ise inşaat yapımı karşılığı kazandığı bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak kâr elde etmektedir²⁰. Yüklenicinin mümkün olabildiğince fazla kâr elde etme amacı ile hareket etmesi neticesinde ise yüklenicinin kendisine kalacak aynı bağımsız bölümü birden fazla üçüncü kişiye satması, genellikle harici şekilde bağımsız bölümleri devretmesi, sözleşmede öngörülen bağımsız bölüm sayısından fazla bağımsız bölüm yapmaya çalışması gibi kat karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamasında birçok sorun ortaya çıkar²¹. Bu sorunlardan çalışma konumuz kapsamında olanlara yeri geldikçe değinilmiştir.

²⁰ Ejder **Yılmaz**, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkını Üçüncü Kişiye Devretmesinde Uygulanması Gereken Şekil”, *Makaleler*, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, (s.775-786), s.779; Samet Can **Olgaç**, “Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.8, S.86, Ekim 2013, Seçkin Yayınları, s.(82-89), s.82; Halil **Akkanat**, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, *Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, (s.63-76), s.63.

²¹ Akkanat, s.63. Çalışma konumuz dışında kalan ve ileride bahsedilmeyecek olan sorunlara kısaca değinmek gerekmektedir. Bu sorunlardan birisi, yüklenicinin inşaat kapsamını genişleterek öngörülenden fazla bağımsız bölüm yapmasıdır ve bu durum “fazla inşaat” olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akkanat, s.64 vd. İnşaat sözleşmelerinde “ilave iş” kavramı fazla inşaatın farklı olup, ilave iş yüklenicinin sözleşme gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu edimleri eksiksiz ifa edip, bunun yanında kat karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülme-yen ilave işleri de yapması halinde söz konusu olmaktadır. Arzu **Genç Arıdemir**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukuki Durum”, *Necip Kocayusufoğlu için Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, (s.449-473), s.449,450.; Cengiz **Kostakoğlu**, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s.931.; Köksal **Kocaağa**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, *TBB Dergisi*, A.85, Y.2009,(s.86-104), s.87. Kural olarak yüklenici, arsa sahibinin rızası bulunmadıkça, sözleşmede öngörülenlerin dışında ilave işler yapamaz. İnşaatı yatay veya dikey genişletemez. Kocaağa, *İlave İş*, s.86. İlave işler, arsa sahibinin bilgisi dışında gerçekleştirilmişse vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacak ve yüklenici bu kapsamda faydalı ve zaruri masrafları talep edebilir. İlave işler ortak yerlere ilişkin ise yüklenici arsa sahiplerine ait olan pay oranında talep hakkına sahip olacak, ancak ilave iş yükleniciye de aynı oranda değer artışı meydana getirmiş ise yüklenici ilave iş nedeniyle bir talepte bulunamaz. Hasan **Erman**, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2010, s.203,204.; Mustafa **Kırmızı**, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Şen Yayınları, Ankara 2014, s.735,736.; Nezih **Sütçü**, *Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, C.1, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.793.; Kocaağa, *İlave İş*, s.92.; Y. 23. HD. 07.11.2014 T., 2014/4934 E., 2014/7074 K., Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.793. İlave bağımsız bölüm yapılması ise, genellikle inşaatın devamı sırasında imar durumunda meydana gelen değişiklik nedeniyle inşaatı ilave bağımsız bölüm yapma imkanının doğması ile yüklenicinin kararlaştırılan bağımsız bölümler dışında ilave bağımsız bölüm yapması veya bağımsız bölümleri genişletmesidir. Genç Arıdemir, s.460; Kocaağa, *İlave İş*, s.96. İlave bağımsız bölüm yapılması halinde sözleşme hükümlerinin uygulanacağı şüphesiz olup sözleşmede bu konuda hüküm bulunmadığı takdirde, yapılan ilave bağımsız bölüm sözleşmedeki arsa payları dağılımı oranında yüklenici ile arsa sahibine ait olur. Erman, *Arsa*, s.207; Kocaağa, *İlave İş*, s.97,98. Bu sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, *Arsa*, s.202 vd.; Kostakoğlu, s.930-1069 vd.; Genç

2. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, ŞEKLİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1. Tanımı

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin satım, kira vb. sözleşmelerde olduğu gibi, mevzuatta yapılan bir tanımı yer almamaktadır. Bu nedenle doktrinde, tarafların karşılıklı edimleri dikkate alınarak sözleşme çeşitli şekillerde tanımlanmıştır²². Erman, kat karşılığı inşaat sözleşmesini “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir*” şeklinde tanımlamıştır²³.

Gümüş ise, “*arsa payı karşılığı yapım(inşaat) sözleşmesi, yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı ve/veya bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşaat etme borcu, arsa(iş) sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği bir sözleşmedir*” şeklinde tanımlama yapmıştır²⁴.

Kartal, “*onunla bir taraf, diğer tarafın arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık, bağımsız bölümlerin inşaa edilerek bütünlük arzeden binanın yapılmasına yönelik anlaşma*” olarak tanımlamıştır²⁵.

Arıdemir, s.449 vd.; Kocaağa, *İlave İş*, s.86 vd.; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.765 vd.; Y. 15. HD. 08.03.2011 T., 2010/7669 E., 2011/1380 K., Kostakoğlu, s.935,936.; Y. 15. HD. 30.03.1992 T., 1991/4665 E., 1992/1622 K., Kostakoğlu, s.1074,1075.

²² Doktrinde yer alan farklı tanımlar için bkz. Ali **Avcı**, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.6.; Çiğdem **Kırca**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar*, XXII, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 15 Aralık 2006,(s.77-98), s.81.; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.149.; Usta, s.6,7.; Turgut **Uygur**, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C.2, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.2124.; Mustafa Duhan **Demir**, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.22,23.; Atamulu, s.25.; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.270.; Karadaş, s.43.; Oy ve Haşal, s.25-26.; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.107.; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.33.

²³ Erman, *Arsa*, s. 1.

²⁴ Gümüş, s.113.

²⁵ Kartal, *Arsa Payı*, s.98. Kartal bir başka eserinde bu sözleşmeyi, “*yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir*

Yargıtay ise kat karşılığı inşaat sözleşmelerini “*Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir*” şeklinde tanımlamıştır²⁶.

Görüldüğü üzere, kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa sahibine, arsanın paylarının mülkiyetini yükleniciye sözleşmenin başlangıcında veya inşaatın ilerleyen aşamalarında devri borcunu; yükleniciye ise arsa üzerine bir yapı inşa etme ve bu yapının bağımsız bölümlerini arsa sahibine veya onun göstereceği üçüncü kişilere teslim etme borcunu yüklemektedir. Bu nedenle tarafların borçları dikkate alınarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi; yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde kararlaştırılan inşaatı sözleşme hükümlerine göre yapmayı ve arsa sahibine düşecek bağımsız bölümleri ona veya onun gösterdiği üçüncü kişiye teslim etmeyi üstlendiği, arsa sahibinin ise bunun karşılığı olarak yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa paylarının ya da tamamlanacak inşaat üzerindeki bağımsız bölümlerin mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin edimi arsa devretmek olup, bu edim arsası üzerinde inşa edilecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmayı vaat etmek ve elde edilecek geliri yüklenici ile paylaşmak şeklinde olursa ortaya “*gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesi*” çıkmaktadır²⁷. Gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi arasında, yüklenicinin bir yapı inşa etme ile arsa sahibinin yükleniciye arsa paylarını devretme borçları açısından fark bulunmamaktadır.

bütünlük taşıy biçimde inşaa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir” şeklinde tanımlamıştır. Kartal, *Kat Karşılığı*, s. 15.

²⁶ Y. 23. HD. 08.04.2013 T., 2013/549 E., 2013/2250 K., Avcı s.4.

²⁷ Yavuz, C., Özel, s.596.; Öz Seçer, *Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.78. Bu sözleşme doktrinde, “*arsa satışı karşılığı hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmesi*” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Yavuz, C., Özel, s.596. Yavuz, bu sözleşmeleri “*yüklenicinin bağımsız bölümler meydana getirme ve bunların satışını sağlama borcuna karşılık, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin satımına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme ve bu satıştan elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşma borcu altına girdiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlamıştır. Yavuz, C., Özel, s. 596. Yeniocak ise, “*yüklenicinin, sözleşmede belirlenen yapıyı inşa etme ve bağımsız bölümlerin satışına aracılık etme borçlarını yüklediği, buna karşılık arsa sahibinin, arsası üzerinde inşa edilecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmayı vaat ettiği ve inşa edilen bağımsız bölümlerin satılmasıyla elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşmayı borçlandığı sözleşmedir*” şeklinde tanımlamıştır. Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.25. Başka tanım için bkz. İlker Hasan Duman, *İnşaat Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.245.

Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki borçlarına ek olarak bağımsız bölümlerin pazarlanmasını yapma ve satışını sağlama, arsa sahibinin ise bağımsız bölümleri satma veya satış yetkisini yükleniciye verme ve elde edilen gelirden yüklenicinin payını ödeme borcu bulunmaktadır²⁸. Çalışma konusu kat karşılığı inşaat sözleşmesi olduğundan gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesi üzerinde durulmayacaktır.

2.2. Unsurları

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması için aranan unsurları şunlardır²⁹:

2.2.1. Arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini devir borcu altına girmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girmekte; bu borç yüklenicinin inşa ettiği binadaki bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır³⁰. Taraflar, arsa sahibi tarafından yükleniciye bedel olarak devredilecek arsa payını, arsanın konumu, büyüklüğü, rayiç değeri gibi ölçütler dikkate alınmak suretiyle serbestçe kararlaştırılabilmektedir ve genellikle taraflar yapılacak bağımsız bölümlerin dağılımı ile bunlar karşılığında yükleniciye devredilecek arsa paylarını sözleşmede belirlemektedirler³¹.

²⁸ Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.109; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.247. Gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesinden söz edebilmek için; taraflar arasında anlaşma, arsa sahibinin bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek geliri paylaşmayı ve bağımsız bölümün satışını gerçekleştirmek üzere yükleniciye temsil yetkisi vermeyi tahhüt etmesi, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri yapma ve arsa sahibi adına satma ve alıcılara teslimini taahhüt etmesi unsurlarının bulunması gerekmektedir. Duman, *İnşaat Hukuku*, s.245; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.26.

²⁹ Mustafa Duhan **Demir**, *Kat karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.19 vd.; Erman, *Arsa*, s.2.; Yavuz, C., *Özel*, s.581.; Kartal, *Arsa Payı*, s.98 vd.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.15 vd.; Avcı, s. 7.; Karadaş, s. 45.; Atamulu, s. 28.; Tozoğlu, s.4.; Usta, s.9 vd.; Kırmızı, s.626.; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.33. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını farklı sınıflandıran yazarlar için bkz. Kaplan, s.270.; Turut, s.32-36. Gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmelerinde ise sözleşmenin unsurları; “Yüklenicinin bağımsız bölümleri inşa etme ve satış sözleşmesi kurulmasına aracılık etme”, “Arsa sahibinin üçüncü kişiye mülkiyeti devretme ve gelir paylaşımı” ile “tarafların anlaşması” şeklindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.26 vd.

³⁰ Erman, *Arsa*, s.2.; Yavuz, C., *Özel*, s.581.; Atamulu, s.29.; Avcı, s.9.; Tozoğlu, s.5.; Coşkun, s.26.; Y. 23. HD. 11.07.2012 T., 2012/2501 E., 2012/4840 K.: “Burada, arsa paylarının mülkiyetinin devri, yüklenici tarafından inşa edilecek binadaki belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini teşkil etmektedir”, Sinerji Mevzuat.

³¹ Turut, s.36.

Eser sözleşmelerindeki bedel unsuru bir para olup, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu unsur arsa sahibinin arsa paylarının mülkiyetini devir (bunun sonucuna bağlı olarak ve eserin büyüklüğüne göre blok, kat, bağımsız bölüm verilmesi)³² şeklinde, bir başka deyişle nakdi değil de aynî ödeme şeklinde karşımıza çıkmaktadır³³. Kat karşılığı inşaat sözleşmesini çifte tipli karma sözleşme yapan da sözleşmenin bu unsurudur. Yine kat karşılığı inşaat sözleşmenin eser sözleşmesinden farkını da arsa sahibi tarafından yükleniciye ödenmesi söz konusu olan bedelin, yüklenici tarafından inşası yapılacak olan yapının taraflar arasında kararlaştırılmış olan arsa payı ve kat irtifakının tesisinin kurulması ile sonrasında da bu haklara tekabül eden bağımsız bölümlerin yükleniciye devri olmasıdır³⁴. Belirtmek gerekir ki arsa paylarının devir usulü, tarafların aralarındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre belirlenecek olup, örneğin sözleşme kurulurken tamamen veya kısmen yapılacağı gibi kademeli olarak da yapılabilir³⁵. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları sözleşmede aksini kararlaştırmadıkça yüklenici inşaatı tamamlayıp teslim etmeden, arsa sahibinden arsa payının devrini talep edemez³⁶.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi tarafından yükleniciye ödenecek olan bedelin kısmen bağımsız bölüm kısmen de para olarak verilmesi, sözleşmenin kat karşılığı inşaat sözleşmesi olma özelliğini kaybettirmemektedir³⁷.

Mülkiyeti devir borcunun konusunu oluşturan arsa bir taşınmaz³⁸ olup, bu arazi parçasının tapulu olması şart olmayıp³⁹, kat karşılığı inşaat sözleşmesi konusu olan

³² Yükleniciye verilecek arsa payına karşılık gelen kısım, Kat Mülkiyeti Kanunundaki kurallar dikkate alınarak belirlenmelidir. Kat Mülkiyeti Kanunu gereğince payların kat irtifakına dönüştürülmesi halinde yükleniciye bedel yerine bağımsız bölümler, kat irtifakına dönüştürülmeyip pay olarak kalırsa mülkiyetten pay olarak devir kararlaştırılır. Örneğin, paylar kat irtifakına çevrilmemiş ortaya çıkan yapının %40'ının arsa sahibinin %60'ının yüklenicinin olması kararlaştırılmışsa, bedel bu şekilde oranlar halinde gösterilirken; paylar kat irtifakına çevrilmişse ve toplamda 20 bağımsız bölüm varsa bedel olarak 12'si yüklenicinin 8'i arsa sahibinin olarak gösterilir. Aydemir, s.129.

³³ Yavuz, C., Özel, s. 581.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.20.; Kartal, *Arsa Payı*, s.99.; Kostakoğlu, s.76.; Karadaş, s.44.; Avcı, s.10.; Usta, s.9.; Turut, s.36.; Aydemir, s.129.; Coşkun, s.25.; Oy ve Haşal, s.24.; Olgaç, s.83.

³⁴ Oy ve Haşal, s.25.; Aydemir, s.123.; Turut, s.24.

³⁵ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.21.

³⁶ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.21.; Atamulu, s.29.; Usta, s.10. Bu sonuç tüm karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde geçerli olan TBK m. 97, "*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*"³⁶ ile eser sözleşmesine ilişkin TBK m.479/1 "*İşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.*" hükümlerinden ortaya çıkmaktadır.

³⁷ Aydemir, s.129.

³⁸ Taşınmaz, kapalı bir çizgi ile sınırları belli edilen toprak parçasıdır. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.20.; Kartal, *Arsa Payı*, s.99.; Türk Medeni Kanunu'na göre, arazinin tapu kütüğünde ayrı sayfaya

yüklenicinin yapmayı borçlandığı inşaatın yapımına hukuken ve fiilen elverişli olması gerekli ve yeterlidir⁴⁰. Bunun sonucu olarak, eğer sözleşme konusu arsada mevcut hukuki veya maddi imkansızlık nedeniyle inşaatın yapımı mümkün değilse arsa sahibinin sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirdiğinden söz edilemez⁴¹. Uygulamada en çok karşılaşılan hukuki imkansızlık durumları olup bunlar da arsanın imar planına uygun olmaması, imar yasağı bulunması durumlarıdır⁴². Ayrıca kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu taşınmaz üzerinde ipotek, tedbir, şuf'a, intifa gibi sınırlamalar var ise sözleşme geçerli olsa bile ifa olanağı bulunmamaktadır⁴³. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan taşınmaz hakkında sırasıyla belediyeden imar durumunun çıkartılması, imar mevzuatına uygun inşaat projesinin tasdik ettirilmesi, yapı ruhsatının alınması ve kat irtifakının kurulması şarttır⁴⁴.

kaydedilen bağımsız sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bölümler mülkiyete konu olabilir ve mülkiyet hakkına sahip olan kişinin hukuk sınırları içerisinde sahip olduğu taşınmaz üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma, tasarruf etme yetkilerine sahiptirler. Aydemir, s.125. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.355.; Ayan, *Eşya-II*, s.139.; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.56. Taşınmaz mallar bir yerden alınarak başka bir yere götürülmesi imkansız, ancak bulundukları yerde ve bulundukları şekilde kullanılması mümkün olan eşyadır. Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.56.

³⁹ Arsanın tapuya kayıtlı taşınmaz olmamasını hukuki bir engel olup olmadığı tartışmalı olup, Erman'a göre, arsanın tapuya kayıtlı olmasının zorunlu olmayıp tapusuz taşınmaza sahip arsa sahibi zilyetliğin devri ile borcunu yerine getirebilecektir. Erman, *Arsa*, s.2. Kartal'a göre, arsanın tapulu olması şart olmayıp sözleşmede belirtilen ve taraflarca üzerinde anlaşılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli olması yeterlidir. Kartal, *Arsa Payı*, s.99. Usta ve Sütçü'ye göre yüklenicinin asli borcu imar ve projeye uygun bir bina inşa etmesi olup, tapusuz taşınmazların imarından bahsedilemeyeceği için söz konusu arsanın kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilmesi için ancak tapuya kayıtlı olması şarttır. Usta, s.11; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.31. Yine Sütçü'ye göre, arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsaya sahip olması için arsanın tapuya kayıtlı olması gerekir ve bu nedenle başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe gibi hafif yapılar TMK'nın 728 hükmü gereği taşınır mal hükümlerine tabi olacak ve tapu kütüğünde gösterilmediği için kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olamayacaktır. Nitekim tapusuz taşınmazı elinde bulunduranın hakkı zilyetlikten ibaret olup, bu taşınmaza ilişkin resmî olmayan satış vaadi senedi, zilyetliği devir senedi olarak yorumlanmalıdır. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.31,32.

⁴⁰ Yavuz, C., *Özel*, s. 582.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.20.; Kartal, *Arsa Payı*, s.100.; Tozoğlu, s.5.; Usta, s.10.

⁴¹ Erman, *Arsa*, s.2.; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.270.; Atamulu, s.29.

⁴² Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan taşınmazın imar durumunun olmaması durumunda kat karşılığı inşaat sözleşmesi de baştan itibaren geçersiz sayılmalı ve bu durumda sözleşmenin yerine getirilmesi veya getirilmemesi sebebiyle açılan davada ifa imkansızlığı sebebiyle sözleşmenin feshi yoluna gidilmeli, yüklenici sebepsiz zenginleşme esaslarına göre yaptığı imalatlar arsaya değer kazandırmışsa bu değer farkını isteyebilmelidir. Ancak arsa sahibi için gecikmesi sebebiyle herhangi bir tazminat talebinde bulunamamalıdır. Oy ve Haşal, s.37

⁴³ Kartal, *Arsa Payı*, s.100. Bu sınırlamalar hakkında tarafların anlaşması ve bu anlaşmanın kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alması halinde ifa mümkün olacaktır. Oy ve Haşal, s.39

⁴⁴ Oy ve Haşal, s.38; İlerleyen bölümlerde de bahsedileceği üzere, bu işlemleri yapma kural olarak arsa sahibinin görevidir. Aksi sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir. Bu görevler yükleniciye bırakıldığı zaman, arsa sahibi yükleniciye vekalet vermelidir.

2.2.2. Yüklenicinin inşaat yaparak belirlenen bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesi

Yüklenici genellikle finansını sağlayıp ve bu konuda uzman olarak inşaatı zamanında yapmak ve oluşan bağımsız bölümleri eksiksiz şekilde teslim etmek borcu altına girmektedir. Eser sözleşmesindeki “eser meydana getirmek” unsurunun kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yerini “yüklenicinin inşaat ve dolayısıyla bağımsız bölüm yapması ve teslim etmesi” almaktadır⁴⁵.

Eser sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından eser daha dar bir kapsamı ifade etmekte olup⁴⁶, bu eser “inşaat”, “yapı, bina, apartman” ya da “kat, bağımsız bölüm” olarak anlaşılmalıdır⁴⁷.

⁴⁵ Yavuz, C., *Özel*, s. 582.; Avcı, s.8.; Turut, s.32. Eser, insan emeğinin türü olup hukuki bir bütünlük halinde anlam ifade eden ve iktisadi değer taşıyan maddî veya maddî varlığı olmayan değerler yani bir edim fiili değil de edimin neticesi olup, yüklenici bu eseri meydana getirmeyi üstlenmektedir. Turut, s.32.; Koacağa, s.58.; Hüseyin **Altaş**, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.52.; Leyla Müjde **Kurt**, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.38.; Seçer, s.28.; Emre **Gökyayla**, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s.9.; Uygur, *Borçlar*, C.2, s.2127.; Kırmızı, s.61.; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.99; Y. 21. HD. 02.10.2017 T., 2016/5004 E., 2017/7112 K.: “Bu anlamda eser; bir iş görme faaliyetinin maddî veya maddî olmayan sonucudur.”, Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 18.11.2009 T., 2009/15-459 E., 2009/541 K., Kırmızı, s.63 vd. Bununla birlikte maddî varlığı olmayan çalışma sonuçlarının eser sözleşmesine konu olamayacağı görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Haluk **Tandoğan**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.2, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.19; Hüseyin **Hatemi**, Rona **Serozan** ve Abdülkadir **Arpacı**, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.353; Fikret **Eren**, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 18-29 Mart 1996, 3. Baskı, (s.45-103), s.54; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.6. Doktrinde yer alan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.348 vd.; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.2 vd.; Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 51 vd.; Kurt, s.28 vd.; Seçer, s.26 vd.; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.5 vd.

⁴⁶ Eser sözleşmesine maddî nitelikteki ürünlerle birlikte maddî nitelikte olmayan manevî nitelikteki eserler konu olduğu da kabul edilmekte iken inşaat sözleşmelerine sadece maddî nitelikteki inşa eserleri konu olabilmektedir. Bu sebeple maddî ve cismani varlık veya bir cisim şeklinde belirleyen emek ürünleri inşaat olarak nitelendirilememektedir. Köksal **Kocağa**, *İnşaat Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.58; Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s.56; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.33; Uygur, *Borçlar*, C.2, s.2127,2128. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden daha geniş anlam ifade eden ve eser sözleşmesi türü olan inşaat sözleşmesinde “inşaat” kavramı da eser sözleşmesinden daha dar anlamda olup, her “inşaat” bir “eser” anlamında olsa da her “eser” bir “inşaat” anlamında olmayacaktır. Kocağa, *İnşaat*, s.58

⁴⁷ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.22.; Turut, s.32. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 5’e göre “yapı” kavramı, “karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmî ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler” şeklinde; “bina” kavramı, “kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar” şeklinde tanımlanmıştır. “Bağımsız bölüm” kavramı Kat Mülkiyeti Kanunu m.2’de “...anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyeti konu olan bölümleri...” şeklinde tanımlanmıştır. “Kat”

Genel olarak inşaat kavramı ise “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine; eşya gibi diğer cansız şeylerin saklanmasına veya konulmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan emeğiyle sun’i olarak yapılmış veya düzenlenmiş her türlü şeydir” olarak tanımlanmaktadır⁴⁸.

Yüklenici arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri tamamlayıp teslim etmekle yükümlü olduğu gibi, ortak kullanıma ait yerler ile ana taşınmazı da tamamlayarak kat mülkiyetine çevrilmeye elverişli hale getirmelidir⁴⁹. Bir başka deyişle, kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilecek taşınmaz üzerinde yüklenici tarafından oluşturulmuş yapının kat mülkiyetine çevrilme özelliğine sahip olması öncelikli koşuldur⁵⁰. Zira arsa sahibinin sözleşmedeki amacı ve menfaati sadece kendisine düşecek bağımsız bölümleri devralmak değil, bir bütün olarak ana yapıyı da teslim almaktır ki, inşaat tamamlanmadan Kat Mülkiyeti Kanununa göre bağımsız bölümler oluşturulamamakta ve bunlar için iskan alınamamakta, arsa sahibinin de menfaati gerçekleşmemiş olmaktadır⁵¹. Yine, her ne kadar arsa sahibine düşen bağımsız bölümler eksiksiz teslim edilse de ortak alanların tamamının tamamlanması gerekli olup, ortak alanların tamamının tamamlanmaması halinde yüklenicinin eksik ifası söz konusu

kavramı Kanunlarda tanımlanmamıştır. Türk Dil Kurumu sözlük tanımına bakılırsa kat, bir yapıda iki döşeme arasında yer alan daire veya odaların bütünüdür.(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&xarama=gts&guid=TDK.GTS.58da648a7825f2.34628744). Kartal ise “bir apartmanda, bir binada, iki döşeme arasında yer alan aynı düzeydeki dairelerin veya odaların tümü” şeklinde katı tanımlamıştır. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.18; Kartal, *Arsa Payı*, s.100,101.

⁴⁸ Eren, *İnşaat*, s. 55; Karaca, s.37; Kocağa, *İnşaat*, s.59; Uygur, *Borçlar*, C.2, s.2128. Başka bir tanıma göre ise inşaat, maddî nitelikteki insan eliyle yapılmış her türlü yapı eserini ifade etmektedir. Karaca, s.37. Bununla birlikte, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin konusunu olan inşaat kavramı hem binayı ve yapıyı hem de kat ve bağımsız bölümü içine alan üst bir kavramdır. Avcı, s.8.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.18,19; Bu kavramın içeriğini yeni bir inşaat yapmak kadar mevcut bir binaya ilave inşaat veya değişiklik ya da onarım da oluşturabilmekte; yüklenicinin borcu da bunlara göre şekillenmektedir. Mehmet **Karaca**, *Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Mütteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s.38; Karadaş, s.45; Kocağa, *İnşaat*, s.60.

⁴⁹ Erman, *Arsa*, s.3.; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.117.; Tozoğlu, s.6. Bu kapsamda birden fazla binanın inşa edildiği komplekslerde genellikle yollar, bahçeler, parklar, spor alanları ve sosyal çevreler de oluşturulmalıdır. Turut, s.34.

⁵⁰ Aydemir, s.126.

⁵¹ Atamulu, s.29.; Bu doğrultuda bkz. Y. 15. HD. 26.06.2014 T., 2013/5897 E., 2014/4497 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 28.11.2007 T., 2006/7468 E., 2007/7653 K., Sinerji Mevzuat

olacaktır⁵². Yüklenicinin binayı tamamlayarak teslim borcu imar ve projeye uygun bir bina inşa etmeyi de kapsamaktadır⁵³.

Ana taşınmazın kat mülkiyetine dönüştürülmesine engel olmayacak şekilde yükleniciye devredilecek arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin bulunması, yüklenicinin edimini yerine getirmiş olmasını engellemez⁵⁴. Yine kat karşılığı inşaat sözleşmesinde bloklar şeklinde yapım kararlaştırıldığı ve belirli bloklar arsa sahibine verileceği durumlarda, bloklar arasında zorunlu bir bağlantı yoksa ve sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, yüklenicinin kendi payına düşen blokları arsa sahiplerine ait bloklarla birlikte bitirme mecburiyeti yoktur⁵⁵.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında inşaatın yapım işinde sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, yapılması gerekli olan tüm harcamalar (yapının bünyesine girecek her türlü malzeme, proje, inşaat ruhsatı vs.) yüklenici tarafından karşılanmalıdır⁵⁶. Yüklenicinin meydana getirdiği inşaatın ise kanunî olarak gerekli izinlerinin alınmış, ruhsata bağlanmış ve projesine uygun olarak yapılmış olması gereklidir ve bu gereklilik TBK m. 471’de düzenlenen sadakat ve özen borcunun gereği olup, aksi halde yüklenici edimini sözleşme ve kanuna uygun olarak yerine getirmemiş olur⁵⁷.

Arsa sahibinin arsası üzerinde sözleşmeye konu inşaatın yapılması mümkün değilse, yüklenici açısından edimin yerine getirilmesinde imkansızlık oluşmakta, arsa sahibi

⁵² Cevdet Salih **Şahin**, *Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) e Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.99; Mustafa **Gür**, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.104.; Kartal, *Arsa Payı*, s.101. Ortak alanlarda taraflar kendi payıyla sınırlı olarak hak sahibi olmamakta, ortak alanların tamamlanmaması halinde tarafların menfaati sağlanamamaktadır. Bununla birlikte, ortak alanların eksik ifası halinde arsa sahibi ortak alanların sadece kendine düşen arsa payıyla sınırlı olarak değil, tamamının tamamlanma masraflarını talep edebilecektir. Şahin, s.99.; Gür, s.107.; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.957. Ancak doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtay sadece kendi arsa payına düşen miktarın talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Erman, *Arsa*, s.201; Kostakoğlu, s.456; Kırmızı, s.974.; Y. 15. HD. 14.09.2005 T., 2004/5982 E., 2005/4672 K.: “...gerektiğinde mahallinde keşif yapılarak eksik imalat bulunup bulunmadığının incelenmesi varsa arsa sahibi Filiz’e ait bağımsız bölümlerde eksik imalatın bedeli ve binanın ortak alanlarında eksik bırakılan imalatın Filiz’in hissesine düşen miktarın belirlenerek Filiz’e ödenmesi şartıyla -birlikte ifa suretiyle- tescil kararı verilmesi gerekir.”, Sinerji Mevzuat.; Y. 15. HD. 27.09.2004 T., 2004/470 E., 2004/4646 K., Sinerji Mevzuat.

⁵³ Usta, s.13.

⁵⁴ Erman, *Arsa*, s.3.; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.117.; Usta, s.12.

⁵⁵ Aydemir, s.129.

⁵⁶ Aydemir, s.130.; Y. 15. HD. 27.10.2010 T., 2009/3246 E., 2010/5830 K.: “Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, masrafların yüklenici tarafından karşılanacağı öngörüldüğüne nazaran arsa sahiplerinin kat irtifakı kurma zorunluluğu yoktur.”, Aydemir, s.130.

⁵⁷ Avcı, s.8.

açısından ise inşaatın yapımına elverişli arsa teslim etmediği için borca aykırılık oluşmaktadır⁵⁸.

Arsa paylarına isabet eden bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından sadece eksiksiz ve ayıpsız inşası yüklenicinin borcunu tamamlamamakta, ayrıca bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi gerekmektedir. Bununla birlikte yüklenicinin arsa sahibine karşı borcu olan bağımsız bölüm veya bölümlerin arsa sahibince verilen arsa üzerinde yapılacak inşaatından olabileceği gibi, yüklenicinin bir başka yerdeki inşaatından da olabilir⁵⁹.

2.2.3. Taraflar arasında anlaşma

Türk Borçlar Kanunu m. 1 hükmüne göre; “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*”. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi de tam iki taraflı bir sözleşme niteliğinde olup, tüm bu niteliklerdeki sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin taraflarının iradelerinin sözleşmenin esaslı noktalarında uyumu olması gereklidir⁶⁰. Bir başka deyişle, arsa sahibinin arsa payını devretmesi, yüklenicinin de buna karşılık inşaatı tamamlayıp arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesi unsurlarında tarafların karşılıklı iradelerinin uyumu ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Aksi halde sözleşmenin kurulması için şart olan esaslı noktalar üzerinde bir anlaşma olmadığından sözleşme yok sayılacaktır⁶¹.

TBK m. 2/1’e göre, “*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyumuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır*”. Taraflar hangi noktaların esaslı olacağını sözleşme ile kararlaştırabilirler⁶². Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyumuş olsalar da ikinci derecedeki yan noktalar hakkında uyumsuzluğa düşerlerse, bu uyumsuzluklar TBK m. 2/2 hükmü uyarınca hâkim tarafından işin niteliğine göre çözümlenmelidir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tarafların iradelerinin birleştiği anda kurulmuş olacak ve bu anda ikinci derecedeki yan noktaları da içermesi ileride doğacak uyumsuzluklara

⁵⁸ Erman, *Arsa*, s.3.

⁵⁹ Kostakoğlu, s.75.

⁶⁰ Yavuz, C., Özel, s. 582.; Erman, *Arsa*, s.3.; Kartal, *Arsa Payı*, s.102.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.15.; Atamulu, s.28.; Coşkun, s.25.; Tozoğlu, s.6.; Usta, s.15.; Demir, s.24.

⁶¹ Kartal, *Arsa Payı*, s.102.; Tozoğlu, s.11.

⁶² Atamulu, s.31.

engel olabilecektir⁶³. Sözleşmede yer almayan hususlarda da TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmalıdır⁶⁴.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde olabilecek boşlukların ve sözleşme ile ilgili ortaya çıkacak uyuşmazlıkların; TBK m. 19 hükmünde⁶⁵ düzenlenen genel kurala hükmüne göre, taraf iradelerinin amaçları doğrultusunda sözleşmenin yorumlanması suretiyle çözümlenmesi gereklidir⁶⁶.

2.3. Şekli

2.3.1. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerlilik şekli

Sözleşmenin şekli irade beyanında kullanılan araç, bir başka deyişle irade açıklamalarının büründüğü görünüm olarak ifade edilebilmektedir⁶⁷. Türk Borçlar

⁶³ Aydemir, s.132.

⁶⁴ Aydemir, s.133.

⁶⁵ TBK m. 19: “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”.

⁶⁶ Yavuz, C., Özel, s.582.; Kartal, *Arsa Payı*, s.103.; Avcı, s.7. Örneğin, genellikle karşılaşılan yüklenicinin sözleşme dışı yeni bağımsız bölüm yapması durumunda TBK m.19 hükmüne göre taraf iradelerinin amaçları dikkate alınarak sonuç yorumlanmalıdır. Avcı, s.7.; Y. 23. HD. 04.12.2012 T., 2012/4437 E, 2012/7145 K.: “...Borçlar Kanunu'nun 18. Maddesi hükmüne göre tarafların gerek sehven gerekse akitteki gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere bakılmayarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını hakimnin tespit etmesi gerekir...”, Avcı, s.7.

⁶⁷ Eren, s. 279.; Hüseyin **Altaş**, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s.60,61.; Mehmet **Ayan**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s.153.; Gizem **Halis**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılık”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, S.100, Aralık 2014, Seçkin Yayınları, (s.213-222), s.213.; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.148; Yılmaz, s.775.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.37.; Turut, s.37. Genel olarak şeklin amacı; bazen taraflardan birinin ya da her ikisinin bazen de üçüncü kişilerin veya kamunun yararını korumak, tarafları iyi düşünmeye davet etmek, ileride şekle bağlı olmayan bir akdin kuralları hakkında belirsizlikten ileri gelecek ihtilafları önlemek, hukuki güvenliği sağlamak ve ayrıca ispat kolaylığı sağlamaktır. Bkz. Tekinay, s.99; Safa **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s.65; İsmail **Kayar**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.69; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.140; Eren, *Borçlar*, s.279 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s.44; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.38; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 64 vd.; Ayan, *Borçlar*, s.153; Yılmaz, s.775; Kılıçoğlu, s.115,116; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.115; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.69. Y. 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K., Sinerji Mevzuat. Bu amaçların karşılığında bütün hukuki işlemlerin şekle bağlanması işleri yavaşlatarak zaman kaybına yol açması, masraflar gerektirmesi, gizliliği ortadan kaldırması gibi büyük güçlükler ortaya çıkacak, basit şekil eksiklikleri sebebiyle işlemlerin hükümsüz olması da çeşitli sakıncalar oluşturacak, kötü niyetli kimselerin şekil noksanlığı sebebiyle geçersizlikten haksız ölçüde yararlanmasına sebep olacaktır. Doğan **Şenyüz**, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2016, s.41.; Eren, *Borçlar*, s.281,282.; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.67.; Yılmaz, s.775.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.38.; Reisoğlu, s.65.; İnan ve Yücel, s.208.; Kılıçoğlu, s.117.; Kayar, s.69.; Ayan, *Borçlar*, s.154.; Bu sakıncalar sebebiyle modern hukuk sistemleri şekil zorunluluğunu belirli hukuki işlemler için kabul etmiş, şekil serbestisi prensibini esas olarak benimsemiştir. Reisoğlu, s.65. Roma hukuku gibi eski hukuk sistemleri sözleşmelerde şekilcilik

Kanunu'nda şekil serbestisi prensibi kabul edilmiştir⁶⁸. Zira TBK m. 12/1 hükmüne göre kanunda aksi öngörülmedikçe, sözleşmelerin geçerliliği şekle bağlı değildir. Ancak TBK m. 12/2 hükmünde belirtildiği üzere, sözleşmenin geçerliliği kanunda belirtilen bir şekilde yapılmasına bağlanmış ise bu sözleşmeler şekil serbestisinin istisnasını oluşturmakta ve kanunda düzenlenen geçerlilik şeklinde yapılması zorunlu olmaktadır. Kanunda düzenlenen bu şekle kanunî şekil denilmektedir⁶⁹. Ayrıca, taraflar da sözleşmeyi belirli bir şekilde yapmayı kararlaştırarak şekil özgürlüğünü sınırlandırabileceklerdir ve bu halde iradî şekil şartı söz konusu olmaktadır. Bu sebeple sözleşmelerde şekil, iradi ve kanunî şekil olarak ikiye ayrılmaktadır⁷⁰.

aramaktaydı. Şaban **Kayıhan**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.113.

⁶⁸ Turgut **Uygur**, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C.1, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.249; Akyiğit, s.84; Çayan, s.71; Hatemi ve Gökyayla, s.44; Tekinay, s.99; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.139; Eren, *Borçlar*, s.282; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.68.; Yılmaz, s.775; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.37.; Nomer, s.79; Öz, *İnşaat*, s.3; Reisoğlu, s.65; Kayar, s.69; Büyükcay, s.56; Atamulu, s.41; Ayan, *Borçlar*, s.154; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.148; Halis, s.214.

⁶⁹ Kanunî şeklin bazı gerçekleştirme biçimleri adi yazılı şekil, resmî şekil ve tescildir. Adi yazılı şekil, sözleşmenin muayyen bir şekilde esaslı noktalarının elyazısı, daktilo vs. ile yazılması ve tarafların imzalarının bulunmasını (TBK m.14-16) ifade etmektedir. Resmî şekil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının resmî memur tarafından düzenlenen belgede tespitini, bir başka deyişle sözleşmenin resmî bir makam huzurunda resmî memurun katılımıyla yapılmasını ifade etmektedir. Hukukumuzda resmî şekil düzenleme yetkisi tapu memurları, noterler ve sulh hâkimlerine verilmiştir. Tekinay, s.127.; Eren, *Borçlar*, s.299,300; Turut, s.40. Tescil, hukuki bir muamelenin belli bir sicile kayıt düşülmesi şeklinde yapılmasını ifade etmektedir. Bazı sözleşmelerin geçerliliği için tescil (mülkiyeti muhafaza sözleşmesi gibi), bazıları için ise ilan (ticari işletme devri gibi durumlarda) şartının arandığı görülmektedir. Bkz. Karadaş, s.49.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.141.; Eren, *Borçlar*, s.301,302. Kanunî şekiller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi ve Gökyayla, s.49, 51.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.141.; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 73,78.; Nomer, s.81 vd.; Reisoğlu, s.71 vd.; Kayar, s.71,73; Turut, s.40; Karadaş, s.49. Sözleşme şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turut, s.39 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s.49 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.142 vd.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.39 vd.; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 73 vd.; Nomer, s. 80 vd.; Kılıçoğlu, s.121,122; Ayan, *Borçlar*, s.156 vd.; İnan ve Yücel, s.212 vd.; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.150 vd.; Şenyüz, s.43 vd.

⁷⁰ Nomer, s.81.; Karadaş, s.47.; Reisoğlu, s.71,77.; Kılıçoğlu, s.119.; Kayar, s.69.; Ayan, *Borçlar*, s. 154,155.; İnan ve Yücel, s.211.; Turut, s.38.; Akyiğit, s.84.; Kayıhan, s.114. Bir de ispat şekli vardır ki, özellikle şekle bağlı olmayan sözleşmelerde önem arz etmektedir. İspat şekli hukuki işlemin geçerliliği için zorunlu olmamakla, bir başka deyişle sıhhat şartı olmamakla birlikte; ileride anlaşmazlık çıkarsa işlemin ispatı için aranan şekildir. Kanunî ispat şekli HMK m.200 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükmüne göre Kanunda düzenlenen alt sınırı geçen sözleşmelerin ispatı için, HMK m. 201 hükmüne göre karşı tarafın açıkça muvafakati veya hukuk düzeninin öngördüğü istisnalar dışında yazılı belge dışındaki tanık veya bilirkişi gibi delillerden yararlanılamamaktadır. Bu düzenleme ile kural olarak yazılı şekil sözleşmelerin geçerliliği için gerek olmasa da, sadece ispatı için yazılı yapılma zorunluluğu ortaya çıktığından dolayı özel hukuktaki sözleşmelerde şekil serbestisi adeta kaldırarak şekilde sınırlandırılmıştır. Özellikle yazılı şekle tabi olmayan eser sözleşmesi niteliğindeki inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan bedelin ispatı için, bu bedel HMK m. 200'de belirlenen miktarı zaten aştığı için yazılı delil şart olacaktır. Öz, *İnşaat*, s.4; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.139; Ayan, *Borçlar*, s.156; Kayıhan, s.122; Çayan, s.75; Eren, *Borçlar*, s.286. Yargılama usulü kuralı olan ispat şekli hakkında bilgi için bkz. Hakan **Pekcanitez**, Oğuz **Atalay** ve Muhammet **Özekes**, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 375 vd.;

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda düzenlenmiş bir sözleşme türü olmadığından bu sözleşmenin şekline ilişkin özel bir kanunî düzenleme de bulunmamaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarından birini taşınmaz mülkiyetinin devri veya devrinin vaat edilmesi oluşturduğundan, şeklinin tespiti de önem arz etmektedir. Esasında yapılacak bağımsız bölümlerin karşılığı olan arsa payları yükleniciye sözleşme yapılmadan tapu ile devredilmişse şekil ile ilgili bir sorun bulunmasa da; arsa üzerinde kat irtifakı kurulamamış veya kurulmuş olmasına rağmen bağımsız bölümler yükleniciye devredilmemiş yahut inşaatın yapımına karşılık kademeli olarak devredileceği şartına bağlanmış olması gibi durumlarda şekil sorunu ortaya çıkmaktadır⁷¹.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesi ve taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmelerinin unsurlarının karşılıklı olarak üstlenilmesinden oluşan bir karma sözleşme olduğu için bu iki sözleşmelere ilişkin hükümlere bakmak gerekecektir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerine, gerek eser gerekse taşınmaz satış veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanma imkanı yoktur. Zira kat karşılığı inşaat sözleşmesinde eser sözleşmesi ile taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi iç içedir⁷². Bu yüzden şekil sorunu karşılıklı edimler bakımından değerlendirilmelidir. Arsa sahibinin edimi, taşınmaz niteliğindeki arsa paylarının veya bunlara isabet eden bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devridir. Taşınmaz satış veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi niteliğindeki bu edim taşınmaz satışına ilişkin TMK m. 706, TBK m.237 ile TK m. 26 hükümleri gereği, taşınmaz satış vaadine ilişkin KMK

Hatemi ve Gökyayla, s.45.; Tekinay, s.101; Nomer, s.95 vd.; Turut, s.39.; Karadaş, s.50 vd.; Reisoğlu, s.78. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ispatı hakkında ve tanık dinletilebilecek istisnai haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.139 vd.; Bedel hakkında uyumsuzluğa düşüldüğünde hâkim, TBK m. 481 gereği bedel tespitini inşaatın değeri ve yüklenicinin giderine göre belirlemesi gerekirken, Yargıtay HMK m. 200 hükmünü biçimsel olarak yorumlamaktadır. Bkz. Öz, *İnşaat*, s.4

⁷¹ Yavuz, C., *Özel*, s.587; Tozoğlu, s.10; Halis, s.214.

⁷² Yargıtay 23. HD., 10.11.2016 tarih, 2016/2328 E. 2016/4978 K. sayılı kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan inşaat sözleşmesi; diğeri ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK)nun 634, 6098 sayılı TBK’nın 237, Tapu Kanununun 26. ve Noterlik Kanununun 60. maddeleri uyarınca, resmî biçimde yapılması gereken mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmedir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde “düzenleme” biçiminde yapılması gerekmektedir. Burada şekil geçerlik şartıdır. Emredici kural gereği, resmî şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir.” Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 14.02.2014 T., 2013/6306 E., 2014/1061 K., Sinerji Mevzuat.

m.22, NK m.60 ve m.89 hükümleri gereği resmî şekle bağlıdır⁷³. Yüklenicinin edimi ise kararlaştırılan inşaatı yaparak bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimidir. Eser sözleşmesi niteliğindeki bu edime ilişkin kanunda özel olarak şekil şartı düzenlenmediği için herhangi bir şekle bağlı yapıma zorunluluğu yoktur⁷⁴.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz mülkiyetini devir veya devir vaadini konu edindiğinden dolayı taşınmaz mülkiyetinin devrine veya taşınmaz satış vaadine ilişkin yukarıda izah edilen kanunî düzenlemeler gereği resmî şekilde yapılacağı kuralı kat karşılığı inşaat sözleşmesine de kıyas yoluyla uygulanacaktır. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekilde düzenlenmesi geçerlilik şartı olarak aranacaktır⁷⁵.

⁷³ Bkz. Mustafa Alper **Gümüş**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.1, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.128.; Aydın **Zevkliler** ve Emre **Gökyayla**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.63.; Haluk **Tandoğan**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.226.; Hasan **Erman**, *Eşya Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2016, s.80.; Aral ve Ayrancı, s.170.; Uygur, *Borçlar*, C.2, s.1516.; Yavuz, C., *Özel*, s.122,132.; Ayan, *Eşya-II*, s.189.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.359.; Yılmaz, s.776.; Erman, *Arsa*, s. 18.; Kılıçoğlu, s.159.; Avcı, s.17.; Halis, s.215.; Ruhi, s.647. Taşınmaz devrine ilişkin sözleşmelerin şekle bağlı olması tarafların yararlarını korumaya yöneliktir. Bkz. Kılıçoğlu, s.160,161. Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.77; Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.227. Taşınmazların devrine ilişkin sözleşmelerde resmî şekil şartının aranmasının sebebi taşınmaz malların taşınır mallara oranla daha yüksek ekonomik değer oluşturmalarıdır. Yılmaz, s.776,777. Taşınmaz satışı ve taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin şekli için bkz. Gümüş, *Borçlar*, C.1, s.128 vd.; Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.226-243 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.359-391 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s.63 vd.; Yavuz, C., *Özel*, s.122 vd.; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.77 vd.; Coşkun, s.93,94; Avcı, s.71 vd.

⁷⁴ Erman, *Arsa*, s. 18.; Büyükcay, s.57.; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.7.; Dayınlarlı, *İstisna*, s.22.; Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s.47.; Kurt, s.43.; Seçer, s.39.; Avcı, s.17.; Oy ve Haşal, s.23; Gökyayla, *Ek İş ve İş Değişikliği*, s.15; Ruhi, s.647; Kırmızı, s.633. Eser sözleşmesinin şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karadaş, s.47 vd.; Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s.47 vd.; Kurt, s.43 vd.; Seçer, s.39 vd. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde bina yapım bedeli aynı değil de nakdî yani para olarak kararlaştırılmış olsaydı, nakdî bedel karşılığındaki yapım eser sözleşmesi niteliğinde olacağından aradaki sözleşme sözlü veya adi yazılı yapılması yeterli olurdu. Ancak arsa sahibinin borcu taşınmazın bir bölümünün ya arsa payı olarak ya da meydana gelen bağımsız bölümler olarak devri olduğunda kat karşılığı inşaat sözleşmesi adi yazılı veya sözlü şekilde yapılması yeterli olmaz. Aydemir, s.131, 220; Uygulamada büyük kapsamlı ve taşınmaz devri içermeyen inşaat sözleşmeleri genellikle yazılı veya resmî şekilde yapılmakta ise de eser sözleşmesi niteliğindeki bu sözleşmeler şekle bağlı değildir. Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.50.

⁷⁵ Yavuz, C., *Özel*, s.588; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.29; Eren, *İnşaat*, s.57; Öz, *İnşaat*, s.6; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.7; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.354; Kılıçoğlu, s.160; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.16; Kartal, *Arsa Payı*, s.102; Kırca, s.81; Kaplan, *Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s.123; Gökyayla, *Ek İş ve İş Değişikliği*, s.15; Avcı, s.17; Turut, s.41; Karadaş, s.48; Aydemir, s.131; Büyükcay, s.59; Atamulu, s.42; Usta, s.25; Tozoğlu, s.24; Kurt, s.43; Halis, s.,216; Seçer, s.40; Oy ve Haşal, s.24; Ruhi, s.647; Kırmızı, s.633; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.69; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.120; Demir, s.29. Arsa sahibinin bağımsız bölümleri devri veya devir vaadi ile sözleşme yapması yerine, yüklenicinin inşaatı tamamlaması ve yükleniciye yetki vererek bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışının sağlanarak bu satışlardan elde edilen karı arsa sahibi ile yüklenici arasında bölüştürüleceği şeklinde yapılan inşaat sözleşmesi türünde; taşınmazın devri veya devir vaadi söz konusu olmadığından, sadece yükleniciye bunların satışı için yetki verildiğinden, resmî şekil şartı aranmamalıdır. Halis, s.216. Aksi görüşe göre, taşınmaz satışı için aranan şeklin bu sözleşmelerin yapılması için temsil yetkisi veren vekalet sözleşmesinin de resmî şekilde yapılması gereklidir.

Yargıtay da kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekle tabi olduğunu gerektiğini kabul etmektedir⁷⁶. Ancak sözleşmenin şekle uyulmasının aranmadığının açıkça özel kanun hükümleriyle belirtildiği durumlarda resmî şekil şartı aranmayacaktır⁷⁷. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olması için resmî şeklin, sözleşmenin esaslı noktalarını kapsaması gerekmektedir⁷⁸.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi edimlerini oluşturan taşınmaz satış veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi resmî şekle bağlı iken, yüklenicinin edimini içeren eser sözleşmesi bir şekle bağlı tutulmadığından; doktrinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tamamı için resmî şeklin aranmalı mı yoksa taşınmaz satışı veya taşınmaz devrine ilişkin kısımda resmî şekil aranıp eser sözleşmesi bakımından şekil şartı aranmamalı mı görüşleri tartışılmıştır⁷⁹. Doktrinde bu konuda baskın görüş, arsa sahibinin arsa payının devri borcuna yönelik şekil şartının yüklenicinin eser meydana getirme borcuna sirayet edeceği ve bir bütün olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekilde akdedileceği

Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.374; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.74. Ancak yüklenicinin inşa etme ve bağımsız bölümlerin satışına aracılık etmeyi yüklediği, arsa sahibinin ise bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmayı vaat ettiği ve elde edilecek geliri yüklenici ile paylaşmayı borçlandığı gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmelerinde ise; sözleşmedeki taşınmaz satış vaadi edimi dikkate alınarak resmî şekil kuralının tüm sözleşmeye uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Yeniocak, *Gelir Paylaşımında Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.60. Duman'a göre gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesi resmî şekle bağlı olmamakla birlikte; sözleşmede belirli bir süre sonunda hala satılamayan bağımsız bölüm bulunması halinde bunların aynî olarak paylaşımı kararlaştırılmışsa taşınmaz mülkiyetinin nakli söz konusu olacağından resmî şekil şartı aranmalıdır. Bu açıdan sözleşme bağımsız bölümlerin satılmasına bağlı bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi gibidir. Duman, *İnşaat Hukuku*, s.246.

⁷⁶ Y. 15. HD. 12.10.2012 T., 2012/3379 E., 2012/6419 K.: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için Borçlar Yasası’nın 213, Medeni Yasa’nın 634 Yeni Türk Medeni Yasası’nın 607, Noterlik Yasası’nın 60, Tapu Yasası’nın 26. maddeleri uyarınca resmî biçimde yapılması gerekmektedir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 23. HD., 10.11.2016 T., 2016/2328 E., 2016/4978 K., Sinerji Mevzuat.; Y. 14. HD. 27.02.2012 T., 2016/12332 E., 2017/1447 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 07.07.2015 T., 2015/4527 E., 2015/5338 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 11.07.2005 T., 2004/5895 E., 2005/4170 K., Kostakoğlu, s.87; Y. HGK. 01.04.1992, 1992/15-129 E., 1992/237 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 14.04.2009 T., 2008/1881 E., 2009/2175 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 27.05.2008 T., 2007/4317 E., 2008/3411 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 08.04.2013 T., 2013/549 E., 2013/2250 K., Avcı, s.18; Y. 23. HD. 12.09.2012 T., 2012/2967 E., 2012/5027 K., Avcı, s.18; Y. 15. HD. 07.10.2008 T., 2008/5049 E., 2008/5825 K., Karadaş, s.49; Y. HGK. 09.06.1982, 1979/15-1613 E., 1982/565 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 04.12.1980 T., 1980/1990 E., 1980/2594 K., Sinerji Mevzuat.

⁷⁷ Yavuz, C., *Özel*, s.588. Özel düzenlemelerde resmî şekil şartına ek olarak şartlar aranabilmektedir. Örneğin, Üzerine inşaat yapılacak arsa belediye'nin ise, sözleşmenin geçerliliği için ayrıca belediye meclis kararının bulunması veya meclisin aldığı kararla yetkisini belediye encümenine devretmiş olması gerekmekte, aksi halde sözleşme resmî şekilde yapılsa dahi geçersiz sayılmaktadır. Karadaş, s.56.; Y. 15. HD. 14.03.2008 T., 2008/24 E., 2008/1632 K., Karadaş, s.57.

⁷⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.152; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.51.

⁷⁹ Erden **Kuntalp**, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, 2. Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s.160; Halis, s.215.

yönündedir⁸⁰. Azınlıktaki bir görüş ise yalnızca şekil zorunluluğuna tabi olan unsurun öngörülen şekilde yapılmasının yeterli olacağını, zira karma sözleşmelere her bir unsura ait olduğu sözleşmeye ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁸¹.

Kat irtifakı kurulduğu durumlarda arsa payının kat irtifakından ayrı olarak devri ve satış vaadine konu olması mümkün olmamakla birlikte, kat irtifakının kurulmasından sonra ve kat mülkiyetine geçmeden önce arsa payının satılması ya da satış vaadine konu olması mümkün olacak ve bu takdirde arsa payını ve ona bağlı kat irtifakını konu edinen bu sözleşmeler de resmî şekilde geçerli olarak düzenlenebilecektir⁸².

Kat karşılığı inşaat sözleşmesini resmî şekle bağlayacak olan makam hakkında doktrinde farklı görüşler savunulmaktadır. Tapu Kanunu m. 26'ya göre taşınmaz satışını gerçekleştirmeye yetkili makam tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileridir⁸³. Baskın görüşe göre; kanun hükümlerine göre kat karşılığı inşaat sözleşmelerini düzenleme yetkisi kural olarak tapu memurunun olmakla birlikte, her ne kadar noterlerin taşınmaz satış yetkisi düzenlenmese de Noterlik Kanunu m. 60-89 hükmü taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterler tarafından da düzenlenebileceği kuralını getirdiğinden, kat karşılığı inşaat sözleşmesini bu kuraldan istisna tutmaya gerek bulunmamakta ve bu kapsamda noterlerin de resmî şekli gerçekleştireceğini kabul

⁸⁰ Erman, *Arsa*, s. 18; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.47; 354; Yavuz, C., *Özel*, s.588; Altaş, *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması*, s.47; Kurt, s.43, dn.80; Seçer, s.40; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.7; Dayımlarlı, *İstisna*, s.23; Halis, s.215; Kırmızı, s.633.

⁸¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.153; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.227; Tozoğlu, s.11; Bkz. Kuntalp, s.161. Oğuzman ve Öz, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde şekle tabi olan kısım sözleşmenin karakteristik edimini içeren kısım olduğunu ve bunun şart ve yeterli olduğunu kabul etmektedir. Böylece yazarlara göre kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılırken yükleniciye verilecek arsa payı için noterde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenlenebilmekte, yüklenicinin inşaat yapma borcu ise adi yazılı şekilde kararlaştırılabilmektedir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.153. Büyükay, Noterlik Kanunu m. 60 hükmünün taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterde düzenlenme şeklinde yapılabileceğini düzenlemesi sebebiyle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de en azından mülkiyet nakli taahhütü içeren kısmın bu şekle uyularak yapılması gerektiğini belirtmektedir. Büyükay, s.59. Bu görüşe göre edimi şekle bağlı olmayan taraf olan yüklenicinin karşı ediminin ifasından sonra şekil eksikliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.226,227.

⁸² Yavuz, C., *Özel*, s.589.

⁸³ Bu hükme karşılık, noterlerin tapulu taşınmazların satış sözleşmesini düzenlemesi halinde şartlarının oluşması halinde tahvil ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dönüştürülebilecektir. Uygur, *Borçlar*, C.2, s.1516. Taşınmaz satış vadini gerçekleştirmeye yetkili makam NK m.60 hükmünde noterler olarak belirtilmektedir. Doktrindeki baskın görüşe göre, tapu sicil memurları taşınmaz alım satım yetkisine sahip olduklarından taşınmaz satış vadini evleviyetle düzenleyebilmelidirler. Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.243; Erman, *Eşya*, s.82; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.391; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.87.; Kartal, *Arsa Payı*, s.108; Y. 14. HD. 31.03.2015 T., 2015/4112 E., 2015/3514 K., Avcı, s.73. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini sadece noterler tarafından düzenleneceğini kabul eden yazarlar için bkz. Halis, s.215; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.71.

etmek gerekmektedir⁸⁴. Bu sebeple, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği tapu sicil memurları veya görevlilerince yahut noterlerce düzenlenme şeklinde yapılmasına bağlıdır⁸⁵. Yargıtay da noterlerce düzenlenen taşınmaz satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerini geçerli saymış, tapu memurlarınca düzenlenmesini zorunlu görmemiştir⁸⁶. Öz, haklı olarak noterlerin düzenleme şeklinde yapacağı ve taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuracağı tek sözleşme taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olduğu için, noterde düzenlenecek kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de bu şekilde düzenlenmesi

⁸⁴ Yavuz, C., *Özel*, s.588; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.7; Nomer, s.91; Erman, *Arsa*, s. 19; Erman, *Eşya*, s.82; Kırca, s.81; Atamulu, s.45; Avcı, s.19; Gökyayla, *Ek İş ve İş Değişikliği*, s.16. Bu görüşler için bkz. Turut, s.42; Karadaş, s.55; Aydemir, s.131; Kurt, s.44; Ruhi, s.647; Kırmızı, s.635. Azınlıktaki bir görüşe göre ise Bir görüşe göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesi için aranan resmî şekil şartının sadece tapu müdürlerince düzenlenmesi şeklinde gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.116.

⁸⁵ NK m. 60'a göre noterler gerçek ve tüzel kişilerin resmî şekle tabi işlemlerini yapan makamdır ve noterler tarafından düzenlenen resmî senetlere "düzenleme yoluyla yapılmış senet" denilmektedir. Kanunun geçerlilik şartı olarak aradığı resmî şekil, noterlerin düzenleme yoluyla re'sen yaptıkları sözleşmelerdir. Taraflar sözleşmeyi kendileri düzenleyip sadece notere sözleşmenin altındaki imzayı tasdikletmesi sözleşmeyi onaylama şeklinde düzenlenen sözleşme niteliğine getirir ve noter onayı sözleşmenin içeriğini kapsamayacağından bu şekilde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi resmî şekle uyulmadığından geçersiz olacaktır. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.16; Karadaş, s.55; Kostakoğlu, s.75; Aydemir, s.221; Seçer, s.40; Atamulu, s.45 dn.91; Avcı, s.20; Oy ve Haşal, s.104; Ruhi, s.647; Kırmızı, s.635; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.73; Y. 23. HD. 25.05.2017 T., 2016/9367 E., 2017/1578 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 24.01.2008 T., 2007/86 E., 2008/393 K., Kostakoğlu, s.90,91; Y. 15. HD. 14.05.1990 T., 1989/4811-990 E., 1990/2181 K., Kostakoğlu, s.75,76; Y. 23. HD. 02.07.2015 T., 2015/3527 E., 2015/5132 K., Karadaş, s.56; Y. 15. HD. 24.01.2008 T., 2007/86 E., 2008/393 K., Avcı, s.20; Y. 15. HD. 11.03.2008 T., 2007/1867 E., 2008/1561 K., Kırmızı, s.635 dn.1231. Erman'a göre tarafların kendi aralarında yapıp notere tasdik ettirdikleri kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli olmamakla birlikte; tarafların yine kendi aralarında düzenledikleri noterin resmî kağıdına geçirilmemiş olan ve noterin sayfaları damgalayarak bu sözleşmenin kendi huzurunda taraflarca okunup tarafların iradelerine uyduğu hususunda şerh koyulmuşsa, tarafların ve tanıkların kimlikleri de noter resmî kağıdına yazılmış ve imzaları huzurda alınmışsa bu sözleşmenin geçerli olduğunun kabulü gereklidir. Sözleşmenin noter resmî kağıdına geçirilmediği ve resmî şekle uyulmadığının ileri sürülmesi dar yorum olup, taraf iradelerini yansıtan sözleşmelerin mümkün oldukça muhafaza edilmesi prensibine aykırı olur. Erman, *Arsa*, s. 19

⁸⁶ Y. İBK. 24.04.1978 T. ve 1978/3 E., 1978/4 K., Sinerji Mevzuat. Yargıtay bu kararı ile toplum baskılarını göze almış ve bu tür sözleşmelerin tümünün geçersiz sayılmaması gerektiğini düşünerek kat karşılığı inşaat sözleşmesinin içindeki satış vaadi unsurunu ele almış ve bu unsurun resmî şekle bağlı olacağını ve noterler tarafından düzenleneceğini kabul etmiş ve bu suretle satış vaaadinin uygulama alanını oldukça genişletmiştir. Yavuz, C., *Özel*, s.588. Bu karar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.46 vd. Yeni tarihli kararlarında da Yargıtay, noterde düzenlenme şeklinde kurulan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekil şartı olarak yeterli görmektedir. Bkz. Y. 23. HD. 25.05.2017 T., 2016/9367 E., 2017/1578 K.: "...başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlı olduğu...", Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 23.03.2017 T., 2015/8863 E., 2017/903 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 30.01.2014 T., 2013/5641 E., 2014/557 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15.HD., 07.10.2008 T., 5049/5825, Karataş, s.39; Y. 15. HD. 11.07.2005 T., 2004/5895 E., 2005/4170 K., Kostakoğlu, s.84.

halinde sözleşmenin geçerli olabileceğini, aksi halde sözleşmenin şekil eksikliğinden dolayı geçersiz olacağını savunmaktadır⁸⁷.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin ön protokol olarak adlandırılan ön sözleşmelerin geçerliliği de, TBK m. 29/2 hükmü gereği kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, resmî şekilde düzenlenmesine bağlıdır⁸⁸. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin değiştirilmesi(tadili) ise, tarafların yeni bir sözleşme yapması niteliğindedir. TBK m. 13 hükmü gereği⁸⁹, sözleşme hükümleri tarafların borçlarını ağırlaştıracak şekilde ve sözleşmenin esaslı unsurlarını değiştiriyorsa⁹⁰ resmî şekilde yapılmalıdır⁹¹. Uygulamada

⁸⁷ Öz, *İnşaat*, s.6; Avcı, s.19; Halis, s.216. Öz, tarafları dolaylı yollara sürükleyen bu hukuki boşluğun, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin en azından şeklinin kanunda düzenlenerek giderilmesi gerektiğini; ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken bu fırsatın değerlendirilmediğini belirtmektedir. Öz, *İnşaat*, s.6

⁸⁸ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.116 ; Hatemi ve Gökyayla, s.58; Erman, *Arsa*, s.20; Nomer, s.41; Kostakoğlu, s.160; Karadaş, s.59; Atamulu, s.46; Halis, s.218; Usta, s.27; Kırmızı, s.637; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.164; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.110; Y. 15. HD. 13.09.2012 T., 2012/4418 E., 2012/5733 K.: “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat yapımına ilişkin ön sözleşmenin haricen düzenlendiği, arsa payı devrini içeren sözleşmelerin düzenleme biçiminde noter veya tapu memurunun huzurunda yapılması kanunî koşul olup ve BK’nın 22. maddesinde de ön sözleşmenin de asıl sözleşmenin kanunî şekil koşuluna uygun yapılması zorunlu olduğundan, geçersiz sözleşmenin feshi de söz konusu olamayacağından...”, Sinerji Mevzuat; Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 30.10.1990 T., 3418/4382 K., Karadaş, s.45; Y. HGK. 28.04.2010 T., 2010/193 E., 2010/235 K., Duman, *İnşaat Hukuku*, s.111 vd. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, baskın görüş ve Yargıtay ön sözleşme olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Soysal **Özenli**, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar*, Kazancı Hukuk Yayınları No. 55, Ankara 1986, s.4; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.31 vd.; Kartal, *Arsa Payı*, s.106 vd.; Sungurbey, *Sorunlar*, C.4, s.380. Ancak Kartal’a göre sözleşme konusu belirli ve belirtilebilir olmayacağına göre bu sözleşmeye göre karşı tarafı satış sözleşmesine zorlamak doğru olmayacaktır. Sözleşme konusu belirli ise de bu sözleşme taşınmaz satış vaadi değil, taşınmaz satışı sözleşmesi olacaktır. Kartal, *Arsa Payı*, s.107. Netice olarak, taşınmaz satış vaadi de bir ön sözleşme niteliğinde olup Kanun istisnaen NK m.60 ve 89 hükümlerinde noterde düzenlenmesini resmî şekil şartı olarak kabul etmiş ve TBK m.29/2 hükmünde düzenlenen genel kuraldan ayrılmıştır. Bu sebeple arsa paylarının devrini içeren kat karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin ön sözleşmeler arsa paylarının devri vaadi niteliğinde olduğu için taşınmaz satış vaadine ilişkin şekle tabi olmalı, noterlerce düzenlenmelidir. Arsa paylarının devri vaadini içeren kat karşılığı inşaat sözleşmesi de resmî şekilde düzenlenmelidir. Bkz. Halis, s.218. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere 29/2 hükmünün istisnası TBK m.183 hükmü olup, bu hükümde alacağın devri sözleşmesi yazılı şekle bağlı olacağı ancak alacağın devri sözü vermenin şekle bağlı olmadan yapılacağı düzenlenmiştir. Bkz. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.331.

⁸⁹ 818 sayılı BK’da yalnızca yazılı şekle bağlı sözleşmelere ilişkin bu hüküm getirilmekte iken, doktrinde ve uygulamada kabul edilen geçerlilik şekline tabi bütün sözleşmelerde uygulanacağı 6098 sayılı TBK m.13/2 hükmünde “*Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu kuralın, TBK m.13/1 hükmünün tüm şekle tabi sözleşmeleri kapsayacağı tarzda düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Tufan **Öğüz**, “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, (s.99-106), s.100. Eski Kanun dönemindeki uygulama için bkz. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.81 vd.

⁹⁰ Bkz. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.174; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.117; Halis, s.217; Kostakoğlu, s.137.; Aydemir, s.231; Selimoğlu, s.75.; Halis, s.217; Kırmızı, s.636; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.133. Sözleşmenin değiştirilmesine; sözleşme konusundaki miktarın veya mahiyetin değiştirilmesi,

sık olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmesi noterde resmî şekilde düzenlense bile, yüklenicinin işi görmede gecikmesi üzerine, arsa sahibinin talebi ile ifaya eklenen ceza koşulu anlaşması adi yazılı şekilde yapılmaktadır. Ancak, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin değiştirilmesi (tadili) niteliğindeki bu tür ceza koşulu anlaşmasının da resmî şekilde düzenlenmesi gerekli olup, adi yazılı şekilde düzenlenmesi halinde geçersiz olur⁹². Bir başka deyişle sözleşmedeki bu değişiklik şekle uyulmadan yapılırsa bu değişiklik vuku bulmuş sayılmaz ve sözleşme aynen devam eder⁹³. Ancak geçerli

sözleşmeye yeni konular ilave edilmesi, bedelin azaltılması veya artırılması, sözleşmeden doğan borçların ya da cezai şartın ağırlaştırılması veya hafifletilmesi örnek gösterilebilir. Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.1, s.153; Turut, s.41. Bu konudaki Yargıtay kararları şu şekildedir: Y. 23. HD. 20.02.2015 T., 2014/3583 E., 2015/1052 K.: “Her ne kadar, Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinde sadece yazılı şekle tabi sözleşmelerden söz edilmiş ise de, öğreti ve uygulamada, resmî şekle tabi sözleşmelerin de bu hüküm kapsamında bulunduğu ittifakla kabul edilmektedir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 20.02.2015 T., 2014/3583 E., 2015/1052 K.: “Somut olayda, 25.11.2007 tarihli paylaşım şekline dair adi yazılı ek sözleşme, arsa sahipleri yönünden ağırlaştırıcı yükümlülükler getirmekte olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tarafların ortak olması gereken ve daha değerli olduğu tespit edilen dubleks dairenin tamamı ek sözleşmede yükleniciye bırakılmaktadır. Bu haliyle ek sözleşmenin geçersiz olduğunun kabulü gerekir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 15.10.2012 T., 2012/2974 E., 2012/6453 K.: “...tadil eden ek sözleşme ile yüklenicinin durumu ağırlaştırıldığı ve adi yazılı şekilde yapıldığından geçersizdir. Arsa sahibi bu ek sözleşmedeki geçersiz olan gecikme tazminatını isteyemez.”, Karadaş, s.61; Y. HGK. 19.03.2003 T., 2003/15-124/ E., 2003/175 K.: “Sözleşmede sonradan yapılan değişiklik fer’i koşullara ilişkin olsa bile, eğer değiştirilen bu koşullar sözleşmeyle yükümlenilen borçları ağırlaştıracak nitelikteyse, geçerli olabilmeleri için, sözleşmenin bağlı bulunduğu şekle uygun yapılması gerekir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 8. HD. 14.10.2014 T., 2014/6935 E., 2014/18281 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 19.03.2003 T., 2003/15-124/ E., 2003/175 K., Sinerji Mevzuat.

⁹¹ İlker Hasan **Duman**, *İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.41; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.117; Erman, *Arsa*, s. 19; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.43; Atamulu, s.46; Karadaş, s.60; Selimoğlu, s.74; Oy ve Haşal, s.122; Halis, s.27; Kırmızı, s.636; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.169; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.133; Y. 23. HD. 11.10.2013 T., 2013/4607 E., 2013/6321 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 05.07.2004 T., 2003/6868 E., 2004/3746 K.(Kostakoğlu, s.150 vd.); Y. 15. HD. 18.06.2001 T., 1258/3286(Karadaş, s.60). Şekle bağlı olmayan sözleşmelerin maddî hukuk açısından tadil sözleşmesi de şekle bağlı olmaması gerekmele birlikte, HMK m. 200 hükmünde belirlenen sınırı aşan tadil sözleşmelerinin yazılı yapılması aranacaktır. Kostakoğlu, s.135,136; Yine, resmî şekilde yapılan sözleşmenin esaslı unsurlarını içermeyen tamamlayıcı nitelikteki tali unsurlarını değiştiren tadil sözleşmeleri için resmî şekil şartı aranmasa da, sözleşme bedeli HMK m. 200 hükmünde belirlenen sınırı aşıyorsa ispat hukuku açısından yazılı yapılması gereklidir. Kostakoğlu, s.137

⁹² Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.117; Y. 15. HD. 09.11.2006 T., 2005/6737 E., 2006/6400 K.: “yanlar arasında zorunlu şekil koşuluna uygun olarak noterce doğrudan düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesin 4. maddesi hükmüyle kararlaştırılan <ifaya ekli ceza> tutarı, yanlarca adi yazılı şekilde yapılan 16.04.2002 tarihli ek sözleşmenin 10. maddesi hükmü ile artırılmış ise de, BK’nın 12. maddesi hükmü gereğince, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştıran bu ek sözleşme, asıl sözleşmenin tabi olduğu zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmış olmadığından davalı yükleniciyi bağlayıcı değildir.”, (Kostakoğlu, s.146,147); Y. HGK. 19.03.2003 T., 2003/15-124/ E., 2003/175 K.: “O halde, somut olayda olduğu gibi, miktarının sonradan ayrıca belirleneceği açıklanmış olsa bile, bir sözleşmede tür ve miktarına açıkça yer verilmeyen bir seçimlik cezai şartın sonradan kararlaştırılması, sözleşmenin cezai şart borçlusu aleyhine değiştirilmesi, dolayısıyla, sözleşmeye o yolda yeni bir hüküm eklenmesi niteliğindedir. Dolayısıyla, buna ilişkin işlemin, asıl sözleşmenin tabi bulunduğu şekle uygun olarak yapılması, geçerlilik şartıdır.”, Sinerji Mevzuat.

⁹³ Tekinay, s.128; Turut, s.41.

şekle uyulmadan yapılan bu sözleşme uygulanmışsa da artık geçersizliği ileri sürülemez⁹⁴.

Yüklenici ile bir üçüncü kişi yahut arsa sahibi ile bir üçüncü kişi arasında yapılacak arsa payı veya bağımsız bölümün satışı veya satış vaadi sözleşmesi yahut alacağın devri sözleşmesinin şekli konularına çalışmamızın ikinci kısmında değinilecektir.

2.3.2. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde şekle uyulmamasının sonuçları

Kanunda öngörülen veya taraflarca kararlaştırılan şekle uyulmadan kurulan sözleşmeler hiçbir hüküm doğurmaz⁹⁵. Başka bir deyişle, bu sözleşmeler baştan itibaren geçersiz olur⁹⁶. Geçersizliğin mahiyeti doktrinde tartışmalıdır⁹⁷. Baskın görüşe göre sözleşmenin geçerlilik şekil şartı olan resmî şekle uyulmamasının müeyyidesi kesin

⁹⁴ Geçersiz ön sözleşmeye atıf yapan asıl ve geçerli sözleşme ile ön sözleşme ifa edilmiş olacağından bundan sonra ön sözleşmenin geçersizliğinin dikkate alınmaması gerekecektir. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.165; Y. 15. HD. 16.04.1992 T., 1992/912 E., 1992/2015 K., Kostakoğlu, s.149; Y. 15. HD. 05.07.2004 T., 2003/6868 E., 2004/3746 K.: “Resmî şekilde yapılan sözleşmenin adi yazılı sözleşme ile değiştirilmesi mümkün değildir. Ne var ki değişiklik sözleşmesi ifa edilmişse artık bunun geçersizliği ileri sürülemez. Uygulanmakla değişiklik sözleşmesi geçerli hale gelmiştir.”, Sinerji Mevzuat.

⁹⁵ Tekinay, s.100; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s. 139; Kartal, *Arsa Payı*, s.102; Karadaş, s.48; Büyükay, s.57; Reisoğlu, s.66; Şenyüz, s.41. TBK m. 12/2 fıkrasında geçen “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir” hükmü, 818 sayılı Kanun’da bulunmamakla birlikte öğreti ve uygulamada kabul edilmekteydi. Umut **Yeniocak**, *Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.36.

⁹⁶ Erman, *Arsa*, s. 18; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 89; Karadaş, s.78; Avcı, s.36; Aydemir, s.131; Tozoğlu, s.25; Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.40; Demir, s.30. Sözleşme şekle aykırı da olsa kurulmuştur, ancak geçersizdir. Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.40.

⁹⁷ Doktrinde, “yokluk görüşü”, “kesin hükümsüzlük(mutlak butlan) görüşü” ile mutlak butlan görüşünün sert sonuçlarını yumuşatmak için “kendisine özgü hükümsüzlük görüşü” ve “yumuşatılmış hükümsüzlük görüşü” olmak üzere dört görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi ve Gökyayla, s.52; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.56 vd.; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 93 vd.; Kılıçoğlu, s.162 vd.; Ayan, *Borçlar*, s.163,164; Ayan, *Eşya-II*, s.189,190; Turut, s.43 vd. Eren, görüşleri “butlan görüşü”, “kendine özgü geçersizlik görüşü”, “yokluk görüşü”, “eksik borç görüşü” ve “fiili sözleşme görüşü” olarak belirtmiştir. Eren, *Borçlar*, s.305 vd. Doktrindeki yokluk görüşü dışındaki görüşler geçersizlik görüşü altında geçersizliğin türünde oluşan farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Bkz. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.101. Hatemi ve Gökyayla, şeklin isteğe bağlı olduğu durumlarda şekle uymamayı kendine özgü geçersizliğe tabi tutarken, şeklin zorunlu olduğu durumlarda şekle aykırılığın butlan yaptırımına tabi olacağını ileri sürmektedir. Hatemi ve Gökyayla, s.53. Gittikçe taraftar toplayan kendine özgü geçersizlik görüşünde, şekle uyulmadan yapılan işlem geçersiz olmakla birlikte bu geçersizliği yalnızca taraflar ileri sürebilir, hâkim re’sen dikkate alamaz. Şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar sözleşme geçerli bir sözleşmenin sonuçlarını doğurur. İsmet **Sungurbey**, *Medeni Hukuk Sorunları*, C.1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1973, s.30; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.58,59; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.146,147; Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.234; Eren, *Borçlar*, s.307; Kılıçoğlu, s.165. Modern denilebilecek bu görüşteki yazarlar ile bu görüşün kabul edilme gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurbey, *Sorunlar*, C.1, s.28 vd.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.58 vd.; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.143 vd.

hükümsüzlüktür⁹⁸. Yargıtay yerleşik içtihatları da bu yöndedir⁹⁹. Nitekim TBK m.12/2 hükmü, 818 sayılı BK'dan farklı olarak öngörülen şekle uyulmadan yapılan sözleşmelerin geçersizliğini “*hüküm doğurmaz*” şeklinde ifade etmiş ve doktrindeki tartışmaya son verme çabasına girerek kesin hükümsüzlük görüşünü benimsemiştir¹⁰⁰.

Sonradan tarafların icazeti ya da sözleşmenin ifası dahi kesin hükümsüz sayılan sözleşmeyi geçerli kılmamakta, hükümsüzlük taraflarca ileri sürülebileceği gibi yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur¹⁰¹. Eğer

⁹⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.155; Yavuz, C., *Özel*, s.589; Aral ve Ayrancı, s.173; Erman, *Arsa*, s.22; Kayar, s.75; Ayan, *Borçlar*, s.164; İnan ve Yücel, s.223; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.154; Atamulu, s.46; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.99; Avcı, s.36; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.121; Uygur, *Borçlar*, C.2, s.1518. Kesin hükümsüzlük hakkında genel bilgiler için bkz. Hatemi ve Gökyayla, s.85 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.154 vd. Ancak, belirtmek gerekir ki kesin hükümsüzlük görüşü kabul edilse de geçersizliğin ileri sürülmesi tahvil veya hakkın kötüye kullanılması yasağı ile engellenebilmelidir. Halis, s.219. Şekle aykırı düzenlenen sözleşme kesin hükümsüz olmakla birlikte, şartları varsa tahvil yoluyla geçerli bir sözleşmeye çevirmek de mümkündür. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.155; Eren, *Borçlar*, s.311; Erman, *Arsa*, s.20. Bazı yazarlar aşağıda da değinileceği üzere şekil geçersizliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması oluşturmaması ve kısmî geçersizliği, kesin hükümsüzlüğün istisnaları kabul etmektedir. Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.154,155. Bununla birlikte şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini kabul eden yazarlar çoğunlukta olup, bazı yazarlar bu durumu “*yumuşatılmış butlan*” görüşü olarak kabul etmektedir. Bkz. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.110 vd.; Turut, s.45 vd.

⁹⁹ Yargıtay İBK. 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı kararında butlan görüşünü şu şekilde ifadeleriyle benimsemiştir: “...*Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen “butlan” görüşüne karşı son yıllarda “kendine özgü geçersizlik görüşü” de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle(Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def’i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re’sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de, İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay da butlan görüşünü benimsemektedir.*”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 25.05.2017 T., 2016/9367 E., 2017/1578 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 14.02.2014 T., 2013/6306 E., 2014/1061 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 12.09.2007 T., 4574 E., 5239 K., Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.46.

¹⁰⁰ Yeniocak, *TBK’nın Getirdiği Yenilikler*, s.36; Cevdet İlhan **Günay**, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.108. Nitekim madde gerekçesi kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olduğunu açıkça belirtmiştir. Ögüz’e göre, bu hüküm ile tartışmaların giderildiği yönündeki ifadeler isabetli değildir ve TBK m.12/2 hükmü geçersizliğin türü bakımından bir düzenleme yapılmış olmamakta, doktrindeki kesin hükümsüzlük görüşü hakim olmaya devam etmektedir. Bununla birlikte madde gerekçesindeki ifadelerle kanun koyucunun doktrinde tartışılan görüşlerden biri yönünde tutum sağlamasının da eleştirilmesi mümkündür. Ögüz, s.99,100. Başpınar’a göre; kesin hükümsüzlük doktrinde bir üst kavram olarak kabul edildiğinden ve bunun alt türlerinin butlan, iptal ve eksiklik olarak sıralandığından, yeni TBK’nın madde gerekçesinde de olsa “kesin hükümsüz” kavramını kullanarak terim değişikliğine gitmesi doğru olmamıştır. Başpınar, s.23.

¹⁰¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.154; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.251; Erman, *Arsa*, s.22; Reisoğlu, s.66; Tekinay, s.102; İnan ve Yücel, s.225; Ayan, *Eşya-II*, s.189; Atamulu, s. 47; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.99; Avcı, s.28; Turut, s.44; Halis, s.219; Tozoğlu, s.25; Oy ve Haşal, s.24; Kırmızı, s.639; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.121; Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz. Y. İBK. 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 09.06.1982, 1979/15-1613 E., 1982/565 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 30.01.2014 T., 2013/5641 E., 2014/557 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 30.10.1990 T., 1990/3418 E., 1990/4382 K., Kostakoğlu, s.82; Y. 15. HD. 14.04.2009 T., 1881 E.,

şekil eksikliği taraflarca ileri sürülmemişse tarafların sözleşmeyi geçerli saydıkları ve ayakta tutmak istedikleri karine olarak kabul edilmelidir¹⁰².

Şekil şartına uyulmadan yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak yüklenici veya üçüncü kişi adına arsa payı tescil edilmiş ise, tescilin sebebe bağlılığı ilkesi gereği borçlandırıcı işlem olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil eksikliği sebebiyle geçersizliği tasarruf işlemi olan tescil işleminin yolsuz olması sonucunu doğuracaktır¹⁰³. Tescil yapılmamış ancak yüklenici zilyet kılınmışsa da arsa sahibi elatmanın önlenmesi veya istihkak davasıyla zilyetliğe son verilebilecektir¹⁰⁴. Zilyetliğin de devredilmediği durumlarda da taraflar birbirlerini ifaya zorlayamayacak, ancak taraflardan biri borcunu ifa etmişse sebepsiz zenginleşme ortaya çıkacaktır.

2175 K. Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 22.06.2006 T., 2006/3112 E., 2006/3819, Sinerji Mevzuat. Hatta menfaati zarar gören herkes (üçüncü kişiler) de şekle aykırılığı ileri sürebilir. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.251; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.154. Kostakoğlu'na göre kat karşılığı inşaat sözleşmesinde resmî şekle aykırılık kamu düzeninden sayılmayacağından taraflardan biri ileri sürmedikçe hâkim re'sen şekil şartını gözeterek karar vermemelidir. Kostakoğlu, s.84. Aynı yönde bkz. Usta, s.24. "Kendine özgü(sui generis) geçersizlik" görüşünü kabul eden yazarlara göre şekil eksikliğini hâkim re'sen göz önüne alamaz, sadece taraflar veya onların külli halefleri ileri sürebilir, üçüncü kişiler de bunu ileri süremez. Şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar sözleşme geçerli bir sözleşmenin sonuçlarını doğurur. Sungurbey, *Sorunlar*, C.1, s. 28; Kılıçoğlu, s.165; Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.234; Bu görüş hakkında bilgi için bkz. Erman, *Arsa*, s.23 dn.14; İnan ve Yücel, s.225. Ancak TBK m. 12 hükmü gereği bu görüşün kabulü mümkün değildir. Erman, *Arsa*, s.23

¹⁰² Erman, *Arsa*, s.23; İnan ve Yücel, s.209; Y. HGK. 17.02.1984 T., 1983/359 E., 1984/121 K.: "*Davacının taşınmaz mülkiyetini devir borcu nedeniyle, söz konusu sözleşmenin şekle uyulmaması yüzünden geçersiz olduğu düşünülse bile, taraflarca geçerli kabul edilerek ifasına başlanan ve önemli bir bölümü yerine getirilen sözleşmenin geçersiz bulunduğu taraflarca ileri sürülmediği gibi, yerel mahkeme ve özel dairece de şekle aykırılık üzerinde durulmamış bulunduğundan, direnme kararı ile ortaya çıkan uyumsuzluk yalnızca sözleşmenin feshinin mümkün olup olmadığı sorunu ile sınırlı kaldığından bu aşamada Genel Kurulca artık sözleşmenin şekil yönünden geçerli olup olmadığı konusu üzerinde durulmasına gerek görülmemiştir.*", Sinerji Mevzuat.

¹⁰³ Atamulu, s.47; Erman, *Eşya*, s.83; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.366; Ayan, *Eşya-II*, s.198; Coşkun, s.141. Sözleşmedeki borcunu ifa eden kimse yolsuz tescil üzerine kaydın düzeltilmesini dava edebilir. Ancak iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı TMK m. 1023 gereği korunur. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.366,367.

¹⁰⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.368; Ayan, *Eşya-II*, s.194. Ancak Yargıtay 10.07.1940 tarihli 1939/2 E. 1940/77 K. sayılı İBK göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde şekil noksanı sebebiyle geçersiz sözleşmelerde taraflardan biri borcunu yerine getirmiş ve bu borcunu sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle geri verilmesini talep edebilse de, kendisine karşı ifa edilen borcu da geri vermeye mecburdur ve bu kapsamda karşılıklı geri verme borçları için ödemezlik def'inden yararlanılabileceği kabul edilmiştir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.369; Ayan, *Eşya-II*, s.195,196; Y. İBK. 10.07.1940 T., 1939/2 E., 1940/77 K.: "*...dairede ekseriyeti teşkil edenlerse haricen satılıp teslim edilmiş olan gayrimenkulü müşterinin istimali mülk sahibinin izin ve icazetine makrun olup bedel mülk sahibi tarafından kendisine verilmeye kadar müşterinin onu yedinde tutmak ve kullanmak hakkının edvam etmesi Borçlar Kanunu icabından olduğu ve sahibi mülk vecibesini ifa etmedikçe diğer tarafı iadeye icbar ve intifadan men edemeyeceği ve bu itibarla müşteriye verdiği parası iade olununcaya kadar suiniyet ve temerrüt atfolunamayacağı cihetle...*", Sinerji Mevzuat.

Şekil eksikliği sebebiyle sözleşmeye sonradan katılan üçüncü kişilerin hakları da etkilenecek, halefiyet gereğince kat karşılığı inşaat sözleşmesinin karşı tarafından talepte bulunamayacaktır¹⁰⁵.

2.3.3. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturması

Kural olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmesi resmî şekilde yapılması şart olsa da şekil şartının yerine getirilmemesi sebebiyle geçersiz olan sözleşmelerden dolayı toplumda azımsanmayacak bir kesim haksızlığa uğrayabilmektedir¹⁰⁶. Genelde sözleşmenin menfaatine uygun olmayan bölümlerini kabul etmeyen taraf, diğer tarafı menfaatlerini kabul ettirmek için sözleşmenin şekil eksikliğini ileri sürmektedir¹⁰⁷. Bu nedenle, şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek; TMK m.2 hükmünde tanımlanan “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” kuralına aykırı düşüyorsa, bir başka deyişle hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebiliyorsa Yargıtay ve doktrin bu şekle aykırılık itirazının kabul edilmeyeceği ve şekle aykırı olan bu sözleşmenin geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Avcı, s.38.

¹⁰⁶ Aydemir, s.131, 221. Yazar bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “*Kanunlar toplum için var olduğuna ve özel hukuk ilişkisinde biçim koşulluna uymamak da kişilerin zarara uğramaları sonucunu doğurduğuna göre, bu tür konuların işin oluru ile hak ve adalet ölçüleri içerisinde değerlendirilmesi ve kötü niyetin yasanın koruyucu şemsiyesi altına alınmaması gerekir. Hukukta biçim de önemli olmakla birlikte, her zaman hakkın biçime feda edilmesi, toplumda vicdan rahatsızlığı yaratacağı gibi bizatihi hukuka duyulan güveni de ortadan kaldırır.*” Aydemir, s.221

¹⁰⁷ Tozoğlu, s.26.

¹⁰⁸ Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.1, s.156; Hatemi ve Gökyayla, s.53; Gümüş, Borçlar, C.2, s.116; Tandoğan, Borçlar, C.1, s.239; Tandoğan, Borçlar, C.2, s.30,31; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.363; Yavuz, C., Özel, s.589; Aral ve Ayrancı, s.173; Erman, Arsa, s.24; Altaş, Şekle Aykırılık, s.159; Reisoğlu, s.67; Ayan, Borçlar, s. 164; İnan ve Yücel, s.225; Kılıçoğlu, s.165; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.155; Karadaş, s.62; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s.89; Atamulu, s. 49; Usta, s.28; Halis, s.220; Avcı, s.31; Turut, s.47; Tozoğlu, s.26; Oy ve Haşal, s.107; Kırmızı, s.640; Demir, s.30; Y. 14. HD. 20.06.2017 T., 2017/3041 E., 2017/5311 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 14.12.2011 T., 2011/11146 E., 2011/15450 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 14.02.2014 T., 2013/6306 E., 2014/1061 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 14.02.2014 T., 2013/6306 E., 2014/1061 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 12.11.1981 T., 1981/2098 E., 1981/2240 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 11.03.1986 T. 1985/5236 E., 1986/1643 K., Aydemir, s.222; Y. HGK 29.01.1986 T., 1984/14 E., 1986/849-57 K., Sinerji Mevzuat. Yeni tarihli bir Yargıtay kararında bu durum “*Gerçekten, Borçlar Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla, kanunun öngördüğü şekil bir geçerlilik (sıhhat) şartı olarak düzenlenmiş bulunduğundan, buna uyulmadan yapılan sözleşmeler hukuki sonuç doğurmaz. Fakat, 25.01.1984 tarihli ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da ifade edildiği üzere Türk Medeni Kanununun 2.maddesinin 2.fıkrası hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin düzenleme getirmiştir. Hakkın kötüye kullanılması yasağının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde*

Şekil eksikliği nedeniyle hakkın kötüye kullanılması durumu uygulamada genellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde görülmektedir¹⁰⁹. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı hususunda önceden kesin kurallar koymak mümkün değildir. Her somut olaya göre durumun tespiti gereklidir¹¹⁰. Hâkimin hükümsüzlüğü re'sen dikkate aldığı hallerde bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmayacağını da re'sen araştırmalıdır¹¹¹. Yargıtay kararları hangi hallerde şekle aykırılığı ileri sürmenin geçersiz olacağını tespit hususunda yol gösterici olmalıdır. Bu kapsamda genellikle tarafların şekle aykırı sözleşmedeki borçlarını bilerek ve isteyerek ve tamamen veya büyük oranda ifa etmişse şekil eksikliğini ileri sürmenin TMK m.2/2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması sayılacağı kabul edilmektedir¹¹². Bununla birlikte örnekseme olarak; edimlerin karşılıklı olarak tamamen ifa edilmiş

(adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme olanağı sağlamaktadır. Türk Medeni Kanununun 2.maddesinin 2.fikrasındaki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı ilkesine bir istisna getirilmiştir. Hiç kuşkusuz, bu kuralın her meseleye uygulanmaması, haksızlığın giderilmesi amacıyla istisna olarak uygulanması gerekir” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. Y. 14. HD. 20.06.2017 T., 2017/3041 E., 2017/5311 K. Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 14.12.2011 T., 2011/11146 E., 2011/15450 K., Sinerji Mevzuat. Hakkın kötüye kullanılması yasağının şekle aykırılığa etki sebebinin kanun boşluğundan mı kanun eksikliğinden mi kaynaklandığı tartışmalıdır. Altaş'a göre bu durumda kanun eksikliğinden bahsedilmelidir. Zira toplum hayatındaki sosyal ve ekonomik gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkan yeni durumlarda ancak kanun kuralının eksikliğinden bahsedilir. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.167 vd.

¹⁰⁹ Reisoğlu, s.67; Erman, *Arsa*, s.31. Zira karşılıklı güven duygusunun bir sonucu olarak yüksek değerlerdeki noter harcından kurtulmak amacı ile taraflar resmî şekil şartına uymadan kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmakta; ancak, sözleşmenin yerine getirilmesi aşaması uzun sürdüğünden olumlu başlayan bu ilişkiden çeşitli nedenlerle kurtulma yolları aranmakta ve bu sebeple şekil eksikliğini ileri sürmek sıkça kullanılmaktadır. Erman, *Arsa*, s.31.

¹¹⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.156; Kılıçoğlu, s.166; Usta, s.29. Ancak, bu kuralın uygulanabilmesine ilişkin genel ilke ve ölçülerin uygulama birliğini temin amacıyla konulması, bu konuda genel bazı ilkelerin saptanması mümkün ve gereklidir. Kılıçoğlu, s.166. Yargıtay 30.09.1988 tarih 2/2 nolu İçtihadı Birleştirme Kararında da belirttiği gibi hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulanırken bir yandan çok ihtiyatlı davranmak, diğer yandan şekle ilişkin hükmün gayesi dışında kullanılmasına imkan vermemek ve çok hassas bir denge kurmak gereklidir. Bkz. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.252. Aynı yönde bkz. Y. 13. HD. 24.01.1992 T., 1991/8698 E., 1992/486 K.: “*Bunun yanında her somut olayda butlan iddiasının ileri sürüldüğü hal ve şartlara bakılmalı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin adalet duygularını rahatsız edici çok açık unsurların varlığı esas alınmalı, tarafların sözleşme yapılırken ve daha sonraki davranış ve tutumları da dahil olmak üzere tüm özellikleri gözardı edilmemelidir.*”, Sinerji Mevzuat. Doktrinde hakkın kötüye kullanılması yasağının tespiti hususunda farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu teoriler için bkz. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.171, 172.

¹¹¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.156; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.158; Kılıçoğlu, s.168; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.77. Y. HGK. 04.11.1964 T., 2-943 E., 640 K. nolu kararında hakkın kötüye kullanıldığı iddiasını karar düzeltme aşamasında dahi ileri sürebileceğini kabul etmekte, bu sonucu ise hakkın kötüye kullanılması yasağının kamu düzeniyle ilgili bir kural kabul etmesinden çıkarmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, s.169.

¹¹² Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.116; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.157; Ayan, *Borçlar*, s.165; İnan ve Yücel, s.223,224; Aydemir, s.131; Y. 15. HD. 01.07.2008 T., 2008/3136 E., 2008/4431 K., Kostakoğlu, s.95,96; Y. İBK. 30.09.1988 T., 1987/2 E. 1988/2 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 22.06.2006 T., 2006/3112 E., 2006/3819, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 20.07.2005 T., 2004/7112 E., 2005/4421 K., Sinerji Mevzuat.

olması¹¹³, yüklenicinin inşaatın tamamını veya reddedilemeyecek oranda büyük bir bölümünü yapmış olması¹¹⁴, arsa payının yüklenici adına geçirilmiş olması¹¹⁵, taraflardan birisinin şekil eksikliğine kendi yararı için bilerek ve isteyerek katlanması¹¹⁶, taraflardan birinin sebepsiz ve haksız yere sözleşmenin ifası hakkında güven

¹¹³ Yavuz, C., Özel, s.589; Erman, Arsa, s.24; Reisoğlu, s.67; Kostakoğlu, s.77; Karadaş, s.62; Avcı, s.34; Aydemir, s.131; Tozoğlu, s.27; Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.41; Halis, s.221; Seçer, s.40; Oy ve Haşal, s.109; Kırmızı, s.641; Y. 15. HD. 31.01.2008 T., 2007/7877 E., 2008/570 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 21.11.2005 T., 2005/9867 E., 2005/10115 K.: “Dava konusu bağımsız bölüm ister yüklenici tarafından istenirse yüklenici ile yapılan sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümün satışı suretiyle arsa sahibi tarafından davacıya satılmış olsun edimler karşılıklı olarak tümüyle veya önemli oranda yerine getirilmişse 30.09.1988 tarih ve 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararına göre davacıya mülkiyet hakkını talep yetkisi verir. Bu gibi durumlarda şekil eksikliğinin varlığını ileri sürmek Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde tanımlanan dürüst davranma kuralına uygun düşmez.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 17.03.2003 T., 2003/267 E., 2003/1342 K.: “...davalıların edimlerini yerine getirmiş olduklarının tespiti halinde artık şekil şartına riayet edilmediğine dayanılarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin MK. m.2'ye aykırı olacağı ve bu nedenle davalıların haksız müdahalelerinden bahsedilemeyeceği gözetilerek davanın yine değişik bu gerekçeyle reddedilmesi, inşaatın tamamlanmamış ve edimlerin yerine getirilmemiş olması halinde ise davalılar bu korunmadan yararlanamayacakları...”, Sinerji Mevzuat.

¹¹⁴ Yavuz, C., Özel, s.590; Tozoğlu, s.27; Erman, Arsa, s.25; Y. 15. HD. 31.01.2011 T., 2009/5002 E., 2011/411 K., Sinerji Mevzuat. Cevdet Yavuz’a göre “Yüklenici, tapuda pay geçiriminin yapılacağı inancı ile edimini ifa etmiştir. Arsa sahibinin, inşaatın devamı süresince arsası üzerinde geçersiz akde dayalı yapılan bu inşaatı görüp itirazda bulunmamış olması ve sonunda şekil geçersizliğini ileri sürerek arsa payına ilişkin ediminden kaçınması, yasa ile korunamaz.” Bkz. Yavuz, C., Özel, s.590. Üzerine düşen edimini yerine getirdiğini savunan yüklenici bu iddiası incelenmeli ve ispatlanmalıdır. Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.41.

¹¹⁵ Sözleşmeyle yükleniciye bedel olarak devredilmesi kararlaştırılan tapu, sözleşmenin şekle uyulmadan yapılmasına rağmen tapuda yükleniciye devredilmişse başlangıçta geçersiz olan sözleşme geçerli hale gelmeli, şekil eksikliği itirazı hakkın kötüye kullanılması olup dikkate alınmamalıdır. Karadaş, s.65; Yavuz, C., Özel, s.590; Tozoğlu, s. 27; Erman, Arsa, s.26; Kostakoğlu, s.79; Avcı, s.32; Usta, s.29; Oy ve Haşal, s.111; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.153. Yargıtay’ın da süregelen uygulaması bu yöndedir. Bkz. Y. 23. HD., 10.11.2016 T., 2016/2328 E., 2016/4978 K.: “...sözleşmeyle yükleniciye bedel olarak verilmesi kararlaştırılan taşınmazın devrine ilişkin yüküm, taşınmaz tapuda yükleniciye devredilerek gerçekleşmişse, başlangıçta geçersiz olan sözleşmenin geçerli hale gelmesidir. □ Zira karma nitelikteki sözleşmenin diğer kısmı, yani □ inşaat sözleşmesi □, zaten biçim koşuluna bağlı değildir... mahkemece, davacıya yemin teklifi hakkının hatırlatılarak bu suretle yükleniciye tapuda arsa devrinin yapılmış olduğunu ispatlaması halinde tapu devri gerçekleşmiş olduğundan şimdiki gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli hale geldiğinin kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 14.12.2011 T., 2011/11146 E., 2011/15450 K.: “Davacı davalı aleyhine tapu iptali ve tescil ve tazminat istemiştir. Hakkın kötüye kullanılması yasağına ait açık hüküm ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları çerçevesinde sorun değerlendirildiğinde, yapması gereken bütün ödemeleri yapan davacının ifa talebini, sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek yerine getirmeyen davalının tutumu açıkça hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıdır. Dolayısıyla, davalının sözleşmenin geçersizliği savunması kabul edilemez”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 01.04.1991 T., 1990/4445 E., 1991/1613 K., Kostakoğlu, s.79,80; Y. 23. HD. 14.02.2014 T., 2013/6306 E., 2014/1061 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 17.10.2012 T., 2011/6948 E., 2012/6502 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 08.04.2013 T., 2013/549 E., 2013/2250 K., Avcı, s.33; Y. 15. HD. 02.06.2011 T., 2010/3018 E., 2011/3268 K., Oy ve Haşal, s.111; Y. 23. HD. 03.07.2012 T., 2012/2227 E., 2012/4932 K., Oy ve Haşal, s.111.

¹¹⁶ Aral ve Ayrancı, s.174; Erman, Arsa, s.30; Halis, s.221; Usta, s.29; Kırmızı, s.648; Turut, s.48.

oluşturması¹¹⁷, dava aşamasında şekle aykırılığın ileri sürülmesi¹¹⁸ halleri şekle aykırılık iddiasının dürüstlük kuralına aykırı ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması durumları olarak değerlendirilebilir¹¹⁹.

Sözleşmenin tam ifası halinde sözleşme ile ulaşılmak istenen amaç meydana gelmiş olduğundan şekilsizlik iddiası kabul edilmemelidir¹²⁰. Yargıtay kısmî ifa hallerinde tamamlanma yüzdesini göz önünde bulundurarak, inşaat ancak büyük oranda yani %90 ve üzerinde¹²¹ tamamlanmışsa sözleşmenin şekil eksikliği iddiasını dikkate almamıştır¹²². Ayrıca şekil açısından geçersiz olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde

¹¹⁷ Sözleşme henüz tamamen ifa edilmemiş olsa bile, özellikle sözleşmenin taraflarından biri taahhütlerini mutlaka ifa edeceğini sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız yere kuvvetlendirmiş ve onun kendisine düşen edimin büyük bölümünü yerine getirmesini sağlamışsa sonradan sözleşmenin şekil yönünden geçersiz olduğunu ileri sürmesi çelişkili davranış olup hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır. Erman, Arsa, s. 29; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.193; Atamulu, s.49; Kırmızı, s.647; Y. 15. HD. 12.11.1981 T., 1981/2098 E., 1981/2240 K.: “Kat karşılığı eser sözleşmesinin taşınmaz mal satış vaadi biçiminde ve resmî memur önünde doğrudan düzenlenmesi gerekir. Bu şekilde düzenlenmeyen ve geçerli olmayan sözleşmenin uzun süre yerine getirileceği hususundaki davranışları ile güven vermiş olan tarafın sözleşmenin geçersiz olduğu yolunda bir savun def’in ileri sürmesi objektif iyiniyet ilkesi ile bağdaşmaz.”, Sinerji Mevzuat; Y. 13. HD. 24.01.1992 T., 1991/8698 E., 1992/486 K., Sinerji Mevzuat; Y. 13. HD. 02.12.1991 T., 1991/7217 E., 1991/10901 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 05.04.1990 T., 4035 E., 1602 K., (Erman, Arsa, s.29 dn.24).

¹¹⁸ Her ne kadar şekil eksikliği hâkim tarafından re’sen dikkate alınması gerekirse de tarafların davaya konu ettiği uyuşmazlıkta sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersizliğine dayanmayarak sözleşmenin varlığını kabul ettikten sonra artık şekil eksikliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır. Erman, Arsa, s.30; Y. 14. HD. 19.12.1989 T., 8189 E., 1718 K., Erman, Arsa, s. 30, dn. 26.

¹¹⁹ Bu ve benzeri sınıflandırmalar için bkz. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.186 vd.; Kostakoğlu, s.77 vd.; Yavuz, C., *Özel*, s.589,590; Karadaş, s.61 vd.; Avcı, s.32 vd.; Oy ve Haşal, s.109 vd.; Kırmızı, s.640 vd.; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.149 vd.; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.122 vd.; Uygur, Borçlar, C.1, s.253; Y. 13. HD. 24.01.1992 T., 1991/8698 E., 1992/486 K., Sinerji Mevzuat. Yargıtay 30.09.1988 T. 1987/2 E. 1988/2 K. sayılı İBK’da hakkın kötüye kullanılmasını İfa halinde ve ifadan kaçınılması halinde olmak üzere iki başlıkta incelemiştir. İfa halinde Yargıtay sözleşmedeki şekil eksikliğine rağmen tapuda tescil işleminin yapılmış olmasını kastetmektedir. İfadan kaçınılması halinde de şekle aykırı sözleşmeye rağmen taraflardan birinin sözleşmeye sadık bir şekilde ifasını yerine getirmesine rağmen karşı tarafın ifadan kaçınmasını kastetmektedir.

¹²⁰ Atamulu, s.50; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.149. Bu durum hem yüklenicinin inşaatını tamamlaması ve edimini ifa etmesi halinde arsa sahibinin şekle aykırılık iddiasının kabul edilmeyeceğini, hem de arsa sahibinin arsa paylarını devrederek edimini ifa etmesi halinde yüklenicinin şekle aykırılık iddiasının kabul edilmeyeceğini kapsamaktadır. Atamulu, s.51; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.153.

¹²¹ “İnşaatın önemli oranda tamamlanması” kriterinin belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karadaş, s.64; Yerel Mahkeme inşaatın tamamlanma oranının tespiti için söz konusu inşaata teknik bilirkişi marifetiyle keşif yaptırmalı buna göre tespit edilecek oran kabul edilerek sonuca bağlanmalıdır. Avcı, s.36.

¹²² Karadaş, s.62; Avcı, s.35; Halis, s.221; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.156,157; Y. 15. HD. 14.04.2009 T., 1881 E., 2175 K.: “Ne var ki 03.07.1997 tarihinde başlayan ve davacının da kabulünde olduğu üzere dava tarihine kadar %99 seviyesine getirilen bir yapım işine ait sözleşmenin inşaatın tamamına yakınının bitmesi ve aradan 9 yıl geçtikten sonra geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK’nın 2. maddesinde belirlenen iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacaktır. Bu safhada sözleşmenin geçersizliğine dayanılması hakkın kötüye kullanılması olup hukuk düzeninin bu davranışı korumayacağı ortadadır.”, Sinerji Mevzuat Y. 15. HD. 12.11.1981 T., 1981/2098 E., 1981/2240 K.:

taraflar ifaya yönelik herhangi bir faaliyette bulunmamışlarsa sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek mümkün olacak, hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılmayacaktır¹²³.

Belirtmek gerekir ki, ikinci bölümde de değinileceği üzere, hakkın kötüye kullanılması yasağı yüklenicinin kendisine düşen bağımsız bölümleri harici satış vaadi sözleşmesi veya alacağın devri sözleşmesi ile üçüncü kişiye devredildiği durumlarda da uygulama alanı bulacaktır¹²⁴.

Sözleşmenin geçersizliğini ileri sürme hakkı kötüye kullanılıyorsa hâkim borcun ifasına ve bu doğrultuda tescile karar verebilecektir¹²⁵. Nitekim Yargıtay 30.09.1988 tarih 1987/2 E. 1988/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında¹²⁶, hâkim kat mülkiyetine tabi

“Ne var ki, olayda olduğu gibi eserin tümüne yakın bölümü tamamlanmış, bir kısım bağımsız bölümlerin oturma izni alınmış ve yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerden bazıları yüklenicinin önerisine uygun olarak 3. kişiler adına tapuda ferağ işlemi yerine getirilmiştir. Böylece geçersiz sözleşme ifa edilmiş olup, eksik ve kusurlu işlerle ilgili ayrıntılar (fer i) nitelikteki haklar, taraflar arasında uyuşmazlık konusu yapılmıştır. Bu durumda geçersiz olmakla beraber, uzun süre sözleşmenin yerine getirileceği hususundaki davranışlarıyla yükleniciye güven vermiş bulunan arsa sahiplerinin bundan böyle sözleşmenin geçersiz olduğu yolunda bir savun (def'in) ileri sürmeleri, M.K.'nun 2. maddesinde öngörülen objektif iyi niyet ilkesi ile bağdaşamaz. Kişisel açıdan ise, bir hakkın sırf başkasını zarara uğratmaya yönelik bir davranış olur.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y.15. HD. 29.04.1999 T., 893/1686 K.(Karadaş, s.63); Y. 15. HD. 13.04.2009 T., 2008/6271 E., 2009/2151 K., Avcı, s.36; Y. 15. HD. 31.01.2011 T., 2009/5002 E., 2011/411 K., Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.157. Ancak doktrindeki bir görüşe göre tarafların edimlerini kısmen dahi yerine getirmesi onların sözleşme ile bağlı kalma amacını göstereceğinden şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmamalıdır. Atamulu, s.53; Turut, s.52. Atamulu'ya göre; bütün sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de asolan tarafların birbirine olan güvenin korunması ve sözleşmenin ayakta tutulması olup, edimlerin ifasına girilmesi ile oluşan bu güveni şekil eksikliği sebebiyle geçersiz saymamak gereklidir. Bu sonuç tarafların iradesine uygun olacağı gibi, işlemin mümkün olduğunca geçerli yorum (favor negoti) ve onun alt ilkesi olan favor contractus ilkesine uygun olacaktır. Bkz. Atamulu, s.53,54.

¹²³ Atamulu, s.50. Hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde şekil eksikliği sebebiyle geçersizliğin sonuçları tartışmalıdır. Altaş, şekle aykırılıkta hakkın kötüye kullanılması kuralına başvurulmasındaki amacın şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin olumsuz sonuçlarının düzeltilmesi olup, hiç ifa edilmemiş şekle aykırı sözleşmelerde de olumsuz sonuçların doğması muhtemel olduğundan hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.189. Bu görüşler hakkında bkz. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s.187 vd.

¹²⁴ Erman, *Arsa*, s.26.

¹²⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.157.

¹²⁶ Yargıtay'ın söz konusu içtihadı birleştirme kararı şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu konusunda esas teşkil etmekte olduğundan bu karara kısaca değinmek gerekirse; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve bazı özel dairelerince sözleşmenin tam ifası ya da kısmî ifası hallerinde şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olacağı yönünde de, aksi yönde de kararlar verilmiştir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğu yönündeki kararları için bkz. Y. HGK. 29.01.1986 T., 1984/14-849 E., 1986/57 K.: “Taraflar arasındaki geçersiz sözleşme ifa edilmiş bulunmakla sonradan geçerlilik kazanmıştır. Asgari birbuçuk yıldan beri sözleşmenin yerine getirileceği hususundaki davranışlarıyla alıcıya güven vermiş bulunan davalı satıcının bundan böyle sözleşmenin geçersiz olduğu yolunda bir savunma ileri sürmesi MK'nin 2. maddesinde öngörülen objektif iyi niyet kuralına aykırıdır.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 13. HD. 13.03.1980 T.,

bağımsız bölüm satış vaadinde şekle uyulmadığı iddiasının hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği hallerde tescil davası açılabilceğini kabul ederek¹²⁷, hakkın kötüye kullanılması sebebiyle hükümsüzlüğü dikkate almayarak borcun ifasına karar vermiştir ve ifanın konusu da bir taşınmaz mülkiyetinin nakli olduğu için verilen karar mülkiyetin geçmesini sağlayacağını ve tapu memurunun tescili yapmaya zorlanabileceğini kabul edilmiştir¹²⁸. Böylece şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturduğu durumlarda, sadece şekle aykırılığın ileri sürülmesinin reddedilmesi yönünde menfi etki içeren sonuç doğmayacak; aynı zamanda Yargıtay'ın 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre şartlar sağlandığında taraflar ve hatta bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler tescil talebinde de bulunulabilerek müsbet etki de oluşacaktır¹²⁹.

1980/1267 E., 1980/1669 K., Sinerji Mevzuat. Aksi yönde karar için bkz. Y. HGK. 25.10.1985 T., 1984/14-429 E., 1985/850 K.: “*Tapuda kayıtlı bir taşınmazın diğer bir kimse adına tescil olunabilmesi için geçerli bir hukuki sebebin varlığı gerekir. Resmî şekilde yapılmamış bulunan temlik taahhütleri geçerli sayılamaz. Davacı iddiasını geçerli bir belgeye dayandırmamıştır. Diğer taraftan olayda, davacı, davalının kötüniyetli olduğunu ifade ettikten sonra temlik isteğinde bulunmuştur. Davacının iddiasına göre satıcı müteahhit sözleşme ile bu binayı inşaa ettiğine göre M.K. 650. madde hükümleri olayda uygulanamaz. Davacı ile müteahhit arasında vekalet ilişkisi bulunmadığından davacı bu bakımdan da M.K.nun 650. maddesine dayanmaz. Aralarında hukuki ilişki bulunmayan kişilerin mücerret iyi niyetli, kötü niyetli olmaları hiçbir hüküm ifade etmeyeceğinden bu yönün tartışılmasına gerek yoktur.*”, Sinerji Mevzuat. Yargıtay'ın bu konuda bazı özel daireleri ile Genel Kurulu arasında görüş ayrılığı belirmesi sebebiyle Yargıtay içtihadı birleştirme yoluna gitmiştir. Aydemir, s.222; Yavuz, C., Özel, s.590. Bunun üzerine Yargıtay, 30.09.1988 tarih 1987/2 E. 1988/2 K. sayılı İBK ile “*Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilemeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin M.K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine...*” şeklinde görüş benimsemiş ve bu görüşün devamı sürdürülmüştür. Bkz. Y. 14. HD. 21.11.2005 T., 2005/9867 E., 2005/10115 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 27.01.2004 T., 2003/3899 E., 2004/408 K., Sinerji Mevzuat. İçtihadı Birleştirme Kararına göre hâkim, her somut olayın koşullarını dikkate alarak objektif iyiniyet kurallarını re'sen göz önünde tutmalı, şekil eksikliği itirazlarının dürüstlükle bağdaşmadığını re'sen dikkate almalıdır. Bu kararın uygulanma koşulları için bkz. Avcı, s.123; Selimoğlu, s.441. Bu kararın konusu sadece yüklenici tarafından üçüncü kişiye satılan bağımsız bölümlerle ilgili olsa da, bu görüşün yüklenici ile arsa sahibi arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de kıyasen uygulanması gerekmektedir Aydemir, s.132, 227. Ayrıca kararda Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi taşınmazlar belirtilmiş olsa da kararda yer alan ilkeler göz önüne alınarak diğer hallerde de uygulanması kabul edilmelidir. Erman, Arsa, s.27.

¹²⁷ Bu görüşe “*hakkın kötüye kullanılmasına olumlu etki tanıyan görüş*” de denmektedir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.158 dn.441; Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.242.

¹²⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.158 .

¹²⁹ Halis, s.220.

2.4. Hukuki Niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi herhangi bir kanunda düzenlenmediğinden bu sözleşme tipine hangi hükümlerin uygulanacağı önem arz etmektedir. Ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti için öncelikle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gereklidir.

2.4.2. İsimsiz sözleşme niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi TBK’da düzenlenmeyip, sözleşme özgürlüğü kapsamında düzenlenen bir sözleşme türüdür¹³⁰. Sözleşme özgürlüğü borçlar hukukunun temel kurallarından olup, geniş bir kavram ifade etmekte¹³¹; tarafların sözleşme yapma ve içeriğini belirleme, akdin hangi tipte yapılacağını seçme, kendisiyle sözleşme yapılacak kişiyi seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya değiştirme, hangi şekilde yapılacağını seçme özgürlükleri olarak karşımıza çıkmaktadır¹³². Sözleşme özgürlüğü sınırsız değildir, sözleşme ile veya idari bir tedbir yahut kanun ile (özellikle TBK m.26,27 hükümleri ile) sınırlandırılarak tarafların sözleşme yapma mecburiyeti kabul edilebilir¹³³.

¹³⁰ Yılmaz, s.779; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.22; Atamulu, s.33; Avcı, s.11; Turut, s.24.

¹³¹ Sözleşme özgürlüğü borçlar hukukunun temel ilkelerinden sayılsa da kanunda tanımlanmamıştır ve genel olarak düzenlenmemiştir. TBK m.26 hükmünde sözleşmenin içeriğini belirleme, TBK m. 12 hükmünde sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüklerinden bahsedilmiştir. Akın Ünal, *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.39. Sözleşme özgürlüğü, Anayasa m. 48/1 hükmünde düzenlenen sözleşme hürriyetinden kaynaklanmaktadır. Hatemi ve Gökyayla, s.60; Kılıçoğlu, s.84; Ünal, s.40,41.

¹³² Hatemi ve Gökyayla, s.60; Tekinay, s.362; Yavuz, C., Özel, s.6,7; Zevkliler ve Gökyayla, s.8; Ünal, s.43; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.119; Ruhi, s.34; Ayan, *Borçlar*, s.7; Ünal, s.44,45; Tamer İnal, *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.247; Karabağ Bulut, s.5; Kayıhan, s.131,132; Şenyüz, s.28; Kılıçoğlu, s.84 vd. “Sözleşme özgürlüğü” kavramı “irade özerkliği”nin borçlar hukukundaki görünümüdür. Ünal, s.38; Ayan, *Borçlar*, s.6; İnan ve Yücel, s.204,205; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.118; İnal, s.246.

¹³³ Hatemi ve Gökyayla, s.60; Tekinay, s.59; Ayan, *Borçlar*, s.7; İnal, s.246. Sözleşme yapma özgürlüğünün sınırı olan sözleşme yapma zorunluluğu halleri, kamu hukuku veya zorunlu geçit hakkı gibi özel hukuk kökenli kanun hükmünden kaynaklanabilmektedir. Bu sınırlar hakkında bkz. Ünal, s.48; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.119,120. Emredici kurallara aykırılık, ahlaka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, imkansızlık halleri, aşırı yararlanma, irade sakatlıkları sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarıdır. Sözleşmenin tipini seçme özgürlüğü kapsamında ise, tarafların sadece kanundaki tiplerde sözleşme yapma zorunluluğu kabul edilmemekte karma veya isimsiz bir sözleşme de yapabilme konusunda özgür olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, s.52 vd. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sınırlarına ilişkin örnek vermek gerekirse, imar kuralları emredici nitelikte yani kamu düzenine ilişkin olup, tarafların sözleşme ile bu kurallara aykırı inşaat yapılmasını kararlaştırmaları da hukuken geçersiz sayılmalı ve yüklenici kararlaştırılan bu hükümlere göre inşaat yapmaya zorlanmamalıdır. Avcı, s.54; Y. 15. HD. 29.11.2004 T., 2003/1957 E., 2004/6069 K.: “*Davalının savunduğu gibi davacı rızasıyla projeye uyulmadığı kabul edilse bile*

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında düzenlenmiş bir sözleşme tipidir. Bu sözleşmenin “arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini devir borcu altına girmesi” ve “yüklenicinin inşaat yaparak belirlenen bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesi” şeklinde unsurları bulunmakta ve bu unsurlar itibari ile tarafların karşılıklı edimleri, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen farklı iki tip sözleşme olan taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi (TBK m. 237 vd.) ile eser sözleşmesinin (TBK m. 470 vd.) edimlerini oluşturmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin Kanunda özel olarak düzenlenmemesi, sözleşmeyi isimsiz (atipik) sözleşmeler sınıfında değerlendirilmesine sebep olmaktadır¹³⁴. Bu sözleşmenin isminin kanunda (TMK m.1009) ve tüzükte (TST m. 47/I,c) geçiyor olması

işinin uzmanı olan davalının imar yasasına uygun biçimde inşaat yapması zorunludur. Başka anlatımla kanunî olmayan davranışından kendisi sorumludur (BK. 357.md.). İskan izni alınamayacak inşaatın tamamlandığı söylenemez. Davacı da bu haliyle binayı kabule zorlanamaz.”, Sinerji Mevzuat. Burada sık karşılaşılabileceği ihtimaline binaen, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflardan birinin şahsi ve ekonomik özgürlüğünü kabul edilemeyecek derecede kısıtlayacak nitelikte düzenlenmesi ve taraflardan birinin diğer tarafın keyfine tabi olur hale gelmesi durumu da genel ahlaka aykırılık sayılarak geçersiz olacaktır. Nitekim bu şekilde düzenlenen sözleşme doktrinde “kelepçeleme sözleşmeleri” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Ünal, s.96 vd.; İsmet **Sungurbey** ve Selim **Kaneti**, *Medeni Hukuk Sorunları*, C.3, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s.178 vd.

¹³⁴ İsimli sözleşmeler, Türk Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri kısmında veya özel bir kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir. İsimli sözleşmeler de birleşik, karma ve kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Saibe **Oktay**, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LV, Y. 1996, (s.263-296), s.265 vd.; Kuntalp, s. 37 vd.; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.41 vd.; Eren, *Borçlar*, s.207 vd.; Aral ve Ayrancı, s.54; Gümüş, *Borçlar*, C.1, s.4 vd.; Zevkililer ve Gökyayla, s.18 vd.; Ayan, s.140; Zevkililer, Ertaş, Havutçu vd, s.107; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.35-39.; Zapata, s. 8 vd.; Şenyüz, s.251.; Turut, s.25 vd.; Ruhi, s.89. Eren ve Kuntalp'e göre karma ve kendine özgü sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Eren, *Borçlar*, s.207; Kuntalp, s.13; İsimli sözleşmelerin yapılması kanunda düzenlenmiş olan irade özerkliği ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğü ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Eren, *Borçlar*, s.207; Oktay, s.267. Kat karşılığı inşaat sözleşmesini oluşturan eser sözleşmesi ile taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bağımsızlıklarını koruyamayıp birbirine karıştığından ve her sözleşmeye kendine ait hükümlerin uygulanmasıyla da bu sözleşmeyle ilgili hukuki sorunların çözülmesi mümkün olmadığından birleşik sözleşme türüne girmektedir. Zira, birleşik sözleşmelerde çeşitli sözleşmeler bağımsızlıklarına zarar gelmeden birbirlerine bağlanmakta, karma sözleşmeler ise bunun tam aksine çeşitli sözleşme unsurlarının bağımsızlıklarını koruyamadan birleşerek tek bir sözleşme oluşturmaktadır. Yine kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerde, bu tipe dahil sözleşmenin unsurları kanunlarda düzenlenen sözleşmelerde yer almamalıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri eser sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesi unsurlarını taşıdığından kendisine özgü yapısı olan sözleşme olarak da nitelendirilememektedir. Bkz. Yavuz, C., *Özel*, s.585; Erman, *Arsa*, s.6; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.23; Kartal, *Arsa Payı*, s.109; Yener, s.5; Tozoğlu, s.7; Turut, s.26. Sarı'ya göre kat karşılığı inşaat sözleşmesi her ne kadar çift tipli karma sözleşme niteliği taşısa da taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesinin birlikte yapıldığı bu görünüm biçiminde bir birleşik sözleşme özelliği kazanmaktadır. Suat **Sarı**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, C.LXIV, S.2, Y. 2006, (s.273-300), s.282; Aynı yönde bkz. Ruhi, s.647.

onu isimli sözleşme haline getirmeyecektir¹³⁵. Kanunda düzenlenen taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesi unsurlarının kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesiyle oluştuğundan, hukuki niteliği itibariyle isimli sözleşme türlerinden çifte tipli karma sözleşme¹³⁶ olduğu kabul edilmektedir¹³⁷. Bir başka deyişle, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taşınmaz mülkiyetini geçirme veya taşınmaz satışını vaat etme ile eser yapma ve yapılan bağımsız bölümleri teslim etme yükümlülükleri karşılıklı ilişki içinde olup; kanunda düzenlenen bu iki sözleşme tipine ait edimler, kanunda düzenlenmeyen bir şekilde birbirinin karşılığını oluşturmuş, bağımsızlıklarını koruyamadan iç içe geçmiş, mübadele ilişkisi içine girmiştir¹³⁸. Bu sebeple sözleşmelerden yalnız birine ait unsurların varlığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından hukuki sonuç doğmayacak; hukuki sorunların çözülmesinde de yalnız

¹³⁵ Öz, *İnşaat*, s. 110; Oktay, s.264; Sarı, s. 276; Atamulu, s.33; Usta, s.17,18. Atamulu, “Gerçekten de bir hukuki işlemin isimli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, adı yanında, tarafların hak ve borçları, borçların ihlalinin müeyyidesi, zamanaşımı gibi hususların da ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekir” şeklinde belirtmiştir. Atamulu, s.33. Kuntalp ise “sözleşmenin ismen belirtilmesi ile yetinilmeyip, esaslı unsurlarının da düzenlenmiş olması gerekmektedir” şeklinde belirtmiştir. Kuntalp, s.4. Aynı yönde bkz. Usta, s.18. Kanun koyucunun bu konudaki tutum farklılığı Oktay’a göre “kanun koyucu ya isimli sözleşmeleri henüz tanımadığı için ya da kanunda bunlara özel bir yer vermek fikrinde olmadığı için bu sözleşmeleri düzenlememiştir” şeklinde açıklanabilmektedir. Oktay, s.264. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bazı Kanunlarda ismen düzenlenmesinin sebebi, bu sözleşmelerin uygulamada sıkça görülmesi ve bunların tapuya şerhinin mümkün kılınması amacının taşınması olduğunu söylemek mümkündür. Demir, s.35.

¹³⁶ Karma sözleşmeler, “Kanun’un çeşitli akit tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle vücut bulan akitlerdir” şeklinde; çifte tipli karma sözleşmeler ise, “taraflardan her birinin ediminin veya edimlerinin çeşitli tipte sözleşmelerden birisine özgü olduğu sözleşmelerdir” şeklinde tanımlanmıştır. Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.69. Doktrindeki tanımlar için bkz. Eren, *Borçlar*, s.208; Kuntalp, s.38,157. Karma sözleşme kavramından ne anlaşılacağı hakkında öğretideki görüşler için bkz. Gümüş, *Borçlar*, C.1, s.6 vd.; Kuntalp, s.38 vd.

¹³⁷ Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.114; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.113, 117; Erman, *Arsa*, s.5; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.46; Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.71; Eren, *Borçlar*, s.208; Eren, *İnşaat*, s.57; Yavuz, C., Özel, s.14, 583; Aral ve Ayrancı, s.54; Sarı, s. 276; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.26; Kartal, *Arsa Payı*, s.112; Kostakoğlu, s.75; Avcı, s.11; Zevkililer ve Gökyayla, s.19; Öz, *İnşaat*, s.6; Selimoğlu, s.19; Kırca, s.81; Kayıhan, s.98; Atamulu, s.33; Karadaş, s.46; Coşkun, s.26; Aydemir, s.124; Usta, s.19; Oy ve Haşal, s.25; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.271; Yener, *Arsa Payı*, s. 4; Zapata, s.9; Şenyüz, s.251; Ayan, *Borçlar*, s.140; Turut, s.27; Tozoğlu, s.9; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.108; Ruhi, s.90; Olgaç, s.83; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.34; Uygur, *Borçlar*, C.2, s.2129; Demir, s.36; Y. 23. HD. 27.05.2016 T., 2015/1825 E., 2016/3295 K.: “6098 sayılı TBK’nın 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan □arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi□, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 04.07.2017 T., 2016/11967 E., 2017/5639 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 25.04.2017 T., 2016/9083 E., 2017/3378 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 19.03.2003 T., 2003/15-124 E., 2003/175 K. Sinerji Mevzuat; Y. HGK 09.06.1982 T., E. 1979/15-1619, K. 1982/565, Aydemir, s.124; Y. 23. HD. 11.07.2012 T., 2012/2501 E. 2012/4840 K.(Avcı, s.12); Y. 15. HD. 08.05.1996 T., 1132/2486, Karadaş, s.46.

¹³⁸ Erman, *Arsa*, s.6; Yavuz, C., Özel, s.583; Eren, *Borçlar*, s.208; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.26; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.23.; Yener, *Arsa Payı*, s.8; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.34.

birine ait hükümlerin uygulanması yetmeyecektir. Ne arsa sahibi arsa paylarının bağımsız bölümler yapılmadan satışını ne de yüklenici arsa payları olmadan bir inşaat yapmayı kabul edecektir¹³⁹.

İsimsiz sözleşmelerin türü olan karma nitelikteki sözleşmelere ve dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümler hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹⁴⁰. Karma sözleşmelere ve dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde en uygun olan ve Türk Hukukunda baskın olarak kabul edilen görüş “yaratma(kıyas) teorisi”dir¹⁴¹. Bu teori gereği, kat karşılığı inşaat sözleşmesine bu sözleşmeyi oluşturan taşınmaz satışı veya

¹³⁹ Yavuz, C., Özel, s.583.

¹⁴⁰ Bkz. Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.73; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.49; Gümüş, *Borçlar*, C.1, s.12; Erman, *Arsa*, s.7; Kuntalp, s.227; Oktay, s.276; Ayan, *Borçlar*, s.141; Coşkun, s.26; Atamulu, s.34; Yener, *Arsa Payı*, s.5; Turut, s.28; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.42. Kat karşılığı inşaat sözleşmesini de kapsayan isimsiz sözleşmelerin tümüne genel hükümlerin uygulanacağı hususunda tereddüt bulunmamakta, tartışmalı olan husus taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi ile eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı ve uygulanacaksa hangi ölçüde uygulanacağı hususunda kendini göstermektedir. Usta, s.32,33. Bu konuda dört görüşün olduğu ileri sürülmektedir. Bunlardan birincisi, “saf dışı(berteraf) etme teorisi” olup, bu görüşe göre bir araya getirilmiş çeşitli tipler birbirini götürürler ve bu görüşe göre sadece TBK’nın genel hükümlerinin uygulanması gereklidir. İkincisi ise “soğurma(imtisas) teorisi” olup, bu görüşe göre de karma nitelik taşıyan sözleşmenin bütünü içinde değerlendirildiği zaman hangi sözleşme tipine ilişkin unsur daha önemliyse uyuşmazlık çözümünde o sözleşme hükümleri uygulanmalıdır. Üçüncü görüş “birleştirme(terkip) teorisi” olup, bu görüşe göre de her edime ait olduğu sözleşme hükümleri doğrudan uygulanmalıdır. Son görüşe göre de Kanun’da düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanmalı veya hâkim Türk Medeni Kanun’un 1. maddesine göre hukuk yaratmalıdır. Bu görüş de “yaratma(kıyas, örnekseme) teorisi” olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşler için bkz. Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.49, 50; Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.73 vd.; Gümüş, *Borçlar*, C.1, s.12,13; Erman, *Arsa*, s.7 dn.16; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.27,28; Kuntalp, s. 228 vd.; Oktay, s.276 vd.; Ayan, *Borçlar*, s.141; Atamulu, s.34, dn.51; Zevkliler ve Gökyayla, s.21; Turut, s.28; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.42 vd.

¹⁴¹ Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.75; Eren, *İnşaat*, s.57; Erman, *Arsa*, s.7; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.117; Kuntalp, s. 260, 261; Yavuz, C., Özel, s.591; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.28; Kartal, *Arsa Payı*, s.112; Kırca, s.81; Yener, *Arsa Payı*, s.5; Coşkun, s.27; Avcı, s.11; Atamulu, s.35; Usta, s.33; Zevkliler ve Gökyayla, s.21; Öz, *İnşaat*, s.6; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.44. Bununla birlikte, yargıda ve doktrinde görüş birliği sağlanamamıştır. Yargıtay’ın eski tarihli bir kararına göre karma sözleşmelerin türü olan çifte tipli karma sözleşmelerde her bir edime tabii olduğu sözleşmeye ilişkin kurallar doğrudan doğruya uygulanmalıdır. Bkz. Y. HGK. 09.06.1982 T., 1979/15-1613 E., 1982/565 K.,(Atamulu, s.36); Y. HGK, 19.03.2003 T., 2003/15-124 E., 2003/175 K., Sinerji Mevzuat. Bazı yazarlar da bu görüştedir. Bu yazarlar için bkz. Turut, s. 29. Yargıtay’ın bu görüşü “birleştirme teorisi” görüşüdür ve bu görüş kabul edilirse kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı yapma edimi için eser sözleşmesine arsa, payı mülkiyetini devir borcu için de taşınmaz satımı veya taşınmaz satış vaadine ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Ancak bu kararlarda kabul edilen kat karşılığı inşaat sözleşmesine “birleştirme teorisi”nin uygulanması esası isabetli değildir. Kararların eleştirisi için bkz. Erman, *Arsa*, s.8; Kartal’a göre, “arsa paylarının devrine ilişkin sözleşme gerekli biçim koşuluna uygun yapılmadığı durumlarda geçersiz kabul edilirse, biçimine bağlı olmayan bağımsız bölüm yapımı sözleşmesini geçerli kabul etmek tarafların iradeleri ile öngörmedikleri bir sonuç yaratmak olur ki, bu da hukuk kuralları ile bağdaşmaz.”, Kartal, *Kat Karşılığı*, s.26,27.

taşınmaz satış vaadi ile eser sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla, sözleşmenin amacı ve taraf iradelerine uygun bir biçimde uygulanmalıdır¹⁴². Kat karşılığı inşaat sözleşmesine söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanmasında çatışma çıkarsa da, sözleşmenin amacı ve taraf menfaatleri göz önünde tutularak ve hakkaniyete göre hareket edilerek; gerekirse TBK'nın genel hükümleri uygulanmalı, bu hükümler de çözüm sunmazsa, örf ve adet hukukuna bakılmalı bundan da bir sonuç alınamazsa hâkim tarafından TMK m.1 uyarınca hukuk yaratılmalıdır¹⁴³.

Son olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile inşaat sözleşmesi aynı müesseseleri ifade etmemektedir. İnşaat sözleşmesi eser sözleşmesi niteliğindedir¹⁴⁴. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaat sözleşmesinin uygulama alanı bulan türlerinden biridir¹⁴⁵. Eser sözleşmesi niteliğindeki inşaat sözleşmelerine, Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri(TBK m.470-786) uygulanır.

2.4.3. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile sözleşmenin her iki tarafı da borç altına girmekte olup, tam iki tarafa borç yükleyen(karşılıklı, sinallagmatik, iki taraflı) sözleşme niteliğindedir¹⁴⁶. Sözleşmede, tarafların birinin borcu diğer tarafın borcunun karşılığını

¹⁴² Erman, *Arsa*, s.8; Eren, *İnşaat*, s.57; Kırca, s.81; Avcı, s. 11; Atamulu, s.35. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin temelini oluşturan taşınmaz satımş veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmeleri birbirleriyle bağımsızlıklarını yitirecek şekilde kat karşılığı inşaat sözleşmesini oluştururken karışmakta olup, bu nedenle uyumsuzlukların çözümünde karışan sözleşmelerin nitelikleri ve özellikleri dikkate alınarak kıyas yöntemi uygulanması tercih edilmelidir. Avcı, s.13. Nitekim uyumsuzluklarda yalnız taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi ya da eser sözleşmesine ilişkin sözleşme hükümleri uygulanması halinde taraf iradelerine uygun sonuçlar elde edilemeyeceği görülecektir. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.26,27; Avcı, s.13.

¹⁴³ Erman, *Arsa*, s.8; Yavuz, C., *Özel*, s.591; Yener, *Arsa Payı*, s.6; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.44.

¹⁴⁴ Atamulu, s.28.; Aydemir, s.123. Eser sözleşmesi niteliğindeki inşaat sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *İnşaat*, s.49 vd.; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.52 vd.; Kocağa, *İnşaat*, s.25 vd.; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.43 vd.; Kaplan, *Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s.119 vd.; Öz, *İnşaat*, s. 1 vd.; Aydemir, 161 vd. Kamu ihalelerinde inşaat sözleşmeleri de gerek tarafları gerekse hükümleri açısından kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Bu sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karaca, s. 31 vd.; Öz, *İnşaat*, s.18 vd.

¹⁴⁵ Eren, *İnşaat*, s.58.; Aydemir, s.124; Olgaç, s.83; Y. 23. HD. 11.07.2012 T., 2012/2501 E. 2012/4840 K.: “...Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile kira kaybı ve eksik imalat bedelinin tahsili istemine ilişkindir. BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” uygulamadaki adıyla Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi...”, Sinerji Mevzuat.

¹⁴⁶ Erman, *Arsa*, s.4; Yavuz, C., *Özel*, s.585; Avcı, s.12; Atamulu, s.32; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.272; Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, s.108; Usta, s.17; Yener, *Arsa Payı*, s.4; Tozoğlu, s.8; Karaca, s.39; Oy ve Haşal, s.24; Kırmızı, s.627; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.36; Y. 23. HD. 27.05.2016 T., 2015/1825 E., 2016/3295 K.: “6098 sayılı TBK'nın 470. vd.

teşkil etmekte, bu sebeple tarafların her ikisi de hem borçlu hem de alacaklı olmaktadır¹⁴⁷. Bu sebeple, arsa sahibi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin yapılması ve teslim edilmesi karşılığında, arsa paylarını devretmeyi borçlanmakta; bu bakımdan bağımsız bölümlerin yapılması ve teslimini isteyerek alacaklı konumunda, arsa paylarını devrederek de borçlu konumunda olmaktadır¹⁴⁸. Yüklenici de aynı şekilde, sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin yapılması ve devrini sağlamak suretiyle borçlu, arsa paylarının devrini istemek açısından ise alacaklı konumunda olmaktadır¹⁴⁹. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak ivazlı bir sözleşme olup, arsa payının yükleniciye devri ivazsız olarak yüklenilmiş ise kat karşılığı inşaat sözleşmesi değil, başka bir sözleşme söz konusu olacaktır¹⁵⁰.

Sözleşmenin ifası açısından, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olma niteliği önem arz etmektedir. İfa aşamasında edimini daha önce yerine getiren taraf alacaklı diğer taraf

maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 10.09.2015 T., 2015/5024 E., 2015/5777 K., Sinerji Mevzuat. Her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelere “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler(iki taraflı sözleşmeler)” denilmektedir. Bazı iki taraflı sözleşmelerde taraflardan her birinin borcu diğer tarafın borcunun karşılığını teşkil eder ve buna da “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler(karşılıklı sözleşmeler, synallagmatik sözleşmeler)” denir. Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.45; Kayıhan, s.83. Ayrıca bkz. Ayşe **Havutçu**, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:60, İzmir 1995, s.3,4.; İnan ve Yücel, s.155; Ayan, *Borçlar*, s.133, Avcı, s.12. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler arasında karşılıklı ilişki(synallagma) bulunmakla bu ilişki edimlerin karşılıklı değişimi esasını ifade etmektedir. Eren, *Borçlar*, s.211; Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme*, s.4,5; Atamulu, s.32. “İki taraflı işlem” kavramı ile “iki taraflı sözleşme” kavramı birbirinden farklıdır. “İki taraflı işlemler” kavramı irade açıklamasının sayısına göre hukuki işlemlerin ayrımında kullanılarak, iki tarafın karşılıklı iradeleri söz konusu ise iki taraflı işlemler olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda ortaklık sözleşmesi dışında bütün sözleşmeler iki taraflı işlemlerdir. Bkz. Ayan, *Borçlar*, s.113; Kılıçoğlu, s.52; İnan ve Yücel, s.138. Kavram karışıklığı çıkmaması açısından her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” kavramını kullanmak daha doğru olacaktır.

¹⁴⁷ Erman, *Arsa*, s. 4; Yavuz, C., Özel, s.585; Atamulu, s.32; Avcı, s.12; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.272; Yener, *Arsa Payı*, s.4; Y. 14. HD. 20.06.2017 T., 2017/3041 E., 2017/5311 K.: “Sözleşme, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Burada, biri diğerinin karşılığı olan borçlar vardır. Başka bir anlatımla, taraflar, birbirine karşı hem alacaklı ve hem de borçludur. Kendi borcunun ifa eden veya ifaya hazır olduğunu bildiren diğer taraf alacaklı (BK m.81), edimini yerine getirmeyen taraf ise borçludur.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 14.12.2011 T., 2011/11146 E., 2011/15450 K., Sinerji Mevzuat.

¹⁴⁸ Yavuz, C., Özel, s. 585; Avcı, s.12; Oy ve Haşal, s.23.

¹⁴⁹ Yavuz, C., Özel, s.585; Avcı, s.12; Oy ve Haşal, s.23.

¹⁵⁰ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.37; Y. 23. HD. 27.05.2016 T., 2015/1825 E., 2016/3295 K., Sinerji Mevzuat. İvaz, arsa sahibinin bir kısım bağımsız bölümleri yükleniciye devretmesi olup, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. Uygur, *Borçlar*, C.2, s.2129.

ise borçlu konumuna geçecektir¹⁵¹. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tam iki tarafa borç yüklemesi sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler bu sözleşmeye de uygulanacaktır¹⁵².

2.4.4. Ani-sürekli edimli sözleşme niteliği

Sözleşme ilişkisinin süresi bakımından da ani edimli ve sürekli edimli sözleşme olmak üzere sözleşme türleri ikiye ayrılmaktadır¹⁵³. Eser sözleşmesi ve buna bağlı olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi sürekli edimli mi bir sözleşme olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır¹⁵⁴. Ani edimli ve sürekli edimli sözleşme ayrımında temel alınan konu, tarafların sözleşme ile bağlılıklarının kısa veya uzun süre devam etmesi değil ifa aşamasındaki özellikleridir¹⁵⁵.

Doktrindeki bir görüşe göre¹⁵⁶, sözleşmeyi sürekli sözleşme olarak nitelendirebilmek için borçlunun faaliyetleri değil de alacaklının menfaatinin, edimin yerine getirilmesiyle

¹⁵¹ Atamulu, s.32 .

¹⁵² Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.36; Tozoğlu, s.8; Y. 14. HD. 20.06.2017 T., 2017/3041 E., 2017/5311 K.: “Dayanılan sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması özelliğinden dolayı borçlunun temerrüdü halinde Borçlar Kanununun m.102’ye değil, BK m.106-108’e bakmak gerekir. BK m.106-108 birlikte değerlendirildiğinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmeyle temerrüde düşen borçluya karşı, alacaklıya üç ayrı seçimlik hak tanındığı görülmektedir. Bunlar; aynen ifa veya gecikmeden dolayı tazminat isteme hakkı, aynen ifayı reddederek ademi ifa sebebiyle müspet zararının talep hakkı ve sözleşmeyi feshederek menfi zararını istemektir. Teslimde temerrüt halinde alacaklı, Borçlar Kanununun 106.maddesindeki seçimlik haklardan birini kullanabileceği gibi, Borçlar Kanununun 97/ilk maddesine dayanarak “ifaya izin” talebinde de bulunabilir.”, Sinerji Mevzuat.

¹⁵³ Asli edimleri ani olan (tek bir hareketle ifa edilebilen) sözleşmeler ani edimli sözleşme, asli edimlerden en az biri sürekli, aralıklı veya dönemli edimleri gerektiren (borçlunun zaman içerisinde sürekli davranışını gerektiren) sözleşme sürekli edimli sözleşmedir. Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.1, s.48; İnan ve Yücel, s.100, 101; Kurt, s.46; Selimoğlu, s.33; Kartal, Kat Karşılığı, s.24; Tozoğlu, s.9; Kurt, s.46.

¹⁵⁴ Erman, Arsa, s.8; Coşkun, s.27; Atamulu, s.36; Tozoğlu, s.9; Büyükay, s.43; Usta, s.21. Gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmeleri ise kural sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeniocak, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, s.49. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edim mi sürekli edim mi olduğu konusunda tartışma oluşturan sözleşme unsuru “yapı yapma” unsurudur.

¹⁵⁵ Atamulu, s.37. Zira bütün sözleşmelerin kurulmaları ile sona ermeleri arasında az ya da çok bir zaman geçmektedir ve zamanın geçmesi tek başına sözleşmenin niteliğini belirleyemeyecektir. Sözleşmenin ani mi sürekli mi olduğunun belirlenmesi için karakteristik edimin zamanla olan ilişkisine bakılmalıdır. Kurt, s.46.

¹⁵⁶ Özer Selici, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s.26; M. Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1989, s.20; Gökhan Dirican, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.5; Şafak Güleç, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.29; Tandoğan, Borçlar, C.2, s.147,148; Aral ve Ayrancı, s.314; Şenyüz, s.9.; Yavuz, C., Özel, s.584; Tozoğlu, s.9; Karaca, s.40; Altaş, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, s.50; Kurt, s.53; Selimoğlu, s.34; Seçer, s.44; Yeniocak, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, s.54; Karataş, Taşınmaz

bir anda mı yoksa bir süreci kapsayarak sürekli mi gerçekleştiğinin tespiti gereklidir ve bu görüşe göre borçluya düşen davranış yükümü bir süreye yaygın olmasına rağmen, alacaklı açısından ifa ancak her şeyin tamamlandığı son bir eylemle veya işlemle gerçekleşiyorsa bu borç ilişkisi ani edimli sayılmaktadır¹⁵⁷. Ayrıca bu görüşteki yazarlar, eser sözleşmesini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu maddelerinde sürekli sözleşme ilişkisine özgü hükümlerin bulunmasını, yüklenicinin zahmetli ve masraflı olan faaliyetlerinden dolayı onu bir ölçüde korumak olduğu; bu nedenle bazı hükümleri sürekli borç ilişkisine özgü düzenlediği ve aslında eser sözleşmesini kural olarak ani edimli sözleşme olarak kabul ettiği şeklinde açıklanmaktadır¹⁵⁸.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre¹⁵⁹, sözleşmenin sürekliliğine karar vermek için borçlunun faaliyetlerinin ani mi sürekli mi olduğuna, yüklenicinin sözleşmede

Satış Vaadi, s.231; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.36; Uygur, *Borçlar*, C.2, s.2128; Demir, s. 102. Öz'e göre eser sözleşmesi bazı özel türleri hariç ani edimli bir borç ilişkisi doğurmaktadır ve inşa edimi içeren eser sözleşmeleri ani edimlidir. Öz, *Eser*, s.211. Sütçü'ye göre, "sözleşme süresi" ile "sürekli edimli sözleşme" kavramları birebir örtüşmemektedir. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.36.

¹⁵⁷ Bu kapsamda kat karşılığı inşaat sözleşmesi de ani edimli sözleşme türü olarak kabul edilmektedir. Zira yüklenicinin bir edim sonucu gerçekleştirmeyi borçlanması ve arsa sahibinin menfaatinin yüklenicinin bağımsız bölümleri teslimi ile gerçekleşmesi sözleşmeyi ani edimli bir sözleşme kılmaktadır. Süreklilik arz eden yüklenicinin edim fiilleri ise ifa için yapılan hazırlık olarak nitelendirilmekte ve bu hazırlık fiillerinin kısmî ifa oluşturduğu anlamına gelmeyeceği, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli sözleşme niteliğinin etkilenmeyeceği kabul edilmektedir. Coşkun, s.27.; Yener, *Arsa Payı*, s.6; Karaca, s.41; Selimoğlu, s.34; Seçer, s.42; Usta, s.22. Yavuz, sözleşme türünü ani edimli kabul etse de, "*Ancak yüklenicinin işi, borçlanılmış edimin tümü dışında kalan bir hazırlayıcı faaliyetten ibaret görülemez*" şeklinde belirtmiştir. Bkz. Yavuz, C., Özel, s.584. Bu görüşe göre, yüklenicinin edim yükümlülüğü hizmet sözleşmesindeki işçinin edim yükümlülüğünden farklı olarak, belirli veya belirsiz zaman boyunca sürekli olarak ifa edilmesi gereken devamlı bir borç niteliği taşımamakta, yüklenici sonuçtan sorumlu olmaktadır. Aral ve Ayrancı, s.314; Öz, *Eser*, s.18; Kocağa, *İnşaat*, s.54. Aral ve Ayrancı'ya göre, TBK belli sürenin geçmesini ve feshi ihbarı eser sözleşmesinde olağan sona erme sebebi saymadığından eser sözleşmesi ani edimli sözleşmedir. Aral ve Ayrancı, s.314. Sözleşme ani edimli kabul edilirse, kısmî ifa mümkün olmayacak, arsa sahibinin menfaati kısmî ifa ile gerçekleşmeyecektir. Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.231. Ancak yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde kısmî temerrüt mümkün olmakta ve buna bağlı olarak yüklenicinin büyük bir kısmını tamamladığı inşaat kısmî ifa olarak kabul edilebilmekte ve bu oranda arsa sahibi de karşı edimini yerine getirmekle yükümlü olabilmektedir. Yener, *Arsa Payı*, s.108.

¹⁵⁸ Seliçi, s.26; Seçer, s.45. Kanun koyucu yüklenicinin borcunu ifa ederken gösterdiği çabayı göz ardı etmemiş, yükleniciyi koruyucu özel hükümler getirmiştir.

¹⁵⁹ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.25; Kartal, *Arsa Payı*, s.111; Erman, *Arsa*, s.9. Sungurbey, doktrinde kendisi hakkında oluşan kanaatin aksine, yüklenicinin temerrüde düşmesinde özellikle yapının büyük bir bölümünün bitirilmiş olması durumunda kendisine yapının bitirilen bölümüyle orantılı bir ücret ödenmesi gerektiği görüşünde olduğunu özellikle Haluk Tandoğan'a zorunlu bir yanıt olarak belirtmiştir. İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, C.5, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s.521 vd.; İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, C.4, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.466 vd. Erman, yeni tarihli yazılarında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçici sürekli karmaşığı olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Kurt, s.49 dn.108; Erman, *Arsa*, s.9. Kartal, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu şu ifadelerle benimsemiştir. "*Bu sözleşmede edimler, bütünlük arzeden sonucun meydana getirilmesinden önce de bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde ifa*

kararlaştırılan eseri meydana getirme edimine bakılmalıdır ve bu bağlamda, yüklenicinin eseri meydana getirirken uzun süreyi gerektiren faaliyetleri hazırlık aşaması olarak kabul edilmesi doğru olmayıp bu faaliyetler edimin dışında tutulmamalı ve zaman içerisinde yayılmış olarak süreklilik arz eden bu faaliyetler sebebiyle eser sözleşmesi ve dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesi sürekli edim borcu içeren bir sözleşme kabul edilmelidir¹⁶⁰. Bu görüşe göre bütünlük arz eden edim sonucunun meydana gelmesinden önce edimler zaman içinde ve bölümler halinde yerine getirilebilmektedir ve TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin borçlunun edim fiillerini düzenleyen hükümleri de sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kurallar göz önüne tutularak düzenlenmesinin sebebi sözleşmenin sürekli nitelikte olmasındandır¹⁶¹. Ayrıca arsa sahibi de borcu olan arsa paylarının devrini daha inşaat belli oranda tamamlandıkça kısım kısım bir sürece yaygın olarak ifa edebilmekte, arsa sahibi lehine ipotek varsa bunları kısım kısım kaldırmakta ve sözleşmeye süreklilik niteliği bu şekilde açık olarak da kazandırabilmektedir¹⁶². Nitekim yükleniciden pay devralan kişilerin korunması için de sözleşmenin ileriye etkili sona erdirilmesi sonucu daha uygun olacağından, sözleşmenin sürekli sözleşme olduğu kabul edilmektedir¹⁶³.

Doktrinde baskın olan bir diğer görüşe göre ise¹⁶⁴; eser sözleşmeleri ve dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bazı yönleriyle sürekli borç doğuran sözleşmelere bazı

edilmektedir. Bu süreç içinde taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurulmaktadır. Eser bir bütün olarak tamamlanmadan inşaatın belli kesiminin yapılması ile, iş sahibinin yükleniciye belli bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirdiğini, eğer başlangıçta arsa payları yüklenici adına tescil edilmiş ve iş sahibi lehine ipotek konulmuşsa, bu ipoteginde inşaatteki ilerleme aşamasına göre peyderpey çözüldüğünü görmekteyiz. Böylece, bu sözleşme ile bir bütünün oluşumu için edimler bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde sonucu meydana getirmeye yönelik bir şekilde ifa edilmektedir.”, Kartal, *Arsa Payı*, s. 111. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamulu, s.39; Coşkun, s.113,114; Kurt, s.49; Seçer, s.43.

¹⁶⁰ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.25; Erman, *Arsa*, s.9.

¹⁶¹ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.25; Erman, *Arsa*, s.9. Bkz. Büyükay, s.45; Usta, s.22. TBK'da borçlunun edim fiillerinin özel olarak düzenlenmesinin sebebi taraflar arsında sıkı bir güven ilişkisinin kurulmuş olması ve borçlunun hazırlama safhasındaki davranışına daha sıkı bağlı olması ile alacaklının menfaatinin gerçekleşeceği. Büyükay, s.45.

¹⁶² Erman, *Arsa*, s.9; Atamulu, s.40; Yavuz, C., Özel, s.584.

¹⁶³ Olgaç, s.87.

¹⁶⁴ Zevkliler ve Gökyayla, s.507; Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.35; Kocağa, *İnşaat*, s.55; Büyükay, s.46; Usta, s.23; Olgaç, s.84; Atamulu, s.41; Gökyayla, *Ek İş ve İş Değişikliği*, s.19; Sungurbey, *Sorunlar*, C.5, s.521 vd. Sungurbey, görüşünü şu şekilde açıklayarak sözleşmenin ileriye etkili feshedilmesi gerektiğini belirtmiştir: “Sürekli-geçici karmaşığı bir sözleşme ilişkisi niteliği taşıyan eser sözleşmesinde, eseri meydana getiren emekçiyi koruyup kollamak, onun, emeğinin değerini, gerçek karşılığını tümüyle elde etmesini sağlamak üzere, alacaklının(eseri ısmarlayanın) (kural olarak) sözleşmeyi çözemeyeceği kabul edilmek gerekir. Eserin sadece yapılmış, tamamlanmış olan bölümünün sadece eseri ısmarlayanı zenginleştirmiş olan değerini ödecek bir “çözülme”, emekçinin emeğini hiçe saymış, güme götürmüş olacaktır. Düşünülsün ki, eserin eksik haliyle,

yönleriyle ise ani borç doğuran sözleşmelere benzediğinden ve bu nedenle ani-sürekli edim ayrımının tam olarak yapılması mümkün olmadığından, bu sözleşmeler geçici-sürekli karmaşığı (ani-sürekli edim karması) olan niteliğe sahip bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Hâkim somut olaya göre çıkarlar dengesini gözeterek, bazen ani edimli bazen de sürekli edimli borç ilişkisine ilişkin kuralları uygulayabilecektir¹⁶⁵. Bu görüşü savunanlar, yüklenicinin uzun süren faaliyetleri hazırlayıcı faaliyet olarak nitelendirilmemesi, bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesinden önceki bu edimlerin sürekli olduğunu ve bu nedenlerle Türk Borçlar Kanununda eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerde sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların düzenlendiği kabul etmektedir¹⁶⁶. Yargıtay da kat karşılığı inşaat sözleşmesini geçici-sürekli karmaşığı olan bir sözleşme tipi olarak kabul etmektedir¹⁶⁷. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da

alacaklı için oluşturduğu zenginleşme değeri, sözleşmede kararlaştırılmış ücretten pek düşük, hatta belki “sıfır” olabilir. Bu durumda, emekçinin, emeğinin gerçek karşılığını almaksızın, boş yere çalışmış olması gibi çok çarpıcı bir adaletsizlik ortaya çıkacaktır. Öyleyse eser sözleşmesi, katıksız bir sürekli sözleşme ilişkisi sayılamayacağı halde, emekçinin harcamış olduğu emeğin korunmaya değer bulunduğu durumlarda sat “feshedilmesi”, böylelikle, emekçinin, kararlaştırılmış ücretin hiç değilse fesih anını dek yapıp tamamlanmış işi karşılayan bölümüne kavuşması sağlanmalıdır. Böylesine adaletli bir çözümü, eserin, eseri ismarlayan indinde bir bölünmez bütün oluşturması da engelleyemez.”, Sungurbey, Sorunlar, C.4, s.469,470. Sütçü “geçici-sürekli karmaşığı” tabirinin yerinde olmadığını belirterek, arsa sahibinin tapuda arsa paylarını devretme borcu ile yüklenicinin eseri teslim etme borcunu ani edim, yüklenicinin yapıyı yapma borcunu ise sürekli edim kabul etse de bu yapıyı yapmanın sürekliliğinin teslim süresine kadar sınırlanarak devam ettiğini bu nedenle “sınırlı sürekli ve ani karmaşığı” yapıya sahip olacağını ileri sürmektedir. Nezh Sütçü, *Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, C.2, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.1286.

¹⁶⁵ Büyükkay, s.46.

¹⁶⁶ Büyükkay, s.46; Bkz. Seçer, s.43.

¹⁶⁷ Yargıtay yerleşik içtihat olarak ileriye etkili fesih görüşüne uygun şekilde sözleşmenin tasfiyesinde bedel indirimini kabul etmekten 06.10.1982 tarihli ve 1982/15-356 E. 1982/817 K sayılı HGK ile bu içtihattan dönülmüş ve geçmişe etkili dönme ile sebepsiz zenginleşme kurallarına göre tasfiye görüşü benimsenmiş, bunun üzerine Yargıtay HGK ile ilgili daireler arasındaki uyuşmazlık sebebiyle Yargıtay Büyük Genel Kurulu 25.01.1984 tarihli 1983/3 E., 1984/1 K. ile uyuşmazlığı kesin çözüme kavuşturmaya çalışmıştır. Atamulu, s.161; Yener, *Arsa Payı*, s.101. Nitekim görüşün temelini oluşturan 25.01.1984 tarih, 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda “...İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler gurbunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin(emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle ucun bir zaman süreci içine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri ‘geçici – sürekli karmaşığı’ bir özellik taşımaktadır” şeklinde açıklanmıştır. Bu kararla Yargıtay kat karşılığı inşaat sözleşmesinden temerrüt sebebiyle arsa sahibinin dönmesi halinde, kural olarak ani edimli sözleşmelere ilişkin TBK m. 123 vd. hükümlerinin uygulanacağını, ancak olayın niteliği ve özelliği haklı gösterdiği durumlarda TMK m.2 hükmü gereği sözleşmenin sürekli sözleşme niteliğindeki sözleşmelere ilişkin kural olan ileriye etkili sona ermesinin kabul edileceğini belirterek, bu sözleşmenin geçici-sürekli karmaşığı bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay’ın ileriye etkili feshin kabul edilmesin yönündeki, gerek butlanı gerek dönmeyi sınırlayan bu içtihatlarının temelinde aşağıda ayrıntılı şekilde izah edileceği üzere, inşaat sözleşmelerinde geçmişe dönmenin

uygulamadaki bu sorunu ani-sürekli edim karmaşığı görüşünün temelini oluşturan 25.01.1984 tarih, 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını dayanak göstererek¹⁶⁸ olayın niteliğı ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda sözleşmenin feshedileceğini, TBK m.480/2 hükmünde “*Dürüstlük kurallarının gerektirdiğı durumlarda yüklenici ancak fesih hakkını kullanabilir*” ifadeleriyle belirtmiştir¹⁶⁹. Kanaatimizce de kat karşılığı inşaat sözleşmesi, hâkimin somut olaya göre ani veya sürekli edimli sözleşmelere ilişkin kuralları uygulayabileceğı ani-sürekli karmaşığı bir niteliğe sahiptir.

Bir sözleşmenin ani edimli mi sürekli edimli mi olması, sözleşmenin sona erdirilmesi halinde sona ermenin ileriye etkili mi geriye etkili mi sonuç doğurması açısından önem taşımaktadır¹⁷⁰. Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi; inşaatın yüklenici tarafından kısmen tamamlanmış olması halinde, yerine getirilen kısmî inşaat açısından önem arz etmektedir¹⁷¹. Arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi;

sakıncalarını aşma kaygıları yatmaktadır. Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.47. Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 23 HD. 08.07.2013 T., 2013/1998 E., 2013/4767 K.(Avcı, s.14); Y. 15. HD. 30.05.1994 T., 1993/5125 E., 1994/3380 K.: “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.1.1984 gün ve 361 sayılı kararında da belirtildiğı gibi, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri geçici - sürekli karmaşığı özellik taşırlar. Dairemizin uygulaması da öteden beri bu yoldadır. Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına (MK.m.2) uygun biçimde davranmaları esastır.”, Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 11.07.2012 T., 2012/2501 E., 2012/4840 K.: “...geçerliliğı resmî şekle bağlı kural olarak ani edimli, geçici-sürekli karmaşığı, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.”, Sinerji Mevzuat.

¹⁶⁸ Madde gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “Maddenin ikinci fıkrasına, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmeyen bir cümle eklenmiştir. Buna göre: “Dürüstlük kurallarının gerektirdiğı durumlarda, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.” Böylece, eser sözleşmesinin her zaman ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceğı hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır. Bilindiğı gibi, 25/01/1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, eser sözleşmesinin yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin işsahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106 ilâ 108 inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğı, ancak, olayın niteliğı ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunu'nun 2 nci maddesi hükmünün gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir...” , Sinerji Mevzuat.

¹⁶⁹ Bu maddenin eleştirisi için bkz. Atamulu, s.180.

¹⁷⁰ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.24; Kartal, *Arsa Payı*, s.110; Kurt, s. 49; Seçer, s.41; Coşkun, s.27; Erman, s., *Arsa*, s.9; Yavuz, C., Özel, s.585; Büyüakay, s.44; Tozoğlu, s.8; Karaca, s.41; Kocağa, *İnşaat*, s.55; Selimoğlu, s.35; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.36. Kamu ihalelerine ilişkin Kanun ve şartnamelerde inşaat sözleşmelerinin sona ermesi halinde yüklenicinin kusurundan kaynaklansın veya kaynaklanmasın, her halde sözleşmenin ileriye etkili sona ereceğı düzenlenmiştir. Bkz. Karaca, s.42.

¹⁷¹ Yener, *Arsa Payı*, s.95. Bir başka deyişle özellikle kusuruyla temerrüde düşen yüklenicinin işi tamamlayamamasına rağmen bağımsız bölümlerden gerçekleştirdiğı işle orantılı olarak pay alıp alamayacağı hususunda önem taşımaktadır. Yavuz, C., Özel, s.593.

sözleşme ani edimli sayılırsa yani sona erdirmeye beyanı sözleşmeden dönme olarak kabul edilirse sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve sonucunda yüklenici o ana kadar yaptığı işin ve kullandığı malzemelerin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alacak¹⁷²; sözleşme sürekli edimli yani sözleşmeyi sona erdirmeye beyanı sözleşmenin feshi niteliğinde sayılırsa da ileriye etkili sonuç doğuracak ve yerine getirilmiş kısım varlığını koruyacak yüklenici sözleşmedeki bedelin bu oranda ifasını isteyebilecektir¹⁷³.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinde ve dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin borçlusunun kendi kusuruyla temerrüde düşmesi Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerde yer alan borçlunun temerrüdüne ilişkin m.123 vd. hükümleri uygulanmalıdır. Ancak bu kurallar ani edimli borç ilişkileri için düzenlenmiştir¹⁷⁴. Bu sebeple bu hükümlerin kat karşılığı inşaat sözleşmelerine olduğu gibi uygulanması halinde adaletle aykırı sonuçlar doğabilecek; bu duruma ise ancak dürüstlük kuralı göz önünde bulundurularak çözüm bulunacaktır¹⁷⁵. Sözleşmenin ileriye etkili feshedileceği dürüstlük kuralına aykırı durumlar inşaatın büyük bir kısmının tamamlanması halleri kabul edilmelidir¹⁷⁶. Sungurbey, bu durumu tamamlanan kısım

¹⁷² Hasan **Erman**, *Hukuki Mütalaalar*, DER Yayınları, İstanbul 2012, s.195,196; Y. 23. HD. 03.12.2015 T., 2014/6839 E., 2015/7863 K.: “*Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farzedilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir.*”, Sinerji Mevzuat. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sözleşme bedelinin dönme iradesini yüklenicinin açıkça veya örtülü olarak kabullendiği tarihteki veya dönme davasında dönme kararının kesinleştiği tarihteki yerel serbest piyasa rayicine göre hesaplanması ve para olarak yükleniciye ödenmesi gereklidir. Selimoğlu, s.37. Belirtmek gerekir ki, sözleşme sürekli edimli olmasına rağmen de henüz ifasına başlanmamışsa ani edimli sözleşmelere ilişkin temerrüt hükümleri uygulanmalıdır. Havutçu, *İfa Engelleri*, s.330.

¹⁷³ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.27; Kartal, *Arsa Payı*, s.110, 111; Erman, *Arsa*, s.9; Büyükay, s. 44; Atamulu, s.143; Tozoğlu, s.10; Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s.49; Yener, *Arsa Payı*, s.95; Selimoğlu, s.36; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.36. Yener, *Arsa Payı*, s.107; Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.37; Yüklenicinin arsa sahibinden talep edeceği tutar, tamamlanan inşaatla orantılı olarak arsa payı bedeli olarak anlaşılmalıdır. Yener, *Arsa Payı*, s.107; Y. 14. HD. 21.11.2017 T., 2017/4131 E., 2017/8638 K.: “*Eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa, sözleşme yokmuşçasına tasfiye edileceğinden yüklenici inşaatın yaptığı kısma orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre imal ettiği inşaat bedelini alır. Fesih ileriye etkili kabul edilirse, yükleniciye imalat oranına paralel arsa payı bırakılır.*”, Sinerji Mevzuat. Ayrıca sözleşmenin ileriye etkili feshi şartları oluşmamasına rağmen arsa sahibi sözleşmeyi feshederek inşaatın tamamlanmış kısmına karşılık gelen borcunu arsa payının devri şeklinde gerçekleştirmek isteyebilir. Ancak burada yüklenici inşaatın gelmiş olduğu aşamayla orantılı kar payı alamayacak sadece emek ve malzemesine karşılık gelen tutarı kadar arsa payının devrini talep edebilecektir. Atamulu, s.178; Y. 15. HD. 09.03.2005 T., 2004/4582 E., 2005/1338 K., (Kostakoğlu, s.744,745).

¹⁷⁴ Coşkun, s.112.

¹⁷⁵ Bkz. Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.34,35; Seçer, s.42; Yener, *Arsa Payı*, s.107; Atamulu, s.177.

¹⁷⁶ Y. 15. HD. 21.03.1978 T., 275 E., 586 K., (Sungurbey, *Sorunlar*, C.4, s.474, 475)

inşaatın büyükçe bir kısmını oluşturuyor ve tamamlanan kısmın sökülüp götürülmesi mümkün değilse bunun geri dönülemez zararlara sebep olmaması ve hakkaniyete aykırı düşmemek için ileriye etkili fesih yapılacağı şeklinde açıklamaktadır¹⁷⁷. Nitekim Yargıtay ve doktrin inşaatın tamamına yakın bitmesini, inşaatın %90 ve üzerindeki tamamlanmayı kabul etmektedir¹⁷⁸. Bu oran tespit edilirken inşaatın fiziki tamamlanma oranı dikkate alınmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Sungurbey, C.5, s.521 vd.

¹⁷⁸ Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.36; Yener, *Arsa Payı*, s.108; Selimoğlu, s.40; Coşkun, s.118; Y. 23. HD. 09.05.2017 T., 2015/8877 E., 2017/1406 K.: “Mahkemece, iddia, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, yüklenici tarafından, imara ve projesine uygun inşaat yapıp inşaat seviyesinin % 90’ı aşması ve iskân raporu alınmasına engel bir durumun bulunmaması hallerinde sözleşmenin ileriye etkili olarak feshine karar verilebileceği, inşaatın tamamlanma seviyesinin % 90’ı aştığı ve iskânın mümkün olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshine...”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 18.03.2008 T., 2007/2159 E., 2008/1743 K.: “Mahkemece yapılan keşif sonucunda alınan bilirkişi raporunda A bloğun %68, B bloğun da %60 oranında tamamlandığının açıklanmış olmasına ve sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmuş bulunmasına göre, sözleşmenin geriye etkili olarak feshedilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 01.03.2016 T., 2015/1938 E., 2016/1263 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 12.06.2017 T., 2016/3994 E., 2017/1768 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 21.12.2006 T., 2005/7594 E., 2006/7533 K., (Kostakoğlu, s.734,735); Y. 15. HD. 10.03.2004 T., 2003/4328 E., 2004/1320 K., Sinerji Mevzuat. Yargıtay 15. HD. 21.10.1999 T., 1999/2473 E., 1999/3735 K. nolu kararında ise inşaatın geldiği seviyenin %93,75 olmasının sözleşmenin ileriye etkili bile sona erdirilemeyeceğini “Yaptırılan bilirkişi incelemesine göre inşaatın gerçekleşen fiziki oranı % 93.75’tir. Eser bu oran itibarıyla reddedilemeyecek düzeydedir. Davacı arsa sahipleri kalan kısımların tamamlanması için gerekli bedelin ödetilmesini talep edebilirse de ulaşılan seviyeye göre sözleşmenin ileriye etkili olsa bile feshi mümkün değildir.” ifadeleriyle kabul etmiştir. Yargıtay 23. HD. 11.06.2013 T., 2013/4203 E., 2013/3983 K. nolu kararında haklı olarak, sözleşmenin ileriye etkili sona erdirilebilmesi için inşaatın %90 ve üzerinde tamamlanmış olması şartına ek olarak, kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmamasını da aramıştır. Karara göre “İnşaatın tamamlanma seviyesi %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadağının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının olduğu sonucuna varılmalı ve şimdi olduğu gibi geriye etkili fesih istemiyle tapudaki şerhin kaldırılması isteminin kabulüne karar verilmelidir”. İnşaatın tamamlanma oranı ileriye etkili fesih şartını oluşturmaya bile arsa sahibi ileriye etkili feshi kabul edebilecektir. Coşkun, s.124; Y. 15. HD. 07.04.2004 T., 2003/4795 E., 2004/1968 K.: “Dava konusu olayda; inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılmamaktadır. İleriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılamayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne varki davacı kendi istemiyle ileriye etkili feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir.”, (Coşkun, s.124).

¹⁷⁹ Coşkun, s.119; Y. 23. HD. 31.03.2016 T., 2014/10445 E., 2016/2017 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 01.03.2016 T., 2015/1938 E., 2016/1263 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 30.05.2008 T., 208/362 E., 2008/3514 K.(Coşkun, s.119 vd.). Somut olayın hal ve şartları haklı gösteriyorsa bu orandan az daha aşağısı da kabul edilebilecektir. Selimoğlu, s.450. Nitekim bazı yazarlara göre, inşaatın tamamlanma oranı olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumların belirlenmesinde bir yol gösterici olsa bile, inşaatın büyüklüğüne göre yapılacak değerlendirmede bu durum hakkaniyete uygun sonuç doğurmayacağından tek başına bir ölçü kabul edilmemelidir. Atamulu, s.177; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.1291; Coşkun, s.121. Yine bu görüşteki yazarlara göre olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumların değerlendirilmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesindeki kusurlu olup olmadığı da değerlendirilmeli, somut olaya göre yüklenici kusuru ile temerrüde düşmüşse inşaatın %90’ı tamamlanmış olsa bile geçmişe etkili sona erme kabul

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerde düzenlenen “*Sürekli edimlerde*” alt başlığını taşıyan m. 126 hükmü, bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmeyen bir yenilik getirmiştir¹⁸⁰. Bu hükme göre, “*İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir*”. Kanun koyucu bu hükümle sürekli edimli sözleşmelerde dönmenin geçmişe mi ileriye mi etkili olacağı konusundaki tartışmaları göz önüne alarak şartların oluşması halinde sözleşmenin feshini ve ileriye etkili sona ereceğini hükme bağlamıştır¹⁸¹. Nitekim bu hükümle, doktrinde haklı olarak eleştirilen, borçlunun temerrüdü hükümlerinin sadece ani edimli sözleşmelere ilişkin olması durumu karşılanmıştır¹⁸².

2.4.5. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilme Niteliği

Kişisel haklar, borçlar hukukunun nisbîlik ilkesi gereğince sadece borçlusuna karşı ileri sürülebilmektedir ve borç ilişkisinin tarafları dışındaki üçüncü kişiler bu ilişkiye dayanarak herhangi bir talepte bulunamamaktadır¹⁸³. Bir başka deyişle sözleşmenin

edilebilmeli yahut inşaat %90’nın altında tamamlanmış olsa bile yüklenicinin temerrüde düşmesinde kusuru yoksa ileriye etkili sona erme kabul edilebilmelidir. Atamulu, s.178; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.1296; Demir, s.116.

¹⁸⁰ Şeref **Ertaş**, “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunun Değerlendirilmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, (s.303-311), s.310,311; Ayşe **Havutçu**, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlı Hukuki Sonuçlar”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, (s.313-333), s.330; Yeniocak, *TBK’nın Getirdiği Yenilikler*, s.155; Günay, s.462. Sürekli edimli sözleşmelerin feshinde de seçimlik hakların kullanılması için ek süre verilmelidir. Ertaş, s.311. Bu hüküm ile dönme ve fesih tabirleri yerli yerine oturmuştur. TBK m.125 hükmü geriye etkili olarak dönme kavramını düzenlemekte, TBK m.126 ileriye yönelik fesih kavramını düzenlemektedir. Ertaş, s.310. Burada ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi aynen ifadan vazgeçip müsbet zararların tazminini isteme hakkı verilmemiştir. Alacaklı borçlunun temerrüdü halinde ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Ertaş, s.311; Günay, s.462. Burada fesih ile istenebilecek tazminat, sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceğinden, sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi sebebiyle uğrayacağı müsbet zararın giderilmesine ilişkin olmalıdır. Günay, s.462; Havutçu, *İfa Engelleri*, s.330.

¹⁸¹ Yeniocak, *TBK’nın Getirdiği Yenilikler*, s.156.

¹⁸² Havutçu, *İfa Engelleri*, s.330.

¹⁸³ Sarı, s.273; Karadaş, s.47; Selimoğlu, s.77; Reisoğlu, s.30; İnal, s.42; Kırca, s.95; Kayar, s.39; Ayan, Borçlar, s.12; İnan ve Yücel, s.78; Karabağ Bulut, s.5; Akyiğit, s.30; Kayıhan, s.46; Uygur, Borçlar, C.1, s.219. Nisbîlik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, s.30 vd.; Tekinay, s.60; Kayar, s.39,40. Alacak hakları olarak da adlandırılan nisbî haklar hamiline aralarında mevcut bir hukuki ilişkiye dayalı olarak bir veya birkaç kişiden, bir şeyin verilmesini yapılmasını veya yapılmamasını istemek yetkisini sağlayan haklardır. İnal, s.42. Nisbîlik ilkesinin sözleşme özgürlüğünün bir uzantısı olduğu söylenebilir. Karabağ Bulut, s.6.

etkisi, sözleşmenin tarafları ile sınırlıdır¹⁸⁴. Ancak kişisel haklar şerh verilerek hak iddia eden herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmektedir. Bu sebeple şerhle etkisi kuvvetlendirilen kişisel haklar, kişisel hakların nisbîliği ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Kural olarak, her türlü kişisel hak için şerh verilememekte, sadece kanun tarafından şerh verilmesi imkanı kabul edilen kişisel haklar için şerh verilebilmektedir¹⁸⁵.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi de kişisel hak doğuran bir sözleşme olup, kural olarak sadece sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilmektedir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi, TMK m. 1009¹⁸⁶ hükmüne düzenlenen şerh edilebilir nisbî haklar arasında sayılmıştır¹⁸⁷. Burada belirtmek gerekir ki, taşınmaz mülkiyetinin tamamının en başta yükleniciye devredildiği ve arsa sahibi lehine ipotek kurulduğu kat karşılığı inşaat sözleşmesi türünde, yüklenici sözleşmeden kendi lehine doğan aynî edimi sözleşmenin başında elde ettiği için sözleşmenin şerhi yoluna başvurmaya gerek bulunmamaktadır¹⁸⁸. Arsa sahibi arsa paylarının ve bunlara isabet edecek bağımsız bölümlerin devrini vaat etmiş veya yüklenicinin edimine oranla kademeli devri

¹⁸⁴ Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s.1. Roma hukukunda bu kural “*res inter alios acta aliis neque prodest*” olarak ifade edilmekte ve bu kural sözleşmeye yabancı olan şahıslar yararına bir hak doğmasını önlemekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s.1 vd.

¹⁸⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.213; Sarı, s. 273,274.Şerh verilebilir diğer kişisel haklar için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.213 vd.; Gümüş, *TMK’nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.95 vd. Sözleşmelerin tapu siciline şerhi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer ve Ergüne, s.129 vd.; Gümüş, *TMK’nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.2 vd.; Selimoğlu, s. 77 vd.; Akipek ve Akıntürk, s.313 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.213 vd.; Kırmızı, s.629,630.

¹⁸⁶ TMK m. 1009 hükmü getirilmeden önce de, 07.06.1994 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Tapu Sicil Tüzüğü m. 55/b-c’de noterde düzenlendiği ve taşınmaz satış vaadi şeklinde yapıldığından dolayı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilebileceği öngörülmekte idiyse de tartışmalar bulunmaktaydı. Gümüş, *TMK’nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.113; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.213 dn.663; Öz, *İnşaat*, s. 110; Sarı, s. 287; Usta, s.31. Nitekim, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlükte olduğu döneminde “düzenleme şeklinde kat karşılığı gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesi” başlığı altında yapılan sözleşmelerin tapuya şerhinin mümkün olmadığı Yargıtay tarafından kabul edilmekte iken, Medeni Kanunu’ndaki m. 1009 hükmü bu konudaki tartışmaları sona erdirmiştir. Öz, *İnşaat*, s. 110; Sarı, s.287. Taşınmaz satış vaadi ise TK’nın 26. maddesine göre şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.215.

¹⁸⁷ Y. 14. HD. 23.11.2006 T., 2006/11775 E., 2006/13813 K.: “*Arsa payı inşaat yapım sözleşmesinin, kayda sonradan malik olacak kişilere karşı ileri sürülmesini temin amacıyla ve yüklenici yararına tapu kütüğüne şerhi olanaklıdır*”, Sinerji Mevzuat.

¹⁸⁸ Gümüş, *TMK’nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.117; Öz, *İnşaat*, s.110. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi sebebiyle kat irtifakı kurulmuşsa, şerhe gerek kalmayacak; ancak, yüklenicinin kat irtifaklı arsa payı sözleşmede belirlenen ona verilecek arsa payından az ise diğer irtifaklı arsa paylarını kayıtlaması için şerh verme hakkı doğabilecektir. Öz, *İnşaat*, s.111.

kararlaştırılmış ise kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi mümkün olacaktır¹⁸⁹. Yine arsa sahibi yükleniciye bağımsız bölümlerin inşaatın belirli aşamalarında üçüncü kişilere devri konusunda yetki vermişse de kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi mümkün olacaktır¹⁹⁰. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi kişisel hakkın şerh edileceği hususuna kanunda yer verilmemiştir. Bu kapsamda arsa üzerindeki mülkiyetin belli orandaki payın devrine ilişkin alacak hakkının şerh edilebileceği kabul edilmektedir¹⁹¹. Ayrıca şerh edilecek ve etkisi bu yolla güçlendirilecek husus kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tamamı değil, bu sözleşmeden doğan haktır¹⁹².

şerhin yapılabilmesi için kişisel hakkın şerh verilebileceğine ilişkin kanunî düzenlemenin bulunması şartı dışında, hukuki işlemin taraflarının şerh anlaşması yapması ve tasarruf yetkisine sahip taraflardan birinin şerh talebinde bulunması gereklidir¹⁹³. Bu kapsamda kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak tarafların resmî řekilde¹⁹⁴ şerh anlaşması yapmaları gerekli olup, vekilin şerh anlaşması yapabilmesi için de vekaletnamede özel yetki bulunması gereklidir¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Taşınmaz satış vaadine dayalı olarak gerçekleşen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi de olanaklı olmalıdır. Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni şerhler*, s.120. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni şerhler*, s.119,120.

¹⁹⁰ Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni şerhler*, s.118. Buradaki temsil yetkisi ifa ğruna edim sayılmaktadır ve yüklenicinin ayn ifa talebi varlığını koruduğundan şerhi de mümkündür. Ancak şekil şartları gerçekleşmediği takdirde geçersiz olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi, ifa yerine edim anlaşması içerir bir eser sözleşmesine tahvil yapılabilir ve bu durumda tapu kütüğüne şerh olanaklı olmayacaktır. Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni şerhler*, s.118.

¹⁹¹ Sarı, s.278. Bu alacak hakkı çerçevesinde yan borçlar da şerhin etkisinden yararlanacaktır. Ancak söz konusu alacak hakkının amacına ulaşmasına yardım eden bağımsız yan borçların şerhten yararlanması, taşınmaza ilişkin bulunması şartına bağlı olacaktır. Sarı, s.278. Aynı zamanda belirli orandaki mülkiyet payını devir borcunun ancak ileriye bırakıldığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi türlerinde şerh mümkün olacaktır. Sarı, s.295.

¹⁹² Sarı, s.275.

¹⁹³ Bkz. Sarı, s.288 vd.

¹⁹⁴ Kural olarak şerh sözleşmesinin şekli, şerhi istenen kişisel hakkı doğuran sözleşmenin bağlı olduğu şekle bağlıdır. Sarı, s.288; Duman, *şerhlerin Kaldırılması*, s.49. Ayrıca şekli olarak da esas sözleşmenin yani kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu kütüğünün şerhler stnuna yazılması gereklidir. Akipek ve Akıntürk, s.317.

¹⁹⁵ Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni şerhler*, s.120; Selimoğlu, s.79; Akipek ve Akıntürk, s.316; Y. 15. HD. 11.12.1997 T., 1997/4209 E., 1998/5 K.,(Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni şerhler*, s.120 dn.68). Kat karşılığı inşaat sözleşmesini taşınmaz satış vaadi sözleşmesi türünde kabul eden görüşlere göre TK m.26 hükmü kıyasen kat karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanabilmeli ve bu hükme göre sözleşmede şerh anlaşması yapılmasına gerek olmaksızın sözleşmede şerh verilebileceğine dair hüküm varsa taraflardan birinin tek taraflı talebiyle tapu siciline şerh edilebilmelidir. Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni şerhler*, s.121; Coşkun, s.33; Karadaş, s.47. Aksi görüşe göre ise, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi taşınmaz satış vaadinin şerhinden farklı olup Kanun'da aksine bir açıklık da olmadığından, bu sözleşmelerin şerhi sadece sözleşmenin yapılmasıyla tek taraflı sağlanmamalı arsa sahibi ile yüklenici arasında ayrıca şerh anlaşması yapılmalıdır. z, *Inşaat*, s.110. Ayrıca bu görüşe göre; şerh anlaşmasının noterde resmî şekilde

Tapu siciline şerh verilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi, TMK m. 1009/2 hükmü gereği sadece sözleşmenin borçlusuna değil, şerhten sonra hak iddia eden herkese karşı ileri sürülebilir hale gelecek, sözleşmeden doğan bu kişisel haklar kuvvetlenecektir¹⁹⁶. Şerh ile kişisel hakların kuvvetlenmesi sebebiyle, kişisel hak bir aynî hak gibi taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan ve şerh edilen kişisel hak ile bağdaşmayan aynî haklara karşı ileri sürülebilir hale gelecektir¹⁹⁷. Bir başka deyişle şerh, belirli orandaki mülkiyet payının devri borcunun gereği gibi ifasına engel olan hakların bertaraf edilmesini sağlayacaktır¹⁹⁸.

Daha somut olarak belirtmek gerekirse, kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilerek; arsa sahibinin üzerine inşaat yapılacak arsasını üçüncü kişilere devretmesi halinde yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını, sonradan arsayı devralan ve üçüncü kişi olan yeni maliklere (yahut yüklenicinin kişisel hakkı ile

verilmiş senette yer alması yeterli olup tapuda resmî şekilde yapılması aranmayacaktır. Ancak, noterde yapılan sözleşmede şerhin yer alması, yüklenicinin tek taraflı olarak tapuda şerh verebilme yetkisini doğurmayacak, eğer davet etmesine rağmen arsa sahibi tapuda şerh verilmesine yönelmediyse yüklenici sözleşmedeki şerh taahhüdünün ifası için mahkemeden alacağı kararla şerhi gerçekleştirebilecektir. Öz, *İnşaat*, s.110. Noterler tarafından düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinde; 6217 sayılı Kanunun yaptığı değişiklikle Tapu Kanunu m.26/son hükmüne göre taraflardan birinin talebiyle şerh verilebilecektir. Bu sebeple kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de bu hükmü uygulayarak, sözleşmenin tapuya şerh edilebilmesi için taraflar arasında şerh anlaşması yapılması gerekli ise de noterler tarafından hazırlanan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri taraflardan birinin talebi üzerine tapuya şerh edilebileceği kabul edilmektedir. Sarı, s. 290; Tozoğlu, s.12. Yargıtay'ın da bu yönde kararları vardır. Bkz. Y. 12. HD. 09.03.2017 T., 2016/11897 E., 2017/3613 K.: “2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesine göre de, Noterlik Kanunu'nun 44. maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de, taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilebilir ve şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse, işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunur.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 13.02.2004 T., 2003/3769 E., 2004/719 K., Sinerji Mevzuat .

¹⁹⁶ Murat **Doğan**, *Tapu Sicilinde Tasarruf Kısıtlamasının Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.13; İlker Hasan **Duman**, “İnşaat Hukuku Sorunlarında Şerhlerin Kaldırılması Davası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.6, S.62, Ekim 2011, Seçkin Yayınları, (s.49-51), s.49; Karadağ, s.47; Selimoğlu, s.77; Reisoğlu, s.32; ; Akipek ve Akıntürk, s.313; Nomer ve Ergüne, s.131; Avcı, s.158. Nisbî hak şerh edilmekle aynî hak haline gelmez. Doğan, s.13; Nomer ve Ergüne, s.132. Tapu kütüğüne verilen şerhler; kişisel hakların kuvvetlendirilmesi dışında, malikin temlik hakkının kısıtlanması, temlik hakkının yasaklanması veya geçici şerhin tapu kütüğüne yazılması şeklinde işlem görebilmektedir. Duman, *Şerhlerin Kaldırılması*, s.49; Doğan, s.13. Tapu sicilinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s.32 vd.

¹⁹⁷ Doğan, s.13. Şerh sadece arsa üzerinde mülkiyet hakkı kazanan yeni maliklere karşı değil diğer sınırlı aynî hak kazananlara veya haciz gibi girişimlere karşı da koruma sağlamaktadır. Öz, *İnşaat*, s.112; Akipek ve Akıntürk, s.318. Aynı zamanda şerh, malikin tasarruf yetkisini kısıtlamakta ancak kural olarak tapu sicilini işlemlere kapatmamaktadır. Yine şerhin konusunu aynî haklar oluşturmadığı için TMK m.1023 hükmü kapsamında şerhe dayanılarak iyiniyetli hak kazanılamayacaktır. Doğan, s.16.

¹⁹⁸ Sarı, s.296.

bağdaşmayan herhangi bir aynî hak sahibine) karşı da ileri sürebilmesi sağlanacaktır ve bu şerh yeni maliki önceki arsa sahibinin yüklenici ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı haline getirecektir¹⁹⁹. Böylece sözleşmenin şerhi sayesinde yüklenici inşaatla devam edebilecek ve arsa sahibine ileri sürebileceği kişisel hakları yeni maliklere karşı ileri sürebilecektir. Bir başka deyişle, sözleşme gereği kendisine ait olan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının devrini sözleşmeye sonradan taraf olan yeni maliklerden isteyebilecek ve yeni malikler de inşaat tamamlandığında yükleniciye düşen arsa payları ve bunlara isabet eden bağımsız bölümleri yükleniciye devretmekle yükümlü olacaktır²⁰⁰. Yine şerh sayesinde, arsa payının yeni malikleri olan üçüncü kişiler TMK m. 1027 hükmü uyarınca iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır²⁰¹ ve böylece üçüncü kişilerin kendilerini sözleşmeye bağlı saymama ve yükleniciye sağlanan hakları uygun bulmama gibi sakıncalar bertaraf edilmiş olacaktır²⁰².

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşmenin tapuya şerh verilmesi, yüklenicinin yükümlülüğünün üçüncü kişiye herhangi bir yolla geçmesi durumunda, arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği haklarını yüklenici yerine geçen üçüncü kişiye ileri sürmesi sonucunu doğurmayacaktır. Ancak yüklenicinin arsa payı ve buna bağlı olarak bağımsız bölüm alacağını üçüncü kişiye devretmesi halinde ise bu üçüncü kişi şerhin sağladığı korumanın kapsamına girmeli ve yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği hakları o da ileri sürebilmelidir²⁰³.

Sözleşme tapuya şerh verilmemişse tapuda sonradan aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu hakkı korunmalı, sonradan arsayı devralan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı şerh verilmemiş kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar ileri sürülememelidir²⁰⁴.

¹⁹⁹ Erman, *Arsa*, s.10; Öz, *İnşaat*, s.111; Tozoğlu, s.12; Usta, s.31; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1390; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.323.

²⁰⁰ Erman, *Arsa*, s.10; Coşkun, s.33; Coşkun, s.32.; Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.121. Arsa sahibi şayet arsa mülkiyetini kısmen üçüncü kişilere devretmişse kendisine kalan pay miktarı yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan alacağını karşılıyorsa yüklenici sadece arsa sahibinden alacağını talep edebilmeli, şerhe dayanarak yeni maliklerden isteyememelidir. Ancak, yeni maliklerin bir kısmının payı yüklenicinin alacağını karşılayacaksa, yeni maliklerden paylarının iktisap tarihi sırasına göre mi, eşit oranda mı yoksa payları oranında mı alınacağı tartışmalıdır. Öz, *İnşaat*, s.111. Öz'e göre, tapu sicilinde şerh varken pay devralanlar yükleniciye karşı payları oranında sorumlu olmalıdır ve bu sonuç, TMK m. 694 hükmünde düzenlenen paylı mülkiyette paydaşların payları oranında sorumlu olmalı kuralını dayandırılabilir. Öz, *İnşaat*, s.111.

²⁰¹ Tozoğlu, s.13.

²⁰² Coşkun, s.32.

²⁰³ Öz, *İnşaat*, s.111; Sarı, s.298.

²⁰⁴ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1391.

Bir başka deyişle arsa sahibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapu kütüğüne de şerh verilmemiş ve sözleşme konusu taşınmaz mülkiyetini sözleşme yapıldıktan sonra üçüncü kişiye devretmişse, bu durumda arsa sahibinin yükleniciye pay devri borcu ile yüklenicinin de arsa sahibinin yüzünden yapı yapma borcu imkansızlık oluşturacaktır²⁰⁵.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dolayı konulan şerh, yüklenicinin arsa payı alacağının tamamen yükleniciye devredilmesi halinde sona erecektir²⁰⁶.

2.5. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenme şekilleri

Sözleşme serbestisi prensibi gereğince, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriği kanunda öngörülen sınırlar içinde farklı şekillerde belirlenebilir ve bu farklılıklar sözleşmenin niteliğini etkilememektedir²⁰⁷. Bu kapsamda arsa sahibinin arsa paylarının mülkiyetini devir borcu ve buna bağlı yüklenicinin bağımsız bölümlerin mülkiyetini devir borcunun farklı şekillerde yerine getirilmesinin sözleşmede kararlaştırılması mümkün olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan sözleşmenin farklı şekillerde düzenlenmesini sınırlayıcı bir şekilde saymanın imkanı yoktur. Çalışmamızda uygulamada sık karşılaşılan türlere değinilecektir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi ve yüklenicinin edimini yerine getirme borçları genellikle şu şekillerde düzenlenmektedir²⁰⁸:

²⁰⁵ Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.122,123. Arsa payının devri açısından imkansızlık arsa sahibinin temerrüdü(TBK m.106) hükümlerine dayanırken, yüklenicinin yapı yapma borcunda düşülen imkansızlık ise arsa sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşması (TBK m.485) hükmüne dayanmaktadır. Bkz. Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.123.

²⁰⁶ Öz, *İnşaat*, s.110. Ayrıca yapılan şerhler sözleşmede veya kanunda belirtilmiş sürenin sonunda sona erecektir. Önalım, alım ve gerialım haklarında şerhin etkisinin en çok on yıl süreceği TMK m.735/2 ve 736/2 hükümlerinde düzenlenmiş, taşınmaz satış vadinin şerhinin etkisinin en çok 5 yıl süreceği de Tapu Kanunu m.26/son hükmünde düzenlenmiştir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.216; Y. HGK. 02.11.2016 T., 2015/14-12 E., 2016/1005 K., Sinerji Mevzuat. Kanunda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin geçerliliği için bir süre öngörülmemiş olup, azami beş yıl geçerli sayılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinden farklı olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi yüklenicinin hakkı sona ermedikçe geçerli sayılacaktır. Öz, *İnşaat*, s.112. Aksi yönde bkz. Y. 12. HD. 09.03.2017 T., 2016/11897 E., 2017/3613 K.: “2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesine göre de, Noterlik Kanunu'nun 44. maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de, taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilebilir ve şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse, işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunur.” Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 13.02.2004 T., 2003/3769 E., 2004/719 K., Sinerji Mevzuat.

²⁰⁷ Erman, *Arsa*, s.10; Tozoğlu, s.20; Kırmızı, s.632.

²⁰⁸ Sınıflandırmalar için bkz. Yavuz, C., Özel, s.585; Erman, *Arsa*, s.11 vd.; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s. 114; Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.115 vd.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.29 vd.; Karadaş, s.

2.5.1. Arsa sahibinin arsa paylarının satışını, yüklenicinin ise arsa üzerine inşaat yapımını vaat etmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu şekilde, arsa sahibi devir borcu altına girdiği arsa paylarının satışını vaat ederek, yüklenici de bağımsız bölümlerden oluşan bir yapı yapımını taahhüt ederek şekil şartına uygun sözleşme yapmaktadırlar ve yüklenici sözleşmeye uygun şekilde kararlaştırılan yapıyı tamamladığında, arsa sahibi vaat ettiği arsa payının mülkiyetini yüklenici adına devrederek tescil ettirmektedir²⁰⁹. Taşınmaz satış vaadi ile yapı bir başka deyişle inşaat yapımı tek bir sözleşme ile bir arada düzenlenen bu sözleşme, “*gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” olarak adlandırılmaktadır ve arsa sahibi satış vaadine dayalı edimini tapuda resmî şekilde satış vaadi sözleşmesi akdederek ifa etmektedir²¹⁰. Uygulamada en çok düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapım şekli budur²¹¹. Bu şekilde düzenlenen sözleşmelerde arsa sahibi başta arsa paylarının bir kısmını yükleniciye devredebilir veya kademeli devir şartı konulabilir, ancak hiçbir şekilde tapuda arsa paylarının tamamen devri söz konusu olmamakta, yükleniciye düşen arsa paylarının tamamının devri sözleşmeden doğan borcun ifasında yapılmaktadır²¹².

Yükleniciler de uygulamada, kendilerine düşen arsa paylarına isabet eden bağımsız bölümleri finansman sağlamak amacıyla, kısmen ya da tamamen inşaatla başlamadan ya da inşaat devam ederken taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yaparak üçüncü kişilere uygulamada yaygın olarak devretmektedirler. Yüklenicilerin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişilere bağımsız bölümleri devri, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu şekilde düzenlenmesinden ayrı bir sözleşme olup üçüncü kişi ile yüklenici arasındadır ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taşınmaz satış vaadi şeklinde düzenlenmesi ile karıştırılmamalıdır.

45; Yener, *Arsa Payı*, s.3; Avcı, s.10; Usta, s.35 vd.; Tozoğlu, s.23; Kırmızı, s.632,633; Turut, s.52 vd.

²⁰⁹ Yavuz, C., *Özel*, s. 587; Erman, *Arsa*, s.15; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s. 114; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.31; Karadaş, s. 45; Yener, *Arsa Payı*, s.3; Avcı, s.10; Tozoğlu, s.23; Y. 15. HD. 01.11.2017 T., 2017/1459 E., 2017/3748 K., Sinerji Mevzuat.

²¹⁰ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s. 114; Avcı, s.10; Y. 23. HD. 20.11.2017 T., 2016/4133 E., 2017/3304 K., Sinerji Mevzuat.

²¹¹ Yavuz, C., *Özel*, s.587.; Erman, *Arsa*, s.15; Yener, *Arsa Payı*, s.4; Atamulu, s.82; Tozoğlu, s.23; Coşkun, s.32; Usta, s.39; Turut, s.52. Uygulamada bu düzenlenme şekline “*Ankara metodu*” adı verilmektedir. Atamulu, s.83.

²¹² Coşkun, s.32.

2.5.2. Kat irtifakı kurulması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu türünde, ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak binanın bağımsız bölümleri için arsa sahibi tarafından Kat Mülkiyeti Kanunu m. 2-c²¹³ hükmünde tanımlanan kat irtifakı kurularak, yükleniciye verilecek bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa paylarının devri taahhüt edilmektedir²¹⁴. Ayrıca taraflar bu şekilde düzenlenen sözleşmede, inşaatın başlama ve bitiş süreleri gibi sözleşme şartları hakkında da düzenlemeler getirmektedir²¹⁵. Bazen de arsanın tamamı sözleşme kurulurken yükleniciye devredilerek, yüklenici tarafından kat mülkiyetine konu olmak üzere kat irtifakı kurulabilmekte ve arsa sahibine düşen sözleşmedeki paylar kat irtifak listesi devredilmektedir²¹⁶.

2.5.3. Arsa paylarının inşaatın ulaştığı seviyeye göre kademeli olarak devredilmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatın geldiği aşamaya göre arsanın kademeli tapu devri veya yükleniciye bu konuda satış yetkisi verilmesi²¹⁷ kararlaştırılabilmekte ve bu şekilde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici inşaatla sözleşmeye uygun şekilde ilerledikçe kararlaştırılan kısmî devirler kademeli olarak yapılabilmekte veya bu konuda üçüncü kişilere satış için yükleniciye yetki verilebilmektedir²¹⁸. Bu yöntemle hem yüklenici daha hızlı çalışmaya teşvik edilmekte; hem de arsa sahibinin yükleniciye arsa paylarını devretmeyip kendisinde tutması açısından arsa sahibi korunmaktadır²¹⁹.

²¹³ Bu hükme göre, “Bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından bu Kanun hükümlerine göre kurulan irtifak hakkına (kat irtifakı); bu hakka sahip olanlara da (Kat irtifak sahibi)” denir.

²¹⁴ Karadaş, s.45; Yavuz, C., Özel, s.586.

²¹⁵ Yavuz, C., Özel, s.586.

²¹⁶ Avcı, s.10; Karadaş, s.45. Bu uygulama en çok yüklenicinin yapı kooperatifleri olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde görülür. Karadaş, s.45.

²¹⁷ Arsa sahibi yükleniciye tamamen veya kısmen mülkiyet devrinde bulunmadan sadece bağımsız bölümlerin kime ait olacağı hususunda anlaşılarak, inşaat daha başlamadan veya inşaatın belirli aşamalarında yükleniciye kalan bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere devrini sağlamak için yetki verebilecektir. Gümüş, *TMK’nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.118; Halis, s.216. Gümüş’e göre; yükleniciye verilen bu temsil yetkisi ifa uğruna edim sayılmalıdır. Gümüş, *TMK’nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.118,119. Yükleniciye verilen bu yetki ile yüklenici kendisine ait olacak arsa paylarını üçüncü kişilere satmaktadır. Her ne kadar kendisi bu satış sözleşmesinde arsa sahibinin vekili olarak gözüксе de satış bedeli kendisine ödenmektedir ve gerçek satıcı yüklenicidir. Erman, *Arsa*, s.14; Usta, s.39; Gümüş, *TMK’nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.118.

²¹⁸ Yavuz, C., Özel, s.587; Coşkun, s.31; Erman, *Arsa*, s. 14; Kartal, *Arsa Payı*, s.105; Karadaş, s.45; Yener, *Arsa Payı*, s.4; Tozoğlu, s.22; Avcı, s.10; Y. 23. HD. 18.09.2017 T., 2015/9469 E., 2017/2200 K., Sinerji Mevzuat; Y.23 . HD. 12.07.2017 T., 2016/6181 E., 2017/2052 K., Sinerji Mevzuat.

²¹⁹ Avcı, s.10; Erman, *Arsa*, s.15; Usta, s.39.

Yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler de, yüklenicinin kademeli olarak devraldığı arsa paylarının tapu senedi ile satışını adi yazılı bir belgeye kıyasla daha güvenilir bulmakta; ayrıca yüklenicinin de tapuda devir yoluyla satış yapması adi yazılı belgeye kıyasen daha kolay olmaktadır²²⁰. Arsa sahibinin ileride doğması muhtemel bağımsız bölümleri kademeli olarak devretmesindeki amaç, yüklenicinin inşaat borcunu ifa ederken, ileride doğması muhtemel hakkını üçüncü kişilere tapuda devrederek inşaatı finanse etmesine imkan tanınmasıdır²²¹. Bu şekilde gerçekleştirilen sözleşmede, satış veya satış vaadinden söz edilmeksizin hangi pay veya bölümlerin yükleniciye, hangilerinin arsa sahibine ait olacağı belirlenmektedir²²².

2.5.4. Arsanın başlangıçta tamamen veya bir kısmının yükleniciye devri ile arsa sahibi lehine ipotek kurulması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu düzenlenme şeklinde ise taraflar noterde düzenledikleri bir sözleşme ile kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin hususları (inşaata başlama ve inşaatı bitirme tarihleri, bağımsız bölümlerin paylaşılması, niteliği vs.) kararlaştırmakta, arsa sahibi arsanın mülkiyetinin tamamını en başta yükleniciye resmî şekilde düzenlenen bir taşınmaz satış sözleşmesi²²³ ile devretmekte, ancak taşınmazı satın alan yüklenicinin görünüşteki satış bedeli ödeme borcuna karşılık satışa konu taşınmaz üzerinde arsa sahibi lehine teminat ipoteği konulmakta ve inşaat ilerledikçe arsa sahibi tarafından ipotek kademeli olarak çözülmektedir²²⁴. Ancak yüklenici

²²⁰ Coşkun, s.30.

²²¹ Coşkun, s.30; Atamulu, s.83. Yargıtay uygulamasında bu sözleşme türü, arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırılması olarak tanımlanmıştır. Bkz. Olgaç, s.84; Y. 14. HD. 13.03.2008 T., 2008/2489 E., 2008/3215 K.: “Aslında arsa sahibinin kural olarak BK. m 364 uyarınca eserin tesliminde vermesi gereken arsa payını, inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi, yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlaması, arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırması demektir.”, Sinerji Mevzuat.

²²² Yavuz, C., Özel, s.587. Sözleşmede satış veya satış vaadinden bahsedilmemiş olursa da şekil şartı gerçekleşmişse sözleşmenin satış vaadi olduğu kabul edilmeli uyumsuzluklar bu çerçevede çözümlenmelidir. Tozoğlu, s.23; Yavuz, C., Özel, s.587.

²²³ Taşınmazın başlangıçta devri söz konusu olduğu için bu sözleşme resmî şekilde yapılmalıdır. Halis, s.216.

²²⁴ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.114; Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.115; Yavuz, C., Özel, s. 586; Erman, *Arsa*, s.12; Sarı, s. 283; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.29; Kartal, *Arsa Payı*, s.104; Coşkun, s.28,31; Halis, s.216; Yener, *Arsa Payı*, s.4; Usta, s.97,98; Y. 14. HD. 05.12.2016 T., 2015/17466 E., 2016/10034 K.: “Tüm bu açıklamalardan dava konusu ipoteğin inşaat teminat ipoteği olduğu ve ipoteğin miktarı sözleşmedeki ve tapu kaydındaki miktar ile sınırlı olmayıp inşaatın tamamlanma oranına göre belirlenmesi gerektiği, yükleniciye devredilmiş olan arsa payları ve bağımsız bölümler üzerinde ki inşaat teminat ipoteğinin kaldırılması yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan edimlerinin tamamını ifa etmiş olmasına bağlı olduğu ve mahkemece bu konuda inceleme ve değerlendirme yapılmadan bir karar verildiği anlaşılmıştır.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD.

kendisine devredilmiş arsa paylarını üçüncü kişilere devretmiş veya satışını vaat etmiş ve bunu tapuya şerh ettirmiş ise, sonradan inşaatı yarım bırakması durumunda arsa sahibinin hakları zayıflamakta ve arsa payları üzerindeki ipotek yeterli korumayı sağlayamamaktadır²²⁵. Ayrıca, teminat ipoteği adı verilen bu yöntemde yüklenici, ipotek bedelini ödeyerek ipoteği çözebilmekte ve bu açıdan da arsa sahibinin hakları açısından yeterli korumayı sağlayamamaktadır²²⁶.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsanın başlangıçta tamamen yükleniciye devri kararlaştırıldığında kat irtifakı kurulması şart değildir. Kat irtifakı olmayınca bağımsız bölümlere özgüleme olmayacağından, arsanın belirli bir payı da satış şeklinde gösterilerek yükleniciye devredebilir²²⁷. Belirtmek gerekir ki, arsa paylarının tapuda satış olarak gösterilmesine rağmen bu devir işleminin hukuki sebebi kat karşılığı inşaat sözleşmesidir²²⁸.

Genellikle kooperatiflerin, kamu kredilerinden ve vergi avantajlarından yararlanabilmek için arsa sahibi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaparken, arsanın mülkiyetinin tamamının arsa sahibi tarafından kooperatife devredildiği görülmektedir²²⁹. Ayrıca bu çeşit uygulamaya daha çok arsada kat irtifakının kurulamadığı durumlarda ve arsa sahibinin bu türden yükümlülüklerini azaltmak amacıyla başvurulmaktadır²³⁰.

Arsa paylarının başlangıçta tapuda yükleniciye devri tapuda satış şeklinde gösterilmiş olsa da, buradaki devrin sebebi taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi kabul edilmeli, devir ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi bir arada ve bir bütün olarak değerlendirilmelidir²³¹. Doktrin temelde “muvazaa kokan” bu yapı içerisinde

30.11.2006 T., 2005/7631 E., 2006/6983 K., Coşkun, s.30. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kostakoğlu, s.219 vd.

²²⁵ Erman, *Arsa*, s.13; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.29.

²²⁶ Yavuz, C., *Özel*, s.586.

²²⁷ Yavuz, C., *Özel*, s.586; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.30; Kartal, *Arsa Payı*, s.104. Arsa paylarının belli bir kısmı da kat irtifakı kurulmuş olan arsadan ileride meydana gelecek bağımsız bölümlere özgülenen payların mülkiyetinin devri şeklinde tapuda yükleniciye devredilebilmekte ise de bazen kat irtifakı çeşitli sebeplerle kurulamamış ise arsa paylarına özgülenecek bağımsız bölümler hakkındaki anlaşma kişisel nitelikte bir bağlılık oluşturmakta ve yüklenicinin hak kaybına neden olabilmektedir. Coşkun, s.29.

²²⁸ Usta, s.37.

²²⁹ Erman, *Arsa*, s. 12; Tozoğlu, s.21; Karadaş, s.45.

²³⁰ Yavuz, C., *Özel*, s.586.

²³¹ Erman, *Arsa*, s.13; Yavuz, C., *Özel*, s.586; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.30; Kartal, *Arsa Payı*, s.105; Coşkun, s.29; Y. 15. HD. 09.02.1989 T., 2425 E., 3191 K., Erman, *Arsa*, s.13, dn. 25.

gerçekleşen kat karşılığı inşaat sözleşmelerini geçerli saymaktadır²³². Bu durumda arsa üzerinde kat irtifakının kurulması gerekmediğinden, söz konusu uygulamaya daha ziyade kat irtifakı kurulmadığı durumlarda başvurulmaktadır²³³.

3. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ, TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

3.1. Sözleşmenin Tarafları

3.1.1. Arsa sahibi

Arsa sahibi²³⁴, inşaatı ısmarlayan yani yapılacak işin sahibi olan kişi olup, kamu hukuku tüzel kişisi ya da özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olabileceği gibi tek veya birden fazla kişi de olabilir²³⁵. Üzerine inşaat yapılacak arsanın tapudaki maliki ya da malikleri arsa sahibidir²³⁶.

Birden fazla kişi arsa üzerinde elbirliği (iştirak) halinde malik veya paylı (müşterek) malik şeklinde mülkiyet hakkı sahibi olabilirler²³⁷. Elbirliği halinde malik olanlar, birlikte sözleşmeyi yapmalı veya birlikte tek kişiye sözleşme yapma konusunda vekalet vermelidirler²³⁸. Paylı mülkiyete tabi arsa söz konusu ise kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması olağanüstü iş olması sebebiyle (TMK m. 692), paydaşların oybirliği ile sözleşmeyi imzalaması gereklidir. Bu sebeple arsanın paydaş maliklerinden her biri aynı

²³² Bkz. Gümüş, Borçlar, C.2, s.115; Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.115; Kostakoğlu, s.219. Gümüş'e göre bu işlemde tarafların üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmasa bile tarafların sırf görünüşte bir işlem yaparak bu işlemin kendilerini bağlamayacağı üzerinde anlaşması halinde, görünüşteki satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle batıl iken; gizli işlemi oluşturan kat karşılığı inşaat sözleşmesi ise tapuda resmî şekilde yapılmadığı için geçersiz olacaktır. Bu sözleşmenin nasıl ayakta tutulacağı hakkında bkz. Gümüş, *TMK'nın Getirdiği Yeni Şerhler*, s.116. Kostakoğlu, tapudaki satışın sözleşmedeki pay geçirim borcunun peşinen ifası olarak kabulünü tarafların iradelerine uygun bir yorum olduğunu kabul etmektedir. Kostakoğlu, s.219. Yargıtay'ın aynı yönde kararları için bkz. Y. 15. HD. 9.06.1991 T., 1991/525 E., 1991/3280 K., Kostakoğlu, s.223; Y. 15. HD. 21.03.2008 T., 2008/764 E., 2008/1806 K., Kostakoğlu, s.227,228; Y. 15. HD. 05.10.1989 T., 1988/4783 E., 1989/4038 K., Kostakoğlu, s.228,229.

²³³ Coşkun, s.29.

²³⁴ Doktrinde “iş sahibi”, “taşınmaz maliki” olarak adlandıranlar da bulunmaktadır. Turut, s.37; Oy ve Haşal, s.29. Genel olarak, eser sözleşmelerinde yüklenici olmayan diğer taraf “iş sahibi”dir ve nitekim TBK m. 470 vd. hükümlerinde düzenlenen eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde “iş sahibi” şeklinde adlandırmıştır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından işi ısmarlayan iş sahibi aynı zamanda arsanın da maliki olduğundan “arsa sahibi” teriminin kullanılmasını daha uygun buluyoruz.

²³⁵ Erman, *Arsa*, s.2; Oy ve Haşal, s.30; Turut, s.37; Tozoğlu, s.5; Demir, s.24.

²³⁶ Avcı, s.41.

²³⁷ Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet ile paylı(müşterek) mülkiyet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.303 vd.; Akipek ve Akıntürk, s. 389, 408 vd.; Erman, *Eşya*, s.65 vd.; Serozan, s.232 vd.; Ayan, *Eşya-II*, s.35 vd.

²³⁸ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.270; Aydemir, s.127.

tarihte veya farklı bir tarihte, bizzat kendisi veya vekilleri vasıtasıyla yüklenici ile müşterek sözleşme yapmalıdırlar; yahut bir veya birkaç paydaşla yapılan sözleşmeye diğer paydaşlar sonradan icazet vermelidirler²³⁹. Bir başka deyişle, paylı mülkiyette bütün paydaşların aynı kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alması şart olmayıp, hepsi ile anlaşma yapılması koşulu ile paydaşlarla ayrı tarihlerde ayrı ayrı sözleşmeler de yapılabilir. Bir kısım arsa sahiplerinin yaptığı sözleşmeye diğer arsa maliklerince sonradan açık veya örtülü olarak icazet de verilebilir²⁴⁰.

Sonuç olarak bütün paydaş ve ortakların sözleşmeye katılmaları şarttır²⁴¹. Yargıtay da arsanın birden fazla maliki olması durumunda sözleşmeye tüm maliklerin katılması gerektiğini, aksi halde sözleşmenin ifa kabiliyetinin olmayacağını kabul etmektedir²⁴².

²³⁹ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.270; Aydemir, s.127; Oy ve Haşal, s.30; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.84; Demir, s.25; Y. 23. HD. 23.03.2017 T., 2015/8863 E., 2017/903 K.: “...inşaat sözleşmesi yapılabilmesi tüm paydaşlarca ya da yetkili temsilcilerince sözleşmenin imzalanmış olması veya yapılan sözleşmeye “onay” verilmesine bağlıdır.”, Sinerji Mevzuat. Yargıtay’ın paydaşların örtülü(zimni) onayını geçerli saydığı kararlar için bkz. Y. 15. HD. 07.07.2011 T., 2011/1207 E., 2011/4455 K.: “tapuda paydaş olduğu taşınmaza yapı ruhsatı verdiği, ilerleyen yıllar içinde de tadilatlar nedeniyle bu ruhsatı iki kez yenilediği, bu suretle bitme aşamasına gelen inşaatı kabullenerek 11.07.1995 tarihli diğer arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki sözleşmeye onay verdiğinin benimsenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 02.11.2012 T., 2012/4183 E., 2012/6387 K., Avcı, s.43,44. Sözleşmenin şekil zorunluluğu gereği müşterek maliklerin her biri noterde sözleşmeyi imzalamalıdırlar. Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.270. Burada üzerinde durulması gereken bir husus da paydaşların kanunî önalım hakkını kullanmasıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de paydaşlardan birinin yükleniciye yaptığı satış sonucu diğer paydaşların önalım hakkını kullanabileceği, aksi halde önalım hakkının kullanmasını engellemek amacıyla paydaşların yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmalarına imkan tanınmış olacağı kabul edilmektedir. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.93. Yargıtay ise bir kararında yükleniciye başlangıçta yapılan ve satış şeklinde gösterilen pay devrinin gerçek anlamda satış sözleşmesi olmadığını ve önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmiştir. Bkz. Y. HGK. 04.12.2015 T., 2014/6-324 E., 2015/2787 K.: “Bu bağlamda, tüm paydaşları bağlar şekilde tüm paydaşlarca yapılmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı halinde önalım hakkının kullanılamayacağına tereddüte yer yoktur. Ancak bu halde, yükleniciye sözleşme gereğince yapılan pay satışının gerçek satış olmayıp, avans niteliğinde pay devri olduğunun kabulü gerekir. Bunun sonucu olarak da önalım hakkı kullanan paydaşın kötü niyetinden söz edilir.”, Sinerji Mevzuat.

²⁴⁰ Avcı, s.41; Oy ve Haşal, s.39.

²⁴¹ Usta, s.14; Y. HGK. 04.12.2015 T., 2014/6-324 E., 2015/2787 K., Sinerji Mevzuat.

²⁴² Y. 23. HD. 25.05.2017 T., 2016/7291 E., 2017/1569 K.: “...davacı dışında başkaca malikleri de bulunduğu, diğer paydaşların katılımı olmaksızın düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hükümsüz olduğu...” , Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 04.02.2007 T., 2006/828 E., 2007/2061 K.: “Paylı taşınmazda inşaat yapılması gibi mevcut bir yapının tamamen veya kısmen yıkılması da intifa tarzının değiştirilmesi niteliğinde olduğundan, tüm paydaşların rızasını gerektiren tasarruflardandır. Somut olayda, binanın kaçak katları ile projeye aykırı diğer imalatların yıkılması da talep edilmiş olduğu halde, davada tüm paydaşlar yer almamıştır.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 04.06.2012 T., 2012/2509 E., 2012/4151 K.: “Arsa üzerinde inşaat yapımı olağan kullanımın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapım işlerinden sayıldığı ve paydaşların oybirliğiyle aksini kararlaştırdığı ileri sürülüp kanıtlanmadığından kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 18.03.2008 T., 2007/2188 E.,

Yine birden çok arsa sahibi varsa sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi davası olağanüstü tasarruf olduklarından arsa sahiplerinin tamamı tarafından açılmalıdır²⁴³. Arsa sahiplerinden bir veya birkaçının sözleşmeye sonradan icazet vermesi halinde de, icazet veren arsa sahiplerinin de davaya dahil edilmeleri gereklidir²⁴⁴. Eğer, paydaşlar arasında sözleşme yapılma veya sözleşmenin seyri konusunda uyuşmazlık çıkarsa, örneğin paydaşlardan bir kısmının kat irtifakı kurulması istemine bazı paydaşlar karşı çıkarlarsa, bunların rızalarının alınması için yargıya başvurulamayacaksa da Kat Mülkiyeti Kanunu m.10'a göre ortaklığın giderilmesi davası açılabilir. Bunun üzerine paydaşlardan biri talep ederse ve kanunda yazılı koşullar varsa ortaklığın satış suretiyle giderilmesine değil, Kat Mülkiyeti Kanunu m.12 uyarınca kat mülkiyetine çevrilmek suretiyle giderilmesine karar verilebilir²⁴⁵.

Bazı hallerde arsa alanı bir yapının yapılmasına yetmiyor olabilir. Bu durumda, bitişik komşu parsel sahipleri, anlaşarak arsaları birleştirip bir tek veya birden fazla parseli dönüştürmek suretiyle bunun üzerinde bir veya birden fazla yapı yapılmasını amaçlayarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapabilmektedir. Bu birleştirme sonucu her

2008/1738 K., Karadaş, s.43; Y. 23. HD. 04.10.2017 T., 2015/5350 E., 2017/2514 K., Sinerji Mevzuat.

²⁴³ Karadaş, s.43; Atamulu, s.30 dn.32; Y. 15. HD. 08.11.2017 T., 2017/1518 E., 2017/3852 K.: “Gerek arsa payı inşaat yapım sözleşmesi gerekse biçimine uygun olarak yapılan sözleşmenin feshi paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi ve olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerinden olduğu ve maliklerce aksi oybirliği ile kararlaştırılmadığından fesih davasının açılması bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.”, Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 27.02.2017 T., 2015/1389 E., 2017/593 K.: “Paylı malın tamamını ilgilendiren bir işlem yapılması talep edildiğinden eldeki davanın dinlenebilmesi için tüm paydaşların bu davada zorunlu dava arkadaşı olarak yer almaları gerekmektedir. Şu halde mahkemece, davacılar-karşı davalı yana mehil verilerek tüm paydaşların davaya dahil edilmesi, davaya muvafakati alınamayan paydaşlar bakımından iş bu dava ile birleştirilmek üzere dava açılması için davacı-karşı davalı tarafa süre verilmesi, böylece tüm maliklerin davada yer alması sağlandıktan sonra yargılamaya devamla hüküm tesisi gerekirken, taraf teşkili sağlanmaksızın karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 10.07.2012 T., 2012/3203 E., 2012/5258 K.: “Dava, düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi istemiyle açılmıştır. Sözleşmenin feshi davasında sözleşmede imzası bulunan paydaşların taraf olmaları veya açılan davaya muvafakatlarının sağlanması zorunludur. Mahkemece taraf teşkili sağlanmadan işin esası incelenerek hüküm oluşturulması doğru olmamıştır”, Sinerji Mevzuat; Y. 15 HD., 19.12.2008 T., 2007/6417 E., 2008/7500 K., Karadaş, s.44; Y. 23. HD. 02.04.2013 T., 2013/329 E., 2013/2078 K., Sinerji Mevzuat. İmzalanan sözleşmeden kaynaklı davalarda paydaşlar zorunlu dava arkadaşı konumundadırlar. Aydemir, s.128; Y. 23. HD. 02.04.2014 T., 2013/9243 E., 2014/2511 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 01.11.2010 T., 2010/10009 E., 2010/11729 K., Sinerji Mevzuat.

²⁴⁴ Avcı, s.43.

²⁴⁵ Aydemir, s.127.

biri, paydaş olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olacağından, yükleniciye karşı birlikte hak ve yükümlülük sahibi olur²⁴⁶.

3.1.2. Yüklenici

Yüklenici²⁴⁷, arsa sahibi tarafından ısmarlanan bağımsız bölüm yapma işini üstlenen kişi olup, gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, birden fazla yüklenicinin bir araya gelerek kurduğu topluluk da olabilir²⁴⁸. Birden fazla yüklenicinin sözleşmeye taraf olması halinde, aynı anlaşma üzerinden sözleşmeyi birlikte imzalamaları gerekmektedir²⁴⁹. Birden fazla yüklenici olması sözleşmenin niteliğini etkilememekte ve hepsi birlikte yüklenici statüsü kazanmakta, yapının sözleşmeye göre bitirilip teslim edilmesinden dolayı da hepsi birlikte sorumlu olmaktadır²⁵⁰.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapılacak olan yapı ve eklentilerinin veya tesislerinin bazı bölümleri alt yükleniciye yaptırılabilir. Bu durumda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı alt yüklenici olmamakta, alt yüklenicinin imalatından kaynaklanan sorunlar sebebiyle asıl yüklenici sorumlu olmakta ve alt yüklenici yaptıklarının bedelini arsa sahibinden değil, asıl yükleniciden isteyebilmektedir.

²⁴⁶ Aydemir, s.128. Bu durumda bir paydaşın ifadan kaçınması hem diğer paydaşlar açısından hem de yüklenici açısından sözleşmeye aykırılık oluşturmakta, bu tür uyuşmazlıklar nedeniyle açılan davalarda da taraf olan paydaşlar zorunlu dava arkadaşı olmaktadır. Aydemir, s.128.

²⁴⁷ Doktrinde “müteahhit” olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Turut, s.37; Büyükcay, s.31; Atamulu, s.25; Dayınlarlı, *İstisna*, s.4. Türk Borçlar Kanunu, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde “yüklenici” terimini kullanmıştır.

²⁴⁸ Avcı, s.51; Turut, s.37; Oy ve Haşal, s.32; Aydemir, s. 128. Yüklenicinin özellikleri hakkında bkz. Duman, *İnşaat Hukuku*, s.147. Büyük çaplı inşaat işlerinde veya büyük kamu ihalelerinde bu işleri tek başına yapması zor olan şirketler birleşerek inşaatı üstlenip TBK m.620-645 hükümlerine göre adi ortaklık ilişkisi kurabilir ve bu durumda “joint venture” veya “konsorsiyum” söz konusu olur. Eğer ortakların aldığı inşaat işinin hangi kısımlarını yapacakları her bir yüklenici için ayrı ayrı kararlaştırılmışsa “konsorsiyum”, bütün yükleniciler elbirliği ile tüm işi yüklenmişse “joint venture” söz konusu olacaktır. Avcı, s.51; Dayınlarlı, *İstisna*, s.29; Tandoğan, Borçlar, C.2, s.96,97; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.148,149. “Konsorsiyum” ve “joint venture” hukuki niteliği itibarıyla adi ortaklıktır. İbrahim **Kaplan**, “İnşaat Sektöründe Adi Şirket Niteliğindeki Müşterek İş Ortaklığının(Ortak Girişimin)-Joint Venture’ın Sona Ermesi ve Tasfiyesine İlişkin Türk ve İsviçre Doktrin ve İçtihatlarındaki Görüşler”, *Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, (s.603-616), s.604; Eren, İnşaat, s.50; Uygur, Borçlar, C.2, s.2152; Joint venture hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, *Joint Venture*, s.603 vd.

²⁴⁹ Oy ve Haşal, s.39.

²⁵⁰ Aydemir, s.128; Oy ve Haşal, s.32. Sözleşmeyi imzalayan yüklenicilerin kendi ortakları ile düştüğü uyuşmazlık arsa sahibi yönünden hiçbir önem taşımamaktadır ve yapının yapılıp bitirilmesine kadar sözleşmeyi imzalayan tüm ortaklar taraf sıfatıyla birlikte sorumlu olmaktadır. Aydemir, s.128. Ancak yapım işinin özelliği sebebiyle yüklenici başka yüklenicilerle çalışabilir ve bu halde sadece arsa sahibi ile sözleşmeyi imzalayan yüklenici sorumlu olur. Oy ve Haşal, s.32.

3.2. Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yukarıda da izah edildiği üzere yüklenicinin edimi eser sözleşmesinin özelliklerini arsa sahibinin edimi ise taşınmaz satım sözleşmesinin özelliklerini taşımaktadır²⁵¹.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülükleri, çalışmamızın asıl konusu olan sözleşmede taraf değişikliği durumlarında taraflara yüklenecek hak ve yükümlülüklerin tespiti açısından önem arz ettiğinden bu konu üzerinde genel bilgi sağlaması açısından ayrıca durulacak, ayrıntılı bilgilere girilmeyecektir.

3.2.1. Arsa sahibinin yükümlülükleri

Arsa sahibinin asıl borcu eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 479 hükmünde düzenlenen bedel ödeme borcu kapsamında sayılan arsa payının devri borcu olup, bir takım yan borçları da sözleşmenin niteliğine göre belirlenmektedir. Arsa sahibinin borçları şu şekilde sınıflandırılabilir²⁵²:

3.2.1.1. Arsayı ayıpsız teslim borcu ve arsa payını devir borcu

Arsa sahibi, düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, arsası üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan binanın yapımı için her türlü ayıptan arındırılmış ve inşaat elverişli şekilde²⁵³, arsasını yükleniciye teslim etmekle ve yükleniciye düşen

²⁵¹ Turut, s.64.

²⁵² Farklı sınıflandırmalar için bkz. Erman, *Arsa*, s.52 vd.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.105 vd.; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.272; Öz, *İnşaat*, s.53 vd.; Atamulu, s.82 vd.; Usta, s.74 vd.; Avcı, s.44 vd.; Tozoğlu, s.36 vd.; Turut, s.126 vd.; Oy ve Haşal, s.43 vd.; Kırmızı, s.662 vd.; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.285 vd. Eser sözleşmesinde iş sahibinin borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.359 vd.; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.233 vd.; Yavuz, C., Özel, s.562 vd.; Aral ve Ayrancı, s.367 vd.; Kocaağa, *İnşaat*, s.171 vd.; Büyükcay, s.161 vd.; Dirican, s.12 vd.; Güleç, s.40; Dayınlarlı, *İstisna*, s.160 vd.; Selimoğlu, s.195 vd.

²⁵³ İnşaat için arsa sahibinin yükleniciye teslim edeceği arsa ayıpsız olmalı ve bunun için de arsa üzerinde yıkılması gereken yapı bulunmamalı, arsa üzerinde başka kişilerce mülkiyet iddiası bulunmamalı, inşaat yapımına engel bir imar engeli bulunmamalı, üzerinde ipotek, haciz, intifa ve sair sınırlandırılmalar arındırılmış bulunmalıdır. Bkz. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.105,106; Avcı, s.45,46; Oy ve Haşal, s.44. Taşınmaz üzerinde bir yükün varlığı halinde tarafların akdedecekleri kat karşılığı inşaat sözleşmesinde bu yüklerin kim tarafından kaldırılacağı gibi hususlara özellikle yer vermeleri gerekmektedir. Bununla birlikte, taşınmaz üzerinde bina bulunması ve bu binada kiracı olması durumunda aksine sözleşmede bir anlaşma yoksa arsa sahibi inşaat elverişli teslimle yükümlü olduğundan binadaki kiracıların tahliyesini sağlamak ve binayı yıkmakla yükümlü olacaktır. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.286 vd.; Oy ve Haşal, s.45. Arsa, sözleşmenin yapıldığı sırada inşaat yapmaya elverişli değilse TBK m. 27/1 hükmünce başlangıçtaki imkansızlık sebebiyle sözleşme geçersiz olacaktır. Ancak sonradan inşaatın yapılması imkansız hale gelmişse şartları varsa TBK m. 136 hükmü gereğince sonraki imkansızlık hükmü uygulanabilecektir. Kırmızı, s.666.

bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarını yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişiye devretmekle yükümlüdür²⁵⁴.

İlk olarak, yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak edimini ifa edebilmesi için arsa sahibinin, üzerinde inşaat yapılacak arsanın inşaat yapmaya elverişli şekilde, bir başka deyişle inşaat faaliyetlerini engelleyecek hukuki veya fiili engeller kaldırılarak yükleniciye teslim etmesi gereklidir²⁵⁵.

Arsa sahibinin asıl borcu ise yükleniciye düşen bağımsız bölümlere isabet eden arsa payını yükleniciye veya onun göstereceği kişiye devir borcudur²⁵⁶. Arsa payını devir borcu yüklenicinin inşaatı tamamlama ve bağımsız bölümleri teslim etme borcunun karşılığını teşkil etmekte, eser sözleşmesindeki bedel ödeme borcunun yerine geçmektedir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra tapuda arsa sahibinin yükleniciye yaptığı pay devri kural olarak sözleşmenin ifasına, yani bedel borcunun yerine getirilmesine yönelik kabul edilmelidir²⁵⁷.

Arsa sahibinin borcunun, arsa paylarının devri olarak kararlaştırılması, borcu olan bedelin götürü olarak tayin edilmesi olarak nitelendirilmektedir²⁵⁸. Bir başka deyişle

²⁵⁴ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.272; Atamulu, s.82; Usta, s.74; Avcı, s.44; Tozoğlu, s.37; Oy ve Haşal, s.43; Kırmızı, s.662; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.285; Y. 23. HD. 06.12.2012 T., 5820 E., 2012/7174 K.(Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.285).

²⁵⁵ Erman, *Arsa*, s.55; Atamulu, s.84. Taraflar arasında yer teslimine ilişkin bir belgenin düzenlenmiş olması arsa sahibinin inşaat yapmaya elverişli olarak taşınmazı yükleniciye teslim ettiğini kesin bir şekilde ortaya koymamakla birlikte, bu konuda karine oluşturur ve aksinin ispatı yükleniciye düşecektir. Erman, *Arsa*, s.58.

²⁵⁶ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.109.

²⁵⁷ Avcı, s.48; Y. 15. HD. 27.10.2010 T., 2009/5246 E., 2010/5830 K.:”...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldıktan sonra arsa sahiplerince yükleniciye yapılan temlikler arsa sahibinin karşı ediminin ifası gereği olarak yapılmaktadır....”, (Avcı, s.48).

²⁵⁸ Tandoğan, Borçlar, C.2, s.234; Yavuz, C., Özel, s.592; Selimoğlu, s.199; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.105; Kostakoğlu, s.917; Usta, s.9; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.39; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.96; Turut, s.129; Kırmızı, s.667. Demir, s.27; Götürü bedel, yüklenicinin fiilen yaptığı masraflara veya bağımsız bölümler tamamlandığında taşıdığı değere bağlı olmayan sabit bir tutarı ifade etmekle birlikte, bedelin önceden ve kesin olarak kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi anlamına gelmektedir. Dayınlarlı, *İstisna*, s.17; Tandoğan, Borçlar, C.2, s.234; Aral ve Ayrancı, s.368; Selimoğlu, s.197; Kırmızı, s.321; Kaplan, *Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s.129; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.360; Turut s.129; Dirican, s.13. İnşaatın metrekare fiyat esasına göre kararlaştırılması hali de götürü bedel kabul edilmektedir. Tandoğan, Borçlar, C.2, s.234; Kostakoğlu, s.917. Götürü bedel hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *İstisna*, s.17 vd.; Öz, *İnşaat*, s.56 vd.; Kostakoğlu, s.917 vd.; Turut, s.129 vd.; Dirican, s.13 vd.; Kaplan, *Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s.129 vd.; Tandoğan, Borçlar, C.2, s.234 vd.; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.170 vd.; Aydemir, s.267 vd. Yaklaşık bedel ise yükleniciye ödenecek bedelin takriben belirlenmesidir. Eser sözleşmeleri eserin meydana getirilmesi esnasında oluşacak masrafların, tahmini miktarının tespitine yönelik bir takım çalışmalar gerektirmekte ve bu çalışmalar sonucu tahmin edilen bedele ise keşif bedeli denilmektedir. Yaklaşık bedel ile keşif bedeli arsa sahibine

devredilecek arsa payları olan aynî nitelikteki bedelin, arsanın konumu, büyüklüğü, rayiç değeri gibi ölçütler göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekmekte olup, genellikle sözleşmelerde götürü bedel olarak belirlenmektedir²⁵⁹.

Götürü bedel kararlaştırılan hallerde, kural olarak, öngörülen bedelin riski yükleniciye ait olup, aynı zamanda ahde vefa ilkesi gereğince sonradan bedelin artırılması veya eksiltilmesi istenemez²⁶⁰. Ancak götürü bedelli sözleşmelerde evvelce öngörülemez haller dolayısıyla bedelin artırılması veya sözleşmeden dönme TBK m.480/2 hükmünde²⁶¹ aranan şartlarla mümkün olabilmektedir²⁶². Bir başka deyişle yüklenici, önceden öngörülenden daha büyük giderler yapmış veya fazla çalışma gerçekleştirmiş olsa dahi kararlaştırılan karşılığın arttırılmasını TBK m. 480/1'e göre talep edemeyecektir. Ancak, başlangıçta öngörülemez veya öngörülmesine rağmen taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar eserin tamamlanmasına engel oluyor veya aşırı derecede zorlaşıyorsa, yüklenicin, TMK m.480/2 hükmüne göre sözleşmenin uyarlanmasını isteme veya sözleşmeden dönme seçimli haklarına sahip olabilecektir. Özellikle, maliyet artışına rağmen arsa değeri artmamış veya önemsiz bir artış meydana gelmişse, yüklenici TBK m.480/2 hükmüne dayanabilecektir²⁶³. TBK m.480/3'e göre ise, inşaatın tamamlanması sözleşme kurulurken tahmin edilenden daha az emek ve

bedel hakkında önemli kanaat oluşturmakta ama bedeli kesin olarak tespit etmemektedir. Tuba **Birinci Uzun**, "Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, S.100, Aralık 2014, Seçkin Yayınları, (s.86-98), s.86.

²⁵⁹ Tandoğan, Borçlar, C.2, s.234; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.105; Turut, s.129; Kırmızı, s.667; Öz, *İnşaat*, s.70; Yavuz, C., Özel, s.592; Selimoğlu, s.199; Kostakoğlu, s.917; Usta, s.9; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.39; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.96

²⁶⁰ Aral ve Ayrancı, s.368; Öz, *İnşaat*, s.64; Gökyayla, *Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi*, s.580. Nitekim götürü bedel tespit edilirken yüklenici fiyat dalgalanmalarını göz önünde tutmalı ve olayların normal akışına göre meydana gelecek değişiklikleri dikkate almalıdır. Gökyayla, *Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi*, s.580. Ancak, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa öngörülmüş olandan daha fazla veya daha az bağımsız bölüm oluşturulması halinde bu fazlalıklar veya eksiklikler sözleşmede belirlenen paylar oranında taraflara bölüştürülerek paylar bu miktarda artar veya azalır. Aydemir, s.130.

²⁶¹ Söz konusu TBK m. 480/2 hükmü şu şekildedir: "Ancak, başlangıçta öngörülemez veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir".

²⁶² Bkz. Tandoğan, Borçlar, C.2, s.239 vd.; Eren, *Borçlar*, s.506,507; Öz, *İnşaat*, s.65 vd.; Öz, *Eser*, s.71 vd.; Aral ve Ayrancı, s.368; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.132 vd.; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.198 vd.; Kostakoğlu, s.918 vd.; Kırmızı, s.322 vd.; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1084 vd. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hususunda yeni kanun ile getirilen olumlu değişiklikler hakkında bkz. Gökyayla, *Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi*, s.579 vd.

²⁶³ Yavuz, C., Özel, s.592.

masraf gerektirse bile arsa sahibi yüklendiği karşılığın tamamını ödemek zorunda olacaktır.

Yargıtay da, arsa sahibinin arsa payını devir borcunu götürü bedel olarak görmekte ve TBK m. 480/2 hükmünü kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygulamaktadır²⁶⁴.

Arsa sahibi, yükleniciye düşen bağımsız bölümlere denk gelen arsa paylarını sözleşmede kararlaştırılan zamanda devretmelidir. Sözleşmeye göre arsa sahibi bu payları başlangıçta tamamen, kısmen veya sonradan kademeli olarak devredebilir²⁶⁵. Sözleşmede devrin zamanına ilişkin bir hüküm yoksa TBK m. 479/1 hükmüne göre arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, sözleşmede arsa sahibine düşeceği kararlaştırılan bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından bitirilerek arsa sahibine tam ve eksiksiz teslimi ile muaccel hale gelecektir²⁶⁶. Bir başka deyişle yüklenici kendi edimini yerine getirmedikçe arsa sahibinin karşı edimi olan arsa payların devrini talep edemeyecektir²⁶⁷. Aynı şekilde arsa sahibi üzerine inşaat yapılacak arsayı ayıpsız bir

²⁶⁴ Y. 23. HD. 18.03.2016 T., 2015/1947 E., 2016/1711 K.: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olup, kural olarak, arsa sahibi bu sözleşme ile yüklenicinin yapacağı inşaat karşılığı arsa veya arsa payı devrini, yüklenici de sözleşmeye göre üstlendiği işi tamamlayıp teslim etmeyi taahhüt eder. Bu haliyle bu sözleşmeler “...götürü bedelli” nitelik taşımaktadır. Borçlar Kanunu’nun 365. maddesi uyarınca, yine kural olarak, yüklenici üstlendiği işi, kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, tahmin edilenden daha fazla emek ve masrafı gerektirse dahi, fiyatın artırılmasını isteyemez. Ancak bu hüküm emredici değil, düzenleyici nitelikte olup, bilindiği üzere, taraflar düzenleyici hüküm dışında anlaşma yapabilirler.”; Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 18.02.1991 T., 1990/3224 E., 1991/706 K.: “...ücret borcunun arsa payı olarak ödenmesi halinde ücret götürüdür.”; (Kostakoğlu, s.917); Y. 15. HD. 10.10.2002 T., 2002/2609 E., 2002/4538 K.: “Sözleşme, kat karşılığı inşaat yapımını içermekte olup, bu tür sözleşmeler Dairemizce istikrarlı bir biçimde götürü bedelli olarak kabul edilmekte ve arsa sahibince tapuda yapılacak pay devri dışında bir bedelin yükleniciye ödenmeyeceği benimsenmektedir.”; (Kostakoğlu, s.995); Y. HGK. 05.03.2003 T., 2003/15-125 E., 2003/141 K.: “Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflara isabet edecek bağımsız bölümler, başka bir anlatımla, taraflara isabet edecek arsa payları belli olduğu için, bu tür sözleşmelerde işin bedeli götürüdür. BK’nın 365/2 maddesi uyarınca önceden tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller, işin yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derecede zora sokarsa hakim, haiz olduğu takdir hakkını kullanarak, ya sözleşmede yükleniciye ait olan bedeli (somut olayda arsa payı) arttırır veya sözleşmeyi fesheder.”; Sinerji Mevzuat.

²⁶⁵ Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanmasının ardından hemen yükleniciye tapuda devir yapılması durumunda sadece devredilen kısmın üzerine teminat ipoteği kurulmaktadır. Nitekim kat irtifakı kurulduğunda da yükleniciye düşen bağımsız bölümler yüklenici adına teslim olur ve yine devredilen bağımsız bölümler üzerine teminat ipoteği kurulacaktır. Kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi halinde de ipotek kaldırılacaktır. Bkz. Oy ve Haşal, s.51.

²⁶⁶ Erman, Arsa, s.54; Avcı, s.48; Kostakoğlu, s.929; Usta, s.75; Kırmızı, s.663; Tozoğlu, s.37; Oy ve Haşal, s.50.

²⁶⁷ Erman, Arsa, s.54; Usta, s.75; Turut, s.136; Y. 15. HD. 10.12.2001 T., 2001/4000 E., 2001/5695 K.: “BK.81. maddesi uyarınca iki taraflı akitlerde bir akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylememiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır (BK.

şekilde yükleniciye devretmedikçe yükleniciden inşaatı yapmasını bekleyemeyecektir²⁶⁸. Belirtmek gerekir ki, arsa sahibi yükleniciye verileceği kararlaştırılan bağımsız bölümleri yüklenicinin talimatı ile üçüncü kişilere devretmişse edimini yerine getirdiğinin kabulü gereklidir²⁶⁹.

Arsa sahibi kararlaştırılan sürede arsa paylarını devretmemesi halinde temerrüde düşmüş olacaktır. Bu durumda borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 123-126 hükümleri doğrultusunda, yüklenici inşaatı yavaşlatıp ek süre isteyebilecek veya arsa sahibini tescile zorlayarak mahkemeden arsa sahibinin ediminin ifasını talep edebilecek yahut temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönerek, arsa sahibi kusurlu ise uğradığı zararları da tazmin ettirebilecektir²⁷⁰. Eğer sözleşmede kademeli devir kararlaştırılmışsa, inşaat kararlaştırılan seviyeye geldiğinde, yüklenici hak ettiği arsa payının veya bağımsız bölümlerin kendisine devrini isteyebilecek, arsa sahibi buna yanaşmazsa, mahkemeye başvurarak tapu iptali ile kendisi adına tescilini talep edebilecektir²⁷¹.

3.2.1.2. Yüklenici ile işbirliği yapma borcu

Arsa sahibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve kanunlardan sözleşmeden ve dürüstlük kuralından doğan yan borçlar uyarınca; belediyeden inşaat (yapı) ruhsatının alınmasında, arsa ile ilgili hukuki sorunların giderilmesinde, plan ve projenin onaylatılması ile tapu işlemlerinin yapılmasında, binanın bağımsız bölümlerinin kat mülkiyetine geçişinde ve diğer tüm aşamalarda yüklenici ile işbirliği yapmak, inşaatın yapılması için kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır²⁷². Mülkiyet hakkı ile ilgili işlemlerin sorumlusu arsa sahibi olmakla birlikte, arsa sahibi bu işlemleri bizzat kendisi yapabileceği gibi noterden vereceği vekaletname ile yükleniciye de devredebilir²⁷³. Nitekim örnek olarak, uygulamada inşaat ruhsatının alınması için

md. 364). Aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelini istemesi gerekir.”, Sinerji Mevzuat.

²⁶⁸ Oy ve Haşal, s.44. Bu sonuç aynı zamanda, “Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfade Sıra” başlıklı TBK m. 97’de düzenlenen hükümden çıkarılmaktadır. Oy ve Haşal, s.44.

²⁶⁹ Erman, *Arsa*, s.54.

²⁷⁰ Erman, *Arsa*, s.53; Tozoğlu, s.37; Atamulu, s.84; Kaplan, t, s.273; Avcı, s.44; Turut, s.141; Oy ve Haşal, s.44.

²⁷¹ Avcı, s.48.

²⁷² Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.272; Tozoğlu, s.38. Oturma (iskan) izninin alınması da kural olarak arsa sahibi tarafından alınmakta ise de sözleşme ile bunun yüklenici tarafından alınması öngörülebilmektedir. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.83.

²⁷³ Atamulu, s.85; Erman, *Arsa*, s.57; Avcı, s.46; Oy ve Haşal, s.39; Karataş, s.284. Yargıtay bazı işlerin takibi için yükleniciye vekalet verilmesini arsa sahibinin temel borcu olarak görmektedir. Bkz. Avcı,

yükleniciye vekalet verilmektedir²⁷⁴. Arsa sahibinin yükümlülüğünde olan işler yüklenici tarafından ayrıca üstlenilmişse veya yükleniciye vekalet verilmişse, bu işlemlerin gerçekleştirilmemiş olması, arsa sahibinin sorumluluğuna yol açmayacak, yüklenici üstlendiği işlemleri yapmazsa temerrüde düşecektir²⁷⁵. Nitekim uygulamada genellikle bu işler için arsa sahibi, yükleniciye vekaletname vermekte ve vekaletname verileceği de baştan sözleşmede kararlaştırılmaktadır²⁷⁶.

3.2.2. Yüklenicinin yükümlülükleri

Yüklenicinin yükümlülüklerinin belirlenmesi için eser sözleşmesine ait hükümlere (TBK 471 vd.) ya da işin mahiyetine bakılmalıdır²⁷⁷. Yüklenicinin borçları aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir²⁷⁸.

s.47; Y. 14. HD. 11.07.2012 T., 2011/3692 E., 2012/5297 K.: “*Bilirkişiler tarafından düzenlenen raporlarda da inşaatların tadilat ve güçlendirme projeleri ile düzeltilebileceği görüşlerine yer verilmiştir. Bu işlemlerin yapılabilmesi için arsa sahiplerinin davacı yüklenici kooperatife vekaletname vermesi zorunludur.*” , Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.292. Arsa sahibi vekaletnameyi vermeye yanaşmadığı durumlarda yüklenici arsa sahibine başvurarak onu temerrüde düşürebilir ve aynı zamanda mahkemeye başvurarak bu işlemler için kendisine yetki verilmesini isteyebilir. Avcı, s.47; Usta, s.76; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.297; Y. 23. HD. 13.07.2012 T., 2012/2382 E., 2012/4936 K.(Avcı, s.47); Y. 23. HD. 28.06.2013 T., 3250 E., 2013/4500 K.(Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.297). Kostakoğlu’na göre sözleşmede kararlaştırılan vekaletnamenin verilmemesi tek başına fesih sebebi olmamalıdır. Aynı zamanda arsa sahibinin bu yükümlülükleri yerine getirmeyerek işi geciktirerek temerrüde düşmesi aranmalıdır. Kostakoğlu, s.263,264.

²⁷⁴ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.83. İnşaat ruhsatı alınması, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa ve yükleniciye bu işlem için vekalet verilmemişse, arsa sahibinin edimi olup, bu edimini yerine getirmediği sürece yükleniciden inşaatla başlaması beklenemez. Zira inşaat ruhsatı alınmadığı için inşaat kaçak inşaat olacak ve yüklenici kaçak inşaat yapmaya zorlanamayacaktır. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.83; Avcı, s.50; Oy ve Haşal, s.47; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.185; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.447,448.

²⁷⁵ Erman, *Arsa*, s.56; Atamulu, s.85; Avcı, s.47. Verilen vekaletnameye aykırı olarak yüklenicinin yaptığı işlemler, arsa sahibinin sorumluluğunu doğurmayacaktır. Y. 15. HD. 14.11.2007 T., 2006/6995 E., 2007/7180 K.: “*Davalı yüklenicinin davacının talimatına uymadığı ve vekalet görevini kötüye kullandığı, dolayısıyla özen borcuna aykırı davrandığı, davacı zararına olarak kat irtifakı kurduğu ve davalı İbrahim'in de bu durumu bildiği sabittir. O halde uyumsuzluk konusu bağımsız bölümlerin kat irtifaklarının kurulması ve tapu kayıtlarının oluşturulması aşamasında davalı yüklenicinin yaptığı işlemler, davacıyı bağlayıcı sayılamaz. Bu durumda davanın kabulü gerekir.*”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 10.01.2005 T., 2004/2443 E., 2005/14 K.(Kostakoğlu, s.265,266).

²⁷⁶ Kostakoğlu, s.263.

²⁷⁷ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.273; Turut, s.65.

²⁷⁸ Erman, *Arsa*, s.33 vd.; Kaplan, s.273 vd.; Öz, *İnşaat*, s. 117 vd.; Atamulu, s. 55 vd.; Usta, s.52 vd.; Avcı, s.52 vd.; Tozoğlu, s.28 vd.; Oy ve Haşal, s.32; Kırmızı, s.651 vd.; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.485 vd. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.354 vd.; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.48 vd.; Eren, *İnşaat*, s.63 vd.; Yavuz, C., Özel, s.541 vd.; Aral ve Ayrancı, s.323 vd.; Kocağa, *İnşaat*, s.71 vd.; Kurt, s.56 vd.; Büyükkay, s.73 vd.; Dirican, s.9 vd.; Güleç, s.29 vd.; Dayınlarlı, *İstisna*, s.33 vd.; Selimoğlu, s.98 vd.

3.2.2.1. İnşaata zamanında başlama ve zamanında bitirme borcu

Yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin inşaatına zamanında başlama ve zamanında bitirme ile bu kapsamda inşaata devam etme borcu bulunmaktadır²⁷⁹. Nitekim yüklenici inşaatı tamamlama ve teslim etme borcunu yerine getirmek için inşaat yapım işlerine sözleşmede kararlaştırılan zamanda başlamak ve sözleşmede kararlaştırılan zamanda bitirmek²⁸⁰ ile yükümlüdür. Zira yüklenici, sadece eserin teslimini değil, inşasını da borçlanmıştır²⁸¹. Yüklenicinin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi bir sonuç olup, bu sonuca ulaşılabilmesi için pek çok aşamadan geçilmektedir²⁸².

Sözleşmenin imzalanması ile birlikte yüklenicinin inşaatı yapma borcu muaccel hale gelir ve inşaatı yapma borcu sözleşme hükümleri dikkate alınarak tespit edilir. Sonuç olarak da, yüklenicinin bu sözleşme hükümlerine uyması ve arsa sahibinin sözleşmeden beklediği amacı karşılaması aranır²⁸³. Yüklenici sözleşmede kararlaştırılan inşaatı

²⁷⁹ Atamulu, s.57; Tozoğlu, s.33. İşe devam etme borcunun kapsamının belirlenmesinde ise, işin kapsamına göre normal bir yüklenicinin çalışma programı ve temposu esas alınmalıdır. Atamulu, s. 57; Tandoğan, Borçlar, C.2, s.124; Kostakoğlu, s.291,292.

²⁸⁰ Genellikle inşaat işleri kapsamlı ve büyük işler olduğundan teslim tarihi ve tamamlanma süresi önem arz etmekte, bu sebeple de inşaatın başlangıç ve bitiş tarihleri sözleşmede belirtilmektedir. İnşaat süresinin veya teslim tarihinin sözleşmede kararlaştırılmaması halinde ise bu boşluk işin kapsamı, niteliği ve tarafların iradelerine göre uygun bir yorumla doldurulmalıdır. Bkz. Kostakoğlu, s.291; Turut, s.82; Tozoğlu, s.33. Taraflar kararlaştırmamışsa yüklenici kural olarak derhal işe başlamalı, ancak inşaat işlerinde arsa sahibinin tahammül edebileceği hazırlık süresi verilmelidir. Usta, s.62. Yargıtay da sözleşmede inşaata başlama tarihinin gösterilmemesinin yükleniciye işe başlamak üzere dilediğince süre tanındığı anlamına gelmeyeceğini ve sözleşmedeki teslim süresiyle ilgili hükmün makul bir süre olarak yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. Y. 23. HD. 10.07.2012 T., 2012/2688 E., 2012/4766 K.: "...arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca süresinde teslim edilmeyen bağımsız bölümler nedeniyle davacı arsa malikinin uğradığı kira kaybının tazmini istemine ilişkindir. Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi, inşaatı sözleşmeye uygun şekilde yaparak teslim etmektir. Sözleşme uyarınca işe zamanında başlama ve sürdürme borcu yüklenicinin eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun sonucudur. Sözleşmede, inşaata başlama tarihinin gösterilmemesi, yükleniciye işe başlamak üzere dilediğince süre tanındığı anlamına gelmez. Sözleşmedeki teslim süresiyle ilgili hüküm makul bir süre olarak yorumlanmalıdır.", Sinerji Mevzuat. Nitekim işe başlama zamanı sözleşmede belirlenmemişse ve yüklenici derhal işe başlamamışsa bile, edimini zamanında ifa etmesi mümkünse sorumlu tutulamayacaktır. Atamulu, s.57; Kostakoğlu, s.290; Oy ve Haşal, s.63; Usta, s.62. Arsa sahibi ancak TBK m. 473/1 hükmü gereği kalan süre içinde işe bitirmesi imkansız ise sözleşmeyi feshedebilir, aksi halde haksız fesih sayılır. Kostakoğlu, s.290.

²⁸¹ Atamulu, s.55; Turut, s.82.

²⁸² Kartal, *Kat Karşılığı*, s.67.

²⁸³ Avcı, s.52.

yapma borcu kapsamında arsa sahibinin verdiği vekaletle de uygun davranmakla yükümlü olacaktır²⁸⁴.

Yüklenicinin imar açısından bir engel bulunmasa bile sözleşmede kararlaştırılardan fazla sayıda veya daha büyük şekilde bağımsız bölüm inşa etmesi, uygulamada rastlanılan bir durum olmakla birlikte, bu durumda arsa sahibinin rızası olmadan inşaatın yatay veya dikey büyütülmesi kabul edilmemektedir²⁸⁵. Eğer arsa sahibi bu duruma karşı çıkmamışsa rıza göstermiş sayılmalı, bu durumda yapılan fazla inşaat üzerinde sözleşmede kararlaştırılan oranda hak kazandığı kabul edilmelidir. Yüklenici bu durumda bir bedel isteyememelidir²⁸⁶.

Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işi sözleşme hükümlerine aykırı olarak geciktirmesi yahut bütün tahminlere göre gecikme yüzünden işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması hallerinde ise, arsa sahibi eğer yüklenicinin haklı bir sebebi yoksa ve işin gecikmesi arsa sahibinden kaynaklanmıyorsa, TBK m. 473/1 hükmüne göre teslim tarihini beklemek zorunda olmadan sözleşmeden dönebilecektir²⁸⁷. Burada yaşanan gecikmenin inşaatın sözleşmeyle kararlaştırılan sürede tamamlanmasına engel olacak seviyede olması, bir başka deyişle gecikmeden

²⁸⁴ Oy ve Haşal, s.59.

²⁸⁵ Gökyayla, *Ek İş ve İş Değişikliği*, s.84

²⁸⁶ Gökyayla, *Ek İş ve İş Değişikliği*, s.87; Öz, *İnşaat*, s.63; Erman, *Arsa*, s.186. Zira yüklenicinin kendisine düşen bağımsız bölümler de aynı oranda büyük yapmıştır. Eğer sadece kendisine düşen bağımsız bölümleri kararlaştırılardan büyük yapmış, arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri küçük yapmış ise,ayıba karşı tekeffül hükümlerince sorumlu olmalıdır. Öz, *İnşaat*, s.63. Ancak sadece yükleniciye kalacak bağımsız bölümler büyütülmüşse sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça büyüme miktarının sağladığı avantaja taraflar arasındaki bağımsız bölüm paylaşım oranı uygulanarak dağıtım yapılmalıdır. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.788.

²⁸⁷ Y. 23. HD. 29.11.2016 T., 2016/2301 E., 2016/5210 K.: "...sözleşme içeriğinden kaynaklı ve sözleşmede belirtilen herhangi bir kısıtlama ve engelleme olmadığı halde dava tarihine kadar sözleşmenin tarafı olan davalı tarafça inşaatın yapımına ve sözleşmenin ifasına yönelik herhangi bir işlem ve eylem yapılmamış olduğu, taraflar arasında yapılan sözleşme ile davacıların mülkiyet haklarını sınırlamış oldukları ve mülkiyet haklarından doğan maddi kazanç sağlama arzuları ile akdedilmiş olan sözleşmede üzerlerine düşen yükümlülüğü yerine getirdikleri halde davalı tarafın bu sözleşmeden kaynaklı yükümlülüğünü dava tarihine kadar yerine getirmemiş olduğu, Türk Borçlar Kanunu'nun 473/1. maddesi uyarınca iş sahibinin yani davacı tarafın teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebileceğinin kabulü gerektiği...", Sinerji Mevzuat. TBK m. 473/1 hükmü, eserin meydana getirilme safhasındaki temerrüdü, bir başka deyişle teslim tarihinden önceki temerrüdü düzenlemektedir. Büyükay, s.79; Turut, s.82; Tozoğlu, s.32. Sözleşmeden dönme üzerine arsa sahibi menfi zararlarını yükleniciden isteyebilecek, eğer inşaat gecikmeli olarak tamamlanmış ve sözleşmeden de dönülmemişse geç teslimden kaynaklanan zararları da yükleniciden isteyebilecektir. Tozoğlu, s.33. Arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin kusuru aranmamaktadır. Hüseyin Altaş, "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı", *Fikret Eren'e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, (s.97-110), s.98,99.

sonra kalan sürenin inşaatın süresinde teslimi için yeterli olmaması şartı aranmaktadır²⁸⁸.

3.2.2.2. Teslim borcu

Yüklenici esas olarak sözleşmede kararlaştırılan inşaatı ve bağımsız bölümleri yapmakla yükümlü olduğu kadar, yaptığı inşaatı teslimle de yükümlüdür²⁸⁹. Nitekim arsa sahibinin edimdeki menfaati, sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin yapılıp ona ayıpsız ve eksiksiz²⁹⁰ teslimiyle gerçekleşecektir²⁹¹. Yüklenicinin meydana getirilen bağımsız bölümleri teslim borcu, arsa sahibinin arsa paylarını devir borcunun karşılığını oluşturmakta ve bu borç sözleşmenin asli ve temel borcu sayılmaktadır²⁹².

Teslim yüklenicinin kendi mülkiyetindeki arsa üzerlerine yapılan eserlerde fiili zilyetliğin devri ve tescille gerçekleşmekte iken; kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sahibinin hakimiyet alanında meydana getirilen eserlerde, yüklenicinin faaliyeti tamamlanınca, edim sonucu doğrudan işverenin hakimiyetinde ortaya çıkacağından, kural olarak yüklenicinin eseri bitirdiğini iş sahibine bildirerek bu alanı kullanıma elverişli şekilde iş sahibine bıraktığında gerçekleşecektir²⁹³. Bir başka

²⁸⁸ Altaş, *İstisna Sözleşmesi*, s.100 vd.; Turut, s.84. Yüklenicinin işe zamanında başlamaması sözleşme ilişkisini sona erdirmek için yeterli olmayıp, işin zamanında bitirilmesinin imkansız olduğu hallerde sözleşmeden dönülebilecektir. Kostakoğlu, s.289. Ayrıca arsa sahibinin yükleniciye ihtar çekerek uygun bir mehil verilmesi gereklidir. Altaş, *İstisna Sözleşmesi*, s.104; Y. 23. HD. 21.06.2013 T., 2013/1452 E., 2013/4306 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 22.06.1989 T., 1989/2722 E., 1989/3002 K.(Kostakoğlu, s.298)

²⁸⁹ Erman, *Arsa*, s.33; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.74; Atamulu, s.55; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.273; Dirican, s.5; Turut, s.86. Eseri teslim borcu TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde açıkça düzenlenmese de çeşitli maddelerde teslimden bahsedilmiş olması kanun koyucunun teslim borcunu örtülü olarak kabul ettiğini göstermektedir. Erman, *Arsa*, s.33; Turut, s.86.

²⁹⁰ Eksik iş ile ayıplı iş birbirinden farklıdır ve eksik işler ihbar olunmasa dahi zamanaşımı süresince dava edilebilir. Gür, s.92; Y.15 . HD. 12.10.1992 T., 1992/1182 E., 92/596-2874 K.(Oy ve Haşal, s.70). Eksik iş halinde tekeffül hükümleri değil genel hükümler uygulanacak, ayıplı iş halinde ise tekeffül hükümleri uygulanacaktır. Eksik iş hiç yapılmadığından bir ayıp olarak kabul edilemez. Gür, s.91; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.79. Arsa sahibi, eksik işin teslim tarihindeki rayiç fiyatlarla bedelini yükleniciden talep edebilir. Oy ve Haşal, s.67; Kırmızı, s.733. Dava tarihindeki rayiç fiyatların talep edileceği yönündeki görüşler için bkz. Gür, s.124,125. Eksik iş ile ayıplı iş arasındaki fark ve bu farkın önemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gür, s.82 vd.

²⁹¹ Avcı, s.56; Turut, s.86.

²⁹² Erman, *Arsa*, s.33; Atamulu, s. 65; Avcı, s.57; Kırmızı, s.651. Teslime konu binanın sözleşmedeki şartları taşımaması veya arsa sahibinin menfaatine uygun olmaması gibi ayıplı olması, binanın teslim edilip teslim alınmasına engel olmamakla birlikte bu durum yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumluluğunu doğuracaktır. Atamulu, s.67; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.127.

²⁹³ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.74; Büyükay, s.77; Avcı, s.57; Şahin, s.11; Yener, *Arsa Payı*, s.25; Turut, s.86; Kırmızı, s.651; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.532; Kostakoğlu, s.579. Örneğin, yüklenici inşaatı tamamlamış ve bildirim yapmış olmasına rağmen, iskele ve araç gereçleri yapıdan uzaklaştırmamış ya da anahtar arsa sahibine vermemiş ise teslim gerçekleşmemiş olacaktır. Ancak bırakılan araç ve

deyişle, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim, kararlaştırılan ve yapımına başlanan inşaatın sözleşmeye ve fenne uygun şekilde tamamlandığının ve kullanıma hazır olduğunun arsa sahibine açık veya örtülü olarak bildirilmesi ile gerçekleşecektir²⁹⁴.

Uygulamada genel olarak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan yapının teslimi “*anahtar teslimi*” veya “*yapı kullanma izninin alınması*” şartlarına bağlanmakta²⁹⁵ ve bu şekilde şarta bağlanması halinde yüklenici inşaatı tamamlayıp arsa sahibine bildirim yapsa bile, bu şartlar yerine getirilmeden hukuken teslim gerçekleşmiş sayılmamaktadır²⁹⁶. Zira taraflar arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde teslim için getirilen bu özel şartlar HMK anlamında delil sözleşmesi niteliğini taşımakta ve tarafları bağlamaktadır²⁹⁷.

Teslim anı, yüklenicinin eserin yapıldığı alanı terk etme anı değil, somut olayın şartları ve dürüstlük kuralı gereği, bu durumdan iş sahibinin haberdar olduğu an olarak kabul edilmelidir²⁹⁸. İnşaat tamamlanmamış olmasına rağmen arsa sahibi söz konusu binayı kullanmaya başlamış ise, bu durum inşaatın teslim edildiği anlamına gelmemekle

gereçler önemsiz ise ifa yapılmış ancak ayıplı ifa niteliğinde yapılmış kabul edilmelidir. Şahiniz, s.12; Yener, *Arsa Payı*, s.27; Tandoğan, *Borçlar*, C.2 , s.125; Erman, *Arsa*, s.34; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.533.

²⁹⁴ Atamulu, s.66; Tandoğan, *Borçlar*, C., s.125; Erman, *Arsa*, s.34; Usta, s.52; Şahiniz, s.12; Kırmızı, s.651. Yüklenici inşaatı arsa sahibinin görebileceği şekilde tamamlamış ve üzerinde tasarruf edebileceği hale getirmişse, örtülü bir bildirimin varlığı kabul edilmelidir. Tandoğan, *Borçlar*, C.2 , s.125; Erman, *Arsa*, s.34; Avcı, s.57; Kırmızı, s.651.

²⁹⁵ Farklı olarak, yüklenicinin iş sahibine yazılı bildirim şartına, inşaatı birlikte gezip ifa olarak kabul etme şartına veya ortaklaşa imzalanacak teslim tutanağı şartına bağlanmış olması da mümkün olmaktadır ve bu hallerde şartlar gerçekleşince teslimin gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir. Arsa sahibi haklı bir nedene dayanmadan üzerine düşen işlemi yapmaması halinde de teslimin yapılmış olduğu kabul edilecektir. Şahiniz, s.19,20.

²⁹⁶ Şahiniz, s.15; Atamulu, s.67; Avcı, s.57; Erman, *Arsa*, s.35; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.536; Kırmızı, s.652,653; Y. 23. HD. 28.06.2016 T., 2015/6057 E., 2016/4015 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 09.03.2016 T., 2016/256 E., 2016/1428 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 06.12.2007 T., 2006/6821 E., 2007/7876 K.: “Sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 17.09.2007 T., 2007/3700 E., 2007/5356 K.: “İnşaat sözleşmesinin 1. maddesinde, inşaatın tamamen bitiminde (anahtar tesliminde) %16 pay devri yapılacağı kararlaştırılmıştır. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre anahtar teslimi ibaresi iskan ruhsatının alınmasını da içerir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 28.02.2005 T., 2004/4417 E., 2005/1075 K., Sinerji Mevzuat. Sözleşmede inşaat ruhsatının yükleniciye yüklenmesi her zaman teslimin bu şarta bağlandığı anlamına gelmemeli, özel olarak teslim şartı olduğu belirtilmelidir. Şahiniz, s.19.

²⁹⁷ Avcı, s.58; Y. 15. HD. 28.02.2005 T., 2004/4417 E., 2005/1075 K.: “Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskân izni alınması koşulunu da kapsamakta olup HUMK.nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir.”, Sinerji Mevzuat; Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 08.06.2004 T., 2003/6242 E., 2004/3206 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23 HD. 16.12.2013 T., 2013/5231 E., 2013/8063 K. (Avcı, s.59,60).

²⁹⁸ Şahiniz, s.13; Avcı, s.53, dn.155.

birlikte, bu yönde bir karine teşkil etmektedir ve arsa sahibi bu karineyi binanın sözleşmeye uygun teslim edilmediğini ispat ederek çürütebilir²⁹⁹. Burada önemli olan, teslimin yapılmış sayılabilmesi için kullanmaya başlama değil, yüklenicinin üzerine aldığı bütün yükümlülüklerinin tamamlanmasıdır³⁰⁰. Bununla birlikte, teslim borcunun konusunu sadece tamamlanmış eserler oluşturmakta olup, tamamlanmamış bağımsız bölümlerin alınması için arsa sahibi zorlanamaz³⁰¹. Ancak, tamamlanmış bağımsız bölümleri haklı bir sebebi olmaksızın teslim almaktan kaçınan arsa sahibi alacaklı temerrüdüne düşecektir³⁰². Uyuşmazlık halinde eserin tesliminin gerçekleştiğini yüklenici ispat etmelidir³⁰³.

Kabul kavramına da değinilecek olursa, tamamlanan eserin kabulü eserin tesliminden farklıdır. Teslim için arsa sahibinin irade beyanına gerek bulunmamaktadır. Ancak eğer arsa sahibi kabul yönünde bağımsız bölümlerin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunu kapsayan irade açıklamasında bulunursa, tamamlanan yapıyı kabul etmiş sayılmalı, TBK m. 477/1 uyarınca yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmalıdır³⁰⁴.

Yüklenici zamanında kat karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan yapıyı bitirip teslimini gerçekleştirmezse temerrüde düşer ve hakkında TBK m.117 ve devamındaki borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır³⁰⁵. Bu kapsamda TBK m. 125 hükmündeki

²⁹⁹ Atamulu, s.67; Erman, *Arsa*, s.34.

³⁰⁰ Avcı, s.57. Burada ikili ayrıma gidilmelidir. Eğer taşınmazdaki eksiklikler küçük çapta olup kullanılmayı engelleyici değilse ve arsa sahibi kullanmaya başlamışsa teslimin gerçekleştiği kabul edilmeli, yüklenici ise ayıp ve eksikliklerden sorumlu olmalıdır. Fakat, taşınmazda büyük oranda eksiklik veya ayıp varsa ve arsa sahibi zaruri olarak kullanmaya başlamışsa hukuki anlamda teslim söz konusu olmayacaktır. Bkz.Avcı, s.57; Turut, s.88.

³⁰¹ Turut, s.87.

³⁰² Büyükkay, s. 79; Dayınlarlı, *İstisna*, s.194; Şahin, s.14; Atamulu, s.68.

³⁰³ Atamulu, s. 68; Avcı, s.58; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.609; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.550; Y. HGK. 08.04.2015 T., 2013/15-1976 E., 2015/1184 K, Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 17.05.2012 T., 2011/2334 E., 2012/3573 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 31.01.2013 T., 2012/6437 E., 2013/536 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 21.06.2004 T., 2003/6321 E., 2004/3464 K., Sinerji Mevzuat. İnşaat teslimi maddi bir olgu olduğundan dolayı her türlü delille ispatı mümkün olacaktır. Avcı, s.58; Atamulu, s.68; Y. 15. HD. 21.06.2004 T., 2003/6321 E., 2004/3464 K. (Atamulu, s.69 dn.188); 15. HD. 10.07.1987 T. 1987/2210 E., 1987/ 2934 K.(Atamulu, s.69 dn.188).

³⁰⁴ Atamulu, s.68; Erman, *Arsa*, s.36; Turut, s.87; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.609.

³⁰⁵ Eser sözleşmesinde ve buna bağlı olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinde işe zamanında başlamama ve işin vadesinde yetiştiremeyeceğinin anlaşılmasına ilişkin TBK m. 473 hükmü bulunmakla birlikte, yüklenicinin ifa zamanında temerrüdü ile ilgili Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmamaktadır ve bu sebeple karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde ilişkin TBK m. 123 ve devamı hükümleri uygulanmalıdır. Öz, *İnşaat*, s.142; Turut, s.89. Genel olarak borçlunun ve bu bağlamda yüklenicinin temerrüdü ile temerrüt şartları ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, *İnşaat*, s.142 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1, s.504 vd.; Dayınlarlı, *İstisna*, s.60 vd.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.85 vd.; Nomer, s. 276 vd.; Reisoğlu, s.318 vd.; Kılıçoğlu, s.709 vd.; Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme*, s.23 vd.; Kırmızı, s.668 vd.;

seçimlik haklar olan borcun ifası ve gecikme tazminatı ya da borcun ifası ve gecikme tazminatından vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini yahut sözleşmeden dönerek uğradığı menfi zararların tazminini talep edebilir. Arsa sahibinin kusurundan kaynaklanan gecikmelerde yüklenicinin temerrüdünden bahsedilmemelidir³⁰⁶.

Teslimin sonucu olarak teslimin gerçekleşmesi ile birlikte zamanaşımı süresi işlemeye başlayacak, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, arsa sahibinin karşı edimi muaccel hale gelecek, ifaya bağlanan cezalar düşecek, ayıplı işler bakımından ihbar süresi başlayacak, gecikme tazminatı bu tarihe göre hesaplanacak ve eksik işler hesabı da bu tarihteki mahalli piyasa rayiç değerine göre belirlenecektir³⁰⁷.

3.2.2.3. Sadakat ve özen borcu

Yüklenici TBK m. 471/1 hükmüne göre üstlendiği inşaatı yapma edimini, arsa sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır³⁰⁸. Yüklenicinin

Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.869 vd.; Kostakoğlu, s.580 vd.; Turut, s.90 vd.; Kayar, s.171 vd.; Ayan, Borçlar, s.373 vd.; İnan ve Yücel, s.617 vd.; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.326 vd.; İnal, s.364 vd.; Kayıhan, s.303 vd.; Ruhi, s.59 vd.; Şenyüz, s.173 vd.; Demir, s.55 vd.

³⁰⁶ Arsa sahibi, inşaatın gecikmesinde olan etkisi oranında sorumlu olmalıdır. Kostakoğlu, s.581; Ayrıca yüklenicinin kusurlu olması temerrüt için aranan bir şart olmamakla birlikte, tazminat talep edebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şarttır. Dayınlarlı, *İstisna*, s.73; Y. 23. HD. 01.03.2016 T., 2015/1938 E., 2016/1263 K., Sinerji Mevzuat. Ayrıca Yargıtay'a göre inşaatın belirlenen sürede tamamlanamaması veya verilen makul sürede işin bitmemesi yüklenicinin kusurundan kaynaklanmıyorsa gecikmeye neden olan ve yüklenicinin kusuru olmayan süre sözleşme süresine eklenmelidir. Y. 15. HD. 22.11.2007 T., 2007/239 E., 2007/7413 K.: "*Davanın açılması işin uzamasına sebep olmuş ise bu sürenin, bu arada oluşan deprem nedeniyle varsa gerekli sürenin, arsa sahibi (A) Blokun kaba inşaatı bittiğinde tapu ferağı vermekle yükümlü tutulduğundan bu konuda temerrüde düşürülmüş ise yeterli sürenin, keza 14.12.1998 tarihli ek sözleşmede bir kısım imalat değişikliklerine yer verildiğinden değişikliklerin etkisi varsa bu iş için gerekli sürenin teslim süresine eklenmesi gereklidir.*", Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 29.01.2008 T., 2007/7750 E., 2008/507 K.: "*...gecikmenin dava dışı idarenin eylem ve işlemleri ve bürokratik engellerden kaynaklanması durumunda dava tarihi itibarıyla ruhsat tarihinden itibaren teslim için öngörülen sürenin geçmemiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.*", Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 11.12.2007 T., 2006/7442 E., 2007/7996 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 14.03.2011 T., 2010/419 E., 2011/1495 K., Sinerji Mevzuat.

³⁰⁷ Avcı, s.60; Turut, s.88; Tozoğlu, s.34; Sütçü, Kat Karşılığı, C.1, s.609,610; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.537,538.

³⁰⁸ Y. 23. HD. 28.01.2014 T., 2013/5764 E., 2014/503 K., Sinerji Mevzuat. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde; eser sözleşmelerinde yüklenicinin sadakat ve özen borcuna ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktaydı ve doktrin vekalet sözleşmesine ilişkin BK m. 390/2 hükmünün kıyas yolu ile eser sözleşmelerine ve bu kapsamda kat karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi. Bkz. Erman, *Arsa*, s.37; Atamulu, s.59; Turut, s.66; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.49; Yavuz, C., Özel, s.541; Kırmızı, s.654,655. Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu m.356/1 hükmü uyarınca yüklenicinin özen borcunun hizmet akdindeki hükümlere bağlı olacağı düzenlenmesine rağmen, yüklenici genelde arsa sahibinden daha uzman biri olduğundan ve arsa

bu borcu arsa sahibi ile aralarındaki güven ilişkisine dayanmaktadır³⁰⁹. Gerçekten de karşılıklı güvenin yoğun olduğu iş görme sözleşmelerinde, arsa sahibinin işini yapan yüklenicinin, arsa sahibinin menfaatlerini daha hassas bir biçimde ve dürüstçe korumalıdır³¹⁰. Özen borcunun belirlenmesinde, TBK m. 471/2 hükmüne göre, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınmalıdır³¹¹.

Yüklenicinin sadakat ve özen borcu gereği, bağımsız bölümleri inşa ederken inşaatı teknik ve sanat kurallarına uygun yapmayı üstlenmiş olduğu ve bu işin üstesinden gelebilecek bilgi, beceri, araç ve imkanlara sahip olduğu varsayılmakta, yeterli bilgisi deneyimi olmadan işi üstlenmişse de kusurlu olduğu kabul edilmektedir³¹². Bir başka deyişle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici tacirdir ve faaliyetlerini yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Yüklenici işi yüklenirken ekonomik durumunun, uzmanlığının ve bilgisinin bu işi hatasız yapacağını bilme yükümlülüğü altında olacak, teknik bilgi gerektiren işlerde teknik kuralları bildiği kabul edilecektir. Bu sebeplerden doğacak en ufak aksaklıklar için gerekli önlemleri erkenden almalıdır, aksi halde kusurlu kabul edilecektir³¹³.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de yüklenicinin arsa sahibine teslim etmekle yükümlü olduğu inşaatı ve buna bağlı bağımsız bölümleri, başta bu borcun alacaklısı olan arsa sahibinin yararına, ona hiçbir zarar vermeden gerekli özeni ve dikkati göstererek sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına, kendisine duyulan güvene, yasa

sahibinden talimat alma hususunda bağımsız olduğundan işçiden daha fazla özen gösterme borcunun olduğu doktrinde ve uygulamada kabul edilmekteydi. Erman, *Arsa*, s. 39; Gökyayla, *Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi*, s.572,573; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.69; Kostakoğlu, s.319; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.499; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.277; Y. 15. HD. 10.01.2017 T., 2015/6030 E., 2017/92 K.: “Ancak, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da gözönünde bulundurularak sorumluluğu hizmet akdine göre çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir” Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 30.10.1991 T., 15-373 E., 1991/533 K., (Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.499). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kabulüyle m. 471 hükmü yüklenicinin özen ve sadakat yükümlülüğü hususundaki boşluğu doldurmuştur.

³⁰⁹ Atamulu, s.59; Avcı, s.53; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s. 48-49; Zevkliler ve Gökyayla, s.525; Dayınlı, *İstisna*, s.34.

³¹⁰ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.67; Atamulu, s.58; Tozoğlu, s.28.

³¹¹ Basiretli yükleniciden ne anlaşılması gerektiğinin zamanla doktrin ve uygulama tarafından belirleneceği yönünde bkz. Gökyayla, *Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi*, s.574.

³¹² Tozoğlu, s.30; Turut, s.67; Y. 15. HD. 14.10.2015 T., 2014/6559 E., 2015/5004 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 26.11.2007 T., 2007/4709 E., 2007/7534 K., (Kostakoğlu, s.327,328); Y. HGK. 08.03.2006 T., 2006/1-127 E., 2006/50 K.,(Kostakoğlu, s.330 vd.); Y. 15. HD. 10.06.2004 T., 2003/6575 E., 2004/3257 K.,(Kostakoğlu, s.334,335); Y. 15. HD. 17.01.2001 T., 2000/5569 E., 2001/272 K., Sinerji Mevzuat.

³¹³ Yener, *Arsa Payı*, s.40; Gökyayla, *Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi*, s.574.

kurallarına uygun olarak meydana getirmesi ve teslim etmesi yüklenicinin özen ve sadakat borcunun bir gereğidir³¹⁴. Yüklenici inşaatı yaparken muhtemel zararları önlemek için gereken tedbirleri de almakla yükümlüdür³¹⁵. Yüklenicinin özen borcu işin başlangıcında alınacak tedbirler ve gerekli incelemeler ile başlayıp inşaatın tamamlanıp teslimine kadar devam etmektedir³¹⁶.

Türk Borçlar Kanunu 472. maddesi yüklenicinin sadakat ve özen borcunun özellik arz ettiği durumları ayrıca düzenlemiştir³¹⁷. TBK m. 472/1 hükmü uyarınca malzemenin yüklenici tarafından tedarik edilmesi durumunda kullandığı malzemenin iyi cinsten olmaması sebebiyle iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacaktır³¹⁸. Yine TBK m. 472/2 hükmü ise, malzemenin arsa sahibi tarafından verilmesi halinde, yüklenicinin bu malzemeyi en iyi şekilde kullanmakla, bundan dolayı iş sahibine hesap vermekle ve artanı iade etmekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Bu hükmün kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanması, arsa sahiplerinin genellikle ekonomik olarak o kadar güçlü olmaması ve yüklenicinin inşaatı kendi malzemesi ile yapması sebebiyle çok gerekmeyeceği kanaatindeyiz³¹⁹. TBK m. 472/3 hükmünde de eser meydana getirilirken iş sahibinin sağladığı malzemenin veya iş sahibinin sağladığı eserin yapılacağı yerin ayıplı olduğu anlaşılırsa yahut eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesi tehlikeye düşecek başka durumlar ortaya çıkarsa yüklenicinin bu durumları iş sahibine bildirme zorunluluğu düzenlenmiştir. Eğer bildirmezse bu sebeplerden doğacak sonuçlardan kendisi sorumlu olacaktır.

Yüklenicinin özen borcu, kararlaştırılan bağımsız bölümlerin inşasından önce başlayıp arsa sahibine teslim edinceye kadar devam etmekte, bağımsız bölümlerin teslimi gerçekleşikten sonra ise bu borç ayıba karşı tekeffül borcu haline dönüşmektedir³²⁰.

³¹⁴ Turut, s.65; Tozoğlu, s.28; Avcı, s.53; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.276.

³¹⁵ Erman, *Arsa*, s.40.

³¹⁶ Kostakoğlu, s.321.

³¹⁷ Erman, *Arsa*, s.37; Usta, s.57; Turut, s.66; Kırmızı, s.655.

³¹⁸ Y. 23. HD. 25.04.2013 T., 2013/1809 E., 2013/2672 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 27.05.1987 T., 1986/2008 E., 1987/832 K.(Oy ve Haşal, s.61). Yüklenicinin malzeme ayıbından dolayı satıcı gibi sorumlu olacağı düzenlemesi, 6098 sayılı TBK ile getirilen bir düzenlemedir. 818 sayılı BK döneminde satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin mi eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı tartışılmakta iken yeni düzenleme ile satıcı gibi sorumlu olduğu belirtilerek doktrinde yapılan bu tartışmalara son verilmiştir. Gökyayla, *Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi*, s.575. 818 sayılı BK dönemindeki tartışmalar için bkz. Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.107,108.

³¹⁹ Atamulu, s.60; Erman, *Arsa*, s.37; Kırmızı, s.655.

³²⁰ Atamulu, s.64,65.; Turut, s.68; Yavuz, C., Özel, s.974; Dayınlarlı, *İstisna*, s.44; Kostakoğlu, s. 355.

Yüklenici, özen ve sadakat borcunun ihlali neticesinde TBK m.112 ve TBK m.472, m.473 hükümlerine göre sorumlu olacaktır³²¹.

3.2.2.4. İnşaatı bizzat kendisi yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma borcu

Türk Borçlar Kanunu m. 471/3 hükmü uyarınca yüklenici, eserin meydana getirilmesinde kişisel özellikleri önem taşıyorsa, eseri bizzat kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Bu hüküm eser sözleşmelerinde yükleniciye duyulan güvenin ön planda tutulmasının sonucudur³²².

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin işi bizzat yapması istisnai hallere mahsus bir durum olup, asıl olan yüklenicinin inşaatı kendi yönetimi altında yaptırmasıdır³²³. Zira kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, küçük veya büyük bir inşaatın genel olarak şahsen meydana getirilemeyeceği aşıkardığından, yüklenicinin yardımcı kişiler kullanmasında sözleşmeye aykırılık olmamalıdır³²⁴. Bu durumda, önemli olan yardımcı kişilerin yüklenicinin yönetimi altında çalışmasıdır³²⁵. Ancak, yüklenicinin yetkisi olmadan veya kişisel özelliklerinin önem arz ettiği durumlarda yardımcı kişiler kullanması halinde sorumluluğu doğacaktır³²⁶.

Yüklenicinin inşaatı kendi yönetimi ve denetimi dışında yaptırması halinde ise sözleşmenin devri söz konusu olmaktadır. Arsa sahibi tarafından yüklenicinin sözleşmeyi devretmesine onay verilmez ise, bu devir sözleşmeye ve TBK m.471/3 hükmüne aykırı olur³²⁷. Bir başka deyişle, yüklenici, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde

³²¹ Turut, s.68.

³²² Erman, *Arsa*, s.44; Tozoğlu, s.31. Genel hükümlerde düzenlenen TBK m. 83 hükmüne göre, kural olarak borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa ile yükümlü değildir. Eser sözleşmelerinde ise yüklenicinin borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmiştir. Kırmızı, s.656.

³²³ Kostakoğlu, s.324.

³²⁴ Modern ekonomideki iş bölümü anlayışına göre eser sözleşmelerinde işin başkasına devri istisna değil kural haline gelmiştir. Aral ve Ayrancı, s.325. 818 sayılı BK m. 356/2 hükmünü yüklenicinin borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmişti ve aksininin yüklenici tarafından ispat edilmesi gerekiyordu. Ancak bu karine iş bölümüne dayanan modern ekonominin gereklerine uymadığı gerekçesi ile eleştirilmekteydi. Bkz. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.71.

³²⁵ Tozoğlu, s.31; Turut, s.69,70; Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.355. Nitekim yardımcı kişilerin yüklenicinin kendilerine bıraktığı işi yerine getirmemelerinden dolayı yüklenici kusurlu olmasa da, TBK m. 116 hükmünde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu gereği sorumlu olacaktır. Zira yüklenici çalıştıracağı yardımcı kişileri seçerken ve talimat verirken özen ve dikkatle hareket etmelidir. Erman, *Arsa*, s.44; Öz, *Eser*, s.10; Kartal, *Kat Karşılığı*, s. 72; Tozoğlu, s.32; Yener, *Arsa Payı*, s.40; Turut, s.75; Öz, s.124; Kırmızı, s.656,657.

³²⁶ Yener, *Arsa Payı*, s.41.

³²⁷ Kostakoğlu, s.324.

alt yüklenicilere (taşeronlara)³²⁸ başvurabilecekse de, tüm inşaatı genel bir alt yükleniciye devretmesi TBK m. 471/3 hükmüne aykırılık teşkil eder³²⁹. Ancak arsa sahibi yükleniciye işin tamamını veya belli kısımlarını başkasına devir yetkisini sözleşmeye baştan konulan bir hükümle veya sonradan yapılacak bir anlaşma ile açıkça tanıyabilir³³⁰.

3.2.2.5. İnşaatın ayıpsız teslimi (ayıba karşı tekeffül) borcu

Yüklenici, sadece binayı tamamlayıp teslim etmekle sorumluluktan kurtulamamakta; binayı tarafların kararlaştırdığı şekilde ayıpsız şekilde teslim etmekle sorumluluktan kurtulmaktadır³³¹. Aksi halde yüklenici arsa sahibine karşı sorumlu olur³³². Bu açıdan ayıba karşı tekeffül borcu, teslim borcunun tamamlayıcısı konumundadır³³³.

Genel olarak ayıp, borçlunun vadettiği veya sözleşme ile kararlaştırılan veya gerekli olan ya da tahsis amacındaki niteliklerin teslim edilen malda olmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır³³⁴. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı bilime, fenne ve

³²⁸ Alt yüklenici (alt müteahhit) ya da uygulama ve doktrinde kullanılan adıyla taşeron; asıl yüklenici ile yaptığı bir sözleşmeye dayanarak asıl yüklenicinin iş sahibine karşı borçlandığı işin bir kısmının ya da tamamını kendi sorumluluğu altında yerine getirileceğini taahhüt eden ve asıl yüklenici tarafından görevlendirilen kendi hesabına çalışan kişidir. Erman, *Arsa*, s.45; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.77; Eren, *İnşaat*, s.65; Turut, s.72; Selimoğlu, s.104. Alt yüklenici ile yapılan sözleşme eser sözleşmesi niteliğinde olup, arsa sahibi bu sözleşmeye taraf olmadığından, alt yüklenici arsa sahibine başvuramayacaktır. Kostakoğlu, s.325. Alt yüklenicinin eylemlerinden dolayı asıl yüklenici arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır. Erman, *Arsa*, s.48. Alt yüklenicilik ve alt yüklenicilik sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, *Arsa*, s.45 vd.; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.76 vd.; Eren, *İnşaat*, s.64 vd.; Aral ve Ayrancı, s.325 vd.; Turut, s.71 vd.; Selimoğlu, s.104 vd.; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.12 vd.

³²⁹ Erman, *Arsa*, s. 44; Usta, s.60; Tozoğlu, s.32. Kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak yüklenicinin yap-sat modeli ile inşaatın yapımını alt yüklenicilere devretmesi ve yaptırması hukuken mümkün görülmemelidir. Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.273.

³³⁰ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.80. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri hakkında ayrıntılı bilgi ilerleyen bölümlerde verilecektir. Bkz. Üçüncü bölümdeki “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Devri” başlığına.

³³¹ Belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesine ilişkin TBK m.474-478 hükümlerinde düzenlenen ayıba karşı tekeffül borcunun kat karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulanması tartışmalı olmakla birlikte Yargıtay bu hükümleri kat karşılığı inşaat sözleşmesine uyguladığı görülmektedir. Avcı, s.61; Y. 23. HD. 13.02.2017 T., 2015/8033 E., 2017/367 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 20.10.2016 T., 2016/1100 E., 2016/4633 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 20.07.2010 T., 2009/3561 E., 2010/4228 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 02.11.2012 T., 2012/3950 E., 2012/6370 K.(Avcı, s.62). Aksi görüş için bkz. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.710 vd.

³³² Atamulu, s.69.

³³³ Atamulu, s.70; Avcı, s.61 Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.160.

³³⁴ Büyükcay, s.97; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.76; Atamulu, s.72; Avcı, s.61; Tozoğlu, s.34; Turut, s.108. Örneğin, sözleşmede arsa sahibi ile yükleniciye düşen bağımsız bölümlerin aynı kalitede olacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen daireler arasında kalite farkı varsa ayıplı teslim kabul edilmeli yüklenici sorumlu olmalıdır. Bkz. Y. 11. HD. 17.02.2000 T., 1999/7560 E., 2000/1182 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 24.01.2011 T., 2009/5984 E., 2011/215 K., Sinerji Mevzuat.

teknığe uygun şekilde imal etmemesi de ayıp olarak nitelendirilmelidir³³⁵. Sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da, dürüstlük kuralı gereği, yüklenicinin normal yapıdaki bir inşaatın değerini taşıyan ve kullanmaya elverişli bir bağımsız bölümün teslimi esas alınmalı, ayıba karşı tekeffül borcu bu kapsamda belirlenmelidir³³⁶. Sözleşmede kararlaştırılan bir vasfın teslim edilen bağımsız bölümlerde bulunmaması durumunda, bu eksiklik bağımsız bölümlerin kullanılmasına teknik olarak olumsuz etkide bulunmasa bile ayıplı sayılacağı kabul edilmektedir³³⁷.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olabilmesi için; eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması, ayıplı olması ve arsa sahibinin gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmesi³³⁸ şartlarının gerçekleşmiş olması gereklidir³³⁹.

Yüklenici, eksik veya ayıplı olarak inşaatı yapmış ve teslim etmişse, bu durumda da eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 475 hükmünde yer alan ayıba karşı sorumluluk uyarınca, arsa sahibinin sahip olduğu ayıbın önemine göre, sözleşmeden dönme, ayıbı giderme, bedeli indirme haklarını kabul etmekle yükümlüdür³⁴⁰. Ayrıca arsa sahibinin

³³⁵ Kostakoğlu, s.447; Tozoğlu, s.35; Turut, s.109.

³³⁶ Turut, s.109. Teslim edilen binanın ayıplı olup olmadığının tespitinde ise teknik kurallar ve yöresel uygulamalar göz önünde bulundurulmalıdır. Atamulu, s.73; Erman, *Arsa*, s.124.

³³⁷ Tandoğan, Borçlar, C.2, s.164; Kostakoğlu, s.448; Turut, s.109.

³³⁸ TBK m. 474/1 hükmüne göre iş sahibi eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.

³³⁹ Ayıba karşı tekeffül borcu için aranan şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Borçlar, C.2, s.50 vd.; Tandoğan, Borçlar, C.2, s.160 vd.; Aral ve Ayrancı, s.353 vd.; Erman, *Arsa*, s.121 vd.; Öz, *Eser*, s.104 vd.; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.77 vd.; Avcı, s.61; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.186; Usta, s.66 vd.; Kırmızı, s.692 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s.551 vd.; Atamulu, s. 70 vd.; Turut, s. 108 vd.

³⁴⁰ Ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklardan olan sözleşmeden dönme hakkı, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin masraflı olmaları sebebiyle sınırlandırılmalı, arsa sahibi ancak inşa edilen bağımsız bölümlerin ortadan kaldırılması yükleniciye büyük zararlar vermeyecekse sözleşmeden dönebilmeli, aksi halde diğer seçimlik haklarını kullanmalıdır. Nitekim TBK m. 475/3 “*Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz*” hükmü ile bu durum açıkça belirtilmiştir. Tozoğlu, s.36; Turut, s.116; Oy ve Haşal, s.69. Nitekim, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler, tamamlanarak teslim edilmiş inşaatlar bakımından uygulanacağından, genellikle dönme hakkının kullanılması mümkün olmamaktadır. Erman, *Arsa*, s.146; Kırmızı, s.700,701. Ayıba karşı tekeffülden doğan arsa sahibinin seçimlik hakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Borçlar, C.2, s.63 vd.; Tandoğan, Borçlar, C.2, s.176 vd.; Öz, *Eser*, s.94 vd.; Aral ve Ayrancı, s.359 vd.; Erman, *Arsa*, s.141 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s.558 vd.; Kostakoğlu, s.452 vd.; Gür, s.151 vd.; Kırmızı, s.697 vd.; Turut, s.113 vd.

TBK m.475/2 hükmüne göre ayıp sebebiyle uğradığı zararların tazminini isteme hakkı vardır³⁴¹.

3.2.2.6. İnşaat için gerekli iş araçları ve yapı malzemeleri temin etme borcu

Yüklenici, aksine adet veya anlaşma yoksa TBK m. 471/4 hükmü uyarınca, sözleşmede kararlaştırılan yapının meydana getirilmesi için kullanılacak araç ve gereçleri masrafları kendisine ait olacak şekilde tedarik etmekle yükümlüdür. Bu borç, yüklenicinin emeğinin neticesinde oluşacak inşaatı kendi araçları ile hazırlamayı taahhüt etmiş sayılması kuralının sonucu olup; bu nedenle yüklenici söz konusu araç ve yapı malzemelerini satın alarak ya da kiralarak sağlamalıdır³⁴². Bu araç ve gereçlerin sağlanması için yüklenicinin harcayacağı para kendi masrafları kapsamındadır ve bu araçlar için arsa sahibinden ayrı bir bedel isteyemez³⁴³.

3.3. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları yukarıda da izah edildiği üzere yüklenici ile arsa sahibi olmakla birlikte, sözleşmeye bir üçüncü kişinin çeşitli şekillerde dahil olması mümkündür. Üçüncü kişi, bir hukuki işlemin kurulmasına katılmayan kişiler olarak ifade edilmektedir³⁴⁴. Hukuki işlemi kuranlar hukuki işlemin tarafları, hukuki işlemi kurmaya katılmayanlar ise üçüncü kişilerdir³⁴⁵.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduktan sonra, borç ilişkisinin aktif veya pasif süjeleri olan arsa sahibi veya yüklenici tarafında tam veya kısmî değişiklikler meydana gelebilmesi mümkündür. Bu durum kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf değişikliği olarak adlandırılmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu ve diğer kanunlarda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafının değişmesine ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Aynı şekilde eser sözleşmesine de ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu sebeple giriş bölümünde izah ettiğimiz TBK genel

³⁴¹ Bu kapsamda arsa sahibi genel hükümlere başvurabilmelidir. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.1, s.732.

³⁴² Turut, s.76.

³⁴³ Turut, s.76.

³⁴⁴ Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s.11. Hukuki işlemin kurulmasına temsilci ile katılan veya elçi ile iradesini açıklayan kimse de sözleşmenin tarafı sayılacaktır. Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s.11.

³⁴⁵ Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s.11.

hükümlerde düzenlenen taraf değişiklikleri, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafında değişiklik meydana gelmesi halinde de kıyasen uygulanmalıdır.

Çalışma konumuzun amacı, sözleşme ilişkisinde meydana gelecek olan taraf değişikliklerini incelemek olduğundan, bundan sonraki bölümlerde bu konu üzerinde durulmuştur. Ancak yukarıda izah ettiğimiz gibi, sözleşmeden bir tarafın çıkarak yerine başka bir tarafın gelmesi anlamında olan mutlak ve nisbî taraf değişikliği ayırımına gidilmiştir. İkinci bölümde alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma ve sözleşmeye katılma yoluyla nisbî nitelikteki taraf değişikliği; üçüncü bölümde ise sözleşmenin devri ve diğer yollarla gerçekleşen mutlak nitelikteki taraf değişikliği üzerinde durulmuştur.

İKİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE NİSBÎ TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ALACAĞIN DEVİRİ (ALACAĞIN TEMLİKİ)

1.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Devri

Esas olan borç ilişkisinden doğan alacak hakkının³⁴⁶ borçlu tarafından alacaklıya ifası olmakla birlikte, ifa beklenmeden bir alacak, alacaklı tarafından devredilebilir nitelikteyse gerek iktisadi gerek ticari çeşitli etki ve sebeplerden ötürü başka birisine devredilebilir³⁴⁷. Nitekim günümüzde ekonominin hızlı gelişimine kişiler, müesseseler ve ticari şirketler ayak uydurmaya çabalarken alacağın devri kurumu gibi değişik

³⁴⁶ Alacak hakkı; şahsa bağlı bir hak olup sadece borçlusuna karşı ileri sürülmekte, mutlak nitelikteki aynı haklardan ayrılmaktadır. Baki İlkay **Engin**, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.5; Kemal **Dayınlarlı**, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, 4.Baskı, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 2010, s.58; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.556; İnan ve Yücel, s.520; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.91. Kısaca tanımlamak gerekirse alacak hakkı “hak sahibine borç ilişkisinin karşı tarafından herhangi bir edimin yerine getirilmesini isteme olanağı sağlayan haklar”dır. Engin, s.5.

³⁴⁷ Yener, *Garanti*, s.67; Karadaş, s.361; Avcı, s.109; Y. 20. HD. 20.09.2016 T., 2016/8260 E., 2016/8063 K.: “Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temliki hayat şartlarının gerektirdiği ihtiyaçlardan ortaya çıkan bir hukuk kurumudur.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 13.03.2008 T., 2008/2489 E., 2008/3215 K.: “Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temliki hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar.”, Sinerji Mevzuat.

hukuki işlemlere başvurma zorunluluğu altına girmektedirler³⁴⁸. Alacağın devri kurumu borçlunun yararına pratik sonuçlar doğurmakta, hukuki işlem yaparak borç altına giren borçlu bu sayede alacağını üçüncü bir kişiye devrederek borcunu ifa etmektedir³⁴⁹.

Kural olarak, alacaklı alacağının elde edilmesi için bir başkasını yetkilendirmek istiyorsa, o kişiye alacağı tahsil için temsil yetkisi verme, alacağı inançlı temlik yoluyla üçüncü kişiye geçirme yahut doğrudan alacağın devri ile üçüncü kişiyi alacaklı konumuna geçirme yollarından birine başvurabilir³⁵⁰. İlk iki işlemten farklı olan alacağın devri, TBK m.183 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Burada sadece nisbî haklar olan alacak haklarının devri düzenlenmekte olup, diğer hakların devrinde özel bir düzenleme yoksa bu hükümler kıyasen uygulanabilecektir³⁵¹.

Türk Borçlar Kanunu'nda alacağın devri (alacağın temlik)³⁵² düzenlenmiş olsa da tanımlama yapılmamıştır. Doktrinde, Aral ve Eren, TBK m. 183 hükmünde belirlenen unsurlara göre alacağın devrini, “*alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını, borçlunun rızasına gerek olmadan, bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye devretmesi*” olarak tanımlamışlardır³⁵³. Gümüş ise alacağın devrini, “*bir borca ilişkin alacağın sözleşme ile alacaklıdan üçüncü kişiye geçirilmesi*” şeklinde tanımlamıştır³⁵⁴. Yargıtay ise, alacağın

³⁴⁸ Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.1. Alacağın devri kurumu belli ülke sınırları içinde değil birçok ülkede milletlerarası özel hukuk alanında, bu ülkelerin gerçek ve tüzel kişileri arasında uygulama alanı gittikçe yoğunluk kazanan ve gelişen bir kurum haline gelmiştir. Bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.1 vd. Zamanla alacağın devri bir kurum olarak gelişmiş ve kıymetli evrak kurumunun gelişmesi ile de önem kazanmıştır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.556. Alacağın devri kurumunun tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.9 vd.

³⁴⁹ Hatemi ve Gökyayla, s.375.

³⁵⁰ Şener **Akyol**, *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.1,2; Yener, *Garanti*, s.69. Borçlu belli bir borcu ifa etmek için başkasındaki alacağını alacaklıya devredebilir ve bu durumda alacağın devri ya ifa yerini tutan bir edim ya da ifa amacıyla yapılan bir edimdir. Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.94; Eren, *Borçlar*, s.1258. Alacağın devri ile devreden alacaklı taraf sıfatını tamamen kaybettiğinden devralan alacaklı ifayı kendi adına talep edecektir ve bu sebeple alacağın devri işlemi, üçüncü kişinin kendi adına ifa talep edebilme yetkisinin verilmesi işleminden ayrılacaktır. Bkz. Akyol, *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, s.2. Üçüncü kişinin kendi adına ifayı talep yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, s.1 vd.

³⁵¹ Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.391. Bu sonuç TBK m. 194 hükmünden çıkarılmaktadır.

³⁵² 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda bu kuruma “*alacağın temlik*” denilmiş yeni düzenlemede temlik yerine devir terimi tercih edilerek taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devri ile alacak haklarının devri arasında terim birliği sağlanmıştır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.555.

³⁵³ Fahrettin **Aral**, “Topyekün Temlik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(AÜHFD)*, Y. 1991-1992, C.42, S.1-4, (s.93-141), s.93; Eren, *Borçlar*, s.1252.

³⁵⁴ Mustafa Alper **Gümüş**, “Alacağın Temlik Sözleşmesinin Şekli”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.10, C.10, S.12, Seçkin Yayınları, Temmuz 2011,(s.9-34), s.9. Bir başka tanıma göre alacağın devri “*alacaklı ile onu devir alan üçüncü şahıs arasında; kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça, borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen yazılı şekle bağlı*

devrini şu şekilde tanımlamıştır: “Alacağın temliki; alacaklı (yüklenici) ile onu devralan üçüncü kişi (davacı) arasında borçlunun (arsa sahiplerinin) rızasını gerektirmeden yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliği taşıyan şekle bağlı bir akittir”³⁵⁵.

Alacağın devri, tarafların anlaşması suretiyle yapılır ise iradi devir söz konusu olmaktadır. TBK’nın m. 185 hükmünde kanunî³⁵⁶ ve yargısal³⁵⁷ devir düzenlenmiştir³⁵⁸. Alacağın devri denilince kural olarak alacağın tarafların anlaşması suretiyle devri bir başka deyişle iradi devir anlaşılmalıdır ve TBK’nın alacağın devrine ilişkin m. 183 vd. hükümlerde iradi devir esas alınmıştır³⁵⁹. İradi devire ilişkin hükümler aksine bir kural bulunmadığı ve niteliğine aykırı düşmediği takdirde, kıyas yolu ile kanunî ve yargısal

sözleşme, kanun ya da kazai kararlarla gerçekleşen tasarrufi bir muameledir.” Bkz. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1096. Yine Engin, alacağın devrini, “bir alacak hakkının hakkı devreden alacaklı ile devralmak isteyen arasında kurulan ve borçlunun katılmasının gerekmediği tasarruf işlemi niteliğindeki yazılı sözleşme ile hakkın özünde bir değişiklik meydana gelmeden (olduğu gibi), devralanın malvarlığına geçirilmesi işlemi” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Engin, s.10.

³⁵⁵ Y. 14. HD. 21.11.2017 T., 2017/4131 E., 201786/38 K., Sinerji Mevzuat.

³⁵⁶ Kanunî devirde, kanunda öngörülen belirli bir olay gerçekleştiğinde alacak kendiliğinden yeni alacaklıya geçecektir, taraf iradeleri bu devir türünde rol oynamamaktadır. Kanunî devir ancak kanunda öngörülen hallerde doğup, bu hallerin başında halefiyet gelmektedir. Eren, *Borçlar*, s.1254. Örneğin, kendi payına düşenden fazlasını ödeyen müteselsil borçlu alacaklının diğer borçlulara karşı sahip olduğu alacak haklarına halef olur (TBK m.168/1). Yine mirasçılar miras bırakanın ölümü ile alacaklarına sahip olurlar (TBK m.599/1). Hatemi ve Gökyayla, s.376; Tekinay, s.265; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.556; Eren, *Borçlar*, s.1254; Reisoğlu, s.401; İnan ve Yücel, s.522; Kılıçoğlu, s.819; Kayar, s.231; Ayan, *Borçlar*, s.44; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1104,1105. Kanunî devir hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.123 vd.

³⁵⁷ Yargısal devir ise, devreden alacaklının bir irade açıklamasına ve herhangi bir şekil şartına gerek olmadan, bir alacağın mahkeme kararı ile devreden malvarlığından devralan üçüncü kişinin malvarlığına geçmesidir. Eren, *Borçlar*, s.1255; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.126; İnan ve Yücel, s.523; Kayar, s.230; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1105. Mahkeme kararıyla gerçekleşen bu devre örnek olarak, terekenin paylaşılma kararında mirasçılarının birine tahsis edilen pay içinde yer alan alacağın devri gösterilebilir. Hatemi ve Gökyayla, s.376; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.556; Eren, *Borçlar*, s.1255; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.127; Kayar, s.231; Ayan, *Borçlar*, s.45; İnan ve Yücel, s.523; Kayıhan, s.347. Alacağı devretme vaadinde bulunup da bu vaadini yerine getirmeyen aleyhine açılacak ifa davasında hâkimin vereceği kararla birlikte alacak hakkı TBK m. 185 hükmü gereği devralana geçecektir. Nomer, s.373; Tekinay, s.265; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.557; Reisoğlu, s.401; Kayar, s.231; Ayan, *Borçlar*, s.44; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1105,1106. Alacağın devri mahkeme kararının kesinleşmesiyle olacaktır. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1105.

³⁵⁸ Alacağın iradi devrine, “alacağın devri” kavramı kullanılmakta olup, kanunî ve yargısal devir olarak ifade edilen haller için alacağın devri yerine “alacağın intikali” teriminin kullanılmasının daha uygun olduğu kabul edilmektedir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.557; Hatemi ve Gökyayla, s.376; Engin, s.11; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.127. Temlik kavramı terimsel olarak alacağın sözleşmesel devrine özgülenmelidir. Gümü, *Alacağın Temliki*, s.10. Alacağın intikali bakımından üçüncü kişinin iyiniyetinin herhangi bir etkisi yoktur. Hatemi ve Gökyayla, s.379.

³⁵⁹ Hatemi ve Gökyayla, s.376; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.556; İnan ve Yücel, s.521; Kılıçoğlu, s.820; Engin, s.11,12; Kayıhan, s.346.

devire de uygulanacaktır³⁶⁰. Alacağın iradi devri kısmî veya tam, ivazlı veya ivazsız³⁶¹ yapılacağı gibi; iradi devrin sebebi ifa, tahsil, teminat veya bağışlama da olabilir³⁶².

Alacağın devri işlemi tasarruf işlemidir³⁶³. Zira alacağın devri işlemi yeni bir alacak doğurmamakta, mevcut olan bir alacağın alacaklısının yerine bir başka alacaklıya geçirmekte bu sebeple alacak hakkı üzerinde etki yapmaktadır³⁶⁴. Alacağın devri

³⁶⁰ Hatemi ve Gökyayla, s.376; Tekinay, s.266; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.556; Eren, *Borçlar*, s.1255; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.127; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1098; Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.10.

³⁶¹ İvazlı devir, devreden ile devralan, devre esas olan anlaşmada veya devir sebebinde bir bedel kararlaştırılmaması halinde söz konusu olur. İvazsız devir ise bir bedel kararlaştırılmadığında söz konusudur. Bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.128,129.

³⁶² İnan ve Yücel, s.522; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.560; Eren, *Borçlar*, s.1258; Aral, s.94; Kayar, s.230; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.127; Kılıçoğlu, s.818; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.392,393; Kayıhan, s.345,346; Şenyüz, s.212,213;; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1098. Alacaklı teminat, tahsil, bağış veya ifa amacıyla alacağını devredebilir. Alacağın devri ile alacaklara tedavül kabiliyeti kazandırılmaktadır. Kılıçoğlu, s.818; Kayar, s.229; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.392,393; Kayıhan, s.345,346; Şenyüz, s.212,213; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1098; Yener, *Garanti*, s.67,68; İnan ve Yücel, s.522; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.560; Eren, *Borçlar*, s.1258; Aral, s.94; Kayar, s.230; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.127; Kılıçoğlu, s.818; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.392,393; Kayıhan, s.345,346; Şenyüz, s.212,213. İfa amacıyla devirde, alacaklı borçludan alacağı tahsil edip üçüncü kişiye olan borcunu ifada bulunma yerine, üçüncü kişiyi alacaklı yaparak ona olan borcundan kurtulmaktadır. Tahsil amacıyla devirde alacaklı, borçludan olan alacağını tahsil etmesi için üçüncü kişiye devretmektedir. Teminat amacıyla devirde ise alacaklı alacağını üçüncü kişiye olan borcunun teminatı olmak üzere devretmektedir. Teminat amaçlı alacağın temliki; “*Bir kimsenin(inananın), bir başka kimseye(inanılana), sahibi olduğu alacağı, ona olan borcunu teminat altına almak amacı ile devrettiği ve devralan inanılanın da bu hakkı teminat amacı içerisinde kullanmayı, özellikle teminat altına alınan borç ifa edilmediği takdirde teminat olarak devredilen alaktan yararlanmayı, buna karşılık borç ifa veya diğer bir şekilde sona erdiği takdirde, alacağı inanana geriye temlik etmeyi yüklediği sözleşmelerdir*” şeklinde tanımlanmıştır. Ali Şafak, *Teminat Amaçlı Alacağın Temliki*, Legal Yayınları, İstanbul 2011, s.63. Teminat amaçlı bir alacak temliki, inançlı işlem niteliğindedir. Ancak alacağın inançlı temlikine sadece teminat amacıyla değil, tahsil amacı gibi başka amaçlarla da başvurulabilir. Engin, s.13. Akyol, *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, s.77,78; Şafak, s.63. İnançlı temlik, tahsil amacıyla da yapılabilir. Ancak doktrin ifa amacıyla yapılan devri inançlı devir olarak kabul etmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.138 vd.; Eren, *Borçlar*, s.1258. Teminat amaçlı inançlı alacağın devrinde de, tasarruf işlemini oluşturan devir işlemine alacağın devrine ilişkin TBK m.183 vd. hükümleri uygulanacaktır. Şafak, s.155. Son olarak bağış amacıyla devirde alacaklı borçludan olan alacağını üçüncü kişiye bağışlamaktadır. Kılıçoğlu, s.818; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.93,94; İnan ve Yücel, s.522; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.560. Bu türler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.128 vd. Kanun tarafından sağlanan alacağın devri imkanı banka ve diğer kredi kuruluşları tarafından sıkça kullanılmakta ve bu şekilde kredi verilebildiği gibi alacakların tahsili de sağlanmaktadır. Yener, *Garanti*, s.67.

³⁶³ Tekinay, s.241; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.559; Aral, s.94; Eren, *Borçlar*, s.1256; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.50; Nomer, s.371; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.86; Reisoğlu, s.402; Ayan, *Borçlar*, s.43; İnan ve Yücel, s.525; Kılıçoğlu, s.820; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.395; Selimoğlu, s.419; Ruhi, s.271; Şafak, s.133; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s. 150; Karadaş, s.361; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1098; Avcı, s.128; Yener, *Garanti*, s.68; Y. 20. HD. 20.09.2016 T., 2016/8260 E., 2016/8063 K.: “*Bir tanımlama yapmak gerekirse; alacağın temliki, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akit*”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 02.06.2011 T., 2011/3185 E., 2011/7135 K.,(Kostakoğlu, s.1119 vd).

³⁶⁴ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.86.

sözleşmesi borçlar kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen borç doğuran bir sözleşme niteliğinde değildir³⁶⁵. Tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için alacağı devreden tarafın alacağın devredildiği sırada fiil ehliyetine sahip olmasının yanı sıra tasarruf yetkisine de sahip olması gereklidir³⁶⁶. Kanun tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak sınırlandırılmış olmadıkça alacaklı alacağı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir³⁶⁷. Alacaklının devre konu alacak üzerinde tasarruf yetkisi yoksa devir işlemi hüküm ve sonuç doğurmaz³⁶⁸. Aynı zamanda alacağın devri sözleşmesi devreden alacak hakkını başkasına devretmekle devralanın malvarlığında artış meydana getirdiğinden kazandırıcı işlemidir³⁶⁹. Alacak teminat amaçlı devredilmişse alacağın devri, inançlı bir işlem niteliğindedir³⁷⁰.

³⁶⁵ Aral, s.93.

³⁶⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.560; Hatemi ve Gökyayla, s.377; Aral, s.94; Eren, *Borçlar*, s.1256; Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.12; Engin, s.19; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.70,71; İnan ve Yücel, s.526; Kılıçoğlu, s.820; Kayar, s.230; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.394; Ruhi, s.271; Kayıhan, s.349; Şenyüz, s.210; Şafak, s.134; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1099. Fiil ehliyeti şahsın kendisinde bulunan dahili bir nitelik, tasarruf yetkisi ise devreden ile devredilen hak arasında olması gereken harici bir niteliktir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.71. Tasarruf yetkisi, bir kimsenin bir hakka doğrudan doğruya etki edebilmesi için sahip olması gereken yetki olup, bunun için fiil ehliyetinin bulunması gerekmekte ve buna ilave olarak, işlemi yapanın işlemin konusunu oluşturan hak üzerinde tasarruf yetkisinin olması gerekmektedir. Doğan, s.22,23. Devreden devir anından sonra tasarruf yetkisini kazanması durumundaki tartışmalar için bkz. Şafak, s.134. Eren, alacaklının alacağı devrettiği anda tasarruf yetkisine sahip olmamakla birlikte daha sonra bu yetkiyi geri kazanması durumunda devirdeki geçersizliğin sağlık kazanacağını kabul etmektedir. Eren, *Borçlar*, s.1257.

³⁶⁷ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.71. Zira alacaklının kapsamda 2004 sayılı İİK m.191 hükmüne göre borçlunun iflas açıldıktan sonra iflas masasına kaydedilen alacakları üzerindeki tasarruf yetkisi sona ermektedir. Bu nitelikteki alacağı ancak iflas idaresinin izni ile devredebilecektir. Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s.412; Eren, *Borçlar*, s.1257; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1100. Aksi halde borçlunun (müflisin) masa malları üzerindeki tasarrufları geçersiz olacaktır. Bkz. Kuru, *İcra*, s.412,413. Yine terekenin resmî tasfiyesi halinde de mirasçılarının tereke alacakları üzerinde tasarruf yetkileri yoktur. Bu yönde bkz. Eren, *Borçlar*, s.1257. Tasarruf yetkisi, devreden tarafından veya onun iradi veya kanunî temsilcisi aracılığıyla kullanılacaktır. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.107. Devreden iflası halinde iflas idaresinin izni, kısıtlı veya ayırt etme gücüne sahip küçük olmasında ise kanunî temsilcinin izni veya icazeti aranacaktır. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.107. Yetkisiz temsilcinin gerçekleştirmiş olduğu devir işlemi ancak alacaklının daha sonradan vereceği onay ile geçerli olacaktır. Bu onay geçmişe etkili sonuç doğuracaktır. Eren, *Borçlar*, s.1256; Kayıhan, s.349; Şafak, s.134; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.74. Devredilen alacağın birden çok alacaklısı var ise hepsinin tasarruf yetkisine sahip olması gereklidir. Eren, *Borçlar*, s.1256; Şenyüz, s.210; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.107.

³⁶⁸ Eren, *Borçlar*, s.1256; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.109. Karşı tarafın iyiniyetli olması hükümsüzlüğü değiştirmeyecektir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.109.

³⁶⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.560; Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.12; Eren, *Borçlar*, s.1258; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.93; İnan ve Yücel, s.525; Kayar, s.230; Turut, s.144. Kazandırma işlemi niteliğindeki alacağın devrinin neticesinde, devreden malvarlığının aktif azalırken, devralanın malvarlığının aktif çoğalmaktadır. Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.12.

³⁷⁰ Şafak, s.64.

Alacağın devri işleminin sebebe bağlı olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalı olup, alacağın devri ile gerçekleşen kazandırma işleminin kaynağındaki borçlandırıcı işlemin sakat olması halinde kazandırıcı işlem niteliğindeki alacağın devrini de sakatlayacağı, bir başka deyişle alacağın devrinin sebebe bağlı (illi) olduğu görüşünde olanlar olduğu gibi³⁷¹; borçlandırıcı işlemin sakatlığının alacağın devrini sakatlamayacağını, bir başka deyişle sebepten soyut (mücerret) olduğu görüşünde olanlar da bulunmaktadır³⁷². Yargıtay'ın ise alacağın devrinin sebepten soyut olduğu doğrultusunda kararları bulunmaktadır³⁷³. Devir sözleşmesinin sebepten soyut olduğu kabul edilse de, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar devir sözleşmesinde alacağın devrinin sebebe bağlı olduğunu kararlaştırabilirler³⁷⁴.

1.2. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri

1.2.1. Genel olarak

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak taraflara kişisel hak sağlamaktadır. Taraflar bu haklarını doğrudan birbirlerine karşı ileri sürebileceği gibi, karşı tarafın rızası gerekmeksizin yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişiye de devredebilir³⁷⁵. Bir diğer kural da, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifası olup, çeşitli ticari ve ekonomik

³⁷¹ Tekinay, s.259; Eren, *Borçlar*, s.1259; Aral, s.104; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.53; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.102; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.395. Tekinay'a göre, eğer devir sözleşmesinde sebep gösterilmişse sebebe bağlı olduğu kabul edilmeli, gösterilmemişse sebebe bağlı olmadığı kabul edilmelidir. Tekinay, s.242. Kartal'a göre, alacağı devreden alacaklı ile devralan arasındaki işlem tek başına bir anlam ifade etmemektedir ve bu sebeple alacağın devri sözleşmesi sebebe bağlı sayılmalıdır. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.53. Devir işleminin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse, temeldeki ilişki geçersiz ise alacağın devri de geçersiz olmalı ve borçlu eski alacaklıya ifada bulunarak borcundan kurtulmalıdır. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.95; Aral, s.104; Eren, *Borçlar*, s.1258. Ayrıca, bu durumda alacak hakkı devredende kaldığı ve devralan bu yolla zenginleşmiş olmadığı için devralanın böyle bir alacağı devredene tekrar devretmesi de söz konusu olmayacaktır. Olsa olsa devreden yazılı devir belgesini devralana verdiği için onun iadesini veya iptal edilmesini isteyebilecektir. Eren, *Borçlar*, s.1258

³⁷² Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.560; Reisoğlu, s.401; İnan ve Yücel, s.525; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1099; Kayar, s.230; Şenyüz, s.210; Şafak, s.136. Bkz. Engin, s.30,31. Bu görüş, eskiden İsviçre'de hakim görüşü oluşturmaktaydı. Bkz. Eren, *Borçlar*, s.1259. Bu görüşe göre borçlandırıcı işlem sakat olsa dahi alacak karşı tarafa geçecektir ve devralan sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1099; Şafak, s.136; Bkz. Eren, *Borçlar*, s.1258. Bu görüşü savunan yazarlar ve bu görüşün benimsenmesi halinde ortaya çıkacak durumlar hakkında bkz. Tekinay, s.241,242. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Eren, *Borçlar*, s.1259,1260.

³⁷³ Y. 13. HD. 16.12.1976 T., 1975/1212 E., 1976/1049K.: “*Temlik borç doğuran bir akit değil, alacağı başkasına geçiren müceerret hukuki bir tasarruftur.*”, Sinerji Mevzuat; Y. 13. HD. 14.04.2011 T., 2011/2824 E., 2011/5975 K.: “*Temlik, borç doğuran bir akit değil alacağı başkasına geçiren mücerret hukuki bir tasarruftur. Bu işlemle temellük eden, alacaklının halefi olmaktadır.*”, (Ruhi, s.287,288)

³⁷⁴ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.95; Şafak, s.134; Reisoğlu, s.401.

³⁷⁵ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.151; Karadaş, s.360; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.336.

sebeplerden dolayı alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi mümkündür³⁷⁶. İşte kat karşılığı inşaat sözleşmesinde aslolan arsa sahibinin inşaat tamamlanınca vermesi gereken arsa payını yükleniciye vermesi³⁷⁷, yüklenicinin de bağımsız bölümler tamamlanınca bunları arsa sahibine teslim etmesidir. Ancak, arsa sahibi kendisine teslim edilmesi gereken bağımsız bölümler üzerinde alacak hakkı sahibi olunca, bu hakkını üçüncü kişilere devrederek kendisine gelir sağlayabilecek; yüklenici de arsa sahibi tarafından kendisine bırakılan bağımsız bölümler üzerinde alacak hakkı sahibi olunca bu hakkını üçüncü kişilere genellikle inşaatın yapımına başlamadan veya inşaat bitmeden tanıtım, broşür, reklam gibi yollarla devretmeye çalışarak inşaat için gerekli olan finansmanını sağlayabilecektir³⁷⁸. Üçüncü kişiler ise genellikle alacağın devri sözleşmesi ile birlikte bağımsız bölüm olarak ev sahibi olmak istemektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel nitelikteki alacakların devri, alacağın devri sözleşmesi ile mümkün olmakla birlikte, yüklenicinin veya arsa sahibinin üçüncü kişilere yapacağı bağımsız bölümlerin devri başka şekillerde de yapılabilir. Öncelikle kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa payları sözleşme kurulurken yükleniciye devredilse de devredilmese de yüklenici kendisine isabet edecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının satışını üçüncü kişilere vaat edebilir veya alacağın devri yoluyla devredebilir³⁷⁹.

Üçüncü kişilerin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkı, taşınmaz satışı ile kazanması da mümkündür. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, tapu sicilinde taşınmaz satış sözleşmesiyle veya noter vasıtasıyla düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle, ileride oluşacak bağımsız bölümü veya ona özgülenen arsa payını devrederek üçüncü kişilerin hak kazanmasını sağlayabilir. Nitekim alacağın devri sözleşmesi dışında tapu sicilinde satış veya satış vaadi sözleşmesi kurularak bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere devri de uygulamada sıkça rastlanılan bir durumdur. Ancak çalışma konumuz sözleşmede taraf değişiklikleri olup, Türk Borçlar Kanununda taraf değişiklikleri hükümleri altında düzenlenen alacağın devri sözleşmesini inceleyeceğiz.

³⁷⁶ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.152; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.335.

³⁷⁷ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.152.

³⁷⁸ Coşkun, s.23; Avcı, s.63. Coşkun, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu sebeple, “üçlü ilişki” haline geldiğini ileri sürmektedir. Coşkun, s.23.

³⁷⁹ Yener, *Arsa Payı*, s.135; Olgaç, s.83; Erman, *Arsa*, s.175; Coşkun, s.23; Kurt, s.341.

Bu kapsamda kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakların alacağın devri sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredilmesi konusu izah edilmeye çalışılacak, bilgi bütünlüğünü sağlaması açısından da taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişilerin hak kazanması üzerinde de durulacaktır.

1.2.2. Tarafların alacağın devri sözleşmesi ile kişisel hakkını devretmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın devri işlemi de TBK m. 183 vd. hükümlerinde düzenlenen alacağın devri sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir. Yüklenicinin veya arsa sahibinin kişisel hakkını üçüncü kişiye devretmesi, tarafların serbest iradeleri neticesinde gerçekleşen rızai bir devir sözleşmesi niteliğindedir³⁸⁰. Yargıtay da kararlarında, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devredilebileceğini kabul etmektedir³⁸¹.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından bağımsız bölüm veya arsa payı satın alan üçüncü kişileri, TBK m.205 ve m.206 hükümlerinde düzenlenen sözleşmeye katılan ve sözleşmeyi devralan kişilerden farklıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaattan bağımsız bölüm veya pay alan üçüncü kişiler, ne sözleşmeye bir taraf yanında katılan ne de sözleşmeyi tamamıyla devralan kişilerdir³⁸². Belirtmek gerekir ki, alacağın devrinin konusu borç ilişkisinin içerdiği bir alacak olup, sözleşmenin kendisi

³⁸⁰ Coşkun, s.45; Karadaş, s.362; Avcı, s.128; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.337; Y. 14. HD. 13.12.2007 T., 2007/15153 E., 2007/15935 K.: “Davacının dayanağı olan 19.04.2004 günlü temlik işlemi akdi (rızai) bir temlik işlemidir. Burada, arsa sahibinden alacaklı (yüklenici) ile üçüncü kişi arasında serbest iradeleri ile yapılan temlik sözleşmesi vardır. Genellikle de bu tür temlik sözleşmesi ile yüklenici şahsi hakkının bir kısmını olayımızda olduğu gibi bir bağımsız bölümün mülkiyetinin naklini taahhüt eder.”, Sinerji Mevzuat. Uygulamada yüklenicinin bu işlemine “inşaattan (temelden) satış” adı verilmektedir. Erman, Arsa, s.175.

³⁸¹ Y. 14. HD. 06.03.2008 T., 2008/2489 E., 2008/3215 K.: “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişide alacağın temlik hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir.”, Sinerji Mevzuat. Benzer şekilde bkz. Y. 19. HD. 29.11.2016 T., 2016/5972 E., 2016/9859 K.: “Arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yüklenici TBK’nın 183. maddesine dayanarak üçüncü kişilere temlik edebilir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 22.11.2016 T., 2016/5039 E., 2016/9717 K., Sinerji Mevzuat.

³⁸² Avcı, s.63.

değildir. Bir başka deyişle sözleşmeden doğan borç ilişkisinin tümü alacağın devri ile devredilmez, sözleşmenin devri ile devredilebilir, borçlunun rızasının alınması şarttır³⁸³.

1.2.2.1. Arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını alacağın devri sözleşmesi ile devretmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olduğundan, taraflar hem borçlu hem de alacaklı konumundadırlar. Her ne kadar yüklenicinin sahip olduğu alacak hakkının devri yaygın olsa da, arsa sahibinin de yapım halindeki bir inşaatın doğan alacağını devretmesi mümkündür³⁸⁴. Yine aynı şekilde arsa sahibi sözleşmeden doğan diğer kişisel haklarını, yükleniciye karşı olan aynen ifaya yönelik taleplerinin bir kısmı veya tamamını üçüncü kişiye devredebilir³⁸⁵. Arsa sahibi kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile kendisine birden fazla düşen bağımsız bölümün ihtiyacından fazla olması, gelir elde etmek istemesi gibi sebeplerle satışını istemekte ve üçüncü kişilere çeşitli yollarla devretmektedir³⁸⁶. Arsa sahibinin birden fazla kişi olması halinde, her bir arsa sahibi kendisine kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile bırakılan bağımsız bölümü diğerlerinin onayını aramadan bir üçüncü kişiye devredebilir³⁸⁷.

Arsa sahibi arsa payı kendi adına kayıtlı iken maliki olduğu bu payları ancak satış veya satış vaadi sözleşmesi ile devrederek üçüncü kişileri hak sahibi yapabilmektedir. Zira devre konu hak kişisel hak olmayıp mülkiyet hakkıdır. Ayrıca, arsa sahibinin bizzat kendisi devretmek yerine, mülkiyeti kendisinde tutarak, yükleniciye kendisine ait arsa paylarının satışını yapması için yetki vermesi de mümkündür³⁸⁸.

Arsa sahibine düşen tüm paylar sözleşme kurulurken yükleniciye devredilmiş ve yükleniciden bağımsız bölüm talep etme hakkı doğmuşsa, arsa sahibi bu hakkı alacağın

³⁸³ Eren, *Borçlar*, s.1262; Engin, s.25. Bu sebeple devralan alacağa değil de borç ilişkisine bağlı hakları kullanamaz.

³⁸⁴ Aydemir, s.418.

³⁸⁵ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1385; Y. 15. HD. 24.11.2011 T., 2010/7189 E., 2011/6799 K.: “Arsa sahiplerinden A. E. E. ise, B bloktaki 34 numaralı bağımsız bölümü 06.06.2003 tarihinde M. H. E.'e, 35 numaralı bağımsız bölümü 01.08.2003 tarihinde A. C. E.'e, 37 numaralı bağımsız bölümü 01.08.2003 tarihinde B. C. E.'e ve 48 numaralı bağımsız bölümü ise yine dava dışı D. Ö.'e 25.03.2004'te kayden temlik etmiştir.”, Sinerji Mevzuat.

³⁸⁶ Avcı, s.64. Arsa sahibi birden fazla satışta bulursa da bu satış işlemi ticari satış sayılamaz. Ancak aynı zamanda yüklenici ise bu durumda yüklenici sıfatı ağır basar ve satışın sonuçları farklı olur. Avcı, s.64.

³⁸⁷ Avcı, s.64.

³⁸⁸ Bu konuya ileride değinilecektir. Bkz. “1.2.3.2. Arsa sahibinin taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile kişisel haklarını devretmesi” başlığına.

devri veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile devrederek üçüncü kişileri hak sahibi yapabilir. Genellikle arsa sahibinin bir yüklenici kooperatif ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin Kurumlar vergi ve KDV muafiyetinden yararlanabilmesi için arsa sahibi başlangıçta tüm tapuyu yükleniciye devretmekte, yüklenici ise inşaatı tamamladıktan sonra arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin tapusunu geri ona vermektedir³⁸⁹. Bu durumda arsa sahibi yüklenicinin inşaatı tamamlayarak oluşturacağı bağımsız bölüm veya paylar bakımından yükleniciye karşı alacaklı konumunda olduğundan, kendi payına düşen bağımsız bölümü inşaatın devamı sırasında üçüncü kişiye kanundan veya sözleşmeden yahut işin niteliğinden kaynaklanan bir engel bulunmamak ve yazılı olmak koşuluyla ivazlı veya ivazsız olarak bağımsız bir devir sözleşmesi ile devredebilir³⁹⁰. Yargıtay, tapu kaydının yüklenici adına olması durumunda, arsa sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılan harici satış sözleşmesini alacağın devri hükümlerine göre geçerli kabul etmektedir³⁹¹. Bu sayede üçüncü kişiler devraldığı pay oranında arsa sahibinin halefi olur³⁹².

Aynı zamanda, yukarıda zikredilen Yargıtay'ın 30.08.1988 tarih 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı yükleniciden şekil kuralına uymadan bağımsız bölüm alan üçüncü şahısların cebri tescil davası açabileceğine ilişkin olup, bazı yazarlarca bu kararın arsa sahibi açısından da uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır³⁹³. Ancak aksi görüşteki

³⁸⁹ Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1520.

³⁹⁰ Selimoğlu, s.424; Aydemir, s.418; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1166; Avcı, s.84.

³⁹¹ Y. 23. HD. 02.12.2014 T., 2014/1970 E., 2014/7747 K.: “Somut olayda, davacılar H. K. ve Ö.K. tarafından bu doğrultuda yazılı bir temlik sözleşmesi sunulmamış ise de, arsa sahibi K. K.’nın adı geçen davacılar ile birlikte dava açarak talepte bulunmuş olmaları gözetildiğinde, arsa sahibi K. K. tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan haklarını, diğer davacılarla sattığı daireler yönünden temlik ettiğinin, dolayısıyla adı geçen davacıların devraldıkları daireler yönünden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak talepte bulunabileceklerinin kabulü gerekir.” Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 25.02.2015 T., 2014/10837 E., 2015/1180 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1436, dn.138. Bu kararın eleştirisi için bkz. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1437.

³⁹² Selimoğlu, s.424; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.342; Avcı, s.83. Üçüncü kişinin arsa sahibinin sözleşmeden doğan kişisel haklarına halef olabilmesi için arsa sahibinin sözleşmeden kaynaklanan haklarının üçüncü kişiye yazılı bir sözleşme ile devretmesi gereklidir. Bkz. Y. 13. HD. 15.03.2013 T., 2013/71 E., 2013/1607 K.: “...Dava, dava dışı arsa sahibinden bağımsız bölüm satın alan davacının yükleniciden gecikme cezası istemine ilişkindir. Davalı yüklenici ile davacı arasında herhangi bir akdi ilişki bulunmamaktadır. Davacının, arsa sahibinin halefi sıfatıyla sözleşmeye dayalı olarak talepte bulunabilmesi için arsa sahibi ile yüklenici arasında yapıldığı bildirilen sözleşmeden kaynaklı hakların satıcı arsa sahibi tarafından davacıya temlik edilmiş olması gerekir. Alacağın temlik kapsamında sözleşmeden doğan kişisel hakların temlik, 818 sayılı BK’nın 163. Maddesi gereğince yazılı şekilde olmadığı sürece geçerli değildir.” (Avcı, s.83,84).

³⁹³ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1440. Sütçü ve Avcı’ya göre belirli şartların gerçekleşmesi halinde arsa sahibinin yap-satçı sıfatı kazanmasına gerek kalmadan, resmî şekilde yapılmayan sözleşmeye dayalı

yazarlara göre, yüklenicinin adi yazılı şekilde yapacağı harici satış sözleşmesi alacağın devri sözleşmesi niteliğinde sayılarak geçerli bir devir kabul edilse de, arsa sahibinin bu biçimde yapacağı devirler geçersiz sayılmalıdır³⁹⁴. Nitekim Yargıtay da aksi görüşte olup, bir kararında bu görüşü, *“Yap-satçı olarak tabir edilen kişilerin yaptıkları bağımsız bölümleri inşaat aşamasındaki harici satışları ile yine arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin kendi payına düşen bağımsız bölümlerin inşaat aşamasındaki harici satışları olup, arsa sahibi konumunda olan kişilerin arsa payı karşılığı yükleniciye yaptırdıkları binada arsa sahibinin bağımsız bölüm ya da arsa payı satışında yine resmî biçim koşulu aranmaktadır. Eldeki davada ise; davalıların miras bırakanı olan arsa sahibi tapudaki payını adi yazılı sözleşmeyle davacıya sattığından olaya az önce sözü edilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanma olanağı yoktur. O halde davacının mülkiyet aktarımına ilişkin istemi reddedilmelidir.”*³⁹⁵ şeklindeki ifadelerle benimsemiştir.

Alacağın devri suretiyle arsa sahibinden bağımsız bölüm alan üçüncü kişi, aynen ifaya bağlı talepleri yükleniciye karşı ileri sürebilir³⁹⁶. Arsa sahibinden kişisel hak devralan üçüncü kişinin ifa talebini yüklenici derhal yerine getirmek zorunda olmayıp, yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği tüm def’i ve itirazları alacağı devralan üçüncü kişilere de ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Yüklenici arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişi yükleniciye karşı arsa sahibinin edimini yerine getirmediğini def’i olarak ileri sürebilir³⁹⁷. Zira arsa sahibinin yükleniciden talep edebileceği şahsi alacağı üçüncü kişiye devretmesi üzerine, üçüncü kişinin yükleniciyi ifaya zorlayabilmesi için arsa sahibinin yükleniciye karşı edimlerini yerine getirmesi şarttır³⁹⁸. Bu kapsamda arsa

olarak üçüncü kişilerin ona karşı tescil davası açma hakkı doğmalıdır. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1441; Avcı, s.80.

³⁹⁴ Coşkun, s.86; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.94; Duman, *İnşaat*, s. 1157.

³⁹⁵ Y. 14. HD. 03.07.2006 T., 2006/6394 E., 2006/7837 K., Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. HGK. 06.10.2004 T., 2004/13-420 E., 2004/443 K.: *“Tapulu taşınmazların harici satışı MK. 634 (Yeni MK. 706) B.K. 213 ve Tapu Kanunu 26. madde hükümlerine göre resmî şekilde yapılmadığından geçersiz olup, geçersiz satışlarda herkes aldığı iade ile mükelleftir.”*, Sinerji Mevzuat.

³⁹⁶ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1424; Avcı, s.86.

³⁹⁷ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1419; Y. 3. HD. 12.07.2010 T., 2010/12197 E., 2010/12640 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1419,1420.

³⁹⁸ M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.343.

sahibi inşaatın yapılacağı arsayı ayıpsız ve eksiksiz teslim etmeli, yüklenici ile işbirliği yaparak üzerine düşen diğer edimleri yerine getirmelidir³⁹⁹.

Burada belirtilmesi gereken bir husus da, arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye devredileceği kararlaştırılan bağımsız bölümlerden birini veya bunlara bağlanan arsa payını tapu sicilinde üçüncü kişiye devretmesi halinde; kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapuya şerh ettirilmiş ise, yüklenici söz konusu bağımsız bölümün kendisine devrini arsa sahibinden isteyemese de, kuvvetlendirilmiş kişisel hakkına dayalı olarak üçüncü kişiden kendisine düşen bağımsız bölümlerin devrini isteyebilir⁴⁰⁰.

Arsa sahibinden bağımsız bölüm kazanan üçüncü kişinin, eksik ve ayıplı işler sebebiyle yükleniciye başvurabilmesini ancak, arsa sahipleriyle birlikte dava açması halinde mümkün olacağı kabul edilmektedir⁴⁰¹. Bununla birlikte, arsa sahibi alacağın devrinde bulunmasa bile üçüncü kişi ile birlikte hareket ederek yükleniciye karşı beraber dava açmışsa arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklarını üçüncü kişiye örtülü olarak devrettiği kabul edilmelidir⁴⁰².

Arsa sahibinin alacak hakkını devrettiği yeni alacaklı üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki uyuşmazlıklara eser sözleşmeleri için öngörülen zamanaşımı sürelerinin, devreden arsa sahibi ile devralan yeni alacaklı arasındaki uyuşmazlıklara ise satış sözleşmesine ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekmektedir⁴⁰³.

³⁹⁹ Teslim edilen yapının ayıplı olmasından dolayı yükleniciden pay devralan üçüncü kişi ise seçimlik haklarını arsa sahibine karşı kullanamayacak, sadece ayıbın giderilmesi talebini TBK m.183 gereği alacağın devri durumunda kullanabilecek; bu haklarını TBK m. 129 hükmünde düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşme gereğince yükleniciye karşı kullanabilecektir. Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.274.

⁴⁰⁰ Coşkun, s.39,40. Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklarını arsa sahibine karşı kullanmasına engel yoktur. Coşkun, s.40.

⁴⁰¹ Coşkun, s.40.

⁴⁰² Avcı, s.84,85; Y. 15. HD. 30.05.2005 T., 2004/4852 E., 2005/3251 K.: “*Dairemizce arsa sahipleri ve sattıkları kişilerin birlikte dava açmaları halinde satın alan kişilere satılan bölüme hasren dava haklarının temlik edildiği kabul edilmektedir. Bu nedenle arsa sahibinden satın alan kişilerin dava hakları bu çerçevede incelenerek karara bağlanmalıdır.*”, Sinerji Mevzuat.

⁴⁰³ M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.343,345. Konut ve tatil amaçlı taşınmaz satışlarına ilişkin 6502 sayılı TKHK hükümleri saklıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.342 vd.

1.2.2.2. Yüklenicinin sözleşmeden doğan kişisel hakkını alacağın devri sözleşmesi ile devretmesi

1.2.2.2.1. Genel olarak

Yüklenici, kat karşılığı inşaat sözleşmesi neticesinde, bedel yerine arsa sahibinden arsa payı veya bunlara özgülenen bağımsız bölümleri alma hakkına sahip olmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenme biçimleri üçüncü kişilerin yükleniciden bağımsız bölüm kazanma yöntemlerinde belirleyici rol oynar⁴⁰⁴. Yüklenici daha işin başında kurduğu kat irtifakı sayesinde kendisine düşen bağımsız bölüm tapularını üçüncü kişilere devrederek veya arsa sahibinden üzerine devrini sağladığı tapuları satış suretiyle devrederek ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile devrini vaadederek yahut bağımsız bölüm alacağı hakkındaki kişisel hakkını alacağın devri suretiyle devrederek inşaat işini finanse etmektedir⁴⁰⁵. Üçüncü kişilerin de gerek inşaata başlamadan önce veya inşaat devam ederken gerekse inşaat bittikten sonra, bağımsız bölümlere ilişkin sözleşme yapmaları bu sayede mümkün bulunmaktadır⁴⁰⁶. Yüklenici hangi yöntemle veya hangi zamanda bağımsız bölümü üçüncü kişilere devrederse etsin, bu devir işlemlerinin kaynağını kat karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturduğundan, devir işlemi kat karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsız olarak düşünülemez⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Coşkun, s.37. Gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmelerinde farklı olarak arsa sahibinin temsilcisi sıfatıyla hareket eden yüklenici tarafından bağımsız bölümün üçüncü kişiye satışı vaat edilmekte veya inşaat tamamlanmış ise doğrudan üçüncü kişiye satışı yapılmaktadır. Bunun dışında, inşaatın tamamlanmasından sonra üçüncü kişi ile yapılan sözleşme bir taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi niteliğinde olup, henüz inşaat tamamlanmadan üçüncü kişi ile sözleşme yapılması durumunda bu sözleşmeyle arsa sahibi hem sözleşme konusu bağımsız bölüme ilişkin arsa paylarının satışını vaat etmekte hem de inşaatın tamamlanarak bağımsız bölümün teslimini taahhüt etmektedir. Alıcı olan üçüncü kişi hem satışın gerçekleştirilmesini ve arsa payının devrini hem de kendisine satışı vaat edilen bağımsız bölümün tamamlanarak teslimini talep hakkına sahip olmakta arsa sahibi ise alıcıya karşı hem satıcı hem de yüklenici gibi sorumlu olmaktadır. Ancak alıcı olan üçüncü kişi sözleşmenin eser sözleşmesi niteliği taşıyan hususları bakımından arsa sahibine başvurabileceği gibi yükleniciye de başvurabilmektedir. Zira arsa sahibi bir yandan üçüncü kişi ile arasındaki sözleşme uyarınca bağımsız bölümün tamamlanarak teslimi açısından üçüncü kişiye taahhüt altına girmekte ise de diğer yandan üçüncü kişi ile yaptığı sözleşme, söz konusu bağımsız bölümle ilgili yükleniciye karşı arsa sahibinin ileri sürebileceği haklarını üçüncü kişiye devretme niteliği taşımaktadır. Yavuz, C., Özel, s.599,600.

⁴⁰⁵ Erman, *Arsa*, s.175; Karadağ, s.365; Selimoğlu, s.423,424; Kostakoğlu, s.1101; Coşkun, s.41. Uygulamada genellikle yükleniciden kişisel hak devralan üçüncü kişilerin devir sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptığı görülmektedir. M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.335; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.180.

⁴⁰⁶ Yavuz, C., Özel, s.599.

⁴⁰⁷ Karadağ, s.365.

Yüklenici, arsa payları ve buna isabet eden bağımsız bölümler tapu sicilinde arsa sahibi adına kayıtlı iken, bu bağımsız bölümleri inşaat aşamasında şu yollarla devredebilir: Arsa sahibinden noterde satış yetkisi içeren vekalet almışsa tapuda satış işlemi ile satabilir. Buna ilaveten noterde geçerli bir şekilde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile satmayı vaat edebilir veya adi yazılı şekilde kişisel alacağını devredebilir⁴⁰⁸. Zira arsa paylarının yükleniciye düşen kısmının tescili arsa sahibi adına ise yüklenicinin üçüncü kişilere devredeceği arsa payı, sadece şahsi nitelikte bir alacak hakkı niteliğindedir. Belirtmek gerekir ki, yüklenicinin henüz mülkiyetinde bulunmayan bağımsız bölümleri taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde devretmesi, alacağın devri sözleşmesi niteliğinde değildir⁴⁰⁹.

Doktrin ve Yargıtay yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan paylarını üçüncü kişilere devretmesini alacağın devri niteliğinde sayarak, alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabul etmekte ve bu hükümler gereğince adi yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmektedir⁴¹⁰. Böylece, yüklenicinin tapu sicilinde

⁴⁰⁸ Selimoğlu, s.427,430; Coşkun, s.37; Kostakoğlu, s.1101; Erman, Arsa, s.175 vd.; Coşkun, s.37 vd.; Kırmızı, s.718,719; Avcı, s.124; Turut, s.52; Oy ve Haşal, s.136. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile yapılan devir hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun, s.90 vd.

⁴⁰⁹ Ancak ileride daha ayrıntılı değinileceği üzere, Yargıtay taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şekle uygun olarak yapılmaması halinde bu sözleşmenin geçersiz olmasının önüne geçmek amacıyla, geçersiz satış vaadini TBK m. 183 vd. hükümlerinde düzenlenen alacağın devri sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Bkz. “1.2.2.2.2.4.3. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılan devirlerde geçerlilik şekli” başlığına. Nitekim uygulamada yaygın olarak, yüklenicinin alacağını devretmesi şekli de, kendi payına düşen arsa payını veya bağımsız bölümlerin satışını üçüncü kişilere vaat etmesi şeklinde olup, bu sözleşmelerde de alacağın devrine ilişkin bazı kurallara uyulması zorunluluğu bulunmaktadır. Aydemir, s.419.

⁴¹⁰ Kartal, Kat Karşılığı, s.50,51; Erman, Arsa, s.190; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s.117; Olgaç, s.85; Kostakoğlu, s.1109; Coşkun, s.63,86; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.337; Turut, s.143; Kırmızı, s.637,638; Duman, İnşaat Hukuku, s.1154; Avcı, s.127,128; Yılmaz, s.781; Nomer, s.372; Y. 19. HD. 29.11.2016 T., 2016/5972 E., 2016/9859 K.: “Arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yüklenici TBK’nın 183. maddesine dayanarak üçüncü kişilere temlik edebilir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 08.04.2011 T., 2011/2850 E., 2011/4689 K.: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yükleniciye şahsi hak sağlar. Koşulları yerinde ise kazandığı şahsi hakka dayanarak yüklenici arsa sahibini bir şey vermeye veya yapmaya zorlayabilir. Şahsi hak kazanan yüklenici bu hakkını doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebileceği gibi arsa sahibinin rızası gerekmeksizin ve ancak yazılı olmak koşulu ile üçüncü bir kişiye de temlik edebilir. Alacağın temliki ve borcun nakli Borçlar Kanunu’nun 162 ila 181. maddelerinde düzenlenmiştir.”, Sinerji Mevzuat; Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 14.01.2013 T., 2012/5665 E., 2013/2 K., Nihat **Meydan** ve Fadime **Yapal**, Türk Borçlar Kanunu Emsal Yargıtay Kararları, Zigana Yayınları, İstanbul 2014, s.465 vd.; Y. HGK. 04.12.1991 T., 1991/14-508 E.,1991/ 634 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 14.04.2008 T., 2008/4578 E., 2008/5038 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 16.11.2001 T., 2001/7306 E., 2001/7991 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 21.01.2009 T., 2008/14-817 E., 2009/19 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 04.04.2008 T., 2008/2174 E., 2008/4625 K.,Günay, s.710; Y. 14. HD. 09.10.2006 T., 2006/8827 E., 2006/10582 K., Günay, s.710,711; Y. 14. HD. 13.03.2008 T., 2008/2489 E., 2008/3215 K., Sinerji

adına kayıtlı arsa payı bulunmasa da arsa sahibinden bağımsız bölümleri kendi adına tescil ettirme yönünde kişisel hakkının bulunması durumunda, bu hakkını adi yazılı şekilde üçüncü kişilere devretmesi TBK m. 183 vd. gereğince alacağın devri hükümlerine tabi olur.

Yükleniciye düşen veya düşmesi vaat edilen bağımsız bölümlerin veya bunlara özgülenmiş arsa paylarının üçüncü kişilere devri birçok hukuki uyumsuzlıklara neden olmaktadır⁴¹¹. Örnek olarak, yüklenicinin bir bağımsız bölümü birden fazla üçüncü kişiye satarak devretmesi yahut üçüncü kişi aleyhine sözleşmeye hüküm koyması gösterilebilir⁴¹². Yine özellikle, yükleniciden kaynaklanan bir sebeple arsa sahibinin sözleşmeyi sonlandırması halinde, alacağı devralan üçüncü kişilerin durumu da sorun teşkil edebilmektedir⁴¹³. Yeri geldikçe bu sorunlara da değinilecektir.

1.2.2.2.2. Şartları

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın yüklenici tarafından devrinde, alacağı devreden alacaklı yüklenici, alacağı devralan kişi üçüncü kişi, arsa sahibi ise borçludur. Yüklenicinin yaptığı alacağın devri sözleşmesinin tarafları, devreden yüklenici ile devralan yeni alacaklı olup arsa sahibi sözleşmenin tarafı değildir ve sözleşmeye katılımı veya onay vermesi şart değildir⁴¹⁴.

Mevzuat; Y. 14. HD. 18.02.2008 T., 2008/518 E., 2008/1796 K., Coşkun, s.42; Y. 14. HD. 14.02.2013 T., 2013/381 E., 2013/2264 K., Ruhi, s.276.

⁴¹¹ Bkz. Yılmaz, s.782; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.54.

⁴¹² Yılmaz, haklı olarak bu durumu; “uygulamadan gözlemlendiği üzere, bu tür uyumsuzlıkların ortaya çıkmasının önemli etkenlerinden biri de kötüniyetli müteahhitler karşısında, yeterince tecrübe sahibi olmayan ve ‘barınabilecek bir yuva kurma hayali ve rüyası’ içinde bulunan iyiniyetli kişilerin mevcudiyetidir. Bu iyiniyetli kişiler, üzerinde yeterince düşünmeden, kolaylıkla taşınmaz satımı işlemlerine girişebilmektedirler” şeklinde tespit etmiştir. Yılmaz, s.782. Aral, alacak hakkının birden fazla devredilmesinin sebebini, yazılı olarak düzenlenen devir sözleşmesinin bu sözleşmenin tarafı olmayan kişiler açısından aleniyet sağlayan bir fonksiyonunun bulunmaması olarak belirtmektedir. Aral, s.128.

⁴¹³ Erman, *Arsa*, s.175.

⁴¹⁴ Y. 14. HD. 08.04.2011 T., 2011/2850 E., 2011/4689 K.: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yükleniciye şahsi hak sağlar. Koşulları yerinde ise kazandığı şahsi hakka dayanarak yüklenici arsa sahibini bir şey vermeye veya yapmaya zorlayabilir. Şahsi hak kazanan yüklenici bu hakkını doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebileceği gibi arsa sahibinin rızası gerekmeksizin ve ancak yazılı olmak koşulu ile üçüncü bir kişiye de temlik edebilir.”, Sinerji Mevzuat; Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 02.06.2011 T., 2011/3185 E., 2011/7135 K.(Kostakoğlu, s.1119vd.).

Yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı devir işlemi genellikle ivazlıdır⁴¹⁵. Bu sebeple ivazlı alacağın devri sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerinde düzenlenen alacağın devrinin geçerliliği için aranan şartlar kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devrinde de aranır. Bu şartlar geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması, devredilecek alacak hakkının mevcut veya belirlenebilir olması, devir engelinin bulunmaması, devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasıdır.

1.2.2.2.1. Geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması

Alacağın devri (kanunî ve yargısal devir dışında), alacağı devreden alacaklı ile devralan üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme ile vuku bulur⁴¹⁶. Alacağı devreden ile devralan arasında irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması aranır⁴¹⁷.

Sözleşmenin geçerliliği için aranan genel şartlar, alacağın devri sözleşmesi için de aranmakta olup, bu kapsamda sözleşmede taraf iradeleri birbirine uygun olmalı⁴¹⁸, taraflar sözleşme yapma ehliyetine sahip olmalı, irade sakatlayan bir sebep bulunmamalı, muvazaalı olmamalı, konusu imkansız olmamalı, kanunun aradığı şekil kuralına uygun olmalıdır⁴¹⁹. Sözleşmede devrin kapsamı miktarı ve şartları gibi bütün esaslı noktaların belirlenmesi gerekmektedir birlikte, içeriği yüklenici ile üçüncü kişi arasında serbestçe tayin edilebilmelidir⁴²⁰. Ayrıca, alacağın devri tasarruf işlemi olduğundan, devreden alacaklının fiil ehliyetinin bulunmasının yanı sıra devredilen

⁴¹⁵ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.153; Avcı, s.128; Karadaş, s.362; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.337.

⁴¹⁶ Lale Sirmen, “İpotekli Alacağın Devredilmesi İle İlgili Bazı Sorunlar”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar*, C.XXII, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 15 Aralık 2006,(s.215-223), s.218; Tekinay, s.240; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.559; İnan ve Yücel, s.525; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.92; Kayar, s.231. Bu sözleşmeye temlik senedi, temlikname de denilmektedir. Kayar, s.233; Kayıhan, s.348.

⁴¹⁷ Devredenin tek taraflı irade beyanı hiçbir hukuki sonuç doğurmayıp devralanın açık veya örtülü kabulü gerekmektedir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.91,110. Alacağın devralınması, devralan yararına bir sonuç doğurduğundan susma şeklindeki örtülü beyan yeterli olacak, ancak devir ivazlı ise devralanın susması kabul olarak değerlendirilmeyecektir. Eren, *Borçlar*, s.1261. Devreden aynı alacağı ardarda devretmişse ilk kabulü içeren devir geçerli olacaktır. Devralanın kabul haberi devredene ulaşınca devir sözleşmesi tamamlanmış olacaktır. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.110.

⁴¹⁸ Devreden ile devralanın iradelerinin uyuşması yeterli olup, borçlunun rızası aranmamaktadır. Sadece devreden devir beyanı ile alacak devredilmez, devralanın da açık veya örtülü bir kabul beyanı aranmaktadır. Engin, s.21.

⁴¹⁹ Hatemi ve Gökyayla, s.378; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.564; Eren, *Borçlar*, s.1260; Engin, s.21; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1100,1101. TBK’nın sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri (TBK m.1-48) alacağın devri sözleşmesinde de aynen uygulanır. Ruhi, s.272; İnan ve Yücel, s.525 ; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.81,82.

⁴²⁰ Turut, s.142.

alacak üzerinde tasarruf yetkisi de olmalıdır. Aksi halde sözleşme hükümsüz olur. Yine devir sözleşmesi, aşağıda ayrıntılı şekilde incelendiği üzere, TBK m. 184/1 hükmü gereği yazılı şekil şartına uygun yapılmalıdır.

Alacağı devreden ve devralan bu sözleşmede devrin sebebinin belirtme mecburiyeti yoktur ve devrin geçerliliği için borçlunun rızasına ihtiyaç yoktur, devir işlemi borçluya bildirilmemiş olsa dahi geçerli olur⁴²¹.

Ayrıca devredilen alacak hakkının doğduğu, yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de geçerli olması, sözleşmeye konu inşaatın sözleşmeye ve imar mevzuatına uygun olması, resmî şekle uygun olarak düzenlenmiş olması gereklidir⁴²².

Yüklenicinin inşaatın her aşamasında alacağın devri sözleşmesi yapması mümkündür. Devir işlemi ile birlikte devre konu bağımsız bölümün ayrıca teslimi gerekmez⁴²³. Üçüncü kişinin devir sözleşmesine dayanarak arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için öncelikle devir işlemi ile bu sözleşmenin geçerliliğini ispatlaması gerekir⁴²⁴.

1.2.2.2.2. Devredilen alacak hakkının mevcut veya belirlenebilir olması

Devrin hüküm ve sonuç doğurması, gerçek bir alacağın olmasına bağlıdır⁴²⁵. Bir kimse mevcut olmayan veya sahibi olmadığı bir hakkı devredemez⁴²⁶. Örneğin; alacak

⁴²¹ Reisoğlu, s.402; Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.2, s.559; Eren, *Borçlar*, s.1269; Kayar, s.231; Ayan, *Borçlar*, s.43; Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.12; Y. 14. HD. 24.04.2017 T., 2016/3354 E., 2017/3344 K.: “Bilindiği üzere; alacağın devri ve borcun üstlenilmesi Türk Borçlar Kanununun 183 ila 204. maddelerinde düzenlenmiştir. Alacağın devri, alacağın ona bağlı bütün (yan ve öncelik) hakları ile birlikte devralana geçmesini sağlar ve bu işlem yapılırken borçlunun rızasının alınması gerekmez. Alacağın devri, hatta borçlunun muhalefetine rağmen geçerli olarak doğar ve hükümlerin hasıl eder.”, Sinerji Mevzuat.

⁴²² Kurt, s.344; Y. 14. HD. 15.02.2007 T., 2007/399 E., 2007/1393 K.: “Gerek yüklenicinin ve gerekse onun şahsi hakkını temlik ettiği üçüncü kişinin bir bakıma eserin bedeli olan arsa payı devrini isteyebilmesi için kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin ayakta bulunması veya geriyi etkili feshedilmemiş olması gerekir. Zira yüklenici veya onun halefi durumundaki üçüncü kişi arsa payı devrini ancak ayakta bulunan sözleşmeye dayanarak isteyebilir.”, Sinerji Mevzuat.

⁴²³ Coşkun, s.45; Y. 14. HD. 18.02.2008 T., 2008/518 E., 2008/1796 K.: “...temlik işlemi; inşaatın başında yapılabileceği gibi inşaat tamamlanmış iken dahi yapılabilir.”, Sinerji Mevzuat.

⁴²⁴ Y. 14. HD. 02.12.2014 T., 2014/8034 E., 2014/13743 K.: “Arsa sahibi ile aralarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan yükleniciden sözleşmede ona bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin, arsa sahibini (borçluyu) ifaya zorlayabilmesi için öncelikle devir işlemi ve işlemin sıhhatini kanıtlaması gerekir.”, Sinerji Mevzuat.

⁴²⁵ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.154.

hakkının doğduğu sözleşme geçersiz ise ve buna rağmen alacak hakkı devredilmişse söz konusu alacak üçüncü kişi tarafından iktisap edilemez⁴²⁷. Aynı zamanda alacak hakkı niteliği taşımayan aynî hak, yenilik doğuran hak gibi hakların alacağın devri sözleşmesi ile alacağın devri hükümlerine göre devri mümkün olmaz⁴²⁸. Ancak bazı bu türdeki haklar alacağın devriyle geçen alacağa bağlı olarak devralana geçebilir⁴²⁹.

Alacağın belirli olmaması, şarta veya vadeye bağlanmış olması, vadesinin gelmiş veya gelmemiş olması devrine engel değildir⁴³⁰. İhtilafli alacaklar ile alacağın tamamı⁴³¹ veya bölünebilir nitelikteki alacağın bir kısmı da devre konu olabilir⁴³². Alacağın zamanaşımına uğramış olması gibi alacağın mevcut olmadığı anlamı taşımayan eksik borçlardan doğan alacakların da devri mümkün olmalıdır⁴³³. Ayrıca alacak hakkının sona ermiş olması alacağın devrini engellememeli, borçlu devralan kişiye bunu def'i

⁴²⁶ Nomer, s.373; Şafak, s.92. Alacağın mevcut olmaması; hiç doğmamış olmasından, sona ermiş olmasından veya alacaklının alacağını bir başkasına geçirmiş olmasından kaynaklanabilir. Bkz. Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.2, s.566 vd.; Şafak, s.93. Mevcut olmayan bir alacağın devri, konusu bulunmaması sebebiyle geçersiz olsa da devreden, aşağıda da izah edildiği üzere TBK m.191 gereği garanti yükümlülüğü çerçevesinde sorumlu olacaktır. Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.2, s.560.

⁴²⁷ Kılıçoğlu, s.821; Nomer, s.373; Uygur, Borçlar, C.1, s.1101; Y. 14. HD. 14.03.2011 T., 2011/1958 E., 2011/3194 K.: “Geçersiz sözleşmeye dayanarak, ne yüklenici ve ne de onun temlik işleminde bulunduğu üçüncü kişi istemde bulunamayacağından...”, Sinerji Mevzuat.

⁴²⁸ Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.2, s.557,558; Eren, Borçlar, s.1264; Engin, s.24; Şafak, s.90; Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1386; Uygur, Borçlar, C.1, s.1098; Y. HGK. 23.05.2007 T., 2007/15-296 E., 2007/289 K.: “Bilindiği üzere Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleri gereğince; Kanun veya sözleşme ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça, borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir. Borçlar Kanunu'nun 162 vd. maddeleri ile düzenlenen alacağın temlik işleminin konusunun alacak hakları ile sınırlandırılmış olması karşısında, alacak niteliği taşımayan hakların, aynı hakların ve yenilik doğurucu hakların devri alacağın temlik hükümlerine tabi değildir. Aynı şekilde bir borç ilişkisinin doğurduğu bütün haklar, borçlar ve yetkilerle birlikte devredilmesi de (borç ilişkisinin devri) alacağın temlik hükümlerine tabi değildir.”, Sinerji Mevzuat.

⁴²⁹ Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.2, s.557,558. Bir yenilik doğuran hakkın kullanılması üzerine doğacak alacak hakkının devri ise alacağın devri hükümlerine tabidir. Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.2, s.558.

⁴³⁰ Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s.60; Eren, Borçlar, s.1263; Engin, s.24; İnan ve Yücel, s.523; Kılıçoğlu, s.820; Şafak, s.96.

⁴³¹ Topyekün temlik, mevcut veya müstakbel alacakların bir devir işlemi ile devredilmesidir. Topyekün temlik olarak da adlandırılan alacakların tamamının devri, kredi teminat amacıyla başvuru bir kurumdur. Teminat amacıyla yapılan temlikler içinde topyekün temlik ön planda yer almakta, bununla iktisaden güçlü olmayan ve nakit ihtiyacı içinde olan işletmeler kredi temin etmek imkanı elde etmektedir. Kredi teminatı olarak gayrimenkule sahip olmayan işletmeler için müşteri alacakları yegane teminat aracı olmaktadır. Aral, s.95 vd. Topyekün temlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 98 vd.

⁴³² Hatemi ve Gökyayla, s.379; Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.2, s.566,571; Eren, Borçlar, s.1264; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s.60; Reisoğlu, s.400; İnan ve Yücel, s.522; Coşkun, s.45. Kıymetli evraka bağlı haklar, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği için bu alacakların kısmi devri mümkün değildir. İnan ve Yücel, s.522. Alacağın devri; münferit devir, topyekün devir ve çerçeve devir olarak üçe ayrılmaktadır. Bkz. Aral, s.96,97.

⁴³³ Şafak, s.94. Aşağıda da izah edileceği üzere bu hakların devrinde devirden önce hangi hüküm ve şartlara tabi ise devirden sonra devralana da aynı hüküm ve şartlar dahilinde geçecektir.

olarak sürebilmelidir⁴³⁴. Alacağın devrinin konusu olan alacak hakkı emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına da aykırı olmamalıdır⁴³⁵.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, devredilebilecek alacak hakkının konusu bağımsız bölümler veya bunlara özgülenen arsa payıdır. Bu alacak bölünebilir niteliktedir. Bu sebeple kısım kısım devri mümkün olup yüklenicinin arsa payına düşen bağımsız bölümlerin tamamını değil de, her birini farklı farklı kişilere devretmesi mümkündür⁴³⁶. Bu hallerde alacağın kısmî devri söz konusu olur⁴³⁷. Ayrıca burada belirtmek gerekir ki, üçüncü kişiye alacak hakkının değil de, bu alacak hakkını talep ve dava haklarının devredilip edilmeyeceği doktrinde tartışılmakta olup, Tekinay'a göre bu haklar alacağa sıkı sıkıya bağlı haklar olduğundan, talep ve dava haklarıyla alacak hakkı bölünemez, bu sebeple alacak hakkından ayrı olarak temlik kabul edilemez⁴³⁸. Bir dava açıldıktan sonra ise dava konusu alacağın devri mümkün olmakla birlikte bu durumda HMK m.125 hükmü uygulanarak sonuca bağlanmalıdır⁴³⁹.

Genellikle inşaatın devam ettiği süre içinde yapılan devirlerde, yüklenici henüz kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcunu tam olarak yerine getirmediğinden, doğmuş mevcut bir alacak bulunmamakta, ileride doğması muhtemel bir alacak söz konusu olmaktadır⁴⁴⁰. Henüz doğmamış (müstakbel) alacakların devrinin mümkün olup olmadığı hususunda doktrin, doğmamış alacakların da belirli olması koşuluyla devredilebileceğini kabul etmektedir⁴⁴¹. İsviçre Federal Mahkemesi de, daha sonra doğacak bir alacağın yeterince belirlenmiş veya belirlenebilir olması ve devreden

⁴³⁴ Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.60.

⁴³⁵ Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.62.

⁴³⁶ Turut, s.143; Coşkun, s.45; Y. 15. HD. 08.06.2011 T., 2011/1704 E., 2011/3386 K.: “*Davacılar, 01.08.2008 tarihli temlik sözleşmesi ile, dava dışı S. ve C. A.'in, davalılarla imzaladığı 20.05.2002 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan hak ve alacaklarından bir kısım payını temlik almışlar ve eldeki davayı bu temlike dayanarak açmışlardır.*”, Sinerji Mevzuat.

⁴³⁷ Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.159.

⁴³⁸ Tekinay, s.250. Aksi görüşler için bkz. Tekinay, 250.

⁴³⁹ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.166,167; Karadaş, s.368. HMK m. 125 hükmüne göre, davanın açılmasından sonra davalı dava konusunu devrederse davacı, devralan üçüncü kişiye karşı davaya devam etmek veya devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürmek haklarından birini kullanabilir. Dava konusu davacı tarafından devredilirse, dava konusunu devralan kişi davacı yerine geçerek, dava kaldığı yerden devam eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, s.304 vd.

⁴⁴⁰ Coşkun, s.46.

⁴⁴¹ Hatemi ve Gökyayla, s.378; Tekinay, s.248; Eren, *Borçlar*, s.1263; Aral, s.109; Engin, s.24,29; Nomer, s.373; Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.59,162; Reisoğlu, s.400; Kılıçoğlu, s.821; Selimoğlu, s.419; Kayar, s.233; Şafak, s.97; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1101; Yener, *Garanti*, s.68. Doktrindeki tartışmalar hakkında bkz. Aral, s.109 vd. Müstakbel alacakların devrine ya teminaten devir ya da faktoring işlemi sebebiyle başvurulun topyekün temlikler kapsamında rastlanılmaktadır. Engin, s.29.

ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlamamış olması ve kişilik haklarına tecavüz etmemesi şartlarıyla devredilebileceğini kabul etmektedir⁴⁴². Yargıtay da muhtemel bir alacağın devredileceğini kabul etmektedir⁴⁴³. Nitekim bugün artık müstakbel alacakların tartışmasız olarak devredileceği kabul edilmelidir⁴⁴⁴. Zira alacağın devri hususunda pratik ihtiyaçlara ancak bu şekilde cevap verilir. Bu kapsamda şarta ve süreye bağlı alacaklar ile henüz doğmamış alacaklar da devredilebilir. Fakat ileride doğacak alacağın devrinde borçlunun kimliği, hukuki sebep ve miktar belirli olmalıdır⁴⁴⁵. Belirlilik hususunda da tartışma bulunmakla birlikte, baskın görüşe göre alacağın doğumu anında veya devralanın öne sürdüğü anda yeterince belirlenebilir olması yeterli olmalıdır⁴⁴⁶. Böyle bir durumda alacağın devri devredenin alacağı kazandığı anda hüküm ifade edecektir⁴⁴⁷.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi taraflarına, sadece bağımsız bölümler üzerindeki alacak hakkını değil, sözleşme ilişkisinden doğan alacak haklarını da sağlar ve bu hakların da devri mümkündür. Örneğin, yüklenici sözleşmenin geçmişe etkili dönülmesi sonucu arsa sahibinden imalat bedeli talep etme konusundaki alacağının tamamını veya bir kısmını üçüncü kişiye devredebilir ve üçüncü kişi devir sözleşmesine göre arsa

⁴⁴² Bkz. 1. Droit Federal, 30.03.1987, No:6, Kemal **Dayınlarlı**, *Federal Mahkeme İçtihatları*, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 2001, s.143 vd.; *Masse en faillite Preisig and Co c. Ferd'k Ludewing and Co RO 57 II 537*, Karl **Oftinger** ve Raymond **Jeanpretre**, Çeviren: Kemal **Dayınlarlı**, Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, 2. Baskı, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1990, s.266 vd.

⁴⁴³ Y. 13. HD. 17.01.2013 T., 2012/4611 E., 2013/747 K.: “Alacağın temlikinde asıl olan alacak hakkının devridir. Bu alacak temlik anında var olmayıp, muhtemel bir alacak da olabilir. O halde davacı temlik hükümlerine göre davalıya karşı dava hakkına sahiptir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 21.04.2015 T., 2015/1583 E., 2015/2100 K., Sinerji Mevzuat ; Y. 13. HD. 13.03.2012 T., 2012/1022 E., 2012/6125 K., Ruhi, s.283,284.

⁴⁴⁴ Oftinger ve Jeantpretre, Çeviren: Dayınlarlı, s.268.

⁴⁴⁵ Oftinger ve Jeantpretre, Çeviren: Dayınlarlı, s.267; Hatemi ve Gökyayla, s.378; Aral, s.109; Engin, s.29; Reisoğlu, s.400. Örneğin, “ileride lehime doğacak herhangi bir alacağı sana olan borcumu ifa etmek amacıyla devrediyorum” şeklindeki belirsiz devirler geçerli sayılmamalı; ancak örneğin kiraya verenin henüz doğmamış ilerideki aylara ilişkin kira bedeli alacağının devri geçerli olmalıdır. Bkz. Hatemi ve Gökyayla, s.378,379. Alacak devir sözleşmesinden sonra doğacaksa devreden mi yoksa devralanın mı üzerinde doğacağı tartışmalı olmakla birlikte, doğrudan devralanın üzerinde doğacağı görüşünde olanlar olduğu gibi, devredenin hukuk alanında doğacağı ancak yapılmış olan temlik nedeniyle derhal devralanın hukuk alanına geçeceğini ileri süren yazarlar da mevcuttur. Bkz. Eren, *Borçlar*, s.1263; Engin, s.33,34; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.61.

⁴⁴⁶ Aral, 115; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.61; Engin, s.29. İsviçre doktrininde de baskın görüş bu şekildedir. Naklen:Dayınlarlı, *Federal*, s.144; Oftinger ve Jeantpretre, Çeviren: Dayınlarlı, s.268. Şafak’a göre alacağın tasarruf işlemi anında belirli olması aranmalıdır, zira alacağın devri işlemi bir tasarruf işlemidir. Şafak, s.100.

⁴⁴⁷ Nomer, s.373.

sahibinden talepte bulunabilir⁴⁴⁸. Yine yüklenici fazladan yaptığı imalat bedeli gibi aynen ifaya yönelik alacağını da üçüncü kişiye devredebilir⁴⁴⁹.

Yargıtay 24.04.1978 tarih 3/4 karar nolu İçtihadı Birleştirme Kararında, kat irtifakı kurulmasının üçüncü kişinin hak kazanımı için şart olmadığını, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadan önce noterlerce düzenlenen satış vaadi sözleşmesinin geçerli olduğunu ve üçüncü kişilerin kazanımının korunacağını kabul etmiş olup, aynı durum üçüncü kişinin alacağın devri sözleşmesi ile hak kazanması halinde de geçerli sayılmalıdır⁴⁵⁰. Nitekim taşınmazda henüz kat irtifakı veya mülkiyeti kurulmamış ise üçüncü kişilere devir edebileceği bağımsız bölümler belli değildir, ancak belirlenmesi mümkündür ve bunun için tüm bina ve arsanın ayrı ayrı değerlendirilmesi, sözleşme konusu bölüme tekabül eden arsa payının saptanarak devralan adına tescili gerekmektedir⁴⁵¹.

1.2.2.2.3. Devir engelinin bulunmaması

Sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekaletsiz iş görmeden doğan her türlü alacak devredilebilir, devre konu alacağın hangi kaynaktan doğduğu kural olarak önem taşımaz⁴⁵². Tarafların dilediği alacakları devretmesi kural olmakla birlikte⁴⁵³; kanundan⁴⁵⁴, sözleşmeden⁴⁵⁵ veya işin niteliğinden⁴⁵⁶ kaynaklanan devir engellerinin bulunması halinde alacak devredilemez (TBK m. 183/1).

⁴⁴⁸ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1384.

⁴⁴⁹ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1385; Y. 15. HD. 28.11.2005 T., 2005/1360 E., 2005/6389 K., Sinerji Mevzuat.

⁴⁵⁰ Coşkun, s.35,36; Y. 14. HD. 22.03.2007 T., 2007/1951 E., 2007/3070 K.: “*Taşınmaz üzerinde kat irtifakının kurularak 6 numaralı bağımsız bölümün sicilde müstakil bir hak olarak henüz yazılmamış olması geçerli temlikler karşısında bu davanın reddine neden teşkil etmez.*”, Sinerji Mevzuat.

⁴⁵¹ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.55. Hukukta bu işleme tahvil adı verilmekte ve buna göre mevcut sözleşmenin yapılan işlem ile ifasının mümkün olmaması halinde, onun içinde esasen varolan diğer bir şeyle dönüştürülerek ifa olanağı sağlanmaktadır. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.55.

⁴⁵² Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.571; Hatemi ve Gökyayla, s.379; Eren, *Borçlar*, s.1263; Aral, s.95; Engin, s. 24; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.58; Reisoğlu, s.400; İnan ve Yücel, s.524; Kayar, s.233; Kayıhan, s.348; Şenyüz, s.211; Şafak, s.91; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.150; Özenli, s.17. Borçlar hukuku dışında kalan alacaklar da temlik edilebilmektedir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.58. Aynı şekilde eşya, miras, aile hukukundan doğan alacaklar da devre konu olabilecektir. Eren, *Borçlar*, s.1264.

⁴⁵³ Bu kural “*devir serbestisi*” olarak adlandırılmaktadır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.571; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.391.

⁴⁵⁴ Örneğin, konut ve çatılı işyeri kiralarda kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça kiracının kullanma hakkı TBK m.322 hükmü gereği devredilmesi yasak olan alacak haklarından. Yine ürün kirasında kiracı kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı kullanma ve işletme hakkını TBK m.366 hükmü gereği devredemez. Bir kimsenin ileride sahip olacağı tüm alacakları devretmesi de TMK m. 23

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir alacağın devri mümkündür ve devir işlemi için kural olarak devrin kanun hükmüne, sözleşmeye veya işin niteliğine göre engellenmemiş olması aranmaktadır⁴⁵⁷. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından kanunlarda alacağın devrini engelleyici bir hüküm bulunmadığı gibi, kat karşılığı inşaat

hükmüne aykırıdır ve kanunen devredilmesi yasaktır. TMK m.25/4 gereği manevî tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez. Hatemi ve Gökyayla, s.379; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.565,572; Eren, *Borçlar*, s.1264; Engin, s.26; Kılıçoğlu, s.822; Kayar, s.233; Ayan, *Borçlar*, s.45; Kayıhan, s.348; Şafak, s.90. Tekinay’a göre manevî tazminat hakkının devri için ayırım yapmak gerekir. Manevî tazminat alacağı sorumlu kişi tarafından kabul edilmiş veya tazminata mahkemece hükmedilmişse bu alacağın devrine izin verilmeli, bu alacağın şahsa bağlı niteliği mahkeme kararı veya kabulü hükmünü yitirmelidir. Tekinay, s.246. Ancak manevî tazminat davasının devredilebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.180. TBK m. 380/2 gereği ödünç alan (ariyet alan) ödünçü başkasına kullanıramaz; TBK m. 619 hükmüne göre ölünceye kadar bakma alacaklısı hakkını başkasına devredemeyecektir. Tekinay, s.244,245; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.571 ,572; Eren, *Borçlar*, s.1264; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.187; Kayar, s.233; Ayan, *Borçlar*, s.45; İnan ve Yücel, s.524; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.391; Şafak, s.90; Akyiğit, s.190; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1096. Yine işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası TBK m. 410 hükmü gereği devredilemez. Kamu hukukundan doğan vergi alacağı gibi alacaklar devredilemez. Eren, *Borçlar*, s.1264; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.187,188; Kılıçoğlu, s.823; Şafak, s.90. Vergi alacağı devredilememekle birlikte, vergi yükümlülüğünün başkasına geçmesi farklı bir durum olup, vergi yükümlülüğünün başkasına geçmesi mümkündür. Bkz. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.84,85. Kanunda öngörülen devredilemeyen alacaklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.175 vd.; Şafak, s.101 vd.

⁴⁵⁵ Sözleşmede kararlaştırılarak alacak hakkının devredilmesi engellenebilir. “Devretmeme anlaşması” olarak da nitelendirilen bu sözleşme şekle bağlı değildir, açık veya örtülü bir sözleşmeden doğabilir. Hatemi ve Gökyayla, s.380; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.574; Engin, s.26; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.188; Şafak, s.116; Akyiğit, s.191; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1096. Ancak alacak, kıymetli evraka bağlanmışsa devir engelini içeren anlaşma da yazılı yapılmalıdır. Şafak, s.116. Uygur’a göre, devir engelini içeren sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için devir engelinin yazılı olması ve bu şartın borç senedinde belirtilmiş olması gereklidir. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1096.

⁴⁵⁶ Örneğin, nafaka alacakları şahsa bağlı olduğu için temlik edilemeyecektir. Reisoğlu, s.404; Tekinay, s.245; Eren, *Borçlar*, s.1265; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.199; Ayan, *Borçlar*, s.46; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.391; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1097. Ana babanın çocuk malları üzerinde yararlanma hakkı (TMK m.354), eşlerin her birinin diğerinin ailenin geçimi için gerekli giderlere katılmasını isteme hakkı (TMK m.196) gibi alacaklar da mahiyeti gereği devredilemez. İnan ve Yücel, s.524. Eskiden manevî tazminat alacakları bu guruba sokulmaktaysa da 4721 sayılı TMK m.25/4 hükmüyle özel olarak düzenlendiğinden artık kanunî devir engeli başlığı altında değerlendirilmektedir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.573. İşin niteliği sebebiyle devir engelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurbey, *Sorunlar*, C.5, s.497 vd.; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.193 vd.

⁴⁵⁷ Y. 14. HD. 06.11.2017 T., 2017/2217 E., 2017/8114 K.: “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri yükleniciye kişisel hak sağlar. Yüklenici inşaat yapımı sebebi ile kazanacağı kişisel hakkını arsa sahibinden doğrudan isteyebileceği gibi bu hakkı işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça veya sözleşmeyle yasaklanmadıkça Borçlar Kanununun 162. maddesinden yararlanarak üçüncü kişilere devredebilir”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 02.06.2011 T., 2011/3185 E., 2011/7135 K.: “Her ne kadar temlik işlemi yapılırken borçlunun rızası gerekmez ise de, Borçlar Kanununun ilgili maddesi uyarınca temlikin geçerliliği için kanun veya sözleşme ile ya da işin mahiyeti icabı temlik yapan kişinin men edilmemiş olması gerekir.”, Sinerji Mevzuat ; Y. 14. HD. 15.06.2007 T., 2007/5813 E., 2007/7560 K.: “Yükleniciden şahsi hakkını temellük eden üçüncü kişi de, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya halin gidişinden temlikin yasaklanmadığı anlaşılırsa, temellük aldığı hakka dayanarak arsa sahiplerini tescile zorlayabilir. Ne var ki somut olayda, davalılar arasındaki 19.03.1986 tarihli sözleşme hükmen feshedilmiş ve ileriye etkili feshe ilişkin mahkeme hükmü Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir.”, Sinerji Mevzuat.

sözleşmesinin mahiyeti de alacağın devrini engelleyecek nitelikte değildir⁴⁵⁸. Ancak iflas eden yüklenicinin tasarruf yetkisi kanun uyarınca kaldırılırsa, iflastan sonra yapacağı devir işlemi kanundan kaynaklanan devir engeli sayılır ve geçersiz olur⁴⁵⁹.

Taraflar sözleşme ile kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devrini engelleyebilir. Bu durumda artık alacağın devri sözleşmesi yapılamaz⁴⁶⁰. Devir engeli koyan bu sözleşme alacağı doğuran asıl sözleşmeye eklenebileceği gibi ayrı bir sözleşmeyle de kabul edilebilir⁴⁶¹. Bu sözleşme ile taraflar devri tamamen yasaklayabilecekleri gibi kısmen de yasaklayabilir⁴⁶². Bir başka deyişle, taraflar devir yasağını belli kişi veya kişilere karşı ya da belli bir süre ile sınırlı koyabilir⁴⁶³. Sözleşmede alacağın devri yasağı varsa, yükleniciden haricen bağımsız bölüm alanların arsa sahibinden talepte bulunmaları mümkün değildir, arsa payı sahibi (borçlu) devralana borcunu ifa etmek zorunda değildir⁴⁶⁴. Yasak konulmuş olmasına rağmen alacak devredilmiş ise devralan üçüncü kişiye karşı borçlu, yani arsa sahibi devir yasağını ileri sürerek ifa talebini reddedebilir⁴⁶⁵.

⁴⁵⁸ Turut, s.143,144. Yürürlükte bulunan kanunlarda taşınmaz satış vaadinden doğan hakların devredilmesini engelleyen bir kural bulunmamakta, işin niteliği de engel olmamaktadır. Özenli, s.18.

⁴⁵⁹ Karadağ, s.362.

⁴⁶⁰ Coşkun, s.46; Avcı, s.136; Y. 14. HD. 02.06.2011 T., 2011/3185 E., 2011/7135 K.: “Her ne kadar temlik işlemi yapılırken borçlunun rızası gerekmez ise de, Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca temlikin geçerliliği için kanun veya sözleşme ile ya da işin mahiyeti icabı temlik yapan kişinin men edilmemiş olması gerekir. Davalılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ilgili maddesinde ise aynen yüklenici firma kendine ait parselleri isterse kooperatif şeklinde, isterse yap-sat şeklinde yapmakta serbesttir. Temlik edemez veya sözleşmeyle doğan haklarını bir başkasına veya firmaya devredemez. Hükmü bulunmaktadır. Görülüyor ki, sözleşmenin bu hükmüyle yükleniciye temlik yasağı getirilmiştir. Bundan dolayı da davacı üçüncü kişi, yüklenicinin yaptığı temlike dayanarak davalı arsa sahibinden mülkiyet nakli talebinde bulunamaz.”, Sinerji Mevzuat. Ancak, yüklenici inşaatı eksiksiz teslim ile kişisel hakların sahibi olacağından, devir engeli bulunsu bile kural olarak inşaatın tamamlanıp teslimiyle devir devralan üçüncü kişi tarafından arsa sahibine karşı ileri sürülebilir, inşaat eksik veya ayıplı teslim edilmişse de yüklenicinin halefi olarak bunların bedelini ödeyerek arsa sahibinden ifa talep edebilir. Avcı, s.137; Y. 14. HD. 02.12.2014 T., 2014/8034 E., 2014/13743 K., Sinerji Mevzuat.

⁴⁶¹ İnan ve Yücel, s.524. Taraflar devri ya devir sözleşmesini yaptıkları sırada ya da daha sonra yasaklayabileceklerdir. Eren, *Borçlar*, s.1265.

⁴⁶² Eren, *Borçlar*, s.1265.

⁴⁶³ Coşkun, s.47.

⁴⁶⁴ Özenli, s.18; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1386; Y. 15. HD. 30.11.2011 T., 2010/5099 E., 2011/7046 K.: “Sözleşmeye dayalı temlikin şartlarından birisi de sözleşmede temlik yasağının bulunmamasıdır. Taraflar arasındaki sözleşmenin başlıklı maddelerinde sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin devredilemeyeceği belirtilerek yüklenici kooperatife temlik yasağı getirilmiştir. Mahkemece; sözleşmede temlik yasağı bulunduğu gibi, yüklenici kooperatif tarafından müdahil A. C...’e yapılmış geçerli bir temlikin de bulunmadığı dikkate alınarak yüklenici kooperatif tarafından açılan davaların esasının incelenmesi ve sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, temlik nedeniyle taraf sıfatının kalmadığından bahisle davaların reddi doğru olmamıştır.”, Sinerji Mevzuat.

⁴⁶⁵ Coşkun, s.47.

TBK m. 183/2 hükmünde düzenlenen devir yasağının yazılı bir borç ikrarına dayanarak alacağı devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği hükmü, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan alacağın devrinde de geçerlidir. Bu halde borçlu devir yasağını ileri süremiyorsa, uğradığı zararı devredenden tazmin edebilir⁴⁶⁶.

1.2.2.2.4. Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin geçerlilik şekline uygun yapılması

1.2.2.2.4.1. Alacağın devri sözleşmesi şeklindeki devirlerde geçerlilik şekli

Alacağın devri sözleşmesi TBK m.184/1 hükmünde yazılı şekilde yapılma şartına bağlanmıştır. Burada aranan geçerlilik şartı, adi yazılı şekildir⁴⁶⁷. Devredilen alacağın doğduğu sözleşmenin resmî şekle tabi olması veya hiçbir şekle tabi olmadan sözlü olarak yapılması bu açıdan önem taşımaz⁴⁶⁸. Kanun koyucu şekil şartını, alacağın borçlusunu korumayı, özellikle birden fazla devir yapıldığında belirli bir anda alacağın kime ait olduğunu kolayca tespit edebilmeyi, devreden ve devralan açısından işlem güvenliğini sağlamayı ve ayrıca devralanın borçluya karşı alacağa hak sahibi olduğunu ispatlamasında kolaylık sağlamayı amaçlayarak koymuştur⁴⁶⁹.

Şekle tabi olan sadece alacağı devredeninin beyanıdır⁴⁷⁰. Bu sebeple, hem doktrinde hem de uygulamada kabul edildiği üzere, sözleşmede devredeninin imzasının bulunması yeterli

⁴⁶⁶ Coşkun, s.47.

⁴⁶⁷ Y. 14. HD. 26.03.2007 T., 2007/2042 E., 2007/3159 K.: “Somut olayda, davacının dayandığı 1.11.1994 günlü adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterde resmî biçimde yapılması şartı aranmaz.”, (Karadaş, s.361). İsviçre Federal Mahkemesinin aynı yönde kararı için bkz. *Masse en faillite Silkbryner AG c. Tamborin RO 88 II 18, JdT 1962 300*, Oftinger ve Jeanpetre(Çeviren: Dayınlarlı), s. 270 vd. Bu kararda Federal Mahkeme, “Yazılı temlik, diğer amaçları yanında, temlik eden alacaklıları korumayı öngörür. Belli bir zamanda, henüz temlik edene ait olan veya eldeğiştirmiş olan bir alacağın, hala temlik edene ait olduğunu tespit ettirmede yararları vardır” diyerek devrin yazılı şekle tabi olduğunu belirtmiştir. Oftinger ve Jeanpetre(Çeviren: Dayınlarlı), s. 273. Alacağın devrinde aranan yazılı şekil, devir sözleşmesinin resmî şekilde yapılmasına engel değildir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.77; Selimoğlu, s.419; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.92; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.335. Nitekim aranan bu şekil şartı kanunî şekil şartı olup, taraflar anlaşarak daha ağır bir şekil kararlaştırabilirler, ancak hafifletemeyecekleri yönünde bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.565; Engin, s.21,22; Şafak, s.131.

⁴⁶⁸ Ayan, *Borçlar*, s.47 dn.70; Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.14.

⁴⁶⁹ Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.13; Eren, *Borçlar*, s.1261; İnan ve Yücel, s.525. Aynı zamanda yazılı şekil şartı alacağın devrini, alacağın devri vaadinden ayırt etmesi açısından da fayda sağlamaktadır. Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.14.

⁴⁷⁰ Nomer, s.372; Tekinay, s.243; Yener, *Garanti*, s.69.

olup, devralanın imzasına gerek bulunmamaktadır⁴⁷¹. Ancak devralanın alacağın devri konusunda anlaşma yönünde kabul irade beyanı şarttır⁴⁷². Alacağın sözleşmesel olarak geçişinin imzalı devir (temlik) senedinin devralana devri, bir başka deyişle devralanın zilyetliğine ulaşması ile olacağı kabul edilmektedir⁴⁷³. Devir işleminin bütün esaslı noktaları, devre konu alacak, tarafların devir iradesi açık bir şekilde sözleşmede belirtilmelidir⁴⁷⁴.

Alacağın devri sözleşmesinin yapıldığı esnada, arsa payı veya bunlara tekabül eden bağımsız bölümlerin henüz yüklenicinin adına tescil edilmediği kat karşılığı inşaat sözleşmesi türlerinde, yüklenicinin üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmeden doğan alacak hakkını devir sözleşmeleri çalışmamız açısından incelenmesi gereken asıl konudur⁴⁷⁵. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ise yüklenicinin alacağı devretmesi, söz konusu alacak arsa payı veya ileride doğacak bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devri olduğundan özellik taşımaktadır⁴⁷⁶. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin arsa sahibinden arsa payının veya ileride doğacak bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devri alacağını üçüncü kişilere devretmesini konu edinen devir sözleşmesinin şekli tartışma konusu olmuştur.

⁴⁷¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.565; Reisoğlu, s.403; Tekinay, s.243; Eren, *Borçlar*, s.1261; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.81; Öz, *İnşaat*, s.103; Kılıçoğlu, s.825; Kayar, s.234; Ayan, *Borçlar*, s.47; İnan ve Yücel, s.526; Ruhi, s.271; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.395; Kayıhan, s.348; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.92; Karadaş, s.362; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1103. Devir ivazlı olduğu takdirde şüphesiz iki tarafın imzalaması aranacaktır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.565; Öz, *İnşaat*, s.103; Ayan, *Borçlar*, s.47; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.336. Gümüş'e göre bu durumda da yalnızca devreden imzası yeterli olacaktır. Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.17. Taraflar anlaşmışsa beyaza devir adı verilen alacağı ve devredilene bilmeksizin devreden imzasını içeren devirler de geçerli sayılmalıdır. İnan ve Yücel, s.526; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.566.

⁴⁷² Alacağın devri işleminin icap ve kabulü hususunda TBK genel hükümlere ilişkin kurallar uygulanır. Devralanın alacağın devrine yönelik kabul iradesi açık veya örtülü olarak verilebilir. Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.18; Reisoğlu, s.403; Tekinay, s.243; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.81.

⁴⁷³ Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.18. Zira devir belgesinin devralanca teslim alındığı, bir başka deyişle devreden etki alanından çıktığı ana kadar devreden alacağı devir iradesinin tespiti mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.18,19.

⁴⁷⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.566; Hatemi ve Gökyayla, s.378; Eren, *Borçlar*, s.1261; Engin, s.23. Devreden, devreden imzası, devir senedi ve şarta bağlı devirse⁴⁷⁴ şart anlaşması da alacağın devri sözleşmesinde yer alması zorunlu unsurlardır. Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.23 vd. Borçlu, tarih, temlik yeri, karşı ivaz, hukuki sebep gibi unsurlar alacağın devri sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu unsurlar değildir. Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.27,28. Devreden tasarruf yetkisinin tespiti açısından devir tarihinin yer alması da önem arz edecektir. Kayar, s.234. Alacağın şarta bağlı olarak devredilip devredilmeyeceği tartışmalıdır. Eren, şarta bağlı devredileceğini kabul etmektedir. Eren, *Borçlar*, s.1261. Açığa veya beyaza devir de mümkün olacaktır. Açığa devirde alacağı kazanacak kişinin kimliği bir başkası tarafından yazılıp belirlenebilecektir. Eren, *Borçlar*, s.1261.

⁴⁷⁵ Halis, s.218,219.

⁴⁷⁶ Öz, *İnşaat*, s.104.

Yüklenicinin arsa paylarının veya bunlara özgülenen bağımsız bölümlerin mülkiyetini henüz üzerine almadan, üçüncü kişilere satmak istemesi, daha önce de belirtildiği üzere, alacağın devri olarak nitelendirilmektedir⁴⁷⁷. Baskın görüşe, göre burada söz konusu olan, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkının devri olup, bu sözleşmenin alacağın devri hükümlerince resmî şekle gerek olmaksızın adi yazılı şekilde yapılması yeterli görülmektedir⁴⁷⁸. Yargıtay da bu görüştedir⁴⁷⁹. Kabul edilen bu baskın görüşe göre, katı şekilcilik kabul edilmesi halinde oluşacak olan yüklenicinin adi yazılı sözleşmeyle sattığı bağımsız bölümü, sonradan adi yazılı şekil sözleşmeyi geçersiz kılar gerekçesiyle üçüncü kişiye devretmek istememesi yönündeki kötünietli davranışları engellenmek istenmiştir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Bkz. “1.2.2.2.1. Genel olarak” başlığına ve 629.dipnottaki yazarlara.

⁴⁷⁸ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.119; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.117; Erman, *Arsa*, s.190; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.50,51; Olgaç, s.85; Engin, s.14; Kostakoğlu, s.1109; Coşkun, s.63,86; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.337; Turut, s.143; Coşkun, s.48; Kırmızı, s.637,638; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1154; Avcı, s.127,128; Yılmaz, s.781; Nomer, s.372; Olgaç, s.85; Aydemir, s.424; Büyükkay, s.59; Yener, *Arsa Payı*, s.136. TMK m. 891 hükmüne göre alacak ipotekle sağlanmış olsa bile, alacağın devrinde yazılı şekil şartı yeterli olup, tapu kütüğüne tescile gerek olmayacaktır ve alacağın devri ile birlikte ipotek TBK m.891 hükmü gereği devralana geçecektir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.280. Adalet Bakanlığı bu konudaki 05.05.1995 tarihli 006872 sayılı yazısında da bu devirlerin yazılı yapılması halinde geçerli olacağını kabul etmiştir. Eleştiri için bkz. Yılmaz, s.785.

⁴⁷⁹ Y. 19. HD. 29.11.2016 T., 2016/5972 E., 2016/9859 K.: “Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapmakta olduğu veya arsa sahibinin aynı zamanda yüklenici sıfatıyla hareket ederek (yapsatçı konumunda) inşa etmekte olduğu binalardan da bağımsız bölüm satın alınması halinde Türk Borçlar Kanununun 184. maddesi gereğince üçüncü kişiye yapılacak temlikin yazılı olması yeterlidir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 07.03.2017 T., 2016/11546 E., 2017/1742 K.: “Yüklenicinin arsa payı karşılığı yapmakta olduğu veya arsa sahibinin aynı zamanda yüklenici sıfatıyla hareket ederek (yapsatçı konumunda) inşa etmekte olduğu binalardan bağımsız bölüm satın alınması halinde üçüncü kişiye yapılacak temlikin yazılı olması yeterlidir. Bu nedenle davacının dayandığı sözleşme alacağın temliki niteliğinde olup, temlik işlemi resmî şekle tabi değildir”, Sinerji Mevzuat; Y. 13. HD. 22.06.2004 T., 2004/1065 E., 2004/9807 K.: “her ne kadar tapulu taşınmazın devrini öngörmesine rağmen haricen düzenlendiği anlaşılmakta ise de bu sözleşmenin niteliği itibarıyla BK. 162. ve devamı maddeleri hükmüne alacağın temlikine ilişkin bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 26.03.2007 T., 2007/2042 E., 2007/3159 K.: “Somut olayda, davacının dayandığı 1.11.1994 günlü adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterde resmî biçimde yapılması şartı aranmaz. Mahkemenin bu olguyu gözden kaçırarak 1.11.1994 günlü sözleşmenin resmî biçimde yapılmadığı düşüncesi ile davayı reddetmesi doğru olmamıştır.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 14.04.2008 T., 2008/4578 E., 2008/5038 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 14.01.2013 T., 2012/5665 E., 2013/2 K.(Meydan ve Yapal, s.465 vd.); Y. 14. HD. 08.04.2011 T., 2011/2850 E., 2011/4689 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 16.11.2001 T., 2001/7306 E., 2001/7991 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 14.04.2008 T., 2008/4578 E., 2008/5038 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 04.04.2008 T., 2008/2174 E., 2008/4625 K., Günay, s.710; Y. 14. HD. 09.10.2006 T., 2006/8827 E., 2006/10582 K., Günay, s.710,711; Y. 13. HD. 15.04.2009 T., 2009/3666 E., 2009/5155 K., Ruhi, s.301,302; Y. 15. HD. 03.10.1989 T., 1136 E., 3995 K., Yılmaz, s.781,782.

⁴⁸⁰ Bkz. Yılmaz, s.782.

Aksi görüşteki yazarlara göre⁴⁸¹, adi yazılı şekil kabul edilirse, resmî şeklin faydaları olan alıcı ve satıcıyı düşünmeye sevk etme, aceleciliğin getireceği sakıncaları bertaraf etme, hukuka aykırılığın önüne geçme gibi faydalar gözardı edilecek, Noterlik Kanunu m.89 emredici hükmü ihlal edilir⁴⁸². Ayrıca bu görüşe göre, alacağın devri, sözleşmeden doğan para alacakları içindir, diğer maddi edim borçlarının devrinde alacağın devri hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁴⁸³. Bu sebeple kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın yüklenici tarafından devri sözleşmesi açısından da noterler tarafından düzenlenme şeklinde yapılması kabul edilmekte, adi yazılı şekilde devredilmesi geçerli sayılmamaktadır⁴⁸⁴.

Kanaatimize göre kanun hükmü bu konuda açık olmakla birlikte, alacağın devri sözleşmesi TBK m. 184/1 hükmü gereği adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Burada taşınmazın devri değil, taşınmaz devrini talep hakkı yönündeki alacağın devri söz konusudur. Devredilen alacağın doğduğu sözleşmenin resmî şekle tabi olması veya hiçbir şekle tabi olmadan sözlü olarak yapılması bu açıdan önem taşımamaz. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarından birini oluşturan taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerliliği resmî şekle bağlı olsa da, bu sözleşmeden doğan bir alacağın devrinin adi yazılı şekilde yapılması yeterli olmalıdır⁴⁸⁵. Devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması aranmaktaysa da bu durum resmî şekilde yapılmasına engel oluşturmamaktadır. Sonuç olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın adi yazılı şekilde yapılması yeterli olup, sözlü şekilde devredilmesi geçerli olmamalı, bu devire dayanarak üçüncü kişi arsa sahibinden tescil talep edememelidir⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1522; Yılmaz, s.785; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.273.

⁴⁸² Diğer gerekçeler ve çözüm önerileri için bkz. Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1519 vd.; Yılmaz, s.783,784.

⁴⁸³ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.274.

⁴⁸⁴ Yılmaz, s.785.

⁴⁸⁵ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.119; Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.14; Ayan, *Borçlar*, s.47 dn.70; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.93.

⁴⁸⁶ Y. 14. HD. 14.11.2006 T., 2006/13020 E., 2006/13069 K.: “Aksine açıklık bulunmadıkça yasanın uyulmasını emrettiği şekil bir geçerlik şartıdır. Kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin kuralları emredici nitelikte olduğundan sözleşmenin şekil noksanlığı nedeniyle geçerli olup olmadığına hakimnin görevi gereği kendiliğinden dikkate alması gerekir. Orta yerde yazılı bir alacağın temliki sözleşmesi bulunmadığından yasa, sözlü sözleşme ile yapılan temlikin muteber olmayacağını hükme bağladığından, davacı yüklenicinin yaptığı sözlü temlike dayanarak tescil talep edemez. Mahkemece Yasanın emredici düzenlemesi bir yana bırakılarak sözlü temlik sözleşmesine değer verilmek suretiyle davanın kabulü doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.”, Sinerji Mevzuat.

Yüklenici tarafından, tüketici konumundaki üçüncü kişiye, konut veya tatil amaçlı olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devredilmesi de, baskın görüş doğrultusunda TBK m. 183 vd. hükümlerinde düzenlenen alacağın devri niteliğinde sayılmalı ve bu koşulların varlığı halinde adi yazılı şekil yeterli sayılmalıdır⁴⁸⁷.

Yüklenici devir vaadi niteliğinde sözleşme yapması halinde, bu sözleşme uyarınca alacağın devri yapma borcu altına girecektir⁴⁸⁸. Sadece devir vaadinin olduğu durumlarda bu vaadin TBK m. 184/2 hükmü uyarınca herhangi bir şekle uyulmadan geçerli olabileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁹. Sözlü, yazılı veya resmî şekilde yapılabilir. Ancak karşılıksız olarak alacağın devri vaat edilmişse bağışlama vaadi kabul edilmeli ve TBK m. 288/1 gereği adi yazılı şekilde yapılmalıdır⁴⁹⁰. Ayrıca, alacağı devralacak olan üçüncü kişi alacağa karşılık olarak, bir taşınmaza ilişkin aynî bir hakkın devrini taahhüt etmişse resmî şekil gerekir⁴⁹¹. Belirtmek gerekir ki, alacağın devri vaadinin şekle tabi olmaması sayesinde; yapılan bir alacak devri yazılı şekilde yapılmadığından geçersiz olması durumunda, tahvil yoluyla devir vaadi olarak ayakta tutulabileceği kabul edilir⁴⁹². Şekle uygun olarak yapılmayan bir alacağın devri sözleşmesi, şartları varsa hukuki işlemin tahvili yolu ile devredilene verilmiş bir tahsil yetkisi olarak da yorumlanabilmelidir⁴⁹³.

1.2.2.2.4.2. Taşınmaz satış sözleşmesi şeklindeki devirlerde geçerlilik şekli

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılaş türüne göre, yüklenicinin üçüncü kişi ile yapacağı sözleşmenin şekli de değişir. Arsa payının tamamı veya belirli arsa paylarının yükleniciye devri şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici başta arsa payını kendi adına devralıp mülkiyet hakkı kazanmış olduğundan, üçüncü kişilere malik sıfatıyla resmî şekilde arsa paylarının devrini yapmalı ve devralan üçüncü kişi bu

⁴⁸⁷ Aydemir, s.424; Oy ve Haşal, s.136.

⁴⁸⁸ Turut, s.143.

⁴⁸⁹ Yavuz, C., Özel, s.589.

⁴⁹⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.563; Eren, *Borçlar*, s.1262; Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.31; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.122; Nomer, s.373; İnan ve Yücel, s.526.

⁴⁹¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.563; Nomer, s.373; Yener, *Garanti*, s.69.

⁴⁹² Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.563. Eren, aksi görüşte olup yazılı şekilde yapılmayan devrin tahvil yoluyla devir taahhüdüne dönüştürülmesinin mümkün olmadığını, zira devreden devir ile belirli bir alacağı üçüncü kişiye devretmeyi üstlenmediğini, tam aksine böyle bir alacağı doğrudan doğruya bir başkasına devrettiğini belirtmiştir. Eren, *Borçlar*, s.1262. Bu görüş ve gerekçeleri için bkz. Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.21.

⁴⁹³ Eren, *Borçlar*, s.1261, 1262; Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.21; İnan ve Yücel, s.526.

işlem sonucu aldığı arsa payının sahibi olmalıdır⁴⁹⁴. Arsa paylarının inşaatın ulaştığı seviyeye göre kademeli devri kararlaştırılmışsa, hak ettiği arsa payını devralan yüklenici yine malik olacak ve bu sıfatıyla resmî şekilde üçüncü kişilere taşınmaz devir işlemi yapabilmelidir. Yine arsa sahibi bağımsız bölümlerin satışı hakkında yükleniciye temsil yetkisi vermişse, yüklenici arsa sahibi adına işlem yapacağından, tapuda resmî şekilde devir sözleşmesi yapmalıdır. Buraya kadarki belirtilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi türlerinde, üçüncü kişiye arsa payı veya bağımsız bölümün devri taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi hükümlerine tabi olarak resmî şekilde yapılacaktır. Ancak aşağıda da belirtileceği üzere, harici şekilde yapılan taşınmaz satışı sözleşmesinde de doktrin ve Yargıtay bu sözleşmeyi alacağın devri niteliğinde sayarak geçerli saymaktadır⁴⁹⁵.

1.2.2.2.4.3. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklindeki devirlerde geçerlilik şekli

Yüklenicinin alacağın devri sözleşmesi şeklinde değil de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde bağımsız bölüm alacağını üçüncü kişiye devretmek istemesinde bu sözleşmenin hangi şekilde yapılacağı ayrı bir sorundur. Zira uygulamada genellikle adi yazılı şekilde bir alacağın devri sözleşmesi ile değil de resmî şekle uyulmadan harici şekilde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişiye bağımsız bölüm alacağı devredilmektedir.

Doktrinde bazı yazarlar, yüklenicinin henüz arsa paylarının mülkiyetini üzerine devralmadığı hallerde, üçüncü kişilere satış vaadi sözleşmesi ile kişisel hakkını devretmesini, bu sözleşmenin yüklenici ile üçüncü kişi arasında kişisel hak doğurması sebebiyle teknik anlamda alacağın devri kabul etmektedir⁴⁹⁶. Bu görüşe göre, taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılan bu sözleşmenin de alacağın devrine ilişkin TBK m. 184/1 hükmüne uyularak adi yazılı şekilde yapılması yeterli olup, resmî şekil şartı

⁴⁹⁴ Halis, s.218; Yılmaz, s.781.

⁴⁹⁵ Bkz. Erman, *Hukuki Mütalaalar*, s.191; Erman, *Arsa*, s.21, 189; Yavuz, C., Özel, s.589; Büyükcay, s.59; Halis, s.219; Usta, s.27,28.; Y. 14. HD. 18.04.2017 T., 2016/12546 E., 2017/3138 K.: “Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapmakta olduğu veya arsa sahibinin aynı zamanda yüklenici sıfatıyla hareket ederek (yapsatçı konumunda) inşa etmekte olduğu binalardan da bağımsız bölüm satın alınması halinde Türk Borçlar Kanununun 184. maddesi gereğince üçüncü kişiye yapılacak temlikin yazılı olması yeterlidir.”, Sinerji Mevzuat.

⁴⁹⁶ Erman, *Hukuki Mütalaalar*, s.191; Erman, *Arsa*, s.21, 189; Yavuz, C., Özel, s.589; Büyükcay, s.59; Halis, s.219; Usta, s.27,28.

aranmamalıdır⁴⁹⁷. Uygulamada yaşanan bir sorun açısından değerlendirmek gerekirse; adi yazılı alacağın devri veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile alacağını devralan üçüncü kişiye, alacağın devri sözleşmesi hükümlerince alacak hakkı için doğrudan arsa sahibine başvurma imkanı verilmekteyse de, resmî şekilde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kanunen sadece yükleniciye taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasını talep etme hakkı vermekte ve adaletsiz bir sonuç ortaya çıkmasına sebep olmaktadır⁴⁹⁸. Bu sonucu ortadan kaldırmak isteyen Yargıtay, haklı olarak, resmî şekilde geçerli taşınmaz satış vaadi sözleşmesine TBK m. 183 vd. hükümlerinde düzenlenen alacağın devri sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını ve üçüncü kişinin doğrudan arsa sahibinden tescil isteyebileceğini kabul etmiştir⁴⁹⁹.

Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin kendisine kalacak olan gelecekteki bağımsız bölümlere ilişkin resmî şekle uyulmadan akdettiği taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmelerini de; arsa sahibine yönelik kendisine düşecek bağımsız bölümlerin mülkiyetini devrini istemeye ve alacak hakkının devrine yönelik TBK m.183 ve devamında düzenlenen alacağın devri sözleşmesi olarak geçerli saymakta; bu sözleşmelerle alacağı devralan üçüncü kişinin tescil talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir⁵⁰⁰. Yargıtay kararlarında ve uygulamada söz konusu alacağın devri sözleşmesi “*harici sözleşme ile satış*” olarak ifade edilmektedir⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Erman, *Arsa*, s.21; Yavuz, C., *Özel*, s.589; Büyükay, s.59; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.119; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.363; Selimoğlu, s.430; Gümüş, *Alacağın Temlik*, s.21; Erman, *Arsa*, s.190, dn.18; Kostakoğlu, s.1101; Coşkun, s.93,94; Kırmızı, s.718.

⁴⁹⁸ Coşkun, s.87.

⁴⁹⁹ Bkz. Coşkun, s.87.

⁵⁰⁰ Bkz. Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.119; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.363; Gümüş, *Alacağın Temlik*, s.21; Erman, *Arsa*, s.190, dn.18; Kostakoğlu, s.1101; Coşkun, s.93,94; Kırmızı, s.718; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1465,1519; Y. 14. HD. 13.03.2008 T., 2008/2489 E., 2008/3215 K.: “Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14 HD. 30.06.1987 T., 1987/4792 E., 1987/5647 K.: “Bu arada yüklenici Mehmet, iki resmî ve bir harici sözleşme ile eser sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan 2 numaralı daireyi Murat'a satmış ve satış bedelini almıştır. Kural olarak yüklenici edimini yerine getirdiğinde şahsi hak kazanır, bu hakkını alacaklının (arsa sahibinin) rıza ve muvafakatına gerek duymadan yazılı olmak koşulu ile Borçlar Yasasının 162 ve onu izleyen maddeleri uyarınca üçüncü kişilere temlik edebilir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14 HD. 07.05.1985 T., 1984/8820 E., 1985/3269 K., Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 26.03.2007 T., 2007/2042 E., 2007/3159 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 31.01.2006 T., 2005/10337 E., 2006/492 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 03.11.2004 T., 2004/14-551 E., 2004/571 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 23.03.1999 T., 1999/632 E., 1999/2221 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14 HD. 11.03.1986 T., 5387 E., 1644 K., Erman, *Arsa*, s.21 dn. 10 ; Y. 14. HD. 05.07.1989 T., 1989/3918 E., 1989/6607 K., Coşkun, s.99; Y. 14. HD. 25.11.2004 T., 2004/8032 E., 2004/8208 K.,

Yargıtay ve doktrindeki baskın görüş, tahvil uygulamasını kabul ederek harici şekilde düzenlenen taşınmaz satış ve satış vaadi sözleşmelerini alacağın devri sözleşmesi olarak geçerli kabul etse de, aksi görüşler de bulunmaktadır⁵⁰². Öz'e göre, yüklenici aslında alacağın devrini değil de edineceği müstakbel arsa payı ve bağımsız bölümleri şimdiden üçüncü kişiye vaat etmeli, bu sebeple resmî şekilde yapılmayan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçersiz olmalıdır⁵⁰³. Zira yüklenici zaten o arsa paylarına sahiptir ve söz konusu arsa payları arsa sahibinden talep edeceği bir alacak niteliğinde olmayıp alacağın devri de mümkün olmamalıdır⁵⁰⁴. Yargıtay'ın aksine, harici şekilde yapılan sözleşmenin değil, noterde taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılan alacağın devri sözleşmelerinin arsa payı alacağını devrettiği kabul edilmelidir⁵⁰⁵. Yazara göre, Yargıtay burada üçüncü kişileri koruma endişesiyle adeta bir hukuki çevirme (tahvil) yapmış, yüklenicinin arsa sahibinden edineceği müstakbel arsa payı ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satış vaadini, alacağın devri sayarak yazılı şekilde yapılan sözleşmeleri de geçerli saymıştır⁵⁰⁶. Gümüş'e göre, tahvil kurumunun işleyebilmesi için yedek (kendisine tahvil olunan) işlem, kesin hükümsüz işlemle aynı ve benzer sonuçlar doğuran, ondan daha öteye gitmeyen sonuçlar doğuran işlem olmalıdır ve Yargıtay hakkı devir taahhüdü içeren geçersiz bir borç sözleşmesini veya ön sözleşmeyi, hakkı devreden bir tasarruf işlemine tahvil ederek bu ilkeyi göz ardı etmiştir⁵⁰⁷. Ayrıca geçersiz sözleşmeler için yapılan tahvilin, yukarıda izah edildiği şekilde geçerli bir sözleşmeyi de kapsayacak şekilde genişletilmesi tahvil kurumunun, sadece kesin hükümsüz işlemlerin tahvil edilebileceğine ilişkin, en temel ilkesine ve nisbîlik ilkesine

Coşkun, s.43,44; Y. 14. HD. 13.12.2012 T., 2012/11520 E., 2012/14434 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1519.

⁵⁰¹ Coşkun, s.44; Y. 14. HD. 23.03.1999 T., 1999/632 E., 1999/2221 K.: “Somut olayda davacı vekili, yüklenicinin 21 numaralı bağımsız bölümü 10.12.1994 tarihli harici sözleşme ile davacıya sattığını ileri sürerek buna dair yazılı belge sunduğuna göre bu yazılı sözleşmenin Borçlar Yasasının 162. maddesi hükmüne uygun bir temlik belgesi olduğu kabul edilmek gerekir.”, Sinerji Mevzuat.

⁵⁰² Öz, *İnşaat*, s.104; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s. 119; Aydemir, s.422.

⁵⁰³ Öz, *İnşaat*, s.104; Bkz. Selimoğlu, s.432; Coşkun, s.39.

⁵⁰⁴ Öz, *İnşaat*, s.106.

⁵⁰⁵ Öz, *İnşaat*, s.106. Yazara göre, üçüncü kişiye devri taahhüt edilen arsa payı taahhüt esnasında yüklenici adına tescilli ise bu taahhüt ister adi ister noterde verilsin alacağın devri olarak yorumlanamaz. Ancak bu durumda adi yazılı şekilde yapılmış taahhütlerin bu kez dürüstlük kuralı uyarınca şekle aykırılığı düzelmiş satış vaatleri sayılması gerekir. Zira Yargıtay'ın yorumu ile arsa paylarının mülkiyeti arsa sahibinin üzerindeyken, bu vaatleri alacağın devri sayarak arsa sahibine başvurma imkanı tanınırken, arsa mülkiyeti yüklenicinin üzerindeyken esasen yüklenicinin imzaladığı bu belgeleri satış vaadi olarak geçersiz saymak adaletsizlik oluşturur. Öz, *İnşaat*, s.106.

⁵⁰⁶ Öz, *İnşaat*, s.105.

⁵⁰⁷ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.119.

aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle hukuk sınırlarını aşan ve kabul edilemez bir yaklaşım haline gelmektedir⁵⁰⁸.

Kanaatimize göre Yargıtay uygulamada sık karşılaşılan bu sorunu pratik bir şekilde resmî veya resmî olmayan şekilde düzenlenen taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmelerini, alacağın devri sayarak çözümlemekte, ortaya çıkan boşluğu doldurmaktadır. Bu çözüm yerinde olsa da, Yargıtay ve doktrin harici suretle yapılan satış veya satış vaadi sözleşmelerine tahvil uygulayarak alacağın devri sayılmasını kesin kurallar koyarak belirlemeli, eleştirilere yol açan her olaya tahvil uygulamasından vazgeçmelidir. Bu sebeple, yukarıda izah edilen tahvil yolu ile alacağın devri sözleşmesi sayma, yalnızca alacak hakkı niteliğinde olan bağımsız bölümlerin harici suretle devrinde uygulanmalıdır. Tarafların bağımsız bölümün mülkiyetine sahip olması durumunda, bu bağımsız bölümler üzerinde alacak hakkı bulunmadığından, harici şekilde bunların satışı veya satışının vaadi alacağın devri niteliğinde sayılmamalıdır.

1.2.2.2.3. Hüküm ve sonuçları

1.2.2.2.3.1. Devir konusu alacak açısından alacaklı sıfatının değişmesi

Her ne kadar alacağın devri hükümleri “borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri” başlığı altında düzenlense de, alacağın devri ile sözleşmeden doğan devre konu alacağın sahibi değişmekte, sözleşmenin tarafı tamamen değişmemektedir. Alacağın devri işleminin asıl hükmü, tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için devir anlaşması yapılır yapılmaz devredilen alacağın devir anındaki durumu ile devralana geçmesi, devreden alacaklının taraf olmaktan çıkması ve alacak üzerindeki tasarruf hakkını yitirmesidir⁵⁰⁹. Alacağı devreden eski alacaklı, devir konusu alacak açısından artık borcun ifasını isteyemez⁵¹⁰. Bununla birlikte alacağını devreden alacaklı münferit bir alacağını devrettiğinden

⁵⁰⁸ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.120.

⁵⁰⁹ Tekinay, s.250; Engin, s.32; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.287; Aral, s.93; Eren, *Borçlar*, s.1252; Coşkun, s.45; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1384; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.395; Kayıhan, s.345; Y. 13. HD. 15.10.2012 T., 2012/24086 E., 2012/23220 K., Meydan ve Yapal, s.471 vd.; Y. 19. HD. 04.04.2008 T., 2008/1366 E., 2008/3451 K., Günay, s.713. Kısmî devirde devreden alacaklının taraf sıfatı kısmen korunacaktır. Devralan ise devredilen kısımla orantılı alacaklı olacaktır. Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.395,396.

⁵¹⁰ Hatemi ve Gökyayla, s.375; Reisoğlu, s.399; Ruhi, s.271; Kayıhan, s.351; Y. 8. HD. 16.06.2014 T., 2013/20074 E., 2014/12594 K.: “Bu durumda, takip tarihinde alacaklı sıfatı kalmayan A.Klima Tesisat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin başlattığı takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, istemin reddi yönünden hüküm kurulması isabetsizdir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 8. HD. 21.05.2014 T., 2013/17258 E., 2014/10074 K., Sinerji Mevzuat; Y. 5. HD. 23.12.2013 T., 2013/22234 E., 2013/23624 K., Sinerji Mevzuat.

dolayı, geniş anlamda borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ile bağlı kalmaya ve borçlardan sorumlu olmaya devam eder⁵¹¹. Bu sebeple, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devrettikten sonra, sadece talep hakkını devrettiğinden dolayı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olmaya ve sözleşmeden doğan diğer yükümlülükler ile sorumlu olmaya devam eder. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümü talep etme hakkını üçüncü kişiye devreden yüklenici, sözleşmeden doğan borçlarını ifa etme yükümlülüğü devam eder, inşaatı bitirip arsa sahibine teslim etmekten kurtulamaz.

Alacağın devri devre konu alacak bakımından alacaklı sıfatını taşıyan kişiyi değiştirir ve devralan alacaklı bu sayede söz konusu alacak üzerinde tasarruf etme yetkisini kazanır⁵¹². Alacağı devralan üçüncü kişi, devreden yüklenicinin temsilcisi değil, bizzat alacaklısı olur⁵¹³. Aynı zamanda alacağın devri, alacaklının değişmesi dışında borç ilişkisinde özellikle alacağın varlık ve miktarında bir değişmeye sebep olmaz⁵¹⁴. Alacağı devralan üçüncü kişi, sadece devre konu alacağı devralmış olup sözleşme ilişkisinde yüklenici tarafın yerine geçmediğinden, inşaatı yapma borcunu üstlenmemiştir. Yüklenici inşaatı yapmazsa, borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır ve arsa sahibi yükleniciden alacak hakkı devralan üçüncü kişiye ödemezlik def'i ileri sürerek ifadan kaçınabilir⁵¹⁵.

Yüklenici devralan üçüncü kişiye karşı devir sözleşmesindeki borcunu ifa etmemesinden sorumlu olmalı, ifa etmemişse borca aykırı davranmış sayılmalıdır ve şartları varsa genel hükümlere göre üçüncü kişinin zararını tazmin ile yükümlü olmalıdır⁵¹⁶.

⁵¹¹ Reisoğlu, s.400; Coşkun, s.45; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.150.

⁵¹² Y. 12. HD. 09.09.2014 T., 2014/18540 E., 2014/20767 K.: “Alacağın devri ile alacak hakkı bunu devralan 3. kişiye borçlunun rızası olmaksızın geçer. Böylece devralan, daha önce devredene (temlik eden) ait olan alacak hakkını kesin olarak iktisap eder ve bunun üzerinde tasarruf etme yetkisini kazanır.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 24.04.2017 T., 2016/3354 E., 2017/3344 K.: “Borçlunun alacağın devrinden sonraki asıl muhatabı artık alacağı devralan kişidir. Bu itibarla borçlunun borçtan kurtulabilmesi için alacağın devri işleminden sonra borcunu, alacağı devralan kimseye ifa etmesi gerekir.”, Sinerji Mevzuat. Devralanın iflas etmesi halinde devraldığı alacak iflas masasına kaydedilecektir. Devreden alacak üzerinde bir hakkı kalmadığından onun iflası halinde bu alacak iflas masasına kaydedilmeyecektir. Eren, *Borçlar*, s.1271.

⁵¹³ Eren, *Borçlar*, s.1252.

⁵¹⁴ Eren, *Borçlar*, s.1252.

⁵¹⁵ Öz, *İnşaat*, s.103; Karadaş, s.368; Selimoğlu, s.327.

⁵¹⁶ Avcı, s.152 vd.

1.2.2.2.3.2. Alacakların devralan üçüncü kişiye imtiyaz ve fer'ileriyle birlikte geçmesi

Devir işlemi neticesinde asıl olarak, alacak hakkı ve ona bağlı olan öncelikli hakları (imtiyazlar)⁵¹⁷ ve bağlı hakları (fer'i haklar)⁵¹⁸ devralan üçüncü kişiye geçer⁵¹⁹. Bu

⁵¹⁷ Öncelik hakları, alacaklıya alacağını diğer alacaklılardan önce takip etme yetkisi veren haklardır. Bunlar bir alacağa başka alacak karşısında öncelik sağlayacaklardır. İnan ve Yücel, s.527; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.575; Engin, s.35. Tapuya şerh verilmiş bir kişisel hakkın devri üzerine yeni alacaklının da şerhin etkisinden faydalanması, eski alacaklıya verilen rehin ve kefaletten yeni alacaklının da faydalanması öncelik alacaklarına örnektir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.575,576; Hatemi ve Gökyayla, s.380; Eren, *Borçlar*, s. 1268; Nomer, s.374; Tekinay, s.250,251. Hangi alacaklıların öncelikli alacaklı olduğu İİK m. 206 hükmünde düzenlenmiştir. Alacak devirden önce İİK m.206 hükmünde sayılan öncelikli sıralardan hangisinde yer alıyorsa devirden sonra da aynı sırada yer alacaktır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.575; Eren, *Borçlar*, s. 1267; Engin, s.35; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.267; İnan ve Yücel, s.527; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1119. Bu sıralar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, İcra, s.432 vd. Aynı zamanda tapu siciline şerhi mümkün olan bazı haklar ile tahkim kaydından yararlanan alacaklar da diğerlerine göre önceliklidir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.269; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1119.

⁵¹⁸ Bağlı haklar, bağımsız bir varlığı olmayan asli hakka belirli bir hususta tabi ve bağlı olan haklardır. İnan ve Yücel, s.527. Bağlı haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.273 vd.; Y. 14. HD. 21.02.2013 T., 2013/452 E., 2013/2480 K., Ruhi, s.276; Y. 13. HD. 29.11.2010 T., 2010/3364 E., 2010/15790 K., Ruhi, s.291. Bağlı haklar çok çeşitli olup, bir kısmı faiz ve teminata ilişkin haklar, bir kısmı alacağa bağlı yenilik doğuran haklar, bir kısmı da alacağa bağlı taleplerdir. Dava açma hakkı ile icra talebinde bulunma hakkı da bağlı haklar arasında sayılmalıdır. Eren, *Borçlar*, s. 1268; Engin, s.35. İşlemiş faizler bu kapsamda devralana geçmekle birlikte, devirden önce gerçekleşen temerrüt faizi devralana geçmeyecek, devirden sonra gerçekleşen temerrüt faizi geçecektir. Eren, *Borçlar*, s. 1268; Rehin hakkı, hapis hakkı ve kefalet teminata ilişkin fer'i haklara girmektedir. Kayar, s.235; Akyiğit, s.192; Sirmen, s.218; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.277 vd. Bir başka ayrıma göre alacağın kapsamını genişleten bağlı hak olan faizler ile alacağı güçlendiren bağlı haklar olan kefalet, rehin, taşınmaz rehni, cezai şart, hapis hakları alacağın devri ile birlikte devralana geçecektir. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1119,1120; Örneğin, alacağa bağlı kira tazminat bedeli alacağı da artık devreden alacaklıya geçecek olup, devreden bu alacak için dava açamayacaktır, açılması halinde Yargıtay aktif husumet nedeniyle davanın reddedilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. Y. 13. HD. 15.10.2012 T., 2012/24086 E., 2012/23220 K., Meydan ve Yapal, s.471 vd. Alacağın devri üzerine, eski alacaklı elindeki rehni yeni alacaklıya fiilen teslim etmese de yeni alacaklıya rehin hakkı kendiliğinden devrolunur. Ancak, rehin hakkından devralan alacaklının faydalanabilmesi için rehlin teslimi gerekecektir ve yeni alacaklı eski alacaklıyı teslim zorlayabilir. Tekinay, s.251. Eski alacaklının elinde menkul rehni varsa bu rehni devralan yeni alacaklıya vermelidir. Ancak ipotek varsa bu ipotek tescile gerek kalmadan yeni alacaklıya geçecektir. Bu durum rehin düşünceler sütununda gösterilir. Sirmen, s.218; Tekinay, s.260; Ayan, *Borçlar*, s.50; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.280, 282. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında yan haklar kapsamında mülkiyeti muhafaza kaydının da alacağı devralan kişiye geçeceğini kabul etmiştir. Karara göre, "Bu karar fiyatın bakiyesi ilişkin satıcının alacağını, üçüncü bir şahsa temlik etmesi halinde tali bir alacak gibi görerek, mülkiyetin muhafazasının devrini kabul etmektedir. Halen iş hayatında bu işlem caridir. İşlem, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satıcının alacağını, alıcıya karşı derhal nakide çevirmesini sağlar: satıcı, karşılığı olan meblağın ödenmesi mukabilinde, alacağını bir bankaya temlik eder.", *Banque populaire genevoise RO 46 II 45, JdT 1920 308*, Oftinger ve Jeanpetre(Çeviren: Dayınlarlı), s. 275 vd.

⁵¹⁹ Alacağın devri ile birlikte devralana sadece alacağın ifasını talep yetkisi değil, alacak hakkının tamamı geçmekte, bir başka deyişle devralan alacağın sahibi olmakta ve bu hukuki durum alacağın devrini üçüncü şahsın ifayı kendi adına talep yetkisinden ayırmaktadır Zira kendi adına ifayı talep konusunda yetki alan şahıs, sadece ifayı kendi adına talep yetkisine sahip olur, ancak alacaklı olmayıp, alacaklı benzeri bir hukuki durum kazanır. Bir başka deyişle, alacağın devrinde devreden alacaklı sıfatı kalmamakta, üçüncü şahsa kendi adına ifa talep etme yetkisi verildiğinde ise

kapsamda henüz işlememiş faizler, işlemiş ancak henüz ödenmemiş faiz alacakları, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar alacağın devri ile birlikte devralan üçüncü kişiye geçerken, sözleşmenin taraf olma sıfatına bağlı yenilik doğuran haklar geçmez⁵²⁰. Ayrıca varsa yüklenici lehine verilmiş ipotek, kefalet, inşaatçı ipoteği alacağı devralan üçüncü kişiye de teminat oluşturur⁵²¹. Kanun koyucu 189/1 hükmünde “*devreden*in *kişiliğine özgü olan*” hakların yeni alacaklıya geçmesini istisna tutmuştur⁵²². Bu nedenle devredenin kişiliğine özgü haklar, alacağın devri ile devralana geçmez. Alacağın devri, alacağın tamamını değil de sadece bir kısmını kapsıyorsa alacağa bağlı olan imtiyazlar ve fer’i haklar yeni alacaklıya devredilen kısımla orantılı geçmelidir⁵²³.

Kural olarak yüklenici ile üçüncü kişi arasında kişisel hak doğuran alacağın devri sözleşmelerinin arsa sahibine karşı ileri sürülebilmesi gerekir⁵²⁴. Ancak bu sözleşme TBK m. 183 vd. hükümlerine göre alacağın devri sözleşmesi niteliğinde olduğundan, alacağın devri sözleşmesi ile alacak hakkının devralan üçüncü kişiye geçmesi sonucu üçüncü kişi yüklenicinin halefi olur. Bu sayede alacak hakkını devralan üçüncü kişi alacağın devri hükümlerinden faydalanarak, bu hakkını yüklenicinin halefi olarak arsa

alacaklının taraf sıfatı devam etmektedir. Alacağın devri ile alacağı devralan şahıs alacaklı sıfatında olduğu için ifayı zaten kendi adına talep yetkisine sahiptir. Akyol, *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, s.76,77.

⁵²⁰ Turut, s.148; Coşkun, s.56,57. Alacağa bağlı yenilik doğuran haklar da devralan yeni alacaklıya geçer. Sadece alacağa bağlı olan yenilik doğuran haklar (örneğin; seçimlik borçlarda seçim hakkı, muacceliyeti alacaklının ihbarına bağlanan ihbar hakkı, takas beyanında bulunma hakkı ve borçlunun temerrüdü halindeki seçimlik haklara ilişkin seçim hakkı gibi haklar) alacağın devri ile devralana geçecek, ancak alacağa bağlı olan ifayı talep yetkisi, temerrüt hükümlerinden yararlanma imkanı, ceza koşulunu isteme imkanı devreden yükleniciye ait olacaktır. Hatemi ve Gökyayla, s.380; Tekinay, s.251; Engin, s.35; Kayar, s.230; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1118,1119; İnân ve Yücel, s.527. Alacağa değil de alacağı içeren sözleşmeye taraf olmaya bağlı nitelikte yenilik doğuran haklar (örneğin, sözleşmeden dönme hakkı gibi haklar) ise devralana geçmez. Eren, *Borçlar*, s.1268; Engin, s.35; Coşkun, s.57; Akyiğit, s.192; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1118.

⁵²¹ Bu teminatlar henüz temin edilmemiş eski alacaklıya taahhüt edilerek kefil olunmuşsa, yeni alacaklıya devir işlemi ile geçmeyecektir. İpotek kurulması halinde tapuda ayrıca bir işlem yapılmaya gerek olmadan alacağın devri ile birlikte bu hak yeni alacaklıya geçer. Bkz. Turut, s.149. Henüz tescil edilmemiş olan inşaatçı ipoteğinin tescilini talep etme hakkı, inşaatçı çalışmış yüklenici olma sıfatına bağlı olduğundan, devralan yeni alacaklı bu ipoteğin tescilini talep edemeyecektir. Öz, *İnşaat*, s.104.

⁵²² Örneğin, TBK m.153 b.5 hükmünde düzenlenen zamanaşımının durma sebepleri alacaklının kişiliği bakımından düzenlendiği için bunları alacağı devralan ileri süremeyecektir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.577; Tekinay, s.251 vd.; Akyiğit, s.192. Burada belirtmek gerekir ki, devredilen alacak banka teminat mektubu ile garanti edilmişse Yargıtay’a göre bu mektup bir fer’i hak olmadığından alacağın devri mektuptan doğan garantiyi kapsamayacak ve alacağı devralana Bankadan tazmin talebinde bulunma hakkı vermeyecektir. Zira teminat mektubunun tazmini talep hakkı kişiye bağlı bir haktır. Alacağı devralana bu hakkın geçmesi için bankanın muhatabın değişmesine önceden veya sonradan onay vermesi gereklidir. Reisoğlu, s.404,405; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1118.

⁵²³ Tekinay, s.250.

⁵²⁴ Erman, *Arsa*, s.188,189; Yener, *Arsa Payı*, s.135.

sahibine karşı doğrudan ileri sürebilir⁵²⁵. Bir başka deyişle, alacağın devri sözleşmesinin sonucu olarak, üçüncü kişi devir alacaklısı sıfatıyla doğrudan arsa sahibinden talep hakkı kazanmaktadır⁵²⁶. Bununla birlikte üçüncü kişi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ve yüklenicinin hak ettiği alacak ne ise ondan fazlasını talep edemez. Bu kapsamda arsa payının ve tamamlanacak bağımsız bölümün adına tescilini talep etmeye ilişkin alacağı devralan üçüncü kişi, alacağın devri sözleşmesine dayanarak arsa sahibinden adına tapu iptal ve tescil talebinde bulunabilir, tapu iptal ve tescili davası açabilir⁵²⁷.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, alacak, devredildikten sonra da kaynaklandığı sözleşmeye bağlı olmaktadır. Bu nedenle yükleniciden hak devralan üçüncü kişiler, devraldığı alacak hakkını arsa sahibine karşı, ancak yüklenicinin sözleşmeye göre bu hakkı talep etme hakkının muaccel olacağı zaman ileri sürebilir⁵²⁸. Başka bir deyişle, sözleşmeye göre yüklenici inşaat tamamlandığında arsa payını devralacaksa, üçüncü kişi de ancak inşaat tamamlandığında; eğer inşaatın yarısı tamamlandığında devralacaksa üçüncü kişi de inşaatın yarısı tamamlandığında talepte bulunabilmelidir⁵²⁹.

Yargıtay’a göre, alacağın devrine ilişkin davalarda, yeni alacaklı davayı alacağı devreden yükleniciye karşı da yöneltmelidir ve arsa sahibi ile yüklenici arasında zorunlu

⁵²⁵ Coşkun, s.63; Erman, Arsa, s.190; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.154; Karadaş, s.363; Turut, s.62,142; Yener, *Arsa Payı*, s.136; Y. 14. HD. 02.12.2014 T., 2014/8034 E., 2014/13743 K.: “Alacağın devrinin, alacağı devredenle borçlu (arsa sahibi) arasında bazı ilişkilerin doğmasına neden olduğu çok açıktır. Zira alacağı devralan evvelki alacaklının (yüklenicinin) yerine geçmiş, borçludan (arsa sahibinden) ifayı istemek, gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak onun hakkı olmuştur.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14 HD. 30.06.1987 T., 1987/4792 E., 1987/5647 K.: “Şahsi hakkı temellük eden üçüncü kişi, bu hakkını gerek akidi olan yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir ve başka bir deyimle mülkiyetin adına nakledilmesini isteyebilir”, Sinerji Mevzuat; Y. 14 HD. 07.05.1985 T., 1984/8820 E., 1985/3269 K.: “...müteahhitler, şahsi haklarını üçüncü kişilere temlik edebilirler. Şahsi hakkı temellük eden kişide, müteahhidin halefi olarak mülkiyetin kendisine nakledilmesini arsa sahibinden isteme olanağına haizdir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 13.12.2007 T., 2007/15153 E., 2007/15935 K.: “Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de alacağın temliki hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Zira, alacağı devralan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Artık borçludan ifayı istemek, gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak onun hakkı olur”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 07.04.2014 T., 2013/8856 E., 2014/2679 K.: “Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olduğundan selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürülebilir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 15.04.2004 T., 2004/1274 E., 2004/3040 K., Sinerji Mevzuat.

⁵²⁶ Erman, Arsa, s.190.

⁵²⁷ Halis, s.219; Nomer, s.372; Kostakoğlu, s.1109; Oy ve Haşal, s.137; Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1477. Ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı, s.145 vd. Uygulamada açılan bu davaya “ferağa icbar suretiyle tescil davası” da denilmektedir. Avcı, s.82,145.

⁵²⁸ Öz, *İnşaat*, s.105.

⁵²⁹ Öz, *İnşaat*, s.105.

dava arkadaşlığı olmaktadır⁵³⁰. Bu kapsamda üçüncü kişi kendi adına tescil için tapu iptali ve tescili davası açtığında, arsa sahibinin yanında alacağını devreden yükleniciye de davayı yöneltmesi gerekir⁵³¹.

Alacağı devralan üçüncü kişi kendi konut ihtiyacı için alacağı devralmışsa, tescil davası 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3 ve 73⁵³² hükmü gereği tüketici mahkemesinde görülür⁵³³. Bir başka deyişle, devir işlemi hangi şekilde yapılırsa yapılsın, devir işleminin konusu “konut veya tatil amaçlı taşınmaz mal” ise üçüncü kişinin mülkiyet aktarımı istemi ile açacağı davanın tüketici mahkemesinde açılması gerekmektedir⁵³⁴. Ancak bunun dışındaki, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsız

⁵³⁰ Nomer, s.378; Coşkun, s.64; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1177; Y. 14. HD. 28.03.2012 T., 2012/3330 E., 2012/4583 K.: “Ancak, yapılan temlik işlemine dayanan tarafın (davacı), temlik işleminin varlığını temlik işleminde bulunan kişiye (yükleniciye), yapılan temlik sebebiyle de kişisel hak kazandığını borçluya (arsa sahiplerine) karşı kanıtlaması gerekir. Bu bakımdan denilebilir ki, bu gibi davalarda yükleniciyle arsa sahipleri arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 09.10.2006 T., 2006/8827 E., 2006/10582 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 12.10.2006 T., 2006/8825 E., 2006/10878 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 01.11.2010 T., 2010/10009 E., 2010/11729 K. (Nomer, s.378 dn.31); Y. 14. HD. 15.02.2007 T., 2007/399 E., 2007/1393 K.(Coşkun, s.64); Y.14 . HD. 28.04.2011 T., 2011/4737 E., 2011/5766 K.(Nomer, s.372 dn.13); Y. 14. HD. 14.02.2013 T., 2013/381 E., 2013/2264 K. (Ruhi, s.277).

⁵³¹ Halis, s.219; Selimoğlu, s.428. Mahkeme, devreden yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirip getirmediğini ve devrin geçerli olup olmadığını araştırıp karar vermelidir. Bkz. Y. 14. HD. 20.12.2012 T., 2012/14451 E., 2012/14584 K.(Selimoğlu, s.428); Y. 14. HD. 24.04.2011 T., 2011/4737 E., 2011/5766 K.(Halis, s.219 dn.56).

⁵³² TKHK m. 3 b. h: “Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder”. TKHK m.73: “Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyumsuzluklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir”.

⁵³³ Y. 14. HD. 04.10.2017 T., 2015/5308 E., 2017/7167 K.: “Konut alım-satımına dair uyumsuzlukların 4077 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için tüketicinin malı satın alma amacı çok büyük önem taşımaktadır. Yasa, nihai tüketici tarafından kullanım amacı ile alınan konut ve tatil amaçlı taşınmazlar yönünden geçerlidir. Bir mal veya hizmetin, kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, kiraya verme, ticari olarak kullanma vs. gibi mesleki veya ticari amaçlarla satın alanların tüketici kabul edilmeyecekleri kuşkusuzdur. Somut olayda; 3 adet bağımsız bölüm satın alan davacı "tüketici" kavramı kapsamında kabul edilemez. Satış ticari amaçla yapılmış sayılacağından, tüketici mahkemesi değil, davanın değerine göre asliye hukuk mahkemesi görevli olduğundan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esası hakkında kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 31.10.2007 T., 2007/11541 E., 2007/13071 K. (Nomer, s.372 dn.14); Y. 14. HD. 24.03.2005 T., 2005/2303 E., 2005/2367 K.(Kostakoğlu, s.1131,1132); Y. HGK. 05.10.2005 T., 2005/14-490 E., 2005/563 K.(Kostakoğlu, s.1149 vd.).

⁵³⁴ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.180. Aynı şekilde arsa sahibinin güttüğü amaç konut edinmek ise de arsa sahibi tüketici konumunda olacak aksi halde olmayacaktır. Bkz. Y. 23. HD. 23.06.2017 T., 2017/1789 E., 2017/1947 K.: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Yasada tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin üst düzey teknolojiyi gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 sayılı kanunda kanun koyucunun salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak araç tamiri yapmak

bölüm devralan üçüncü kişilerin arsa sahibine açacağı tapu iptali ve tescil davası tüketici mahkemesinde değil, asliye hukuk mahkemesinde görülmelidir⁵³⁵.

Alacak hakkını yükleniciden devralan üçüncü kişinin bu hakkını yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için alacağın devrine ilişkin yukarıda sayılan şartların tam olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Aynı zamanda yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için devir işlemini ve devir işleminin geçerliliğini ispatlaması şarttır⁵³⁶. Yine yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişilerin arsa sahibine karşı bir talepte bulunabilmesi için öncelikle alacağın devri sözleşmesi kapsamında yükleniciye karşı borçlarını yerine getirmesi şarttır⁵³⁷.

Alacağı devralan üçüncü kişinin arsa sahibine karşı alacağın devri sözleşmesi gereği ileri süreceği tescil isteği kişisel bir hak olduğundan, taşınmazın sonradan yeni malike geçmesi halinde, bu kişisel hak niteliğindeki tescil talebi yeni malike karşı ileri sürülemez ve bu durumda alacağı devralan üçüncü kişi kendisine alacağını devreden yükleniciye karşı tazminat davası açarak bağımsız bölümün dava tarihindeki değerini talep edebilir⁵³⁸. Ancak, taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişi olan yeni malike devri, arsa sahibi ile yeni malik arasında muvazaalı olarak gerçekleştirilmişse, alacağı devralan üçüncü kişi tescil talebini yeni malike karşı ileri sürebilir⁵³⁹.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi resmî şekle uygun olmadan yapılmış veya sözleşmenin geçerliliği için gereken diğer koşullar gerçekleşmemiş ve buna rağmen yüklenici üçüncü kişiye alacağını devretmişse, devrin dayanağı sözleşme geçerli olmadığından üçüncü kişi bu devire dayanarak tescil talebinde bulunamamalıdır⁵⁴⁰. Sadece üçüncü kişi, satış

gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığı kabulü gerekir., Sinerji Mevzuat. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde TKHK'nın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kostakoğlu, s.1102 vd.

⁵³⁵ Y. 14. HD. 04.10.2017 T., 2015/5308 E., 2017/7167 K., Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 14.02.2014 T., 2013/6306 E., 2014/1061 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 08.06.2011 T., 2011/14337 E., 2011/401 K., Meydan ve Yapal, s.485 vd.

⁵³⁶ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.201.

⁵³⁷ Y. 14. HD. 15.01.2007 T., 2006/13258 E., 2007/61 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1469.

⁵³⁸ Erman, *Arsa*, s.196,197; Kırmızı, s.724.

⁵³⁹ Erman, *Arsa*, s.197; Kırmızı, s.725; Y. HGK.16.02.2005 T., 62 E., 73 K., Erman, *Arsa*, s.198.

⁵⁴⁰ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.93; Y. 15. HD. 23.12.2003 T., 2003/2775 E., 2003/6201 K.: “Taraflar arasında adi yazılı şekilde düzenlenen arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olup, arsa payı devri ile geçerlilik de kazandırılmadığından, bu sözleşmenin ifası istenemeyeceği gibi feshi de dava edilemez ise de, geçersiz sözleşmenin ifası aşamasında taraflar birbirlerinin mal

bedelini ödemesine rağmen bağımsız bölümün kendisine teslim edilememesi hallerinde, tescil davası yerine sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre satış bedelini isteyebilmelidir⁵⁴¹. Bununla birlikte, Yargıtay 30.09.1988 tarih 2/2 nolu İçtihadı Birleştirme Kararı burada da uygulanacak, şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu durumlarda, arsa sahibi şekil eksikliğini ileri süremeyeceğinden, yükleniciden bağımsız bölüm devralan üçüncü kişiler de arsa sahibine karşı talepte bulunabilmelidir⁵⁴².

Yükleniciden kişisel hakkını devralan üçüncü kişi, tapu iptal ve tescil davası ile arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümün adına tescilini sağladıktan sonra, arsa sahibinin söz konusu bağımsız bölüm üzerindeki tasarrufu haksız elatma niteliğinde olacağından, üçüncü kişinin elatmanın önlenmesi davası açması mümkündür⁵⁴³.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin TMK m. 1009 hükmü gereği şerh verilmesi halinde de üçüncü kişiler açısından bir takım sonuçlar doğacaktır. Şerhin sağladığı yetkiler, yüklenicinin şahsına değil, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklara bağlı olduğundan bu hakları devralan üçüncü kişiler tarafından da kullanılabilmesi ve üçüncü kişiler, şerhe bağlı haklarını sonradan malik olanlara karşı ileri sürebilmelidir⁵⁴⁴.

Mevcut bir alacağın devri sözleşmesinde, yazılı devir sözleşmesinin kurulması ile alacak devralanın malvarlığına geçer⁵⁴⁵. Müstakbel alacakların devrinde ise, henüz alacak hakkı mevcut olmadığından, devir, tasarruf işlemleri hükümlerini ancak alacak hakkının doğduğu anda doğurur⁵⁴⁶. Devir anı bir başka deyişle devredene karşı borçtan kurtulma zamanı, özellikle iflas açısından da önem arz etmektedir ve borçlunun

varlıklarına artı değer kazandırmışlarsa, bu değerler karşılıklı olarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak istenmesi mümkündür.”, Sinerji Mevzuat.

⁵⁴¹ Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1173. Satış bedeli ifanın imkansızlaştığı tarihe göre hesaplanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1173 vd.

⁵⁴² Reisoğlu, s. 67 vd.; Erman, Arsa, s. 28; Y. 14. HD. 08.11.1988 T., 1987/8592 E., 1988/7238 K.: “...bağımsız bölüm satımına ilişkin olarak geçerli bir sözleşme olmadan tarafların anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi, satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının uzun süre malik gibi kullandığı halde satıcının tapuda devre yanaşmaması halinde cebri tescil davası dinlenir...” Sinerji Mevzuat.

⁵⁴³ Avcı, s.154,155.

⁵⁴⁴ Avcı, s.164,165.

⁵⁴⁵ Engin, s.32.

⁵⁴⁶ Engin, s.33. Öte yandan henüz alacak hakkı doğmadan üzerinde tasarruf etmiş olan müstakbel alacak hakkı sahibinin bu işlemle bağlı olduğu ve bu sebeple tasarrufundan tek taraflı olarak dönemeyeceği kabul edilmektedir. Engin, s.33.

devredene karşı borçtan kurtulması da yazılı devir işleminin yapılmasının tamamlanması ve devralanın kabul etmesi ile olur⁵⁴⁷.

Arsa sahibi ile alacağı devralan yeni alacaklı arasındaki uyuşmazlıklara eser sözleşmeleri için öngörülen zamanaşımı süreleri, yüklenici ile alacağı devralan arasındaki uyuşmazlıklara ise satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁵⁴⁸.

1.2.2.2.3.3. Arsa sahibinin savunmaları

Alacağın devri için borçlunun yani arsa sahibinin rızasına ve hatta bilgisine dahi başvurulması şart olmamakla birlikte, alacağın devri işlemi, borçlunun durumunu ne iyileştirmeli ne de ağırlaştırmalıdır⁵⁴⁹. Devralan alacaklı, devreden yüklenicinin haklarından fazlasına sahip olmamalıdır⁵⁵⁰. Bu sebeple TBK m.188/1 hükmünde, borçlu sıfatındaki arsa sahibinin durumunda değişikliğin olmaması için arsa sahibinin devri öğrendiği sırada⁵⁵¹ devreden yükleniciye karşı sahip olduğu tüm savunmaları (itiraz ve def'ileri)⁵⁵², devralan yeni alacaklıya karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir⁵⁵³.

⁵⁴⁷ Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.208.

⁵⁴⁸ Bkz. M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.338, 339. Konut ve tatil amaçlı taşınmazların devrinde 6502 sayılı TKHK hükümleri saklıdır. Bkz. M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.341,342.

⁵⁴⁹ Hatemi ve Gökyayla, s.381; Tekinay, s.252; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.585; Engin, s.36; Kayar, s.238; Coşkun, s.49; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.396; Akyiğit, s.193; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.165; Karadaş, s.367; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1115. TBK m. 188/1hükmü borçlunun hukuksal durumunun alacağın devri dolayısıyla kötüleşmemesi amacıyla konulmuştur ve bu temel bir hukuk ilkesidir. Sungurbey, *Sorunlar*, C.5, s.500. Alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştırmayacağı ilkesi gereğince, tartışmalı konularda yapılacak yorumlarda daima orçlunun korunmasına hizmet eden yoruma üstünlük tanınacaktır ve devir yüzünden ortaya çıkabilecek rizikoları bu işleme katılmamış olan tarafa değil işlemin tarafları olan devreden ile devralan taşınmalıdır. Engin, s.36.

⁵⁵⁰ Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1114.

⁵⁵¹ Def'ileri ileri sürme zamanı TBK m.188/1 hükmüne göre devirden borçlunun haberdar olduğu zaman ile 188/2 hükmüne göre takas hakkı açısından; devrin bildirildiği anda takas hakkına konu alacağın muaccel olmaması halinde devredilen alacak takası ileri sürülen alacaktan daha önce veya aynı anda muaccel olması şartıyla takas hakkının ileri sürüleceği zamandır. Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.211,212. Devri öğrendiği tarihten sonra meydana gelecek savunmalar TBK m. 188 hükmü kapsamına girmemektedir. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1115.

⁵⁵² Kanunda belirtilen "savunmalar" hem teknik anlamda def'iye hem de itirazı kapsamalıdır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.586; Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.209; Ayan, *Borçlar*, s.49; İnan ve Yücel, s.529; Kılıçoğlu, s.828; Coşkun, s.49; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1114; Eren, *Borçlar*, s. 1270. Bkz. Sungurbey, *Sorunlar*, C.5, s.501 vd. Borçlunun ileri sürebileceği def'iler, borcun esası bakımından ileri sürülebilen def'ilerdir ve usul hukukuna giren yetki itirazları bu def'ilere dahil edilemeyecektir. Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.213; Y. 4. HD. 26.03.1973 T., 8388 E., 3576 K., Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.213.

⁵⁵³ Selimoğlu, s.427; Nomer, s.377; Turut, s.148; Coşkun, s.50; Y. 15. HD. 28.11.2005 T., 2005/1360 E., 2005/6389 K.: "Somut olayda, temlik borçlusu, temlik edene karşı ileri sürebileceği def'ileri temlik alacaklısına karşı dermeyer edebileceği ve ibranameye temlik alacağı davasında dayanılabileceğinden davacı N.'in fazla imalatından dolayı temlik belgesine dayanarak bedel talep

Alacakla ilgili itirazlar alacağın yahut sözleşmenin doğmadığına veya sona erdiğine dayanır⁵⁵⁴. Bu kapsamda örneğin, arsa sahibi, devreden alacaklı ile yaptığı devre esas olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ehliyetsizlik, irade bozukluğu veya şekil

edemeyeceğinin kabulü zorunludur.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 21.01.2013 T., 2012/13862 E., 2013/785 K.: “...temlik alanın (davacı üçüncü kişinin) ifa talebine muhatap olan borçlu (davalı arsa sahipleri) bu talebe hemen uymak zorunda değildir. gerçekten, 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 188/1 -. maddesi gereğince; “Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.”, (Ruhi, s.279,280); Y. 14. HD. 13.12.2007 T., 2007/15153 E., 2007/15935 K.: “Devralan kimse temlik işlemini ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile borçlu (arsa sahibi) ona karşı birtakım itiraz ve def’iler de bulunmak hakkına sahiptir. Başka bir anlatımla, Borçlar Kanunu’nun 167. maddesinden yararlanacak olan borçlu (arsa sahipleri) alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür def’iler ileri sürülebilecekse aynı def’ileri yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir. Bir bakıma denilebilir ki, temlik işleminin öğrenildiği ana kadar temlik sözleşmesinin dışında olan ve işlemin tarafı olmayan arsa sahibi temlik işleminden haberdar olunca işlemin tarafı olur ve arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ona karşı (üçüncü kişiye) ileri sürer hale gelir ve ifa isteğini reddedebilir. Örneğin; karşılıklı borç yükleyen eser sözleşmesinden kaynaklanan borç kısmen veya tamamen yüklenici tarafından yerine getirilmeden yüklenici şahsi hakkını üçüncü kişiye temlik etmiş ve üçüncü kişi ifa istemişse, arsa sahibi yüklenicinin öncelikli borcunu bildirerek üçüncü kişinin temlik yoluyla kazandığı hakkını ifadan kaçınabilir.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 23.03.2011 T., 2011/2928 E., 2011/3698 K.: “Eldeki davada, davacının tescil isteğinin hüküm altına alınabilmesi için yüklenici veya onun kişisel hakkını devralan davacının sözleşmeden kaynaklanan tüm edimlerini yerine getirmiş olması gereklidir. Borçlar Kanunu’nun 167. maddesine göre de, borçlu (arsa sahibi) yapılan temlikten haberdar olduğu zaman temlik edene (yükleniciye) karşı haiz olduğu def’ileri temellük edene (davacı üçüncü kişilere) karşı dahi ileri sürebilir. Başka bir deyişle, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan borçları onun tarafından bütünüyle yerine getirilmeden, ondan temlik alan üçüncü kişiler yüklenicinin haklarından yararlanamaz.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 20.01.2010 T., 2009/14351 E., 2010/264 K., Nomer, s.377 dn.23; Y. 14. HD. 08.04.2011 T., 2011/2850 E., 2011/4689 K.,Kostakoğlu, s.1117 vd.; Y. 14. HD. 29.05.2007 T., 2007/2499 E., 2007/6455 K.,Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s.155.; Y. 19. HD. 27.03.2017 T., 2016/8623 E., 2017/2450 K.: “Davalı ... icra takibi sırasında alacağını davalı ...’e temlik etmiş olup, temlik edene karşı ileri sürülebilecek olan def’iler temellük edene karşı da ileri sürülebilecektir. Yani davalı ...’e karşı da senedin karşılıksız olduğu ileri sürülmesi mümkün olup,”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 28.11.2016 T., 2016/4633 E., 2016/9832 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 28.03.2013 T., 2013/2510 E., 2013/4671 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 19.09.2012 T., 2012/11-341 E., 2012/587 K., Meydan ve Yapal, s.474 vd.; Y. 11. HD. 18.01.2011 T., 2009/7152 E., 2011/28 K., Meydan ve Yapal, s.491 vd.; Y. 14. HD. 15.10.2008 T., 2008/6588 E., 2008/11713 K.,Günay, s.716.

554 Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.586; Eren, *Borçlar*, s. 1270; Coşkun, s.50. Borçlunun ileri sürebileceği savunmalar alacağın esasına ait ehliyetsizlik, ibra, yenileme, takas, irade fesadı, biçim eksikliği gibi borcun doğumunu veya hükmünü sürdürmesini engelleyen savunmalardır. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.214; Eren, *Borçlar*, s. 1270. Örneğin, borçlu devir işlemini öğrenmeden önce, eski alacaklı ile yapılan sözleşmenin muvazaa, gabin, hata, hile, tehdit gibi sebeplerle batıl olmasını ya da borcun sona erdiğini veya kendisini devreden alacaklının ibra ettiğini söyleyebilir. Def’i olarak zamanaşımı, ödemezlik def’i, sözleşme ile indirim, ifa imkansızlığı, zamanaşımı, bozucu şartın gerçekleşmesi gibi def’ileri ileri sürebilir. Hatemi ve Gökyayla, s.382; Tekinay, s.252; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.586; Eren, *Borçlar*, s. 1270; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.221 vd.; Reisoğlu, s.406; Kılıçoğlu, s.828; Ayan, *Borçlar*, s.49;. 14. HD. 21.01.2013 T., 2012/13862 E., 2013/785 K., Ruhi, s.279,280. İrade fesadı hallerinden olan hilenin ileri sürülmesi hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Sungurbey, *Sorunlar*, C.5, s. 495 vd. Alacağın devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse devre dayanak teşkil eden hukuki işlemin geçersiz olduğu veya iptal edildiğini de borçlu yeni alacaklıya karşı ileri sürebilir, sebepten bağımsız olduğu kabul edilirse bu savunmalar ileri sürülemez. Ayan, *Borçlar*, s.49; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.585.

yönünden hükümsüzlüğünü yeni alacaklıya karşı ileri sürebilir⁵⁵⁵. Yine arsa sahibi inşaattaki ayıp ve eksiklikler ile diğer haklarına ilişkin savunmalarını, yükleniciden alacak hakkı devralan üçüncü kişiye karşı kullanabilir⁵⁵⁶. Borcun sona ermiş olduğuna ilişkin ifa, ibra ve takas gibi itirazları üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği gibi, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi de yeni alacaklı üçüncü kişiye karşı savunma olarak ileri sürülebilir⁵⁵⁷. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona ermesi halinde tasfiye sonucu yüklenicinin devrettiği hakkın üçüncü kişi tarafından kazanılamamasında da durum aynıdır⁵⁵⁸. Bu durumlarda yüklenici, devir tarihinde alacağın varlığını garanti etmiş sayılacağından, alacağı devralan üçüncü kişinin menfi zararlarını karşılamalıdır⁵⁵⁹.

Bütün bunlarla birlikte, arsa sahibi, yüklenici ile devralan üçüncü kişi arasındaki kendisiyle ilgisi bulunmayan alacağın devri sözleşmesinden doğan itiraz ve def'i ileri süremez⁵⁶⁰. Yine arsa sahibi TBK m.183/2 hükmü gereği yazılı bir borç tanınmasına dayanarak alacağı devralan ve muvazaayı bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen kişiye alacağın dayandığı hukukî işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürememelidir⁵⁶¹.

⁵⁵⁵ Tekinay, s.254; Erman, *Arsa*, s.191; Coşkun, s.50; Kırmızı, s.638. Ancak yüklenicinin veya arsa sahibinin edimlerini yerine getirmesi gibi şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağını teşkil edeceği hallerde, arsa sahibi yükleniciye karşı şekle aykırılığı ileri süremeyeceği gibi yükleniciden alacak hakkı devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürememelidir. Erman, *Arsa*, s.191; Y. 1. HD. 03.04.1989 T., 1989/1154 E., 1989/4070 K., Erman, *Arsa*, s.191 dn.20.

⁵⁵⁶ Selimoğlu, s.427; Turut, s.148.

⁵⁵⁷ Coşkun, s.50; Y. 14. HD. 28.12.2007 T., 2007/13221 E., 2007/16549 K., Coşkun, s.51.

⁵⁵⁸ Coşkun, s.51; Y. 14. HD. 15.06.2007 T., 2007/5813 E., 2007/7560 K.: “Ne var ki somut olayda, davalılar arasındaki 19.03.1986 tarihli sözleşme hükmen feshedilmiş ve ileriye etkili feshe ilişkin mahkeme hükmü Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifada imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır. Mahkemenin değinilen olguyu gözetmek suretiyle tescile ilişkin istemi reddetmiş olması doğrudur.”, Sinerji Mevzuat.

⁵⁵⁹ Erman, *Arsa*, s.22; Coşkun, s.52.

⁵⁶⁰ Turut, s.148; Coşkun, s.50.

⁵⁶¹ Coşkun, s.50. Borçlunun sahip olduğu def'i ve itiraz haklarını devralan alacaklıya da ileri sürebilmesi kuralının en önemli istisnasını TBK m.183/2 hükmünde ve bu hükmün genel düzenlemesi olan m. 19/2 hükmünde düzenlenen yazılı borç tanınması oluşturmaktadır. TBK m. 183/2 hükmüne göre “Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez.” ve bu sebeple borçlu alacağı devralan üçüncü kişiye yazılı borç tanınmasının muvazaalı olduğunu ileri süremez, yeni alacaklının iktisabı korunur. Ancak yeni alacaklı yazılı borç tanınmasının muvazaalı olduğunu biliyorsa borçlunun muvazaa itirazını ileri sürmesi önünde engel kalmayacaktır. Tekinay, s.253; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.587; Eren, *Borçlar*, s.1270; Reisoğlu, s.407; İnan ve Yücel, s.529; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.397; Kayıhan, s.352; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1116. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda şu şekilde bir karar vermiştir: “Yazılı bir ikrar önünde, üçüncü bir şahıs tarafından alacağın iktisap edildiği

1.2.2.2.3.4. Eksik ve ayıplı ifa açısından alacağın devrinin sonuçları

Yüklenicinin bağımsız bölümleri eksik ve ayıplı teslim etmesi halinde, yüklenicinin yaptığı alacağın devri sözleşmesinin ne olacağı üzerinde ayrıca durulmalıdır. Bunun için de öncelikle alacağın devri neticesinde üçüncü kişinin alacak hakkına sahip olması için, yüklenicinin üzerine düşen edimleri yerine getirmesi şartına değinilmelidir.

1.2.2.2.3.4.1. Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi

Bu şart kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devrinin geçerlilik şartı olmasa da alacağın devri üzerine üçüncü kişinin kişisel hakka sahip olması ve bu doğrultuda arsa sahibine başvurabilmesi için aranan şarttır.

Bir başka anlatımla, devralan üçüncü kişinin yüklenicinin halefi olarak ve alacağın devri hükümlerinden faydalanarak arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ya noksansız ve ayıpsız tam olarak ifası ile sonuçlanmış olması gerekmekte ya da ileriye etkili fesih üzerine yapılan tasfiyede satışı vaat edilen veya alacağı devredilen bölümün yükleniciye bırakılması gerekmektedir⁵⁶². Aksi halde, yüklenici bağımsız bölümlere ilişkin kişisel hakkını kazanamayacağı için, ondan devralan üçüncü kişiler de arsa sahibine karşı bir talepte bulunamayıp⁵⁶³, sadece yükleniciden tazminat isteyebilecektir⁵⁶⁴. Yüklenicinin temerrüde düşmesi gibi

*doğrudur; fakat bunun önemi yoktur. İyiniyetli bir alacağa karşı, sadece iki itiraz hariç tutulmuştur, biri BK.nun 18. Maddesinin 2. Fıkrası gereğince muvazaa itirazı ve diğeri BK.nun 164. Maddesinin 2. Fıkrası gereğince senette işaret edilmemiş olan temlik edilmeme anlaşmasından doğan itiraz. Fazlası için, soyut bir alacağın temlik mirasın genel kurallarına tabidir ve temeldeki hukuki ilişkide borçlunun dayandığı itirazlar, sınırlama olmaksızın, onun tarafından iyiniyetli bir temlik lehdarına karşı da ileri sürülebilir. Davalı karşı taraf olan Goldzieher et Penso Bankası'nın ön edasının ademi ifasına dayalı itirazını başarı ile ileri sürebilir.”, Banque cantonale d'Appenzell RO 65 II 66, JdT 1939 390, Oftinger ve Jeanpetre(Çeviren: Dayınlarlı), s. 273 vd. Bir diğer istisna ise “beyaza imza”dır. Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.569; Reisoğlu, s.407; Tekinay, s.253; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1116. Yine borçlu alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeye dayanan daimi def'i hakkını alacağı devralana karşı ileri süremez. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.587.*

⁵⁶² Selimoğlu, s.428; Erman, *Arsa*, s.192; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.55; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1476; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1154. Zira üçüncü kişinin talep hakkı şahsi bir haktır.

⁵⁶³ Olgaç, s.85; Kostakoğlu, s.1101; Aydemir, s.420; Oy ve Haşal, s.136; Coşkun, s.63.

⁵⁶⁴ Y. HGK. 02.07.2003 T., 2003/14-452 E., 2003/456 K.: “Ancak, alacağın temlik şeklinde gerçekleşen böyle bir sözleşmeye dayalı olarak temlik alanın talepte bulunabilmesi için, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi gerekir. Aksi takdirde, temlik alan, temlik sözleşmesine dayalı olarak sözleşmenin tarafı durumunda bulunmayan arsa sahibinden herhangi bir talepte bulunamaz; sadece yükleniciden tazminat isteyebilir.”, Sinerji Mevzuat.

sebeplerle, eseri ayıpsız teslim şartı yerine getirilmediğinden, üçüncü kişiler mülkiyet hakkı veya alacak hakkı kazanamamaktadır. Eğer alacağın devri sonucu, devralan üçüncü kişi adına tapu devredilmiş ama yüklenici temerrüde düşmüş ise, Yargıtay’a göre tapu kayıtları yolsuz tescil halini alacak ve tapu iptali veya tescil davası ile düzeltilebilecektir⁵⁶⁵. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları tapu siciline güven ilkesi ile bağdaşmadığı için eleştirilmektedir⁵⁶⁶.

Arsa paylarının mülkiyetini arsa sahibi üzerinde olması halinde yükleniciye ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişiye devretmesi için arsa sahibinin yükleniciye vekalet vermesi veya yüklenicinin bu bağımsız bölümleri üzerine alarak, tapuda devretmesi ya da alacağın devri sözleşmesi ile devretmesi arasında fark bulunmamakta, yüklenicinin devretmek istediği kişisel hakkın üçüncü kişinin üzerinde doğması için kendi üzerine düşen edimi tam olarak ifa etmesi, her türlü devirde aranmaktadır⁵⁶⁷.

Arsa sahibinin yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde, arsa paylarını devretmekten kaçınma hakkına sahip oldukça, bu hakkını üçüncü kişiye karşı da kullanabilir⁵⁶⁸. Ancak dürüstlük kuralı da göz önünde tutularak inşaatteki eksiklik pek az ve katlanabilir boyutta ise üçüncü kişiye eksikliği tamamlaması şartı ile adına tescili sağlama imkanı verilmektedir.

⁵⁶⁵ Olgaç, s.83; Y. 14. HD. 07.04.2014 T., 2013/8856 E., 2014/2679 K.: “Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir deyişle üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer.”, Sinerji Mevzuat.

⁵⁶⁶ Bu eleştirilere ve bu konudaki tartışmalara ilerleyen bölümlerde ayrıntılı şekilde değinilecektir. Bkz. “1.2.4.4.1.2.Sözleşmeden dönme halinde uygulanacak hükümler” başlığına.

⁵⁶⁷ Olgaç, s.85; Turut, s.145; Coşkun, s.132.; Y. 15. HD. 27.10.2005 T., 2005/75 E., 2005/5775 K.: “Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir...Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekaletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir.”, Kırmızı, s.716,717. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatın kademeli bitirilmesine bağlı olarak satış yetkisi verileceği kararlaştırırsa bile yüklenicinin inşaatın tamamını bitirmesi gerekliliği durumu ve üçüncü kişilerin hukuki durumu bu durumda da değişmeyecektir. Coşkun, s.77,78; Y. 14. HD. 27.01.2000 T., 1999/8639 E., 2000/227 K.: “Eser sözleşmesinde inşaatın kademeli bitirilmesine bağlı olarak satış yetkisi verileceği kararlaştırılmış ise de, bu husus yapının bitirilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Yapılan keşifte yüklenicinin henüz % 26 lık bir yapıyı tamamlayıp inşaatı durdurduğuna göre burada kademeli satış yetkisine dayanarak kendisine bırakılacak daireleri satması halinde inşaatın kimin tarafından bitirileceği sorun olacağından, henüz edimini yerine getirmeden, arsa sahibinden ferağ isteme hakkını elde etmeyen yükleniciden daire satın alan kişiye pay tescili yoluna gidilmesi doğru değildir.”, Sinerji Mevzuat.

⁵⁶⁸ Bkz. “Arsa sahibinin savunmaları” başlığına.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa payı veya bunlara tekabül eden bağımsız bölümlerin devrinin iskan ruhsatının alınması gibi, şarta bağlandığı hallerde, şart gerçekleşmemiş ise devralan üçüncü kişinin arsa sahibine karşı talepte bulunamayacağı kabul edilmelidir⁵⁶⁹.

1.2.2.2.3.4.2. Eksik ve ayıplı ifanın alacağın devrine etkisi

Yüklenici, eksik iş yapmış veya ayıplı teslimde bulunmuşsa, kural olarak, tam ifade bulunmadığı için alacak hakkını kazanamayacak, bu alacak hakkını devralan üçüncü kişi de herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Arsa sahibi yükleniciye karşı ayıplı iş dolayısıyla ileri sürebileceği itiraz ve def'ileri, devralan üçüncü kişiye karşı da kullanabilir. Bu kapsamda, yüklenicinin arsa sahibine olan öncelikli borçlarını tamamen ya da kısmen yerine getirmeden kişisel hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde, arsa sahibi TBK m. 97 hükmü uyarınca arsa payının üçüncü kişiye devrinden kaçınabilir, yani ödemezlik def'ini kullanabilir⁵⁷⁰. Zira yüklenicinin kat karşılığı inşaat

⁵⁶⁹ Nitekim Yargıtay, sözleşmede arsa payının veya bunlara tekabül eden bağımsız bölümün devrinin iskan ruhsatının alınması şartına bağlandığı hallerde, imar mevzuatına aykırı nitelikte olan ve bu nedenle iskan ruhsatı alınamayan bir ana yapıdaki bağımsız bölüme ilişkin olarak alacak hakkını devralan üçüncü kişinin mülkiyetin hükmen geçirimi (TMK m. 716) talebini kural olarak reddetmektedir. Bkz. Y. 14. HD. 16.11.2001 T., 2001/7306 E., 2001/7991 K.: “Davacı, usulüne uygun olarak yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkını devralmıştır. Taşınmaz başında yapılan keşifte binanın tamamlandığı ve kullanılmakta olduğu da belirlenmiştir. Ancak; yüklenici sözleşmeye uygun olarak binayı tamamlamasına rağmen, yine sözleşmeye göre yükümlendiği iskan ruhsatını alma borcunu yerine getirmemiştir. Bu durumda edimin tam olarak yerine getirildiğinin kabulü mümkün değildir. Sözleşme koşullarına göre fiili ve hukuki bitmişlik birlikte aranmalıdır. Mahkemece, iskan ruhsatının alınmadığı gözetilerek davacıya bu eksikliği giderme olanağı tanınmalı ve sonucuna göre hüküm kurulması yönünden kararın bozulması gerekmiştir.” Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 13.12.2007 T., 2007/15153E., 2007/15935 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD.07.12.2005 T., 7476/6647, (Kostakoğlu, s.1083).

⁵⁷⁰ Erman, Arsa, s.194; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s.161,201; Coşkun, s.50; Turut, s.147; Karadaş, s.365; Kırmızı, s.722; Gür, s.133,134; Y. 19. HD. 29.11.2016 T., 2016/5972 E., 2016/9859 K.: “Temlik alanın sözleşme tarafını ifaya zorlayabilmesi için kendi edimini yerine getirmesi zorunludur. Nitekim TBK'nın 97. maddesinde "Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir." hükmü düzenlenmiştir. Bu nedenle, yüklenici ile yükleniciden temlik alan (davacı) arasında düzenlenen temlik sözleşmesi gereğince tarafların borç ve alacaklarının neler olduğu sözleşme hükümleri çerçevesinde incelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.” Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 08.04.2011 T., 2011/2850 E., 2011/4689 K.: “Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz.” Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 24.04.2011 T., 2011/4737 E., 2011/5766 K.: “Burada belirtilmesi gereken diğer husus, temlik işlemi nedeniyle alacak ve ona bağlı olan bütün yan ve öncelikli hakların devralana geçtiğidir. Ne var ki, temlik yapılan kadar bundan haberdar olmayan borçlu (arsa sahibi), temlike vakıf olunca ifa talebinde bulunana (davacıya) hemen edimini yerine getirmek zorunda değildir. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi gereğince, ifaya muhatap olan arsa

sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmesi üzerine, üçüncü kişi alacağın devri ile geçerli bir şekilde alacak hakkı sahibi olmakta ve arsa sahibine başvurabilmekte; arsa sahibi de yüklenicinin edimini yerine getirdiği oranda alacak hakkını devralan üçüncü kişiye karşı sorumlu olmaktadır. Bu sebeple yüklenicinin yerine getirdiği edim ve oranı önemlidir.

Yüklenicinin ifasındaki eksiklik arsa sahibinin katlanması gereken bir boyutta ise⁵⁷¹ devralan üçüncü kişinin bu eksikliği kendi masrafı ile ifa etmesi veya belirlenecek bedeli ödemesi halinde, arsa sahibi devre konu olan bağımsız bölümün mülkiyetini devralana geçirmek zorundadır⁵⁷². Yüklenicinin temerrüde düşmesi sebebiyle, arsa

sahibi, temlik yapılmamış olsaydı temlik edene karşı ne gibi def'iler ileri sürecektse, bunları temellük edene (davacıya) karşı da ileri sürebilir hale gelir. Çünkü üçüncü kişi (davacı), yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur. Kısaca tekrar vurgulamak gerekirse, yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi veya eksik ya da kötü ifa sebebiyle arsa sahibi Borçlar Kanunu'nun 81. maddesine dayanarak temlik alan üçüncü kişinin ifa talebini reddedebilir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 02.12.2014 T., 2014/8034 E., 2014/13743 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 10.11.2008 T., 11844 E., 13252 K., Karadaş, s.365 vd.; Y. 14. HD. 21.07.2008 T., 2008/8542 E., 2008/9635 K., Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.201; Y. 14. HD. 06.06.2008 T., 6161 E., 7325 K., Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.202; Y. 14. HD. 05.03.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K., Nomer, s. 377 dn.26; Y. 14. HD. 22.02.2013 T., 2013/1026 E., 2013/2617 K., Avcı, s.129,130; Y. 14. HD. 01.04.2013 T., 2013/2935 E., 2013/4979 K., Avcı, s.131. Ödemezlik def'ini kısaca açıklamak gerekirse, eser sözleşmesinde ve buna bağlı olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin bedel ödeme borcu eserin teslimiyle birlikte muaccel olacaktır. Eser eksik olarak teslim edilse bile yüklenici bedel alacağını tam isteyebilecektir. Ancak bu durumda, iş sahibi eksikliğin giderilmesini talep ederek bu eksiklikler giderilene kadar bedelin eksikliğe denk gelen kısmını ödemekten kaçınabilecektir. Şahiniz, s.95. Arsa sahibinin ödemezlik def'i hakkı eserin ayıplı tesliminde de aynı şekilde bulunmaktadır. Bkz. Şahiniz, s.203, 223; Yener, *Arsa Payı*, s.44.

⁵⁷¹ Yargıtay genel olarak, yüklenicinin %95 lik kısmının tamamlanmış olması durumunda kalan eksikliğin iş sahibi bakımından katlanılabilir ölçüde olduğuna ve dolayısıyla yüklenici veya alacağı devralan üçüncü kişilerin bu eksiklikleri tamamlaması veya masraf tutarını ödemesi şartıyla eksikliği karşılamışsa bağımsız bölümün tescilini talep etme hakkının olduğunu kabul etmektedir. Şahiniz, s.97; Coşkun, s.65; Y. 14. HD.14.03.2002 T., 2002/1376 E., 2002/1818 K.: “Somut olayda; Mahkemece mahallinde yapılan keşifte; binaların tamamında yapılan işlerin tamamına oranı (yani fiziki gerçekleşme) % 95 ve sözleşmede arsa sahiplerine yapılması öngörülen işlerden, yapılanların yapılması gerekenlere oranı ise (yani yüklenicinin edimi) % 98 olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda tespit edilen eksik işlerin tamamlanması veya parasal değerinin hesaplattırılarak bu bedelin ödenmesi için davacıya mehil verilmesi gerekir.”; Y. 14. HD.11.10.2001 T., 2001/5416 E., 2001/6603 K.: “Ancak, yüklenicinin herhangi bir sebeple inşaatı devam edememesi halinde yükleniciden daire alanların sözleşmeye uygun olarak inşaatı devam etmelerine arsa sahipleri bazen yazılı olarak muvafakat ettikleri gibi bazen de zımnen muvafakat etmiş olabilirler. Bu gibi hallerde inşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılmış olması ve %95 ve onu aşan bir seviyeye ulaşması halinde, eksikliklerin tamamının parasal değerinin arsa sahiplerine ödenmesi koşulu ile tescil yoluna gidilebilir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 30.03.2001 T., 1350 E., 2081 K., Şahiniz, s.9; Y. HGK. 04.04.2001 T., 2001/14-288 E., 2001/330 K., Coşkun, s.65.

⁵⁷² Aydemir, s.425; Erman, *Arsa*, s.194; Coşkun, s.65,87; Kostakoğlu, s.1101; Oy ve Haşal, s.137; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1154; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1478; Avcı, s.148; Şahiniz, s.96; Yener, *Arsa Payı*, s.25,140; Kırmızı, s.723; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.337; Y. 14. HD. 29.11.2007 T., 2007/13130 E., 2007/15128 K.: “Dava, yüklenicinin temlik ile kazanılan kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Yüklenicinin yapıdan el çektiği tarihten sonra yüklenicinin yapması gereken işler temlik alan üçüncü kişi tarafından yerine getirilmeden veya o işlerin bedeli

sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, alacak devralan üçüncü kişilerin yüklenici yerine inşaatı devam etmeyi ve inşaatı bitirmeyi talep etmeleri durumunda, uygulamada arsa sahibi bu teklifi kabul etmek ve iş tamamlandığında söz konusu üçüncü kişilere yüklenici yerine arsa payı ve bağımsız bölümler vermek zorunda olduğu kabul edilmektedir⁵⁷³. Uygulamadaki bu kural, dürüstlük kuralından faydalanılarak, üçüncü kişinin ifa teklifini alacaklının kural olarak kabul etmesi gerektiği hususunu düzenleyen TBK m. 83 hükmüne dayandırılmaktadır.

İnşaatteki üçüncü kişinin sorumlu olacağı bu eksiklik, ayıplı ifa veya eksik işler sebebiyle ortaya çıkabilir⁵⁷⁴. Bir başka deyişle, devre konu kat karşılığı inşaat sözleşmesi yüklenici bakımından bütünüyle ifa edilmemişse ve bunlar arsa sahibi tarafından katlanılabilir ölçüde ise, gerek alacağın devri sözleşmesiyle gerekse taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile bağımsız bölüm alan üçüncü kişi, yüklenicinin bu eksiklikleri

arsa sahibine ödenmeden temlik alan üçüncü kişinin ifa talebinde bulunmasına olanak yoktur. Diğer yandan, temlik alan üçüncü kişi ifa talebinde bulunmuşsa yüklenicinin bütün borçlarından sorumlu olacağından, burada arsa payı oranında değil, yüklenicinin bütün borçlarından dolayı sorumludur.”, (Aydemir, s.426). Eksik işlerin tamamlanması için gerekli olan masrafların tutarı dava tarihindeki piyasa rayıçlarına göre belirlenmelidir. Kurt, s.77.

⁵⁷³ Öz, *İnşaat*, s.105.

⁵⁷⁴ Coşkun, s.69. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğine göre borçlanılmış olan bütün işlerin tamamlanmamış olması halinde eksik iş söz konusudur ve bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, gereği gibi ifa etmemeye dayanan TBK m. 112 hükmü uygulanmalıdır. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.79; Kırmızı, s.729; Gür, s.118. Bu doğrultuda arsa sahibinin sahip olduğu haklar, aynen ifa ve eksik teslimden doğan zararın tazmini, bedelden indirim ve eksik ifa sebebiyle doğan zararın tazmini, eksik işler bedelini talep ve nama ifa olarak sınıflandırılabilir. Gür, s.118 vd. Ancak ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanacağını ileri süren yazarlar da vardır. Bu yazarlar için bkz. Gür, s.115,116. Eksiklik, iskan ruhsatının alınmaması gibi kanundan kaynaklanan nedenlerle de ortaya çıkabilir. Yine sözleşmede kararlaştırılan herhangi bir aykırılık halinde cezai şart veya gecikme halinde gecikme tazminatı da eksikliklere örnek olarak verilebilir. Coşkun, s.71,72; Y. 14. HD. 05.05.2008 T., 2008/4727 E., 2008/5825 K.(Coşkun, s.72). İskan ruhsatının alınmamasının eksik ifa mı ayıplı ifa mı olduğu tartışmalı olmakla birlikte, Yargıtay kararlarının bu konuda yeknesak olmadığı görülmektedir. Bkz. Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.163; Gür, s.99 vd. ; Kurt, s.73,74. Ayıp ise, sözleşmede vaat edilen yahut dürüstlük kuralına göre olması gereken vasıfların teslim edilen eserde bulunmamasıdır. Aral ve Ayrancı, s.354; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.161. Eksik iş ile ayıplı iş hukuken aynı anlamda olmayıp, ayıplı işin ancak inşaatın tamamı bitirilerek teslim ettikten sonra ortaya çıktığı, eksik işin ayıplı iş olmadığı kabul edilmektedir. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.79; Kostakoğlu, s.447,448. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından,yüklenici sözleşmenin teknik şartnamesinde öngörülen işlerin bir kısmını yapmamışsa eksik iş, sözleşmede öngörülen işleri teknik şartnamesinde belirtilen niteliklere uygun yapmamışsa ayıplı iş söz konusu olacaktır. Erman, *Arsa*, s.199; Kırmızı, s.731. Bu hususta sık karşılaşılan yüzölçümü eksikliği Yargıtay tarafından eksik iş olarak kabul edilmekte, ancak doktrin inşaatın kararlaştırılan yüzölçümünden küçük yapılmış olmasını ayıp olarak değerlendirmektedir. Kurt, s.73; Tandoğan, s. C.2, s.166; Gür, s.98,99; Kırmızı, s.730. Eksik iş ile ayıplı ifa ayrımının önemi, ayıplı işlerde arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmesi halinde ayıpla ilgili hükümlerden yararlanacağı aksi halde ayıplı olarak örtülü olarak kabulünün varsayıldığı ve bu halde eseri eksiklikleri ile de kabul edildiği anlamına da gelmesi hususundadır. Bu açıdan eseri teslim alınması sırasında eksiklikler nedeniyle talep hakkını saklı tutulması husunda kaydın konulması faydalı olacaktır. Erman, *Arsa*, s.201; Kırmızı, s.733.

kadar yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı sorumlu olur⁵⁷⁵. Hatta sözleşmede gecikme tazminatı veya cezai şart öngörülmüşse ve arsa sahibi bunları talep etmekte haklı ise, devralan üçüncü kişi yüklenicinin kalan edimlerinden sorumlu olacağı için, bu borçları ödediği takdirde devraldığı bağımsız bölümleri talep edebilmelidir⁵⁷⁶. Aksi halde, alacak hakkı devralan üçüncü kişi arsa sahibine karşı herhangi bir talepte bulunamaz. Nitekim arsa sahibi de inşaatı teslim alsa dahi, arsa payının devrini talep eden üçüncü kişiden ayıp veya eksikliklerin karşılanmasını ve anlaşılmaya göre iskan ruhsatının alınmasını talep edebilmeli ve bunlar gerçekleşmedikçe arsa payının üçüncü kişiye devrinden kaçınabilmelidir⁵⁷⁷. Bu sonuçlar çıkarılmasaydı, örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimini bütünüyle ifa etmemesi halinde, devralan üçüncü kişilerin yüklenicinin ifa etmediği borçtan sorumlu tutulmaması sonucuna yol açarak; yüklenicinin arsa sahibinin rızasını almadan yaptığı devir işlemi sonucunda borcundan kurtulması sağlanmış olurdu. Bu durum ise arsa sahibinin malvarlığında sebepsiz ve haksız bir azalmaya neden olacaktı⁵⁷⁸.

Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin özelliği gereği, yüklenicinin veya ondan alacağı devralan üçüncü kişilerin ayıp ve eksikliklerin giderilmesi için gerekli ortalama masraf tutarlarını, ayıp ve eksikliğin giderilmesi için uygun sürenin sonuna kadar işleyecek gecikme tazminatı ile varsa cezai şartı peşin olarak arsa sahibine ödemeyi teklif etmeleri halinde, arsa sahibinin bu teklifi reddetmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağına, bu sebeple hâkimin arsa sahibinin yükleniciye veya alacağı devralan üçüncü kişilere devretmesi gereken son bağımsız bölümün devrine ve onlar adına tesciline karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁷⁹. Yüklenici veya alacağı devralan

⁵⁷⁵ Karadaş, s.373; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.158; Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1488. Üçüncü kişi inşaatın ortak yerlerindeki ayıp ve eksikliklerin tamamından da kendi payı oranında sorumlu olacaktır. Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1488; Y. 14. HD. 29.05.2007 T., 2007/2499 E., 2007/6455 K., Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1489.

⁵⁷⁶ Aydemir, s.426; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.337.

⁵⁷⁷ Nomer, s.377; Y. 14. HD. 28.04.2011 T., 2011/4737 E., 2011/5766 K.(Nomer, s.377 dn.27).

⁵⁷⁸ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.210; Y. 14. HD. 25.03.2008 T., 2008/2451 E., 2008/3912 K.: “Temlik işlemi nedeniyle alacak ve ona bağlı olan bütün yan ve öncelikli haklar devralana geçer. Şayet, temlik edilen alacağın dayanağı olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi yüklenici bakımından bütünüyle ifa edilmemişse, üçüncü kişi yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur (BK. m. 167). Aksinin düşünülmesi halinde arsa sahibine karşı sözleşmedeki edimlerini bütünüyle yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinin rızası gerekmeden yaptığı temlik işleminden dolayı ona karşı borçlarından kurtulacak arsa sahibi olan tarafın mal varlığında ise sebepsiz azalma olacaktır.”, Sinerji Mevzuat.

⁵⁷⁹ Y. 14 HD. 07.05.1985 T., 1984/8820 E., 1985/3269 K.: “İnşaattaki eksikliğin karşılığı olan bedeli ödeyip ödemiyeceği hususunda davacıya olanak tanınması icabeder. Diğer yünden arsa sahiplerinin

üçüncü kişi böyle bir teklifte bulunmamışsa, bu kişilere eksikliklerin giderilmesi veya eksiklikleri giderme masraflarının depo edilmesi için süre verilmesi ve sonuca göre karar verilmesi gereklidir⁵⁸⁰.

Yüklenicinin imar mevzuatına aykırı imalatı halinde, arsa sahibi bu durumu ödemezlik def'i olarak üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir ve bu durumda da üçüncü kişiye bu aykırılığı düzeltme imkanı verilebilir⁵⁸¹. Bu kapsamda inşaatın teslimi, yapı kullanma izin belgesinin alınması, harç, vergi gibi ödemelerin yapılması gibi edimlerden yüklenici sorumlu tutulmuşsa, yüklenici yerine halefleri üçüncü kişilerce yerine

bir bağımsız bölümün bedelinden çok az miktarda olan apartmandaki eksikliği bahane ederek müteahhitlere ait üç daireyi teminat olarak uhdelerinde alıkoymaları bir hakkı sırf gayrı ızzar eden suistimalidir ve bu hususun yasaca korunması mümkün değildir. Bu itibarla, mahallen keşif yapılarak uzmanbilirkişiler aracılığıyla apartmandaki inşaat eksikliğinin parasal değerinin saptanması, davacıdan saptanacak bu bedeli ödeyip ödemiyeceğinin sorulması ve hasıl olacak sonuç dairesinde bir hüküm kurulması gerektiği düşünülmeyen davanın yazılı şekilde reddi, isabetli bulunmamıştır.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 12.05.2009 T., 2009/2721 E., 2009/6008 K.: “Somut olayda arsa sahipleri tarafından açılan davanın sonucunu beklemek, arsa sahiplerinin bu dava ile 17.10.2002 günlü arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan hakları hükme bağlanırsa ve bu hüküm kesinleşmişse davacılarından Yüksel'e o dosya kapsamında kalan alacak tutarını gerek duyulursa bilirkişiye hesap ettirerek arsa sahiplerine ödenmek üzere depo ettirmek, diğer taraftan bilirkişilerden ek rapor alınarak tasdikli projeye göre yapıya iskan (oturma ruhsatı) alınmasında engel olup olmadığını belirletmek, engel yoksa davalı yükleniciye veya temlik alacaklısı davacıya yapıya iskan ruhsatı almak üzere uygun süre vermek ve bunun sonucunu beklemek, bütün bu anlatılan hususların sonucuna göre sözleşmenin arsa sahipleri bakımından ifa ile sonuçlandırdığı kanaatine ulaşırsa davayı kabul etmek, aksi durumda bu aşamada açılan davanın reddine hükmetmek olmalıdır.”; Y. 14. HD. 29.05.2007 T., 2007/2499 E., 2007/6455 K.: “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde yüklenicinin eksik bıraktığı tüm edimlerinin parasal karşılığının saptanması, bunlardan yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların tamamladıkları kısımların bedelinin mahsubu ile kalan edim yükümlülüğünün parasal karşılığının belirlenerek yüklenicinin halefi olan davacıya depo ettirilmesinin sağlanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 25.11.2004 T., 2004/6383 E., 2004/6023 K., Şahiniz, s.97; Y. HGK. 16.02.2005 T., 2005/14-6 E., 2005/73 K., Kostakoğlu, s.1111 dn.6 ; Y. HGK. 07.11.2001 T., 2001/14-957 E., 2001/814 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.147,1479; Y. 15. HD. 19.07.2010 T., 2010/2702 E., 2010/4192 K.,Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1479; Y. 14. HD. 20.11.2001 T., 2001/7759 E., 2001/8069 K., Günay, s.712; Y. 14. HD. 30.11.2012 T., 2012/12312 E., 2012/13970 K., Avcı, s.149; Y. HGK. 04.04.2001 T., 2001/14-288 E., 2001/330 K., Coşkun, s.65.

⁵⁸⁰ Erman, *Arsa*, s.194; Kırmızı, s.723; Şahiniz, s.69; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1154. Yargıtay bu duruma “birlikte ifa kuralı” adı vermektedir. Gür, s.134; Coşkun, s.65; Y. 14. HD. 31.01.2006 T., 2005/10337 E., 2006/492 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14 HD. 07.05.1985 T., 1984/8820 E., 1985/3269 K.: “İnşaatındaki eksikliğin karşılığı olan bedeli ödeyip ödemiyeceği hususunda davacıya olanak tanınması icabeder.”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 31.01.2006 T., 2005/10337 E., 2006/492 K.: “eserin (binanın) arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirildiği, ne var ki, yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmede yer alan bazı hükümler sebebiyle sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır.”, Sinerji Mevzuat.

⁵⁸¹ Coşkun, s.69.

getirilmedikçe, üçüncü kişilerin arsa sahibine karşı talepte bulunmaları mümkün olmamalıdır⁵⁸². Yine inşaat ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılmış ise kaçak inşaat söz konusu olmakta ve yüklenici borcunu yerine getirmemiş sayılmaktadır. Hem yüklenici hem de halefleri bu durumda arsa sahibinden arsa payı devri isteyememelidir⁵⁸³.

Arsa sahibi, yükleniciden adi yazılı devir sözleşmesi ile bağımsız bölüm alan üçüncü kişilerin inşaatı tamamlamasına, yazılı veya üçüncü kişinin tamamlamaya yönelik fiillerine karşı çıkmama, bağımsız bölüm devretme, inşaat ile ilgili taleplerde bulunma gibi davranışlarla zımni olarak rıza gösterebilir⁵⁸⁴.

Devralan üçüncü kişinin eksik veya ayıplı işlerden sorumluluğunun tespiti önemlidir. Daha önce de belirtildiği üzere, devralan üçüncü kişi bu kişisel hakkı sebebiyle yüklenicinin halefi sıfatıyla onun haklarına sahip olmakta ve arsa sahiplerinden devraldığı bölümün mülkiyetini isteme hakkına sahip olmaktadır. Buna göre, alacak hakkı devralan üçüncü kişi, ancak yüklenicinin eksik ve kusurlu tüm işlerinin tutarını karşıladığı takdirde arsa sahibine başvurabilmekte ve bağımsız bölümlerin geçirilmesini talep edebilmektedir. Yüklenicinin üzerine düşen bağımsız bölüm birden fazla ise ve hepsini farklı üçüncü kişilere alacağın devri sözleşmesi ile satmış ise sadece dava açan üçüncü kişi eksiklik bedelini depo ederek, sonradan diğer üçüncü kişiler ile yükleniciye

⁵⁸² Avcı, s.125; Y. 14. HD. 12.02.2008 T., 2007/13334 E., 2008/1513 K.: “Dava, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün temlik alınması nedeniyle kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Mahkemece, yüklenicinin inşaat sözleşmesi hükümlerince tescile hak kazanıp kazanmadığı araştırılmalı, SSK’dan ilişiksizlik belgesi ve oturma izni ibrazıyla eksik borç kalmadığı anlaşıldığında tescil kararı verilmeli, bunların yerine getirilmemiş olması durumunda davacıya yüklenici namına ifası için yetki ve makul süre verilmeli, eksiklikler giderilmez ise dava reddedilmelidir.”, Sinerji Mevzuat.

⁵⁸³ Avcı, s.126; Y. 14. HD. 14.12.2007 T., 2007/14807 E., 2007/16019 K.: “Buna göre ruhsata aykırı binanın kanunî hale getirilmesi sağlanmazsa ilgili belediyece masrafi sahibinden tahsil edilerek yıkılması gerekir. Öte yandan, başlıklı Türk Ceza Kanununun 184. maddesinde de ruhsat alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan ve yaptıran kişinin cezalandırılacağı hükmü bulunmaktadır. O yüzden, ne yüklenicinin nede onun şahsi hakkını temlik alan kişilerin yasaya aykırı ve mevcut konumu suç teşkil eden bir yapı üzerinde yasaya aykırılığın devamını sağlayacak sonuç doğuran istemde bulunamaz”, Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 13.03.2008 T., 2008/1930 E., 2008/3188 K.: “Uyumsuzlukta keşif sonucu alınan bilirkişi raporuyla; davalının maliki olduğu arsa üzerine inşaat yapımına başlanmadan evvel yapı izin belgesi alınmış ise de, tasdikli projesinde üç katlı olarak yapılması gereken inşaatın kat artırımı suretiyle beş kata getirildiği saptanmıştır. Görülüyor ki, ruhsata aykırı yapılan kısımlar kaçaktır. Yapıdaki yasaya aykırılıklar giderilmeden yüklenicinin edimini yerine getirdiği kabul edilemeyeceğinden davacı da onun yaptığı temlik işleminden yararlanamaz.”, Sinerji Mevzuat. Zira inşaat ruhsatı olmayan veya ruhsata aykırı yapılan inşaatla ilişkin talepler kanuna aykırı talepler oluşturacağından, devralan kişilerin kanuna aykırı yapılan yapı üzerinde bu aykırılığın devamını sağlayacak nitelikte istemde bulunmaları mümkün değildir. Y. 14. HD. 13.12.2007 T., 2007/15153 E., 2007/15935 K.(Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.157,158).

⁵⁸⁴ Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1492. Arsa sahibinin rıza göstermesi, üçüncü kişinin arsa sahibinden tazminat istemesini sağlamayacaktır. Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1492.

rücu edebilecek yahut davayı diğer üçüncü kişilere ihbar ederek depo bedelinin paylaştırılarak ödenmesini sağlayabilecektir⁵⁸⁵.

Üçüncü kişinin yüklenicinin eksik veya ayıplı bıraktığı işi telafi etmesi durumunda, yüklenici ile aralarındaki devir sözleşmesine dayanarak ondan tazminat isteyebilmeli ve bağımsız bölümün zilyetliğini önceden devralarak faydalı ve zorunlu masraflar yapmışsa bunları talep etme hakkına sahip olabilmelidir⁵⁸⁶. Yine yükleniciden bağımsız bölüm devralan diğer üçüncü kişilerden de onların payına isabet eden tutar ile sınırlı olarak ödediği bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilmelidir⁵⁸⁷.

Arsa sahibi eksik ve ayıplı işler ile ilgili olarak yükleniciye karşı bir dava açmış ise üçüncü kişinin açacağı dava arsa sahibinin açtığı davayı bekletici mesele yapılmalı ve davanın kesinleşmesi beklenmeli sonra karar verilmelidir⁵⁸⁸.

Alacağın devri sözleşmesinin eksik veya ayıplı ifa dışında; arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi, zamanaşımı, imkansızlık, sözleşme konusu bağımsız bölümün tamamlanamaması veya kabul edilemeyecek oranda ayıplı inşa edilmesi ve benzeri nedenlerden dolayı geçersiz olması hallerine değinmek gerekirse, bu hallerde yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişi yüklenici ile arasında olan devir sözleşmesinin aynen ifasından vazgeçerek, kaim bedelini sadece yükleniciden isteyebilmeli, arsa sahibinden kaim bedel isteyememelidir⁵⁸⁹. Her ne kadar devralanın

⁵⁸⁵ Coşkun, s.89,90.

⁵⁸⁶ Erman, Arsa, s.195; Coşkun, s.82,83; Kırmızı, s.723; Nomer, s.377; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.158; Oy ve Haşal, s.137; Y. 14. HD. 29.05.2007 T., 2007/2499 E., 2007/6455 K.: “*Kuşkusuz, temlik yoluyla ifayı talep eden üçüncü kişi, temlik sözleşmesinin dışında arsa sahibine bazı ödemeler yapmak zorunda kalmışsa, yükleniciyle var olan temlik sözleşmesine dayanarak bunların istirdadını ancak yükleniciden isteyebilir.*”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 15.06.2007 T., 2007/5813 E., 2007/7560 K., Coşkun, s.83.

⁵⁸⁷ Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1491.

⁵⁸⁸ Avcı, s.149; Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1487; Coşkun, s.65; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1154; Nomer, s.377; Y. 14. HD. 23.03.2011 T., 2011/2928 E., 2011/3698 K.: “*Mahkemece yapılması gereken iş, A. Onsekizinci Asliye Hukuk Mahkemesi’nin dava dosyasının sonucunu beklemek, o davada arsa sahiplerinin hakları hükmü bağlanıp kesinleşirse bu tutar ile birlikte iskan harç ve masrafları ile sigorta primlerinin tutarı da saptanıp arsa sahiplerine ödenmek üzere davacıya depo ettirmek, böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yerine getirilmeyen hükümleri davacı tarafından yerine getirilirse tescile hükmetmek, aksi takdirde davayı reddetmek olmalıdır. Eksik inceleme ve araştırmaya dayalı hükmün açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.*”, Sinerji Mevzuat; Aynı yönde bkz. Y. 14. HD.20.01.2010 T., 2009/14351 E., 2010/264 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 29.11.2007 T., 2007/13130 E., 2007/15128 K., Nomer, s.377 dn.28.

⁵⁸⁹ Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.176. Sözleşmenin geçersiz kalması sebebiyle devir alacaklısının alacak ve zararının hesaplanmasında güncelleme yolu ile belirleme ve denkleştirici adalet ilkesine göre belirleme olmak üzere iki esas benimsenmiştir. Aydemir, s.434,435; Üçüncü kişiye geri verilecek

yaptığı ödeme miktarındaki bir bedelin iadesi ile devralan kişinin zararının karşılanacağı düşünülebilirse de, bu sonuç adil olmaz ve dürüstlük kuralı ve sebepsiz zenginleşme hükümleri göz önünde bulundurularak devralanın zararının karşılanması gerekir⁵⁹⁰.

1.2.2.2.3.5. İyiniyetle yükleniciye yapılan ifanın arsa sahibini borçtan kurtarması

Alacağın devrinin geçerliliği, borçlunun rızasına ve hatta ona bilgi verilmesine bağlı değildir. Kural olarak borçlu alacağın devredilmesi halinde borcunu yeni alacaklıya ifa etmekle yükümlü olup, yeni alacaklıya borcunu ifa ederek borcundan kurtulur. Ancak bu durum borçlunun hukukî durumunu ağırlaştırmamalıdır. Bu sebeple TBK m. 186 hükmü gereği borçlu; alacağın devredildiğinin devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmediği hallerde, önceki alacaklıya iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulmalıdır⁵⁹¹. Kanun koyucu bu hüküm ile, devrin borçluya haber verilmeden yapılmasında, devre rağmen alacaklıya ifada bulunma riskini borçluya değil devralan üçüncü kişiye yüklemektedir⁵⁹².

Alacağın devri hükümlerinde düzenlenen TBK m. 186 hükmü, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de uygulanmalıdır. Bu hükme göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin alacağını üçüncü bir şahsa devretmesi ve bunu arsa sahibine bildirmemesi durumunda, arsa sahibinin, yükleniciye düşen bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını yüklenici adına tescil ettirmesi, borcundan kurtulmasına sebep olur⁵⁹³. Böylece, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını alacağın devri sözleşmesi ile devretmesinde, arsa sahibinin rızası aranmasa da, devir işlemi arsa sahibine bildirilmediği veya bu konuda bir istemde bulunulmadığı sürece, yükleniciye iyiniyetle ifa yapan arsa sahibi, TBK m. 186 hükmü gereği, üçüncü kişiye yaptığı ifa

satış bedelinin denkleştirici adalet ilkesine göre hesaplanması gereklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.176 vd.; Aydemir, s.435 vd.

⁵⁹⁰ Aydemir, s.434.

⁵⁹¹ Y. 12. HD. 09.09.2014 T., 2014/18540 E., 2014/20767 K.: “TBK’nun 188. maddesine göre borçlu devri öğrendiği sırada devreden alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaları, devralan alacaklıya karşı da ileri sürebilir. Aynı kanunun 186. maddesinde ise; alacağın devri kendisine bildirilmeyen borçlunun önceki alacaklıya yaptığı iyiniyetli ifa ile borcundan kurtulacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Takibin devamı sırasında alacaklının takip konusu alacağını 3. kişiye devretmesi halinde icra müdürü talep üzerine temlik borçluya bildirmelidir.”, Sinerji Mevzuat; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD. 23.03.2007 T., 2006/704 E., 2006/4351 K., Ruhi, s.312,313. Aksini devralan alacaklı ispatlarsa yapılan ödeme geçersiz sayılır. Kayıhan, s.351.

⁵⁹² Kılıçoğlu, s.826.

⁵⁹³ Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1107.

oranında mülkiyeti devir borcundan kurtulur⁵⁹⁴. Arsa sahibine alacağın devrinin yapıldığını içeren bildirim hukukî işlem benzeri bir fiildir⁵⁹⁵ ve herhangi bir şekle bağlı olmadığı gibi bildirim devreden veya devralan alacaklı da yapabilir⁵⁹⁶.

Arsa sahibinin iyiniyetli sayılması için de alacağın devredildiğini bilmemesi, ödemede bulunduğu alacaklıyı hak sahibi zannetmesi ve bu zannının haklı ve mazur görülmesi gerekir⁵⁹⁷. Borçluya devir işlemi bildirilmemişse, iyiniyetli olması asıldır. İyiniyetli olmadığını ispat bunu iddia eden devralan alacaklıya aittir⁵⁹⁸. Kendisine bildirilmediği halde borçlu alacağın devredildiğini bir şekilde öğrenmişse de artık kötü niyetli sayılmalı ve eski alacaklıya yaptığı ödeme onu borcundan kurtarmamalıdır⁵⁹⁹.

1.2.2.2.3.6. Arsa sahibinin tevdi suretiyle borçtan kurtulması

Devreden eski alacaklı ile devralan yeni alacaklı arasında uyumsuzluğun bulunması, genellikle borçlunun borcunu kime ifa edeceği hususunda tereddüt oluşturabilmektedir. Bu tereddüt birden çok kimseye yapılan devirlerden hangisinin geçerli olduğunun belirlenememesinden veya devreden ile devralan arasındaki uyumsuzluk sebebiyle gerçek alacaklının belirlenememesinden kaynaklanabilir⁶⁰⁰. Zira borçlu, yanlış kişiye borcunu ifa ederse hem borçtan kurtulamayacak hem de gerçek alacaklının alacağına kavuşması riski ortaya çıkar⁶⁰¹. Bu riski ortadan kaldırmak adına kanun koyucu TBK m. 187/1 hükmünde; “*kime ait olduğu çekişmeli bulunan alacağın borçlusu, ifadan kaçınılabilir ve alacağın konusu hakim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan*

⁵⁹⁴ Coşkun, s.56; Aydemir, s.419.

⁵⁹⁵ Eğer bir irade açıklaması hukuki değil de fiili bir sonuca yöneldiği halde hukuk düzeni o açıklamaya yöne de hukuki bir sonuç bağlıyorsa hukuki işlem benzeri bir fiilden bahsedilecektir. M. Kemal **Oğuzman** ve Nami **Barlas**, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.174.

⁵⁹⁶ Gümüş, *Alacağın Temliki*, s.19; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.580,581; Hatemi ve Gökyayla, s.381; Eren, *Borçlar*, s. 1269; Nomer, s.375; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.234; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1109. Bildirim, şekil şartına bağlı olmasa da ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılmasında fayda vardır. Eren, *Borçlar*, s. 1269. Bu bildirim ihbar niteliğinde olup, irade beyanı değildir. Eren, *Borçlar*, s. 1269; Bu bildirim borçlunun öğrenme anında hüküm doğurmalıdır. Borçlunun kabulüne gerek yoktur, bildirimin borçlunun hakimiyet alanına ulaşması yeterlidir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.581; Tekinay, s.257; Eren, *Borçlar*, s. 1269; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.234.

⁵⁹⁷ Reisoğlu, s.405; Tekinay, s.257; Kılıçoğlu, s.826; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.206.

⁵⁹⁸ Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1109.

⁵⁹⁹ Reisoğlu, s.405; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1109.

⁶⁰⁰ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.147.

⁶⁰¹ Hatemi ve Gökyayla, s.381.

kurtulur” şeklinde bir düzenleme getirmiştir⁶⁰². Bu hüküm ile borçlunun kime ait olduğu çekişmeli⁶⁰³ olan alacağı ifadan kaçınma hakkı ile tevdi suretiyle borcundan kurtulma hakkı düzenlenmiştir.

Bu kapsamda arsa sahibinin de tevdi suretiyle borçtan kurtulması için; alacaklı olan yüklenicinin kim olduğu hususunda çekişme olduğunu bilmesi yeterli olup kendisine bildirilmesi veya çekişmenin mahkeme önüne getirilmesi aranmaz⁶⁰⁴. Ayrıca tevdi konusu alacağın geçerli olarak meydana gelmesi gereklidir⁶⁰⁵. Arsa sahibi şartlar mevcut olduğunda tevdiye mecbur olmamakla birlikte, tevdi onu gerçek alacaklı dışındaki bir kişiye ödeme yapmaktan kurtarır⁶⁰⁶.

TBK m. 187/3 hükmüne göre taraflardan her biri de arsa sahibini tevdi etmeye zorlayabilir⁶⁰⁷. Burada tevdiye zorlama için seçim hakkı alacak üzerinde hak iddia edenlere bırakılmıştır⁶⁰⁸. Arsa sahibini tevdiye zorlamak için ise alacaklı olduklarını iddia edenler arasında bir dava açılmış olmalı, dava henüz sonuca bağlanmamış olmalı, borç muaccel olmalı⁶⁰⁹ ve borcun ödenmesini engelleyecek bir def'i veya itiraz bulunmamalıdır⁶¹⁰. Kendisine karşı bu yola başvurulmayan arsa sahibi de aynı yola başvurabilir. Belirtmek gerekir ki, alacağı kendisine devredildiği iddiasıyla arsa

⁶⁰² Y. 13. HD. 21.12.2006 T., 2006/12016 E., 2006/16681 K.: “BK.nun 166/1 maddesi “Aidiyeti münazaalı bulunan bir alacağın borçlusu tediye den imtina edebilir ve alacağı mahkemeye tevdi ile borçtan beri olur.” , hükmünü taşıdığına göre davalı idare dava dışı Doruk Ltd. Şti.nin nezdinde bulunan istihkakları tutarını mahkemenin belirlediği tevdi mahalline depo etmiş olmakla borçtan kurtulmuştur.”, Sinerji Mevzuat. Tevdi yerini TBK m.89,109 hükümlerine göre ifa yeri mahkemesi belirleyecektir. Ayan, *Borçlar*, s.49; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.584; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.156.

⁶⁰³ Kanunun “çekişmeli” deyiminden ne anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.148 vd.

⁶⁰⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.584. Borçlu gerçek alacaklının kim olduğunu kesin olarak biliyorsa çekişmeyi bahane ederek tevdi yoluna gidememeli, aksi takdirde alacaklı borçluyu temerrüde düşürebilmelidir. Tekinay, s.258.

⁶⁰⁵ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.155.

⁶⁰⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.584.

⁶⁰⁷ Bu hükmün eleştirisi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.157,158.

⁶⁰⁸ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.157.

⁶⁰⁹ Eğer sözleşmenin hükmünden, veya mahiyetinden ya da durumdan tarafların aksini kararlaştırmamış oldukları anlaşılırsa TBK m.96 hükmü gereği borçlu borcunu vadesinden önce de ödeyebilecektir. Muaccel olmadan da borçlu borcunu tevdi edebilecekse de alacak üzerinde hak iddia edenlerin muvafakatini almak zorundadır. Aksi halde muacceliyeti beklemelidir. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.156.

⁶¹⁰ Hatemi ve Gökyayla, s.381; Nomer, s.376; Tekinay, s.259; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.156,157; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1113. Bu zorlamanın yapılması, borçlunun borçlu olduğunu ve alacaklılardan birinin hak sahibi olduğunu kabul etmesine bağlıdır. Reisoğlu, s.406; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1113.

sahibine bildirimde bulunan ve ifa talep eden kimse alacağın kendisine devredildiğini ispat ile yükümlüdür⁶¹¹.

Arsa sahibi tevdi yoluna başvurmak zorunda değildir ve alacaklı olduğu kanaatiyle iddia sahiplerinden birine ödeme yapabilir; ancak, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği halde aslında alacaklı olmayan tarafa ifada bulunmuşsa, borcundan kurtulamaz⁶¹². Örneğin, alacağın devreden eski yüklenici ile devralan yeni yüklenici arasındaki ilişki herhangi bir sebeple hükümsüz ise devrin geçerli bir sebebe dayanmadığını bilen ya da bilmesi gereken arsa sahibi alacağın devralana ifada bulunmamalıdır, aksi halde TBK m.187/2 hükmü gereği ikinci bir ödeme yapmak zorunda kalır⁶¹³.

1.2.2.2.3.7. Yüklenicinin alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluğu (Garanti yükümlülüğü)

Devredenin garanti yükümlülüğü⁶¹⁴, devir işleminin ivazlı veya ivazsız olmasına göre değişir. İvazlı devirlerde⁶¹⁵, devreden aksi kararlaştırılmadıkça alacağın devri sırasında alacağın varlığını⁶¹⁶ ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu⁶¹⁷ TBK m. 191/1

⁶¹¹ Reisoğlu, s.406; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.584.

⁶¹² Nomer, s.376. Bu durumda gerçek alacaklı, borçlunun hak sahibinin kendisi olduğunu bildiğini ispatlaması gereklidir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.584.

⁶¹³ Hatemi ve Gökyayla, s.382; Reisoğlu, s.406; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1113.

⁶¹⁴ Buradaki garanti yükümlülüğü devredenin kendi hukuki fiil veya ilişkisinden doğan asli bir borç olduğu için tali borç niteliğindeki kefaletten farklıdır. Bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.237; Garanti deyimi hakkında bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.238,239. Garanti ilkesi ve bu ilkeye dayanan sorumluluk hakkında bkz. Engin, s.45 vd.

⁶¹⁵ İvazın devir sözleşmesi metninde yazılı olması şart değildir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.592. İvazlı alacağın devri işlemine sebep olan borçlandırıcı işlemlerin başında satım sözleşmesi geleceği gibi, trampa, alacak hakkının devrinin vaat edildiği karma sözleşmeler veya şirket sözleşmesi de bu işlemlere örnektir. Engin, s.98.

⁶¹⁶ Alacağın varlığına ilişkin garanti alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğma imkanı bulunduğunu ve alacağın sona ermiş olmadığını kapsar. Garanti sadece alacağın varlığına ilişkin olup devir işleminin başka bir sebeple (örneğin kanuna veya ahlaka aykırılık) geçersizliği kapsama girmemektedir. Alacağın devir zamanında mevcut olmadığını devralan alacaklı biliyorsa, devredenin garantisi söz konusu olmayacaktır. Alacağın varlığının alacağın devrinden sonra ortadan kalkması veya azalması durumlarında da garanti yükümlülüğü kapsamına girilmez ancak TBK m. 112 gereği devreden sorumlu tutulabilir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.590 ; Engin, s.108,109; Yener, *Garanti*, s.72. Devirden sonra alacağın ifasının mümkün olmaması garanti kapsamına girmez. Kayar, s.236. Alacağın varlığı kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.242 vd.; Engin, s. 106 vd. Alacağın varlığından sorumluluk için aranan şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.251 vd.

⁶¹⁷ Kanunun bu hükmü 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı bir düzenleme getirmiş, ivazlı devirlerde devreden kural olarak borçlunun ödeme gücünden de sorumlu tutulmuştur. Zira eski düzenlemeye göre devreden ayrıca üstlenmedikçe borçlunun ödeme gücünden devreden sorumlu değildir. Bu yeni düzenleme ile alacaklıya sağlanan güvence artırılmıştır. İnan ve Yücel, s.530; Hatemi ve Gökyayla, s.383; Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.194; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.270; Günay, s.723;

hükmüne göre garanti etmiş sayılır. Bu durumun açıkça belirtilmesine gerek yoktur⁶¹⁸. Bu sorumluluk borçlunun irade beyanı olmaksızın meydana gelen devir işleminin hukukî bir sonucudur⁶¹⁹. TBK m. 191/2 hükmüne göre alacak bir edim karşılığı olmadan bir başka deyişle ivazsız devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse; devreden veya önceki alacaklı alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmaz⁶²⁰. Zira ivazsız olarak alacağın devri kural olarak bağışlama niteliğindedir⁶²¹.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin veya arsa sahibinin alacak hakkını devretmesi genellikle ivazlı olduğundan, TBK m. 191 hükmü gereği, yüklenici devir sırasında alacağın varlığını garanti etmektedir⁶²². 6098 sayılı Kanun'un getirdiği yenilik ile de yüklenici devir sırasında borçlunun, yani arsa sahibinin ödeme gücüne sahip olduğunu da garanti etmektedir.

Alacağın varlığı hakkında garanti, alacağın kısmen veya tamamen elde edilmesini sürekli ya da geçici olarak engelleyen def'i ve itirazları kapsamaktadır⁶²³. Alacağın varlığını garanti devir anı ile sınırlı olup, devirden sonra alacağın ortadan kalkmasından

Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1124; Kılıçoğlu, s.831. Eski Kanun zamanında devreden borçlunun ödeme gücünden de sorumlu olması gerektiği doktrin tarafından kabul edilmekteydi. Bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.250. Aksi görüş için bkz. Engin, s.125,126; Roma hukukundan bu yana kabul edilmiş olan ivazlı devirlerde aksine anlaşma olmadıkça borçlunun ödeme gücünün garanti edilmiş olmayacağı kuralını değiştiren bu düzenlemenin isabetli olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.194,195; Yener, *Garanti*, s.73. Yargıtay da ancak ayrıca taahhüt edilmesi halinde borçlunun ödeme gücünün garanti edildiği ve borçlunun aczinden sorumlu olacağı kabul etmekteydi. Y. 13. HD. 06.07.2009 T., 2009/5396 E., 2009/9350 K.: “*Maddeye göre, alacağın temliki ivaz mukabilinde yapılmış ise, temlik eden kimse, temlik zamanında alacağının mevcut olduğunu, borçlunun ödeme yapacağını garanti etmiş ve bu miktarı temellük edene karşı borçlanmış olur. Fakat, ayrıca taahhüt etmedikçe, borçlunun aczinden sorumlu değildir.*”, Sinerji Mevzuat. Eski Kanun döneminde borçlunun ödeme gücünün garanti edilmesi, hukuki niteliği ve şartları hakkında bkz. Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.257 vd.

⁶¹⁸ Kayar, s.236. Ancak alacağa bağlı yan haklar açısından garanti sorumluluğunun oluşabilmesi için bunların varlığının ayrıca taahhüt edilmesi gereklidir. Yener, *Garanti*, s.72.

⁶¹⁹ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.244. Ancak bu hüküm emredici olmayıp, taraflar aksini kararlaştırabilecektir. Engin, s.70; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.245.

⁶²⁰ Bu hüküm emredici olmayıp, aksi kararlaştırılabilir. Kayar, s.236; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.257; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1126. Yargısal devirlerde de ivazlı devirlere ilişkin hükümlerin değil de ivazsız devirlere ilişkin TBK m. 191 hükmünün kıyasen esas alınması gerektiği savunulmaktadır. İnan ve Yücel, s.531. Oğuzman ve Öz ise bazı yargısal devir hallerinde garanti yükümlülüğü kıyasen uygulanabilecekken diğerlerinde uygulanamayacağını savunmaktadır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.596.

⁶²¹ Hatemi ve Gökyayla, s.383; Tekinay, s.262; Kayar, s.236; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.165. Bağışlayanın hile ve ağır dikkatsizliğinden sorumluluğuna TBK m. 294 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Reisoğlu, s.408; Tekinay, s.262; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.256; Kayar, s.236; Ayan, *Borçlar*, s.50; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.165.

⁶²² Erman, *Arsa*, s.191; Coşkun, s.49; Turut, s.149.

⁶²³ Coşkun, s.49.

devreden yüklenici sorumlu olmaz⁶²⁴. Ayrıca alacağın mevcut olmadığı devralan tarafından biliniyorsa garantiden söz edilemez⁶²⁵. Ödeme gücünü garanti kapsamında devreden yüklenici, muaccel alacakların devrinde arsa sahibinin devir anındaki ödeme gücünden, muaccel olmayan alacaklarda ise alacak muaccel olduğu tarihte arsa sahibinin ödeme gücünden sorumlu olur⁶²⁶. Devreden yüklenicinin, ödeme gücünden sorumlu tutulması için kusurlu olması şart değildir⁶²⁷. Borçlunun yani arsa sahibinin ödeme gücüne sahip olmamasından kasıt ise borçlu hakkında iflas veya aciz vesikası alınması gerektiği anlamına gelir ve borçluya karşı tüm kanunî yollara başvurulduğu halde devredilen alacağın tahsil edilemediğinin ispatı yeterli olup devreden bu durumda sorumlu olur⁶²⁸. Alacağın mevcut olmadığını veya arsa sahibinin ödeme gücüne sahip olmadığını devralan alacaklı ispatla yükümlüdür⁶²⁹.

Devreden yüklenicinin, alacağı devralana karşı garanti sorumluluğu, alacağın mevcut olmaması veya borçlunun ödeme gücünden dolayı devralanın alacağı tahsil edememesinden kaynaklanan zararları telafi etmesi demektir⁶³⁰. Bu sorumluluk kapsamında üçüncü kişi alacağı devreden yükleniciden, TBK m. 193 hükmünde düzenlenen ifa ettiği karşı edimi faizi ile birlikte geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri, devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri ve devreden yüklenici kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararları talep edebilir⁶³¹.

⁶²⁴ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.242. Bu hüküm sadece mevcut alacaklara ilişkin kural koymuştur. Müstakbel alacaklar hakkında doktrin, devreden alacağın varlığından sorumluluğunun alacağın ileride doğduğu ana ilişkin olması gerektiğini belirtmektedir. Engin, s.116.

⁶²⁵ Hatemi ve Gökyayla, s.382; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.591.

⁶²⁶ İnan ve Yücel, s.530; Yener, *Garanti*, s.73.

⁶²⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.593. Devreden hile ile borçlunun ödeme güçsüzlüğünü gizlemiş olabilir. Bu durumda devralan alacaklı, hile sebebiyle alacağın devri sözleşmesini iptal edebilir. Yener, *Garanti*, s.73.

⁶²⁸ Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1126; Ödeme gücünden dolayı devreden sorumlu tutulacaksa, devralan alacaklının tahsilatta bulunamamasının sebebi “ödeme gücü eksikliği” olmalıdır ve bunu devralan ispatlamalıdır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.592.

⁶²⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.591; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.254; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1132; Yener, *Garanti*, s.73. Alacağın çekişmeli olduğunu iddia etmek yeterli olmayıp, borçlunun dava edilmesi ve kendisine devir yapılan devralanın iddiasını bir ilam ile kanıtlaması gereklidir. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1132.

⁶³⁰ Kayar, s.236.

⁶³¹ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m. 171/1 hükmüne göre, devreden sorumluluğu devir yapılmamış olsaydı uğranılmayacak olan zararı kapsamakta buna karşılık ifaya olan menfaatin tazmini istenememekteydi. Alacak ne miktarda bir karşılık için devredilmişse o miktar ve faizi ile tahsilat için yapılan giderler istenebilirdi. Ancak, alacağın aslında daha yüksek bir değer taşıdığı ya da kazandığı ileri sürülememekte idi. Bu sebeple yeni Türk Borçlar Kanunu’nda m. 193 hükmünde

TBK m. 192 hükmüne göre alacak ifa yerine devredilmişse⁶³², devralan ancak borçludan tahsil edebildiği ya da gerekli özeni göstermesi durumunda tahsil edebileceği miktarı borçtan düşmek zorunda olup, kalan kısmı devredenden tahsil edebilir⁶³³. Devralanın sadece fiilen tahsil ettiği miktar değil, gereken çabayı sarf etseydi tahsil edecek olduğu miktar da mahsup edilmelidir⁶³⁴. Bu hükme göre tahsil edilen fazla kısım devredene iade edilmeli, eksik tahsil halinde ise aradaki fark devredenden talep edilebilir⁶³⁵.

devreden garanti ile yükümlü olduğu hallerde kusursuzluğunu ispat etmedikçe diğer zararlardan da sorumlu tutulmuş ve sorumluluğunun kapsamı genişletilmiştir. Bkz. Hatemi ve Gökyayla, s.383; Tekinay, s.263; Nomer, s.374,375; Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.196; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.272; Kılıçoğlu, s.832. 6098 sayılı TBK ile eklenen son kalem 6098 sayılı TBK m. 112 hükmünün bir tekrarıdır. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1133; Eski Kanun dönemindeki Yargıtay 13. HD. 12.12.2005 T., 2005/12042 E., 2005/18456 K. nolu kararı garanti sorumluluğunun kapsamını; “...temlik eden garanti borcu nedeniyle borcun kapsamına almış olduğu bedel ve faizi ile temlikin sebep olduğu giderler, neticesiz kalan icra takipleri ve açılan davalar nedeniyle davacının yapmış olduğu masrafla, temlik alanın aleyhine açılan davalar nedeniyle ödemek zorunda kaldığı, giderler ve tazminatlar...” olarak belirlemiştir. Bkz. Günay, s.723. Yargıtay alacağın devri sözleşmesiyle hak kazanan üçüncü kişinin sözleşmeye dayanarak alacak hakkını elde edememesi halinde oluşan zararın tazmininde, genel kurallarda düzenlenen sözleşmeye aykırılık hükümlerini uygulamakta idi. 6098 sayılı Kanunla getirilen TBK m. 193 son bent hükmünde yer alan “devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlar” kalemi ile aynı sonuca ulaşılmaktadır. Bkz. Coşkun, s.53 vd.; Y. 14. HD. 01.10.2007 T., 2007/9748 E., 2007/11131 K., Coşkun, s.53. Belirtmek gerekir ki, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi sebebiyle, arsa sahiplerinin sözleşmeden dönmeleri halinde yüklenicinin alacağını bu yolla devralan kimseler bu sözleşmeye dayanarak hak iddia edemeyeceğinden, bu durumda yüklenici alacağı devralana karşı TBK m.96 hükmüne göre sorumlu olmalıdır. Yener, *Garanti*, s.71.

⁶³² İfa amacıyla (ifaya yönelik) devirden farklı olarak ifa yerini tutan devirde, alacağı devreden alacağı devralana olan borcunun devredilen alacak ile ödenmesi söz konusu olacak, borç başlangıçta kararlaştırılan değil başka bir edimle ödenecektir. İfa yerini tutan devirde değer itibarıyla asıl borca denk olup olmadığına bakılmaksızın, alacak sona erecek ve borçlu ancak TBK m.191 ve 193 hükümlerince sorumlu olacaktır. TBK m. 192 hükmünde düzenlenen ifa amacıyla devirde ise yine bir borcun ödenmesi amaçlanmakla birlikte borca mahsup edilecek miktar önceden belirlenmemiş olup, bu miktar devralanın ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabilecek olduğu miktar ile sınırlı bulunan bir alacak devridir. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1128; Yener, *Garanti*, s.73. İfa yerine devirlerde, asıl borcun yerine geçen devirlerden farklı olarak, devreden alacaklının borcu devir anında değil, devralanın kendisine devredilen alacağı tahsil ettiği anda son bulacaktır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.595; Reisoğlu, s.410.

⁶³³ Hatemi ve Gökyayla, s.383; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.594. Bu hükmün uygulanabilmesi için; alacağın borcu ifaya yönelik olarak devredilmesi ve borca mahsup edilecek miktarın belirlenmemiş olması şarttır. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1129. Tarafların iradesinin tespit edilemediği durumlarda alacağın ifa amacıyla temlik edildiği kabul edilmelidir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.595; Reisoğlu, s.410; Kılıçoğlu, s.832; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.393; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1129.

⁶³⁴ Tekinay, s.264.

⁶³⁵ Kayar, s.237.

1.2.2.2.3.8. Yüklenicinin birden fazla alacağın devri sözleşmesi yapması

Uygulamada sıkça yüklenicinin kendisine düşen bağımsız bölümü değişik tarihlerde bir veya birden fazla üçüncü kişiye alacağın devri veya satış vaadi sözleşmesi yaparak devrettiği görülmektedir.

Alacağın devri işlemi, tapuda taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılmış ve yüklenici bu taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile birden fazla kişiye kişisel hak devretmiş ise kişisel hakların yarışması söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bu durumda kural olarak önceki sözleşme geçersiz olmadıkça veya feshedilmedikçe, kişisel haklardan önceki tarihli olanına değer tanınacağı, sonraki yapılan sözleşmelerin alacaklının alacak üzerinde tasarruf hak ve yetkisi kalmadığından geçersiz olacağı kabul edilmektedir⁶³⁶. Alacağın devri işlemi, tapuda taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılmış ve tapuya şerh verilmişse, lehine şerh konan kişinin sözleşme ile edindiği kişisel hakkı güçleneceğinden ve sonraki maliklere karşı bu hakkı ileri sürülebilir⁶³⁷. Böylece taşınmaz satış vaadinden doğan kişisel hakka sahip olan üçüncü kişi, sonraki aynı kişisel hakkı alan kişiye karşı aynen ifa davası açabilir⁶³⁸. Bununla birlikte, alacaklı üçüncü kişi, yüklenicinin noterde satışı vaat etmesini tapuya şerh ettirebilir ve yüklenici hak ettiğinden fazla arsa payının satışı vaadinde bulunmuşsa, bu durumda devir sözleşmesinin tarihine göre değil şerh tarihine göre sıraya konularak, hangilerinin geçersiz olacağı belirlenir⁶³⁹.

⁶³⁶ Eren, *Borçlar*, s.1257; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.205; Kurt, s.346; Coşkun, s.107; Kostakoğlu, s.1109; Karadaş, s.368; Oy ve Haşal, s.137; Turut, s.63; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1155; Kırmızı, s.726; Avcı, s.139; Y. 14. HD. 08.04.2008 T., 3661 E., 4795 K., Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.206; Y. 14. HD. 27.10.2004 T., 2004/5252 E., 2004/7424 K.: “Somut olayda;iki ayrı kişiye temlik edilmiş tek bir şahsi hak vardır. Her iki davacının da yarışan ve davalarına dayanak yaptığı sözleşmeleri bulunmaktadır. Dairemizin, bu gibi durumlarda kararlılık kazanan uygulamasına göre, bir taşınmaz şahsi hakkın devri suretiyle birden çok kişiye satılmış ise ve her ikisi de geçerli bulunmaktaysa eski tarihli sözleşmeye değer verilir.”, Sinerji Mevzuat. Sonraki sözleşme tapuya şerh edilmiş olsa bile bu kural uygulanır. Turut, s.63; Coşkun, s.109. Zira şerhin etkisi taşınmazı şerh tarihinden sonra devralanlara karşıdır ve önceki sözleşme yapanları etkilemez. Coşkun, s.109.

⁶³⁷ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.210; Yılmaz, s.784; Turut, s.59; Coşkun, s.97. Bir başka anlatımla üçüncü kişi, satış konusu aldığı bağımsız bölümün dayanağı olan satış vaadi sözleşmesini, arsanın tapudaki mülkiyet kaydına şerh ettirmesi şart olup aksi halde üçüncü kişi sözleşmeyi şerh ettirmemişse aynı bağımsız bölümün birden çok kişiye satılması durumunda tazminat talep etmekten başka hukuki çaresi bulunmayacaktır. Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.275. Tapuya şerh verilmemesi halinde, TMK m. 1203 uyarınca tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunacaktır. Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.210.

⁶³⁸ Coşkun, s.97.

⁶³⁹ Öz, *İnşaat*, s.107.

Yüklenicinin adi yazılı şekilde yapacağı alacağın devri sözleşmesi ile birden fazla kişiye alacak devretmesi halinde de, yüklenicinin ilk tasarruf işlemi olan alacağın devri işlemi ile o alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kalktığı kabul edilmeli ve bu ilk devirden sonraki tarihlerde aynı alacağı konu alan devirlerin geçersiz olduğu kabul edilmelidir⁶⁴⁰. Devreden bir alacağı, daha doğmadan önce, birden çok devralana devrederse, zaman olarak hangi devir işlemi önce yapılmışsa o geçerli olmalı, sonraki devirler ise devreden tasarruf yetkisi olmadığından hükümsüz olmalıdır⁶⁴¹. Yüklenicinin birden fazla yaptığı bağımsız bölüm satış sözleşmesinin olması durumunda da, ispatlanması koşuluyla ilk yapılan satışa üstünlük tanınmalıdır⁶⁴².

Yüklenici birden fazla devir işleminin birisini taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, diğerini ise alacağın devri sözleşmesi ile yapmış ise, Yargıtay ve doktrindeki bazı görüşteki yazarlar, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini de alacağın devri niteliğinde saydığından, önceki tarihte yapılan sözleşmenin alacaklısı olan üçüncü kişinin bu hakkı kazandığını kabul etmektedir⁶⁴³. Nitekim Yargıtay, aynı bağımsız bölüm için geçerlilik şekline uygun akdedilmiş satış vaadi sözleşmesi olsa bile, ilk yapılan sözleşmeye değer vermekte, harici şekilde yapılan taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesinin yanında resmî şekilde yapılmış taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini de alacağın devri saymaktadır⁶⁴⁴. Yargıtay'ın bu görüşü, resmî şekilde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesini adi yazılı şekilde yapılanlara göre daha az koruması, üçüncü kişileri

⁶⁴⁰ Aral, s.128; Eren, *Borçlar*, s.1256; Engin, s.19; Kurt, s.346; Coşkun, s.57; Kırmızı, s.726,727; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1386. Üçüncü kişinin iyiniyetli olması durumu değiştirmeyecektir. Coşkun, s.57.

⁶⁴¹ Dayınlarlı, *Alacağın Temlik*, s.108; Coşkun, s.59; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1386; Y. 14. HD. 08.04.2008 T., 2008/3661 E., 2008/4795 K.: “Somut olayda; davacının temlik sözleşmesine, birleşen davanın davalısı ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine (temlik işlemine) dayandığına göre yarışan şahsi haklarda önceki tarihli olan davacının dayanağı olan sözleşmeye değer tanınmalıdır.”, Sinerji Mevzuat.

⁶⁴² Oy ve Haşal, s.137; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1554; Avcı, s.139; Y. 14. HD. 30.06.2008 T., 2008/7023 E., 2008/8659 K., Coşkun, s.58; Y. 14. HD. 08.04.2008 T., 2008/3661 E., 2008/4795 K., Avcı, s.139.

⁶⁴³ Y. 14. HD. 27.04.2010 T., 2010/2332 E., 2010/4687 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1555,1556, Bkz. Kurt, s.346,347; Avcı, s.139,140. Tapuya şerh edilmiş olması durumunda da Yargıtay aynı şekilde karar vermiştir. Bkz. Y. 14. HD. 06.04.1998 T., 1998/3620 E., 1998/3468 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1556.

⁶⁴⁴ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.120, Coşkun, s.87; Y. 14. HD. 13.03.2008 T., 2008/2489 E., 2008/3215 K., Sinerji Mevzuat. Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Erman, *Hukuki Mütalaalar*, s.191; Erman, *Arsa*, s.21, 189; Yavuz, C., *Özel*, s.589; Büyükay, s.59; Halis, s.219; Usta, s.27,28. Ancak, Yargıtay yüklenici tarafından satışı vaat edilen bir bağımsız bölümün sonradan bir diğer üçüncü kişiye Tapu Sicil Müdürlüğünde satılıp mülkiyetin devri halinde, tapu kütüğündeki tescile üstünlük tanımaktadır. Y.1 HD. 23.11.2004 T., 2004/8517 E., 2004/13057 K. Sinerji Mevzuat.

koruma endişesiyle adeta bir tahvil yapması sebebiyle eleştirilmektedir⁶⁴⁵. Ancak, üçüncü kişilere bağımsız bölüm satmak için resmî şekilde düzenlenen veya harici şekilde düzenlenen taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmeleri ile yazılı şekilde düzenlenen alacağın devri sözleşmeleri aynı amaca yönelik olduğu için, tahvil uygulamasının kabul edilmesi, sözleşmelerden her birinin alacağın devri sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi mümkündür⁶⁴⁶. Bu sebeple hangi işlem olursa olsun, önce yapılan işlemin tarafı olan üçüncü kişi korunmalıdır. Ancak önce yapılan devir işleminin ispatı gerekmektedir.

Yüklenicinin alacağın devri veya satış vaadi sözleşmesi ile kişisel hakkını devretmesine rağmen, söz konusu kişisel hakka konu bağımsız bölümün maliki olan tarafın, bu bağımsız bölümü tapuda resmî satış yoluyla başka bir kimseye devretmesi halinde, tapuda devralan kimse onun maliki ve aynî hakka sahip olur. Bu durumda da kişisel hak ile aynî hakkın yarışması söz konusu olduğundan kişisel haktan sonraki bir tarihte kazanılsa dahi aynî hakka üstünlük tanınır⁶⁴⁷. Alacak hakkını devralan yine TBK m.49/2 hükmünden yaralanabilir⁶⁴⁸. Bu kapsamda üçüncü kişinin kişisel hakkının sonuçsuz kalması amacıyla mülkiyet muvazaalı devredilmiş ise devralan üçüncü kişi yeni malike başvurabilir⁶⁴⁹. Aynı zamanda kişisel hak kazanan üçüncü kişi, aynî hak kazanan

⁶⁴⁵ Bkz. Öz, *İnşaat*, s.105; Kırmızı, s.727; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1556. Ayrıntılı bilgi için bkz. “1.2.2.2.2.4.3. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılan devirlerde geçerlilik şekli” başlığına.

⁶⁴⁶ Belirtmek gerekir ki, yüklenicinin henüz maliki olmadığı bağımsız bölümlere ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde alacak hakkı söz konusu olduğundan bu kural uygulanmalı, yüklenicinin maliki bağımsız bölümlerde uygulanmamalıdır.

⁶⁴⁷ Coşkun, s.59; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.208; Karadaş, s.369; Kostakoğlu, s.1109,1110; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1572; Avcı, s.141; Y. HGK. 19.04.2000 T., 2000/1-735 E., 2000/789 K.: “Gerek Medeni Kanunun değinilen maddesi gerekse bu maddeyi tamamlayan 932 ve 933 maddelerinin açık hükümlerine göre aynı hak edinirken tapu kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığını bilmesi aynı hak sahibini kötü niyetli kılmaz. Kazandığı mülkiyet hakkına etkili olamaz. Değinilen bu husus kişisel hak ile aynı hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınacağına ilişkin ana kuralın doğal bir sonucudur.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 19.02.2001 T., 2001/799 E., 2001/1206 K., Coşkun, s.59,60; Y. 14. HD. 06.06.2008 T., 2008/5854 E., 2008/7324 K., Coşkun, s.60.

⁶⁴⁸ Ancak bazı yazarlara göre, alacağı devralan kişi bu devre dayanan sözleşme tapuya şerh edilsin veya edilmesin, tapu ile sonradan mülkiyet hakkı kazanan kimsenin kötüniyetli olduğunu her zaman ileri sürebilmeli; ispat edilirse mülkiyet hakkı kazanan yeni malik adına yapılan hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuz tescil sayılmalıdır. Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.208,209; Coşkun, s.141. Kötüniyet, TMK m. 1024 kapsamında değerlendirilecektir. Tapuda mülkiyet hakkı kazanan üçüncü kişinin aynî hakkı yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığı önemle araştırılmalıdır. Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.217.

⁶⁴⁹ Coşkun, s.62. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1558 vd.

üçüncü kişinin kazanımı muvazaa dışında kanuna karşı hile, zarar verme kastı durumlarında da mülkiyetin iadesi için tescil davası açabilir⁶⁵⁰.

Hangi devrin önce yapıldığının tespitinde önerinin yapıldığı değil, sözleşmenin tamamlandığı an dikkate alınmalıdır⁶⁵¹. Burada önemli olan devir sözleşmesinin tamamlanıldığı tarih olup, yüklenicinin sonraki sözleşmeyi resmî biçimde, önceki sözleşmeyi adi yazılı şekilde yapmış olmasının ve sonraki devrin alacaklısının önceki devri bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır⁶⁵². Yüklenicinin birden fazla kişiye yaptığı devirlerden hangisinin önce yapıldığı tespit edilemiyorsa her biri geçersiz sayılmalıdır⁶⁵³. Bu durumda bağımsız bölüm tapusu alamayan sonraki devralan üçüncü kişi ödediği bedeli yükleniciden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir⁶⁵⁴. İlk devralan üçüncü kişi ise devir işlemleri geçerli olmasına rağmen, ikinci devralanın alacağı tahsil etmesi sebebiyle kendisi tahsil edememiş ise, devredenden ikinci devir yüzünden uğradığı zararı talep edebileceği gibi sahibi olmadığı alacağı tahsil eden ikinci devralana karşı da sebepsiz zenginleşme davası açabilir⁶⁵⁵.

Belirtmek gerekir ki, kat karşılığı inşaatın devamı sırasında alacağın devri sözleşmesi ile yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin, bu alacaklarını da alacağın devri sözleşmesi ile bir başka kişiye devretmesinde bir engel bulunmamaktadır⁶⁵⁶. İlk ve sonraki yapılan alacağın devri işlemlerinin geçerli şekilde sonuç doğurması için, yüklenicinin üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirerek bağımsız bölümler üzerinde hak kazanması gerekir. Yüklenici en son devir alana karşı eksik işlerden sorumlu olabileceksen, geç teslimden dolayı sonraki alacağın devri sözleşmelerinin

⁶⁵⁰ Avcı, s.141.

⁶⁵¹ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1386.

⁶⁵² Aral, s.128; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.206; Turut, s.148; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1554; Y. 14. HD. 08.11.2007 T., 9696 E., 13672 K.(Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.207); Y. 14. HD. 11.02.2008 T., 2007/15417 E., 2008/1415 K.(Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.207).

⁶⁵³ Coşkun, s.59. Taşınmazın önce kime teslim edildiğine bakılarak tespit yapılabilir. Teslim ise hukuki bir fiil olduğundan tanıkla ispat edilebilir. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1557.

⁶⁵⁴ Oy ve Haşal, s.137.

⁶⁵⁵ Aral, s.129. Kostakoğlu'na göre kişisel hakkı devralan üçüncü kişi devir sözleşmesine uymayan yüklenici hakkında bağımsız bölümü tapu ile sattığı tarihteki rayiç bedeli üzerinden talep edebilir. Kostakoğlu, s.1110; Avcı, s.144; Y. 13. HD. 10.11.1997 T., 1991/6627 E., 1997/8983 K., Kostakoğlu, s.1110 dn.4.

⁶⁵⁶ Aydemir, s.424.

tarafı olmadığı için sorumlu olmamalı, bu kapsamda yükleniciden kira tazminatı talep edilememelidir⁶⁵⁷.

Uygulamada, yüklenicinin kendisine düşen arsa payları ve bağımsız bölümlerinden fazla miktarda yer satması ve sözde alacaklarını devretmesi de sorun teşkil etmekte; bu durumda yüklenicinin üçüncü kişilerle yaptığı devir sözleşmesi tarih bakımından sıraya konulmakta ve yüklenicinin hak ettiği miktar dolana kadarki olan devirler geçerli olmakta, dolduktan sonraki tarihte yapılan devirler ise o tarihlerde yüklenicinin öyle bir müstakbel malvarlığı olmadığı için geçersiz olmaktadır⁶⁵⁸.

1.2.3. Tarafların taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile kişisel haklarını devretmesi

1.2.3.1. Yüklenicinin taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile haklarını devretmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi karşılıklı edimler içeren bir sözleşme olup, bu sözleşme gereğince yükleniciye ödenecek bedel, yapılacak bağımsız bölümler veya bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarının tapu sicilinde devridir⁶⁵⁹. Kural olarak, bu payların devri, yüklenici tarafından tamamlanan bağımsız bölümlerin teslimi halinde talep edilebilecekken, yüklenici işin başında kat irtifakı kurabilir veya arsa sahibi sözleşme kurulurken yükleniciye düşen arsa paylarının tamamını yükleniciye devredebilir yahut sözleşmede kademeli devir kararlaştırılarak inşaat henüz tamamlanmasa da yüklenici kademe kademe arsa paylarına sahip olabilir⁶⁶⁰. Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinin başında, tapu sicilinde arsa paylarını devraldığı hallerde, bu arsa paylarını ancak tapuda yapacağı satış sözleşmesi ile veya noterde yapacağı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredebilir⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ Aydemir, s.425. Alacak hakkını en son devralanın bir zararı söz konusu ise yüklenici ve ondan hakkı devralıp başkasına devreden kişinin sorumluluklarının hukuka uygun şekilde belirlenmesi gereklidir. Aydemir, s.425.

⁶⁵⁸ Öz, *İnşaat*, s.106.

⁶⁵⁹ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.160.

⁶⁶⁰ Genellikle mali yükümlülüklerden kurtulmak için uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yükleniciye kalan bağımsız bölüm veya bölümler tapuda doğrudan arsa sahibi tarafından yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişilere devredilmektedir. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1431; Y. 15. HD. 10.05.2011 T., 2010/1404 E., 2011/2835 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1432.

⁶⁶¹ Selimoğlu, s.430,431; Coşkun, s.37,38; Avcı, s.111,113; Y. 1. HD. 21.09.2017 T., 2017/3474 E., 2017/4533 K.: “her ne kadar davacılar da, ... ve ...bayileri ile yaptıkları temliknamelere dayanarak eldeki davayı açmışlarsa da, temliknamelerin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 183.

Böylece yüklenici, maliki olduğu, ileride meydana gelecek bağımsız bölümlere bağlanan arsa paylarını tapu sicilinde devretmekte ve alıcı üçüncü kişi de mülkiyetini kazandığı arsa paylarının bedelini ödemeyi üstlenmektedir⁶⁶². Bu sözleşmeye dayalı olarak da geçerli bir tescil talebi ve üçüncü kişi adına yapılan tescil bulunmaktadır⁶⁶³. Yüklenici arsa sahibinden kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını peşin aldığı için arsa sahibine karşı ileri sürebileceği kişisel hakkı talebi kalmamıştır ve bu sebeple gerek yüklenici gerekse ondan pay devralan üçüncü kişi arsa sahibine başvuramaz⁶⁶⁴. Bir başka deyişle, üçüncü kişinin bu sözleşmeye dayanarak mülkiyeti kendi adına tescil edilmesini, malik olan yükleniciden veya yüklenicinin tescilden kaçınması halinde hâkimden isteyebilir⁶⁶⁵. Eğer üçüncü kişi bağımsız bölümün kendisine tescilini sağlamadan teslim almış ve üzerinde faydalı imalat yapmışsa bunun bedelini yükleniciden, eğer bağımsız bölüm arsa sahibine tescil edilerek teslim edilmek zorunda kalmış ise arsa sahibinden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir⁶⁶⁶.

Yüklenici, arsa sahibine karşı borcu olan inşaatı ayıpsız ve eksiksiz olarak tamamlayıp teslim ettiğinde, bağımsız bölümleri adına kaydettirebilecek ve böylece kat karşılığı

ve devamı maddelerinde (Borçlar Kanununun 162. ve devam eden maddeleri) öngörülen "alacağın temlik" niteliğinde oldukları kabul edilemez. Anılan kanunî düzenlemelerde öngörülen ve devri mümkün olan hak, bir alacağa ilişkindir. Oysa; eldeki davada, yapılan temlikin koşulların gerçekleşmesi halinde mülkiyetin nakline ilişkin olduğu açıktır. Böylesine taşınmazların mülkiyetinin devrini öngörecektir nitelikte yapılan temliknamenin kanunî olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur. Bu nedenle; dava hakkını temlik alan davacılar ..., ... ve ...'nin davada kanunî açıdan sıfatları bulunmadığı açık olup açıklanan nedenle bu davacılar yönünden davanın reddine karar verilmesinde kural olarak bir isabetsizlik yoktur.", Sinerji Mevzuat; Aynı yönde bkz. Y. İBK. 24.04.1978 T., 1978/3 E., 1978/4 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 07.03.2007 T., 2007/13-100 E., 2007/100 K., Coşkun, s.39. Yüklenici bu durumda üçüncü kişiye karşı satış sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Doktrindeki bazı yazarlar ve Yargıtay arsa sahibinin daha işin başında yükleniciye kredi sağlamak amacıyla devrettiği arsa payını aslında eserin tesliminde ödenecek olan bedele karşılık yapılmış avans ödemesi saymaktadır. Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.161; Kostakoğlu, s.1112; Aydemir, s.418,419; Karadaş, s.365. Bu konu üzerinde ileride ayrıntılı durulacaktır. Bkz. "1.2.4.4.1. Tapu kaydı ile veya satış vaadi sözleşmesi ile pay devralanın hakları" başlığına.

⁶⁶² Coşkun, s.38.

⁶⁶³ Coşkun, s.38; Kırca, s.95.

⁶⁶⁴ Avcı, s.111 vd.; Selimoğlu, s.432; Coşkun, s.39; Y. 15. HD.01.03.2010 T., 2009/5853 E., 2010/1130 K.: "Anılan sözleşme davacı arsa sahibi Ö. T. ile davalı yüklenici Y. B. arasında imzalanmış olup, sair davalı M. D. sözleşmede taraf değildir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı parasal talepler sözleşmesinin tarafı olmayan davalı üçüncü kişi M. D. □e karşı ileri sürülemez. Davalı üçüncü kişi M. D. □in sorumluluğu ancak daire satış sözleşmesi uyarınca akdi olan satıcı-yüklenici Y. B. □ya karşı olup, adı geçen davalının, davacı arsa sahibi ile sair davalı yüklenici arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı bir sorumluluğu yoktur.", Sinerji Mevzuat.

⁶⁶⁵ Coşkun, s.98; Avcı, s.113.

⁶⁶⁶ Selimoğlu, s.447; Y. 3. HD. 22.05.2012 T., 7258 E., 12925 K.,(Selimoğlu, s.448,449).

inşaat sözleşmesi ifa ile sona ermiş olacaktır. Yüklenici, bu şekilde üzerine aldığı bağımsız bölümleri artık kişisel hakkının devri suretiyle değil, malik sıfatıyla tapuda satış veya noterde satış vaadi sözleşmesi yapmak suretiyle üçüncü kişilere devredebilmeli ve bu halde üçüncü kişiler arsa sahibine karşı herhangi bir talepte bulunamaz⁶⁶⁷. Bu durumda, adi yazılı sözleşme yapılması kişisel hakkın devri niteliğinde olmadığından geçersiz sayılmalı, üçüncü kişi yükleniciden sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerince ödediği bedeli isteyebilir⁶⁶⁸. Yüklenicinin adi yazılı şekilde devir sözleşmesi yapmak suretiyle arsa payı devretmesi hallerinde, şekle uymaması geçersizlik sonucu doğuracaksa da, tarafların edimlerini yerine getirmesi halinde şekilsizlik iddiasını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması sayılır⁶⁶⁹. Nitekim Yargıtay İBK 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. nolu kararı da uygulamanın örneğini oluşturmaktadır.

Üçüncü kişilerin yükleniciden tapuda resmî sözleşmeyle bağımsız bölüm satın aldığı durumlarda, tapu kaydında arsa sahibi veya yükleniciyi ilgilendiren kişisel hak veya tasarrufu kısıtlayan şerhler varsa, bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler bunların kaldırılması için dava açabilir⁶⁷⁰. Ancak yükleniciden satış vaadi sözleşmesiyle bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler, yüklenicinin borcu nedeniyle tapuda henüz adlarına tescil edilmemiş olan paylar üzerine konulan tasarrufu kısıtlayan şerhlerin kaldırılmasını isteyemez⁶⁷¹.

Eğer yüklenici noterde geçerli şekilde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişilere bağımsız bölümün devrini taahhüt ediyorsa, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki bu sözleşme, yüklenicinin hem satımı hem de bağımsız bölüm yapımı borcunu yüklediğinden birleşik sözleşme niteliğinde olmalı ve üçüncü kişi bu sözleşmeye dayanarak yükleniciden hem satışın gerçekleştirilerek arsa payının devredilmesini hem

⁶⁶⁷ Selimoğlu, s.442; Kostakoğlu, s.1109; Coşkun, s.39. Yüklenici bu durumda üçüncü kişiye karşı satış sözleşmesi hükümlerince sorumlu olacaktır. Selimoğlu, s.442.

⁶⁶⁸ Selimoğlu, s.442.

⁶⁶⁹ Aydemir, s.423.

⁶⁷⁰ Duman, *Şerhlerin Kaldırılması*, s.50. Şerhin kaldırılması davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Duman, *Şerhlerin Kaldırılması*, s.50,51.

⁶⁷¹ Duman, *Şerhlerin Kaldırılması*, s.50.

de satışı vaat edilen bağımsız bölümün tamamlanarak teslimini talep edebilir⁶⁷². Kişisel hak doğuran bu sözleşme arsa sahibine karşı ileri sürülemez⁶⁷³.

1.2.3.2. Arsa sahibinin taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile haklarını devretmesi

Arsa sahibi kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile kendisine düşecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa payını henüz yükleniciye devretmemiş ise bunları tapuda kat irtifakı kurulmadan önce veya sonra üçüncü kişilere resmî şekilde yapılacak taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile devredebilir⁶⁷⁴. Yine inşaat tamamlandıktan, yüklenici tarafından arsa sahibine teslim edildikten sonra arsa sahibinin üzerine düşen bağımsız bölümlerin devri ancak tapuda satış suretiyle veya devir taahhüdü noterde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılarak mümkündür⁶⁷⁵.

Arsa sahibinin, arsa payları ve bu paylara isabet eden bağımsız bölümleri elinde bulundurduğu hallerde, adi yazılı şekilde yapacağı bir alacağın devri sözleşmesi ile bu bağımsız bölüm veya arsa paylarını devretmesi geçersiz olur⁶⁷⁶. Zira devredilmek istenen bağımsız bölümler veya arsa paylarının mülkiyeti zaten arsa sahibinin üzerinde olduğundan, sözleşmeden doğan kişisel hakkın değil, mülkiyet hakkının devri söz konusudur ve bu sebeple adi yazılı şekilde alacağın devri sözleşmesi ile bunların devri mümkün olmamalıdır. Resmî şekilde yapılmayan devir sözleşmesi neticesinde alacak veya aynî hak elde edemeyen üçüncü kişi, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ödediği paranın iadesi ve şartları varsa bağımsız bölümün adına tescili için arsa

⁶⁷² Erman, *Arsa*, s.188; Demir, s.139.

⁶⁷³ Erman, *Arsa*, s.189; Yener, *Arsa Payı*, s.135.

⁶⁷⁴ Kostakoğlu, s.1099; Avcı, s.67,68; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.273. Satın alanın amacı, yapılmakta olan inşaatın bağımsız bölüm almak olmalıdır. Kostakoğlu, s.1100.

⁶⁷⁵ Selimoğlu, s.425; Avcı, s.106,107. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kapsamında arsa sahibi başlangıçta tüm arsa paylarını yükleniciye devredip, kendisine düşecek bağımsız bölümlerin ise satışını bir üçüncü kişiye vaat edebilir ve üçüncü kişi de arsa sahibini de taraf göstererek yükleniciye karşı tapu iptali ve tescili talebinde bulunabilir. Bkz. Y. 14. HD. 11.04.2006 T., 2006/3159 E., 2006/4256 K.(Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1428,1429). Arsa sahibi ile üçüncü kişi arasındaki ilişki satım dışında, yüklenicinin satım konusu bağımsız bölümü teslim edimini üçüncü kişiye taahhüt etmesi doğrultusunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi şeklinde de olabilir. Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1423.

⁶⁷⁶ Avcı, s.104; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.94.

sahibine başvurabilir, yükleniciden herhangi bir talepte bulunamaz⁶⁷⁷. Dürüstlük kuralı gereğince şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceği kuralı burada da geçerlidir⁶⁷⁸.

Yüklenicinin bağımsız bölümleri tamamlayıp arsa sahibine teslim etmesi üzerine, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişilere devretmesi halinde ise, üçüncü kişi bağımsız bölümün yeni maliki olur, yüklenici inşaatı teslim ederek borcundan kurtulduğu için yeni malik yükleniciye karşı bir kişisel alacak talebinde bulunamaz, ancak eski malik arsa sahibine karşı aralarındaki sözleşme uyarınca talepte bulunabilir⁶⁷⁹. Ancak, inşaat tamamlanmadan önce, arsa paylarının taşınmaz satışı sözleşmesi şeklinde devri ile bağımsız bölümleri satın alan üçüncü kişi satış sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, arsa payına isabet eden bağımsız bölümle ilgili arsa sahibinin sahip olduğu kişisel hakları da edinmiş olduğundan yeni malik arsa sahibinin ilgili bağımsız bölümdeki kişisel haklarına halef olur⁶⁸⁰. Bunun sonucu olarak, arsa sahibine, aralarındaki devir sözleşmesi gereği; yükleniciye ise arsa sahibinin halefi olarak hak sahibi konumuna geçerek talepte bulunabilir⁶⁸¹. Arsa sahibinden resmî sözleşmeyle bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler, arsa payına ilişkin satış vaadi şerhinin silinmesi için halefiyet hükümlerine göre hak sahibi olduğundan dava açabilir⁶⁸².

⁶⁷⁷ Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1434; Avcı, s.78,79; Selimoğlu, s.426; Y. 14. HD. 07.03.2000 T., 2000/500 E., 2000/1580 K.: “*Tapulu taşınmazlarda mülkiyetin nakline ilişkin akitlerin resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmayacağı Medeni Kanunun 634, Borçlar Kanununun 213 ve Noter Kanununun 89’ncü maddelerinde öngörülmüştür. Akit, resmî şekilde yapılmadıkça tescil istenemeyeceği bu maddelerin açık hükmü gereğidir.*”, Sinerji Mevzuat.

⁶⁷⁸ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.94 vd.; Kırmızı, s.649,650.

⁶⁷⁹ Selimoğlu, s.425; Avcı, s.106,107; Y. 23. HD. 02.12.2014 T., 2014/1970 E., 2014/7747 K.: “*Öte yandan, arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine isabet eden bağımsız bölümleri yükleniciden teslim alıp kabul ettikten sonra üçüncü kişilere satmış ise; yeni mâlik üçüncü kişi, yükleniciye karşı hiçbir talepte bulunamaz. Çünkü, yüklenici edimini arsa sahibine karşı yerine getirip inşaatı teslim etmekle borcundan kurtulur. Üçüncü kişi ancak, satıcısı olan eski mâlik arsa sahibinden, satış sözleşmesi nedeniyle istemde bulunabilir.*”, Sinerji Mevzuat; Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 21.03.2013 T., 2013/327 E., 2013/1732 K.,(Avcı, s.107). Bağımsız bölüm devreden arsa sahibi devralan üçüncü kişiye karşı satım sözleşmesine veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin hükümlere göre sorumlu olacaktır. Selimoğlu, s.425,426.

⁶⁸⁰ Kostakoğlu, s.1099; Selimoğlu, s.425. Bununla birlikte satış vaadi suretiyle yapılan devirde üçüncü kişi arsa sahibinin haklarına sahip olamaz. Bir başka deyişle, arsa sahibi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile arsa payını devretmişse, inşaatın kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki şartlara uygun yapılmasından ve bağımsız bölümün tesliminden üçüncü kişiye karşı sorumlu olur ve üçüncü kişinin yükleniciye başvurma imkanı olmaz. Kostakoğlu, s.1100.

⁶⁸¹ Aydemir, s.418; Kostakoğlu, s.1099; Selimoğlu, s.424,42; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.343. Alacak hakkını devralanın gecikmeden doğan tazminatlar gibi bazı hakları devir alma tarihinden itibaren ileri sürülebilir. Aydemir, s.418.

⁶⁸² Duman, *Şerhlerin Kaldırılması*, s.50.

Satış işlemi ile arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişi, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinde belirtilen ölçülere göre bağımsız bölümün teslimi halinde, yükleniciden gecikme tazminatı veya cezai şart isteyebilmeli, eksik ve ayıplı işlerinden dolayı arsa sahibinin kullanacağı hakları kullanabilmelidir⁶⁸³. Özellikle taraflardan birinin ifasını yerine getirmemesi halinde, üçüncü kişi ifadan kaçınan hakkında dava açabilmelidir⁶⁸⁴. Yargıtay arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişilerin, alacağın devri hükümlerine dayanarak alacak hakları açısından arsa sahibinin halefi olacağını⁶⁸⁵, ancak en azından yazılı alacağın devri sözleşmesi ile ispatının gerektiğini kabul etmiştir⁶⁸⁶. Yine üçüncü kişinin arsa sahibine karşı aralarındaki sözleşmeye

⁶⁸³ Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1166; Avcı, s.84; Y. 15. HD. 10.06.2002 T., 2002/1885 E., 2002/3123 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 13.10.1986 T., 1986/1225 E., 1986/3243 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1426. Ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı, s.86 vd. Kira tazminatı açısından Yargıtay, teslim tarihi geçtikten sonraki dönemde yapılan devirlerde, tapuda satım yapılan tarihe kadar arsa sahibinin, satımdan sonra ise üçüncü kişinin yükleniciden gecikme tazminatı isteyebileceğini kabul etmiştir. Y. 15. HD. 19.03.2002 T., 2002/623 E., 2002/1220 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1416.

⁶⁸⁴ İnşaatın devamı sırasında arsa sahibinden tapuda arsa payı ve buna isabet eden bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin yükleniciye karşı dava açması halinde, dava konusu alacakları arsa sahibinin kendisine devrettiğini gösteren belgeyi sunması şart olup, aksi halde üçüncü kişi ancak arsa sahibine aralarındaki satış sözleşmesine dayanarak talepte bulunabilecektir. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1424. Yargıtay da üçüncü kişinin yükleniciye başvurması halinde, dava dışı arsa sahibi tarafından kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakların devredildiğine ilişkin yazılı temlikname sunulması için süre verilerek sonucuna göre değerlendirme yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Y. 23. HD. 15.03.2013 T., 2013/71 E., 2013/1607 K.: “Bu durumda, mahkemece, davacıya dava dışı arsa sahibi tarafından sözleşmeden doğan hakların temlik edildiğine ilişkin yazılı temlikname sunulması için süre verilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yanılıklı gerekçeyle, eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması doğru olmamıştır”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 22.10.2010 T., 2009/7129 E., 2010/1015 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1415.

⁶⁸⁵ Y. 23. HD. 15.03.2013 T., 2013/71 E., 2013/1607 K.: “Dava, dava dışı arsa sahibinden bağımsız bölüm satın alan davacının yükleniciden gecikme cezası istemine ilişkindir. Davalı yüklenici ile davacı arasında herhangi bir akdi ilişki bulunmamaktadır. Davacının, arsa sahibinin halefi sıfatıyla sözleşmeye dayalı olarak talepte bulunabilmesi için arsa sahibi ile yüklenici arasında yapıldığı bildirilen sözleşmeden kaynaklı hakların satıcı arsa sahibi tarafından davacıya temlik edilmiş olması gerekir. Alacağın temliki kapsamında sözleşmeden doğan şahsi hakların temliki, olmadığı sürece geçerli değildir”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 13. HD. 16.11.1992 T., 1992/7334 E., 1992/8831 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1410; Y. 13. HD. 20.03.1993 T., 1993/2136 E., 1993/3394 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1411.

⁶⁸⁶ Y. HGK. 26.03.2008 T., 2008/15-279 E., 2008/277 K.: “Davalı yüklenici kooperatif ile davacı arasında sözü edilen meskenin yapılarak davacıya teslimine yönelik bir sözleşme yapılmamıştır. Başka bir anlatımla, yanlar arasında akdi ilişki kurulmamıştır. Davacı, arsa sahibinin halefi olarak bu davayı açma hakkının bulunduğunu ileri sürerek dava açmış ve açılan dava mahkemece yazılı şekilde kabul edilmiş ise de; sözleşmeden kaynaklanan hakların satıcı arsa sahibi tarafından davacıya temlik edilmiş olduğuna ilişkin yazılı sözleşme sunulmamıştır. Oysa, Borçlar Kanununun 163. maddesi gereğince, alacağın temliki kapsamında sözleşmeden doğan şahsi hakkın temliki, yazılı biçimde yapılmış olmadıkça geçerli olmaz. O halde, aralarında akdi ilişki kurulmadığından ve kendisine kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olduğu bildirilen arsa sahibi tarafından alacak hakkı yazılı olarak temlik edilmediğinden yüklenici tarafından yapımı yüklenilen bağımsız bölümün bedelini davacı, davalıdan isteyemez.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 22.10.2010 T., 2009/7129 E., 2010/1015 K., Avcı, s.84.

dayanarak başvurma hakkı saklıdır⁶⁸⁷. Arsa sahibi devrettiği payın da sahibi olduğundan kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olsa da üçüncü kişiye yaptığı ve vaat ettiği payın ayıpsız ve eksiksiz tesliminden sorumlu olur⁶⁸⁸.

Taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile arsa sahibinden bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler, ifaya yanaşmayan arsa sahibine karşı tapu iptali ve tescili talebinde bulunsan da, bu tapu iptali ve tescilin yükleniciden üçüncü kişilerin kazandığı mülkiyet hakkı üzerinde bir etkisi olmamalı, yüklenicinin ve üçüncü kişilerin bu hakları saklı kalmalıdır⁶⁸⁹. Zira arsa sahibi burada malik sıfatıyla satış yapmıştır ve üçüncü kişiye karşı taşınmaz satış sözleşmesi veya satış vaadi sözleşmesine ilişkin hükümlere göre sorumlu olur; arsa sahibinden bağımsız bölüm alan üçüncü kişi yükleniciye karşı herhangi bir talepte bulunamaz⁶⁹⁰. Bu açıdan, arsa sahibinden bağımsız bölüm alan üçüncü kişi, yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişiden farklı konumdadır⁶⁹¹.

1.2.4. Alacağın devredildiği hallerde sözleşmeden dönmenin devralan üçüncü kişilere etkisi

1.2.4.1. Genel olarak

Alacağın devri suretiyle üçüncü kişilerin hak kazanabilmesi için kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ya yüklenicinin ifası ile sona ermesi yahut sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde tasfiyede üçüncü kişiye devredilen bölümün yükleniciye bırakılması şarttır⁶⁹². Ancak, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve dolayısıyla alacağın devri işlemi insan kaynaklı nedenlerle her zaman istenilen sonucu doğurmamakta, tarafların kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi üzerine; gerek arsa sahibinden gerek

⁶⁸⁷ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1426; Y. 13. HD. 23.01.2006 T., 2005/12508 E., 2006/380 K., (Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1426). Bu kapsamda üçüncü kişi satın aldığı bağımsız bölümün bitmiş haldeki değerini müsbet zararın tazmini kapsamında arsa sahibinden isteyebilmelidir. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1426.

⁶⁸⁸ Avcı, s.63.

⁶⁸⁹ Kurt, s.334; Kostakoğlu, s.1100.

⁶⁹⁰ Selimoğlu, s.443. Üçüncü kişi, sözleşmeden dönme sonrasında karşılıklı iade sözleşmenin tarafları arasında doğacak ve bu durumda arsa sahibi sadece yükleniciden, dönmeden önce ona kazandırdığı değerlerin iadesini isteyebilecektir. Kurt, s.334.

⁶⁹¹ Avcı, s.81.

⁶⁹² Y. 14. HD. 15.02.2007 T., 2007/399 E., 2007/1393 K.: “Gerek yüklenicinin ve gerekse onun şahsi hakkını temlik ettiği üçüncü kişinin bir bakıma eserin bedeli olan arsa payı devrini isteyebilmesi için kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin ayakta bulunması veya geriye etkili feshedilmemiş olması gerekir. Zira yüklenici veya onun halefi durumundaki üçüncü kişi arsa payı devrini ancak ayakta bulunan sözleşmeye dayanarak isteyebilir.”, Sinerji Mevzuat.

yükleniciden bağımsız bölümü tapuda satış ile veya tapu dışında alacağın devri sözleşmesi ile yahut noterde taşınmaz satış vaadi yoluyla bağımsız bölüm satın alan ve parasını ödeyen üçüncü kişiler hukukî sorunlar yaşayabilmektedir⁶⁹³.

Çalışmanın bu kısmında geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönme ile ileriye etkili olarak sözleşmenin feshi kavramları üzerinde kısaca durularak, daha sonra bu iki durumun da gerek yükleniciden gerekse arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişilere etkisi incelenecektir.

1.2.4.2. Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslim günü gelmiş olmasına rağmen yüklenicinin edimini yerine getirmeyerek temerrüde düşmüş olması durumunda, borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117 vd. hükümleri uygulanmakta ve bu kapsamda ihtar ve süre verme şartını gerçekleştiren arsa sahibi, TBK m. 125 hükmünde yer alan seçimlik haklardan birini kullanabilmektedir⁶⁹⁴. Sözleşmeden dönme, Kanunun borçlunun temerrüdü üzerine alacaklıya verdiği üç seçimlik haktan biridir.

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi, TBK m. 473 hükmünde yer alan yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da kendisine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin kararlaştırılan zamanda işi bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması sebeplerinden birinin gerçekleşmesinde de mümkün olacaktır⁶⁹⁵. Bunlara ilaveten, arsa sahibinin TBK m. 475/1 b.1 hükmü gereği ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmesi, TBK m. 482 gereği, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması sebebiyle sözleşmeden dönmesi, TBK m. 484 hükmü gereği tam tazminat ile sözleşmeyi feshetmesi de mümkündür⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Selimoğlu, s.424.

⁶⁹⁴ Coşkun, s.111,112; Olgaç, s.84; Sungurbey, *Sorunlar*, C.4, s. 460; Demir, s. 100,101. Sözleşmeden dönme, ilk olarak borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya tanınan bir seçimlik hak olup, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için TBK m.123 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir ve bu hükümlere göre bu hakkın kullanılması için öncelikle alacağın muaccel olması ve ihtar ve mehil şartlarının yerine getirilmesi gereklidir. Olgaç, s.84; Ayrıca edimin ifasının mümkün olması da şarttır. Öz, *Eser*, s.155 vd.; Demir, s.66; Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme*, s.24. Mehil, bir başka deyişle son süre şartı hakkında bilgi için bkz. Sungurbey, *Sorunlar*, C.4, s.457-466; Kartal, *Kat Karşılığı*, s.87 vd.; Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme*, s.44 vd.; Öz, *Eser*, s.174 vd.

⁶⁹⁵ Olgaç, s.84.

⁶⁹⁶ Bu dönme sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kartal, *Kat Karşılığı*, s.132 vd.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden hangi sebeple dönülürse dönlün, sözleşme ilişkisi sona erdiğinden, tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki durumlarına döndürülerek sözleşmenin tasfiyesi gerekmektedir⁶⁹⁷. Sözleşmenin feshi veya sözleşmeden dönme ile sözleşmenin ileriye veya geçmişe etkili sona erdirilmesi halinde yapılacak tasfiye, arsa sahibinden veya yükleniciden bağımsız bölüm satın alan veya kendisine satış vaadinde bulunulan üçüncü kişileri doğrudan etkileyeceği için önemlidir⁶⁹⁸.

Sözleşmenin tasfiyesinde sözleşmenin ileriye mi geriye mi etkili olarak feshedileceği sorunu önem taşımaktadır. Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi sözleşmeyi sona erdirmekle birlikte birbirinden farklı kavramlardır⁶⁹⁹. Yukarıda bu tartışmaya ayrıntılı şekilde değinildiğinden⁷⁰⁰ burada kısaca değinmek gerekirse; sözleşmeyi sona erdirmeye beyanının sözleşmeden dönme olarak kabulü halinde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve sonucunda yüklenici o ana kadar yaptığı işin ve kullandığı malzemelerin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre almaktadır. Sözleşmeyi sona erdirmeye beyanı sözleşmenin feshi niteliğinde ise, ileriye etkili sonuç doğurmakta ve yerine getirilmiş kısım varlığını koruyacağından yüklenici sözleşmedeki bedelin bu oranda ifasını isteyebilmektedir. Tasfiye işleminde farklı sonuçlar ortaya çıktığından, sözleşmeden dönmenin ve sözleşmenin feshinin üçüncü kişilere etkisi aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Yüklenicinin inşaatı yaparak edimlerini ifa etmede temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda, sözleşmenin ileriye etkili mi yoksa geçmişe etkili mi sona ereceği hususu yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişilerin hakları açısından da önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili mi ileriye etkili mi sona ereceği hususundaki tartışmalar ve Yargıtay'ın 25.01.1984 tarih, 1983/3 E., 1984/1 K nolu kararı ile dürüstlük kuralına bağlanan sonuç, burada da kabul edilerek, üçüncü kişilerin haklarının korunması gereklidir.

⁶⁹⁷ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.230. Tasfiyede amaç, fesih ile bozulan sözleşme ilişkisinde tarafların durumunu sözleşme öncesine getirmektir. Bunun için kural olarak taraflar verdiklerini karşılıklı iade etmelidir. Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.231.

⁶⁹⁸ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.228.

⁶⁹⁹ Bu farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, *Eser*, s.29,30.

⁷⁰⁰ Bkz. "2.4.4. Anı-süreklili edimli sözleşme niteliği" başlığına.

Alacağı devralan üçüncü kişinin akıbeti yüklenicinin alacak hakkının akıbetine bağlı olduğundan, sözleşmenin feshi dışında, örneğin binanın yüklenicinin kusuru ile yok olması halinde, yüklenici bir alacağa hak kazanamayacağından, devir sözleşmesi gereğince bağımsız bölüm adına tescil edilmiş üçüncü kişinin de bu hakkı ortadan kalkmalıdır⁷⁰¹.

1.2.4.3. Sözleşmenin ileriye etkili feshinin yükleniciden pay devralan üçüncü kişiye etkisi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili feshinin yapılabilmesi için, somut olayın haklı göstermesi (inşaatın %90 ve üzeri tamamlanması) gerekmektedir. İleriye etkili fesih halinde, fesih anına kadar yapılan edimler geçerli sayılmakta ve bu kısım orantılı bedel talep edilebilir⁷⁰². Bu sebeple, tasfiyede üçüncü kişi ile yüklenicinin devir sözleşmesine konu bağımsız bölümün yükleniciye bırakılması halinde, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı devir geçerli olur ve üçüncü kişi yükleniciden satın aldığı bölümün adına tescilini isteyebilir⁷⁰³. Bir başka deyişle, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde, yüklenici gerçekleştirdiği inşaat oranında bağımsız bölüm ve pay istemeye hak kazanacağı için, yüklenicinin üçüncü kişiye devrettiği veya devretmeyi vaat ettiği bağımsız bölüm üzerinde hak kazanıp kazanamayacağına bakılır. Yüklenici söz konusu bağımsız bölüm üzerinde alacak hakkı sahibi olmuşsa, bu hakka bağlı olarak devralan üçüncü kişi de arsa sahibinden istemde bulunabilir⁷⁰⁴. Üçüncü kişi sözleşmenin ileriye etkili feshi ile sadece tasfiye edilen ve yükleniciye düşen pay oranında talepte bulunabilmeli, kalan alacağı için ise yükleniciye karşı ancak tazminat isteminde

⁷⁰¹ Aydemir, s.422.

⁷⁰² Olgaç, s.86; Selimoğlu, s.449.

⁷⁰³ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.244; Kostakoğlu, s.1112; Coşkun, s.158,159; Kırmızı, s.718; Yener, *Arsa Payı*, s.137; Y. 14. HD. 15.06.2007 T., 2007/5813 E., 2007/7560 K.: “Ne var ki somut olayda, davalılar arasındaki 19.03.1986 tarihli sözleşme hükmen feshedilmiş ve ileriye etkili feshe ilişkin mahkeme hükmü Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifada imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır. Mahkemenin değinilen olguyu gözetmek suretiyle tescile ilişkin istemi reddetmiş olması doğrudur.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 15.02.2007 T., 2007/399 E., 2007/1393 K., Sinerji Mevzuat.

⁷⁰⁴ Selimoğlu, s.450; Aydemir, s.421,427. Eğer yüklenici kısmî ifada bulunmuş veya ileriye etkili sözleşme feshedilmiş ve bu durumda kendisine düşecek arsa payının tamamını değil de işi bitirdiği orandaki kısmını hak etmişse; yüklenicinin alacak devrettiği kişi yüklenicinin hak ettiği kısmı aşmamak şartıyla, alacağının bir kısmını değil, tamamını talep edebilmelidir. Öz, *İnşaat*, s.106. Sözleşmenin ileriye etkili feshinde bağımsız bölümlerin paylaşımı halinde, taraflara kalacak bağımsız bölümün tespiti için doktrin mübadele ve fark teorileri ileri sürülmüştür. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun, s.160 vd.; Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme*, s.77 vd.

bulunabilir⁷⁰⁵. Fesih halinde tasfiye işlemi sonucunda, yükleniciye fesih tarihine kadar yaptığı imalata karşılık para ödenmesi gerektiği ortaya çıkmış ise, ne yüklenici ne de kişisel hakkını devralan üçüncü kişi arsa sahibine karşı mülkiyet talebinde bulunamaz⁷⁰⁶.

Yüklenici, devrettiği bağımsız bölümleri sözleşme kurulurken, tapu sicilinde adına kaydettirmişse ve bu bağımsız bölümleri üçüncü kişilere tapuda satış veya satış vaadi ile devretmişse, sözleşmenin ileriye etkili feshinde de devredilen bağımsız bölüm yükleniciye bırakılmışsa üçüncü kişi tasfiyeden etkilenmemeli ve tapusu iptal edilmemeli yahut vaat alacaklısı ise arsa sahibine karşı talepte bulunabilmelidir⁷⁰⁷. Zira kat karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici sürekli karmaşığı niteliğinde olup, sözleşme ileriye etkili sona erdiği hallerde, fesih tarihine kadar yerine getirilmiş edimler (yüklenici adına yapılan tescil) geçerli sayılarak üçüncü kişilerin aynî hak iktisapları da geçerli sayılır⁷⁰⁸. Bu durumda ancak arsa sahibi sözleşme gereği yükleniciye devrettiği arsa paylarını sözleşmenin geçersiz hale gelmesi sebebiyle sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yükleniciden geri ister. Burada açılan dava yolsuz tescil sebebiyle istihkak davası niteliğinde değil, istirdat niteliğinde sayılır⁷⁰⁹. Nitekim doktrinde de, aynî hakların dönmeden etkilenmeyeceği kabul edilmekte, sebep ortadan kalktığı için ancak sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenebileceği kabul edilmektedir⁷¹⁰.

Bununla birlikte feshin ileriye etkili sonuç doğurması gereken durumlarda yüklenicinin arsa sahibinden arsa payını ve buna öngülenen bağımsız bölümü talepte haklı olması için edimini eksiksiz ifa etmiş olması gerektiğinden; üçüncü kişinin arsa sahibine

⁷⁰⁵ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.245; Y. 14. HD. 15.06.2007 T., 2007/5813 E., 2007/7560 K.: “Ne var ki somut olayda, davalılar arasındaki 19.03.1986 tarihli sözleşme hükmen feshedilmiş ve ileriye etkili feshe ilişkin mahkeme hükmü Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifada imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır. Mahkemenin değinilen olguyu gözetmek suretiyle tescile ilişkin istemi reddetmiş olması doğrudur. Ancak; Davacı, tescil talebinin reddi halinde ikinci kademedeki istek olarak bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile 28 numaralı bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerinin tahsilini de istemiştir. Borçlar Kanunu’nun 96. maddesi hükmünce akitten kısmen veya tamamen istifade edemeyen kusursuz taraf, diğer taraftan uğradığı zararların tazminini isteyebilir. O yüzden davacının akidi olan yükleniciden isteminin parasal tutarı ve nedenleri açıklattırılmalı, delilleri istenip toplanarak talep hakkında bunun sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır”, Sinerji Mevzuat.

⁷⁰⁶ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.245, 246.

⁷⁰⁷ Selimoğlu, s.450; Erman, *Arsa*, s.176.

⁷⁰⁸ Erman, *Arsa*, s.176; Y. İBK. 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K., Sinerji Mevzuat.

⁷⁰⁹ Erman, *Arsa*, s.177.

⁷¹⁰ Erman, *Arsa*, s.s.177, dn.3; Bkz. “1.2.4.4.1.2.Sözleşmeden dönme halinde uygulanacak hükümler” başlığına.

başvurması halinde, arsa sahibinin eksik işlerin üçüncü kişilerce tamamlanması veya rayiç fiyatları ile tazmini halinde arsa payının devredilebileceği yönündeki def'i haklı ve görülmektedir⁷¹¹.

1.2.4.4. Sözleşmeden geçmişe etkili dönmenin yükleniciden pay devralan üçüncü kişiye etkisi

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı olması(inşaatın %90'ından daha azının tamamlanması) gereklidir ve bu durumda sözleşme ilişkisinin tasfiyesi sorun oluşturmaktadır⁷¹². Sözleşmeden dönme halinde sözleşme ilişkisi geçmişe etkili sona erecek ve devredilen paylar geri alınabilecek, inşaat bedeli de sebepsiz zenginleşmeye göre yükleniciye ödenecektir⁷¹³.

Sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülmesi halinde, yükleniciden tapu sicilinde devir yolu ile pay devralanın hakları ile alacağın devri sözleşmesi ile pay devralanın hakları farklılık arz edecektir. Bu sebeple ayrı başlıklar altında değerlendirmek gereklidir.

1.2.4.4.1. Tapu sicilinde arsa payının devri ile veya satış vaadi sözleşmesi ile pay devralanın hakları

1.2.4.4.1.1. Genel olarak

Arsa sahibi kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken, yüklenici henüz edimlerini yerine getirmeden, arsa paylarını peşinen tapu sicilinde, yüklenici adına devretmiş olabilir⁷¹⁴. Yüklenici de tapuda adına kayıtlı olan arsa paylarını ve bunlara tekabül eden bağımsız bölümleri üçüncü kişilere tapuda devretmiş veya noterde yaptığı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile devrini vaadetmiş olabilir. İlk şekilde, yüklenici, kendi adlarına tescil edilen arsadaki inşaat tamamlandığında kendisine kalacak bağımsız bölümleri temsil eder şekilde bölerek, her birini üçüncü kişilere satıp, adlarına doğrudan tescil

⁷¹¹ Kostakoğlu, s.1111; Y. HGK. 06.02.2005 T., 2005/14-6 E., 2005/73 K.(Kostakoğlu, s.1111 dn.6). Bkz. "1.2.2.2.3.4.2. Eksik ve ayıplı ifanın alacağın devrine etkisi" başlığına.

⁷¹² Sözleşmeden dönme sonrasında iade borçları açısından 6098 sayılı Kanun düzenleme yapmamıştır. Halbuki, iade borçlusunun edimi iade etmeden önce hasara uğraması, imkansızlaşması, tüketilmesi, devredilmesi gibi hususların Kanun'da belirlenmesi faydalı olurdu. Havutçu, *İfa Engelleri*, s.330.

⁷¹³ Erman, *Hukuki Mütalaalar*, s.195,196 .

⁷¹⁴ Kural olarak, yüklenicinin bağımsız bölümleri tamamlayıp teslim etmeden arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesi; arsa sahibinin yüklenicinin ifası tamamlanmadan yükleniciye sözleşme kurulurken tamamen veya sözleşmenin devamında tamamen yahut kademeli olarak devrettiği hallerde mümkün olacaktır.

ettirmektedir⁷¹⁵. Taşınmaz satış vaadi şeklindeki devirde ise, üçüncü kişi lehine tescili talep etme yönünde kişisel hak doğmaktadır⁷¹⁶.

Arsa paylarının tapu sicilinde üçüncü kişiye devredilmesi, arsa payları talebini içeren alacak hakkının devrinden farklıdır⁷¹⁷. Nitekim yüklenicinin arsa payını tapuda geçerli bir hukukî işlemle üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, söz konusu pay üçüncü kişi adına zaten tapuda tescil edileceğinden, ayrıca alacağın devri işlemine gerek kalmamaktadır⁷¹⁸. Burada bağımsız bölüm satım sözleşmesi vardır, ancak henüz bağımsız bölümler meydana gelmediğinden sözleşme arsa paylarının satımı ve devrine ilişkindir⁷¹⁹. Bu sayede üçüncü kişiler tapu sicilinde arsa paylarının sahibi, bir başka deyişle mülkiyet hakkı sahibi olur. Bu durumda, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafından tamamlanamayarak arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine verilen şeylerin iadesi başka bir deyişle sözleşmenin tasfiyesi farklılık arzettiğinden ayrıca incelenmelidir.

1.2.4.4.1.2. Sözleşmeden dönme halinde uygulanacak hükümler

Sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülmesi halinde, taraflar karşılıklı olarak aldıklarını geri vermelidir. Yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönmesi halinde sözleşmenin tasfiyesine hangi hükümlerin uygulanacağı hususu, bir başka deyişle arsa sahibinin üçüncü kişilere tapu sicilinde devredilen arsa paylarının kendisi adına tescilini isteyip isteyemeyeceği hususu tartışmalıdır⁷²⁰. Doktrinde, aynî etkili dönme dışındaki diğer görüşlerde, arsa sahibinin

⁷¹⁵ Yener, *Arsa Payı*, s.116.

⁷¹⁶ Taşınmaz satış vaaadinin konusu, ileride oluşması muhtemel bağımsız bölümlerin ve onlara özgülenen arsa paylarının devri taahhüdüdür. Coşkun, s.94.

⁷¹⁷ Üçüncü kişinin yükleniciden veya arsa sahibinden tapuda arsa payını devralması yönünde yapılan geçerli bir hukuki işlem, alacağın devri veya borcun nakli yahut sözleşmenin devri sözleşmesi değildir. Zira alacağın devri sözleşmesi ile yüklenici, arsa sahibinden olan arsanın belli paylarının kendisine devrine yönelik alacak hakkını üçüncü kişiye devredecektir. Borcun naklinde ise üçüncü kişi yüklenicinin borcunu üstlenir. Sözleşmenin devrinde de üçüncü kişi yüklenicinin yerine geçerek haklarına ve borçlarına sahip olur. Halbuki yüklenicinin arsa payını tapuda geçerli bir hukuki işlemle devretmesinde, üçüncü kişinin yüklenicinin yerine geçip inşaatı bitirme borcu altına girme iradesi bulunmayıp, üçüncü kişinin bu işlemde kastı henüz tamamlanmamış bağımsız bölüm veya bölümlerin sahibi olmaktır. Bkz. Kırca, s.95,96.

⁷¹⁸ Kırca, s.95.

⁷¹⁹ Kırca, s.96.

⁷²⁰ Bu konuda “klasik dönme görüşü”, “kanunî borç ilişkisi görüşü”, “dönüşüm veya yeni dönme görüşü” ile “aynî etkili dönme görüşü” olmak üzere dört görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yener, *Arsa Payı*, s.109 vd.; Atamulu, s.185 vd.; Kurt s.292 vd.;

sözleşmeden dönmesinin üçüncü kişilerle yapılan tasarrufu etkilemeyeceği kabul edilmektedir ve bu görüşlere göre yüklenici adına yapılan tescil dönmeye rağmen geçerli sayılmalı ve yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler iyiniyet şartı aranmaksızın mülkiyet hakkını kazanmış olmalıdır⁷²¹. Bu görüşlere göre, TMK m. 1023 hükmünün⁷²² amacı hukukî işlem güvenliğini sağlamak olduğundan kişiler arasındaki hukukî ilişkilerin yürütülebilmesi adına, TMK m. 1023 gereği yükleniciden iyiniyetle pay alan kişilere karşı, arsa sahibi hak ileri sürememelidir⁷²³. Ancak arsa payları, arsa sahibinin iade talebini sonuçsuz bırakmak için üçüncü kişilere devredilmişse, yahut sözleşmeden dönüldükten sonra üçüncü kişilere pay devredilmişse, üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığı sonucuna varılmalı, arsa sahibinin iade talebi kabul edilmelidir⁷²⁴. Temerrüt halinde iade borçlusu durumunda olan yüklenicinin, iade konusu arsayı iyiniyetli üçüncü kişiye satıp devrettiği ve üçüncü kişinin bu iktisabının korunduğu bu hallerde, arsa sahibi dönme veya en azından temerrüt anına kadar iyiniyetli sayılan yükleniciden ancak, TBK m. 79/1'e göre iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu

Coşkun, s.126 vd.; Kırca, s.82 vd.; Demir, s. 105 vd. Dönüşüm görüşü ve gerekçesi için bkz. Kurt, s.298 vd.

⁷²¹ Erman, *Arsa*, s.178; Atamulu, s.193; Kırca, s.86; Yener, *Arsa Payı*, s.117; Kurt, s.326; Coşkun s. 130. Arsa sahibi bu durumda ancak, yükleniciye sebepsiz zenginleşmeye dayanan kişisel hakkı ile tescile zorlama davası açabilecektir. Bu talebi üçüncü kişilere karşı ileri süremeyecektir. Kırca, s.86; Yener, *Arsa Payı*, s.117; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.191 dn.646.

⁷²² TMK m. 1023 hükmü genel kural olan 3. maddede düzenlenen iyiniyet kuralı dışında özel bir düzenleme getirmiş; tapuya yapılan tescil yolsuz olsa, bir başka deyişle hak sahibi ya da hakkın konu ve kapsamı açısından gerçeği yansıtmasa bile mülkiyet veya başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması ve bu sebeple iktisabının geçerli olması gerektiğini düzenlemiştir. Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.171; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.233; Nomer ve Ergüne, s.123; Akipek ve Akıntürk, s.358; Erman, *Eşya*, s.47; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku-I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 12. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s.211; Doğan, s.32. İyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasına, “tapu siciline güven ilkesi” ile birlikte “tescilin olumlu etkisi” de denilmektedir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.232; Nomer ve Ergüne, s.123; Ayan, *Eşya-I*, s.391. Üçüncü kişilerin tapu siciline olan güveninin korunmasının uygulama şartları şu şekilde belirtilebilir: 1-Koruma sadece üçüncü kişiler içindir. 2-Koruma sadece sicil kaydına dayanan kazanımlar içindir. 3-Koruma sadece aynı hak kazanılması içindir. 4-Üçüncü kişi iyiniyetli olmalıdır. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.233 vd. TMK m. 1023 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.232 vd.; Akipek ve Akıntürk, s.357 vd.; Erman, *Eşya*, s.47 vd.; Nomer ve Ergüne, s.123 vd.; Ayan, *Eşya-I*, s.210 vd.

⁷²³ Atamulu, s.193; Yener, *Arsa Payı*, s.129. Bu madde göz ardı edilse dahi, TMK m. 2 hükmü gereğince oluşan güven ortamının sonuçlarına arsa sahibinin katlanması gerekmektedir. Hatta arsa sahibi yüklenicinin inşaatı finanse etmek amacıyla devraldığı payları üçüncü kişilere satacağını bilen veya bilmesi gereken kişi olup bu durumda üçüncü kişinin şahsında güven oluşturmaktadır ve aksi hareket çelişkili davranış oluşturur. Yener, *Arsa Payı*, s.131. Bu sonuç üçüncü kişiden pay devralan diğer kişiler için de geçerlidir. Atamulu, s.191.

⁷²⁴ Atamulu, s.190; Yener, *Arsa Payı*, s.132.

kapsamına göre arsanın iadesini talep edebilecektir⁷²⁵. Bu durumda aynî hak kazanan üçüncü kişiden eşyanın iadesine yönelik talep hakkı olmayacak, ancak yüklenici bu devir sonucu elde ettiği karşılığı sebepsiz zenginleşme kuralı uyarınca arsa sahibine aktaracaktır⁷²⁶.

Aynî etkili dönme görüşünü ileri süren yazarlara göre ise⁷²⁷, taşınmazlardaki tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı ilkesi gereğince, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sözleşme geçmişe etkili ortadan kalkmalı ve ortada dayanacak bir hukukî ilişki kalmamadığından yükleniciye yapılan tescil yolsuz tescil olmalı ve gerek yüklenici gerekse ondan pay devralan üçüncü kişiler mülkiyet hakkını kazanamamış olmalıdır⁷²⁸. Bu sebeple sözleşmenin geçmişe etkili sona ermesi halinde, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan veya yüklenicinin satış vaadinde bulunduğu üçüncü kişi feshin sonuçlarından ve tasfiyeden etkilenecek, arsa sahibine karşı tescil isteminde bulunamamalıdır⁷²⁹. Zira yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı devir, sözleşmenin geçmişe etkili ortadan kaldırılması sonucu sebepsiz kalır. Arsa sahibi bu durumda mülkiyet hakkını hiç kaybetmemiş sayılacağından, şahsi bir talep olan sebepsiz zenginleşme talebine dayanmak yerine, zaten hiç kaybetmediği arsa payının kendisine ait olduğunu

⁷²⁵ Yener, *Arsa Payı*, s.119. Yüklenici, iyiniyetli sebepsiz zenginleşen kabul edildiğinde, iade konusu şeyin iade anında hangi durumda bulunuyorsa o haliyle arsa sahibine vererek yükümlülüğünden kurtulur. Yener, *Arsa Payı*, s.119.

⁷²⁶ Yener, *Arsa Payı*, s.119. Haksız zilyetliğe ilişkin hükümlerin uygulanması durumunda da yüklenici iyiniyetli haksız zilyet ise ve arsa sahibinden devraldığı payı üçüncü bir kişiye devretmişse, dönme halinde bir görüşe göre, dönmeden önce arsa payını üçüncü kişiye satması TMK m. 993 hükmüne uygun davrandığını ileri sürerek bu satım sonucu elde ettiği bedeli arsa sahibine vermekten kaçınması mümkün olabilecektir. Bu görüşler için bkz. Ayan, *Eşya-I*, s.152 dn.546 ; Yener, *Arsa Payı*, s.120 dn. 433; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.124 vd. Aksi görüşe göre ise, iyiniyetli zilyet malı elden çıkarmaktan sorumlu olmasa da, aldığı bedeli sebepsiz zenginleşme kurallarına göre arsa sahibine iade borcu altında olacaktır. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.117,118; Yener, *Arsa Payı*, s.120; Nomer ve Ergüne, s.82; Ayan, *Eşya-I*, s.152. TMK m. 993 hükmüne göre iyiniyetli haksız zilyet iade konusu edimi mevcut hakkına uygun olarak kullanması durumunda herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmayacağı gibi ortaya çıkan kazanın sonuçlarından veya yok olmasından yahut hasara uğramasından da sorumlu olmayacaktır. Zira iyiniyetli zilyet kendisini malın maliki olarak görmekte ve tasarrufta bulunmakta ve bu tasarruflarından sorumlu olmamaktadır. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.118; Nomer ve Ergüne, s.80,81.

⁷²⁷ Öz, *Eser*, s.241,242; Atamulu, s.187; Selimoğlu, s.444,447; Yener, *Arsa Payı*, s.118; Aydemir, s.290; Karadaş, s.365; Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.172,173; Demir, s.111.

⁷²⁸ Kırca, s.87; Yener, *Arsa Payı*, s.117,126. Zira arsa sahibi sözleşmeden dönme beyanıyla sözleşmeyi geçmişe etkili sonlandırmak istemektedir. Eğer aksi kanaatte olsa idi, TBK m.125 hükmünde kendisine tanınan haklardan birini kullanabilirdi. Atamulu, s.188.

⁷²⁹ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.241; Y. 15. HD. 01.07.2010 T., 2009/1416 E., 2010/3797 K.,(Meydan ve Yapal, s.499 vd.).

belirleme için istihkak davası niteliğinde, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açma hakkına sahip olmalı ve bu talebini üçüncü kişilere de yöneltebilmelidir⁷³⁰.

Yargıtay ise yükleniciye sözleşme kurulurken yapılan tapu devrini yükleniciye kredi kullandırmak için avans olarak nitelendirmekte, yüklenicinin borcunu yerine getirmediğinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine bu avansların, üçüncü kişilere devredilmiş olsun olmasın arsa sahibine iadesini kabul etmektedir⁷³¹. Bu sebeple Yargıtay'ın aynı etkili dönme görüşünde olduğu söylenebilmektedir⁷³². Bu

⁷³⁰ Öz, *Eser*, s.241; Kırca, s.87; Yener, *Arsa Payı*, s.118; Atamulu, s.187. İade borçlusunun taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı geçmişe etkili kayb olduğu kabul edildiğine göre, bu borcuna TMK. M. 993-995 hükümlerinde düzenlenen haksız zilyedin iade borcuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Yüklenici talep anında arsa kendi üzerine kayıtlı ise bu arsayı iade etmekle yükümlü olacaktır. Yener, *Arsa Payı*, s.118.

⁷³¹ Y. 15. HD. 15.06.2017 T., 2017/449 E., 20172579 K.: “Somut olayda yükleniciler bloklar halindeki inşaatı bitirip teslim etmeyerek temerrüde düştükleri ve inşaatın getirildiği seviye nazara alınarak sözleşmenin geriye yönelik olarak feshine karar verildiğinden yükleniciden pay satın üçüncü kişiler avans olarak devredilen bağımsız bölümlerin mülkiyetlerine hak kazanamadıklarından adlarına olan tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına miras payları oranında tesciline karar verilmesi gerekirken davalıların iyi niyetlerinin korunması gerektiğinden söz edilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun görülmüştür.”. Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 23.09.2004 T., 2004/6027 E., 2004/6108 K.: “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde eser bedeli kural olarak, taşınmazdaki bir bölüm arsa payının yükleniciye devri suretiyle ödenir. Eser bedeli olarak yükleniciye peşin devir yapılmış olursa bile, yüklenici bu bedele eserin tesliminde hak kazanır. Zira, peşin yapılan devir bir bakıma yükleniciye yapılmış avans ödemesidir.”. Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 14.01.2013 T., 2012/5665 E., 2013/2 K., Meydan ve Yapal, s.465 vd.; Y. 15. HD. 27.09.2010 T., 2009/4222 E., 2010/4818 K., Kostakoğlu, s.1138 vd.; Y. 14. HD. 09.11.2007 T., 13434 E., 13735 K., Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.189,190; Y. 15. HD. 25.01.2010 T., 2009/4989 E., 2010/218 K., Coşkun, s.132; Y. 15. HD. 07.03.2008 T., 2007/1709 E., 2008/1486 K., Coşkun, s.133; Y. HGK. 17.12.2008 T., 2008/15-748 E., 2005/750 K., Kırmızı, s.715,716; Y. 15. HD. 10.03.2003 T., 2003/492 E., 2003/1252 K., Kırca, s.86, dn.23; Y. 15. HD. 21.04.1993 T., 1993/3812 E., 1993/1871 K., (Kurt, s.297, dn.490); Y. 15. HD. 01.06.2004 T., 2003/6241 E., 2004/3055 K., Kırca, s.78,79; Y. HGK. 25.10.2000 T., 2000/1-1280 E., 2000/1554 K., Kırca, s.77,78; Y. HGK. 23.05.2001 T., 2001/1-422 E., 2001/434 K.(Kırca, s.78 dn.1); Y. 15. HD. 10.03.2003 T., 2003/492 E., 2003/1152 K., Atamulu, s.192; Y. 15. HD. 27.09.2010 T., 2009/4222 E., 2010/4818 K., Yener, *Arsa Payı*, s.127 dn. 451; Y. 15. HD. 28.09.2010, 2009/3593 E., 2010/4847 K., Yener, *Arsa Payı*, s.127 dn. 452; Y. HGK. 15.02.1995 T., 15 E., 70 K.(Erman, *Arsa*, s.179 dn.6); Y. 15. HD. 10.03.2003 T., 492 E., 1152 K., Erman, *Arsa*, s.180, dn.6; Bkz. Kırca, s.77,97; Erman, *Hukuki Mütalaalar*, s.211; Erman, *Arsa*, s.180 vd.; Kurt, s.331; Coşkun, s.132; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.188,238 vd. Karadaş, s.365; Kırmızı, s.713; Olgaç, s.86; Atamulu, s.192.

⁷³² Kırca, s.87; Olgaç, s.85; Kurt, s.297,330. Ancak Yargıtay, kararlarında klasik dönme görüşü savunduğunu belirtmekte ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verilenlerin iade edileceğini, dönme halinde arsa saibinin bir mülkiyet davası olan tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu görüşü aynı etkili dönme görüşüne girmelidir. Kırca, s.86; Arsa sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönmesi halinde, arsa paylarını doğrudan arsa sahibinden veya arsa sahibinin verdiği vekaletle dayanarak yükleniciden devralan üçüncü kişilerin durumunun ne olacağına dair Yargıtay kararları istikrar kazanmış da değildir. Atamulu, s.194; Bir kararında arsa sahibinden doğrudan pay devralan üçüncü kişinin sözleşmeden dönmeden etkilenmeyeceğini, yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarına katlanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Y. 1. HD. 31.03.2004 T., 2004/3324 E., 2004/3631 K., Erman, *Arsa*, s. 181 dn.7. Yargıtay'ın arsa sahibinin yükleniciyi vekil tayin etmesi üzerine yükleniciden arsa payı alan üçüncü kişilerin,

kabule göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken arsa sahibi tapu sicilinde arsa paylarını yükleniciye devretmişse, yüklenici de üçüncü kişilere bu arsa paylarını geçerli bir şekilde devretmiş ancak yüklenicinin temerrüde düşmesi sebebiyle arsa sahibi sözleşmeden dönmüş ise, Yargıtay, üçüncü kişilere devredilen arsa payları konusunda, mevcut tescilin yolsuz hale geleceğini ve arsa sahibinin üçüncü kişilere karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini kabul etmektedir. Arsa sahibinin üçüncü kişiden pay devralana karşı da dava açıp, arsa payının kendi adına tescilini talep edebileceğini de kabul etmektedir⁷³³.

Yargıtay, arsa sahipleri tarafından sözleşmeden dönülmesi üzerine avans niteliğindeki yükleniciye devredilen payların geri verilmesinin her zaman istenebileceği; malik olan yükleniciden tapu sicilinde arsa payı devralan üçüncü kişilerin TMK m. 1023 hükmünün korumasından yararlanamayacağını kabul etmektedir. TMK m. 1023 hükmüne göre, yükleniciden tapudaki yolsuz kayda dayanarak bağımsız bölüm alan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu kazanımı korunmakta, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı arsa sahibi bir hak ileri sürememektedir. Ancak bu kuralın uygulanması için temel şart bağımsız bölüm alan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmasıdır. Genelde satış sözleşmelerinde alıcılar arsanın yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona pay devredildiğini bilebilir durumdadırlar⁷³⁴. Bu sebeple yüklenicinin edimini yerine getirmemesi

sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde arsa sahibine karşı hak iddia edemeyeceğini kabul ettiği kararı da bulunmaktadır. Bkz. Y. 15. HD. 27.10.2005 T., 2005/375 E., 2005/5775 K., Atamulu, s.194. Yine bir kararında da üçüncü kişilerin arsa paylarını doğrudan arsa sahibinden almaları halinde sözleşmeden dönme söz konusu olduğunda mevcut kayıtların korunacağını belirtmiştir. Bkz. Y.15. HD. 11.06.2012 T., 2012/2706 E., 2012/4360 K., Atamulu, s.195.

⁷³³ Y. 1. HD. 26.10.2000 T., 2000/12433 E., 2000/13094 K.: “*Somut olayda, davacılar yükleniciyi temsilen ona isabet eden bağımsız bölümle bağlantılı olarak dava dışı Ayşe K. isimli kişiye pay satmış, davalı da bu kişinin devrettiği Nusret Y. dan payı satın almıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyi niyetli olması, sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen sicilindeki yolsuz tescil durumuna düşme halini bilmemesi gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötü niyet iddiasının defî değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği Mahkemece resen nazara alınacağı gerek 8.10.1991 tarih 1990/4 Esas, 1991/13 Karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir.*”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. HGK. 15.02.1995 T., 1995/15 E., 1995/70 K., Atamulu, s.193 dn. 48.

⁷³⁴ Coşkun, s.132; Selimoğlu, s.444,447; Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.173; Y. 15. HD. 25.01.2010 T., 2009/4989 E., 2010/218 K.: “*Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, yüklenicinin edimini ifa etmemesi sebebiyle geriye etkili şekilde feshedilmesiyle birlikte yüklenici tarafından satılıp, tapuda devri yapılmış taşınmaz payının da, davada talep edilmesi halinde iptali ve arsa sahibi davacıya iadesi gerekir. Bu konuda, yükleniciden ve yüklenicinin halefi durumunda bulunan davalının, yüklenicinin edimini sözleşmeye uygun ifa etmesi ile tapu almaya hak kazanacağını bilmesi gerekir. Bu nedenle iyiniyet iddiası dinlenmez.*”, Kostakoğlu, s.1143,1144. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 15.06.2017 T., 2017/449 E., 2017/2579 K., Sinerji Mevzuat; Y. HGK. 23.05.2001 T., 2001/1-422 E., 2001/434 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 01.03.2007 T., 2005/8104 E., 2007/1294 K., Selimoğlu, s.444,445; Y.

durumunda arsa sahibinin geçmişe dönük olarak sözleşmeyi bozması sonucu, arsanın eski malike döneceğini bile bile pay satın alan üçüncü kişilerin iyiniyetli olduğundan söz edilmez⁷³⁵. Ancak doktrinde Yargıtay'ın bu tutumu çeşitli sebeplerle eleştirilmiştir⁷³⁶.

23. HD. 25.09.2012 T., 3108 E., 5431 K., Selimoğlu, s.445; Y. 15. HD. 27.05.2008 T., 2008/1818 E., 2008/3391 K., Kostakoğlu, s.1141,1142; Y. 15. HD. 01.03.2007 T., 2005/8101 E., 2007/124 K., (Kostakoğlu, s.1142,1143); Y. 15. HD. 11.06.2012 T., 2012/2706 E., 2012/4360 K., Atamulu, s.191 dn.46. Üçüncü kişinin iyiniyetinin korunduğu duruma örnek karar için bkz. Y. 15. HD. 19.05.2008 T., 2008/1015 E., 2008/3098 K., Kostakoğlu, s.1144 vd.; Y. 15. HD. 26.04.2006 T., 2006/102 E., 206/2469 K., Coşkun, s.134; Y. 15. HD. 15.06.2004 T., 2003/7122 E., 2004/3341 K., Coşkun, s.135. Halbuki aynî etkili görüş kabul edildiğinde arsa sahibinin önceden borcunu ifa edip yüklenicinin adına tescil etmesi ve sonra sözleşmeden dönmesi, yüklenici adına tescil edilen arsa payları üzerinde iyiniyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı kazanmasını engellemeyecektir. Kırca, s.97.

⁷³⁵ Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.172; Y. 23. HD. 14.01.2013 T., 2012/5665 E., 2013/2 K.: “Oysa, davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı alındığının bilincindedir.”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 1. HD. 26.10.2000 T., 2000/12433 E., 2000/13094 K., Sinerji Mevzuat; Y. 14. HD. 26.10.2004 T., 2004/5268 E., 2004/7383 K., (Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.174); Y. 14. HD. 23.03.2006 T., 2006/1792 E., 2006/3397 K., (Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.175). Üçüncü kişinin iyi niyetli sayılması için, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibini bilmemesi gereklidir. Buna rağmen kötü niyet iddiası bir itiraz niteliğinde olup yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece re’sen de dikkate alınabilecektir. Duman, *Dürüstlük Kuralı*, s.172; Y. 23. HD. 14.01.2013 T., 2012/5665 E., 2013/2 K., Sinerji Mevzuat.

⁷³⁶ Bazı yazarlara göre, Yargıtay'ın üçüncü kişilerin iyiniyetinin dinlenmeyeceği görüşü hukuki güvenliği sarsmaktadır. Kırca'ya göre, yükleniciden iyiniyetle aynı hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımı TMK m.1023 gereği korunmalı, kötüniyetli üçüncü kişilere karşı ise tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilirdir. Yargıtay'ın üçüncü kişinin tapuda arsa payları üzerinde mülkiyet hakkı kazanması durumunu, yüklenicinin alacak hakkını devralan üçüncü kişi onun halefi olduğundan selevinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir kararları yerinde olmayıp; bu nitelendirmesi ancak yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devretmesinde mümkün olacaktır. Ayrıca TMK m. 1023 hükmünde aranan iyiniyet üçüncü kişinin tescilin yolsuz olduğunu bilmesi ve bilmesinin gerekmesi hususunda olup, üçüncü kişiler arsa payı devralırken esasında yüklenicinin inşaatı bitireceğine güvenerek pay devralmakta ve yüklenici arsa payını devrederken tasarruf yetkisine sahip olduğundan yüklenici adına tapudaki kaydın yolsuz olduğu bilmesi mümkün olmamaktadır. Yine kat karşılığı inşaat sözleşmesi nisbî nitelikte bir sözleşme olduğundan sadece sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilmelidir ve Yargıtay'ın aksi yöndeki yukarıda izah edilen kararlar kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağı üçüncü kişilere karşı ileri sürmek anlamına gelecek ve nisbîlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bir de Yargıtay'ın sözleşme kurulurken yapılan devirleri avans olarak nitelendirmesi kat karşılığı inşaat sözleşmelerine olduğu gibi aktarılamayacaktır. Zira ifa edilenin avans olması para borcunun ifasında mümkün olmalı, taşınmaz devrinde olmamalıdır. Arsa sahibi yükleniciden önce ifada bulunarak, yüklenicinin edimini ifa edeceğine güvenmekte ve ifa etmeme riskini üzerine almaktadır. Arsa sahibinin riski göze alıp arsa payını devretmesi sonucunda sözleşmeden dönmemesinin sonuçlarına üçüncü kişiler katlanmamalıdır. Kırca, s.87 vd. Coşkun'a göre ise hem hukuki düzenlemeler ve teoriler çerçevesinde hem de hakkaniyet gereği iyiniyetli üçüncü kişinin, sözleşmeden dönülmesini gerektirecek hallerde genellikle bulunamayan veya borca batık olan yükleniciyi bulup zararını tazmin etmesini beklemek yerine, aynî hak kazanımı korunmalıdır. Yükleniciden zararını tazmin etmesi gereken taraf, yüklenici seçiminde gerekli özeni göstermeyen yüklenici ile sözleşme

Yargıtay bu sonucu, yüklenicinin doğması muhtemel hakkı üzerine haciz koyduran kişiler bakımından da uygulamaktadır⁷³⁷. Yine aynı sonucu üçüncü kişilerin arsa payını sadece yükleniciden alması halinde değil, doğrudan doğruya arsa sahibinden alması hallerinde de kabul etmektedir⁷³⁸.

1.2.4.4.1.3. Taşınmaz satış vaadi ile pay devralarının hakları

Uygulamada arsa payları kendisine devredilen yüklenici, genellikle kendisine ait olacak bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının satışını üçüncü kişilere vaat ederek sözleşme yapmaktadır⁷³⁹. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi üçüncü kişiye satış sözleşmesindeki gibi aynî hak değil, kişisel hak sağladığından, durum biraz daha farklıdır. Bu sebeple taşınmaz satış vaadi ile yapılan devirlere ayrıca değinmek gereklidir.

Yüklenici, arsa sahibi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde veya arsa paylarının mülkiyetini üzerine almadan herhangi bir şekilde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapabilir. Bu durumda yüklenici, arsa sahibinden olan kişisel alacağını, yine taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredebilir. Yüklenici bu şekillerde üçüncü kişilerle yapacağı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile ancak üçüncü kişilere kişisel hak sağlar. Bu sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişi, kişisel hakkını ancak yükleniciye karşı ileri sürebilir⁷⁴⁰. Arsa sahibinin bu şekilde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi halinde ise, yüklenicinin kişisel alacağı baştan itibaren ortadan kalkacağından, üçüncü kişi arsa payının adına tescil edilmesini talep edememeli, taşınmaz satış vaadinden doğan kişisel hakkını sözleşmenin tarafı olmayan arsa sahibine karşı ileri süremez⁷⁴¹. Zira arsa sahibi kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönerse, yüklenici ile

akdederken gerekli güvenceleri almayan, edimini başta ifa etme zorunluluğunda olmayıp elinde aksini seçme imkanı bulunan ve yüklenicinin inşaatı tamamlayabilmek amacıyla arsa paylarını devredeğini bilen veya öngören arsa sahibi olmalıdır. Coşkun, s.150. Yine Yargıtay'ın aksi yönde görüşü olan Erman'a göre üçüncü kişinin yüklenicinin karşı ediminin karşılığı olarak arsa paylarının mülkiyetinin devredildiğini bilmesi iyiniyetini ortadan kaldırmamalıdır. Erman, s.178; Aynı yönde eleştiriler için bkz. Kurt, s.332,333; Yener, *Arsa Payı*, s.130; Coşkun, s.142 vd.; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1456; Olgaç, s.87. Y. 1. HD. 26.10.2000 T., 2000/12433 E., 2000/13094 K. nolu kararına karşı yazılan karşı oy yazısında da aynı yönde eleştiri bulunmaktadır. Bkz. Coşkun, s.147 vd.

⁷³⁷ Y. 14. HD. 25.10.2007 T., 2007/9500 E., 2007/12635 K., (Coşkun, s.138).

⁷³⁸ Y. 15. HD. 27.10.2005 T., 2005/375 E., 2005/5775 K., (Kırca, s.80),

⁷³⁹ Erman, *Arsa*, s.183.

⁷⁴⁰ Kurt, s.337.

⁷⁴¹ Erman, *Hukuki Mütalaalar*, s.191; Erman, *Arsa*, s.184; Kurt, s.337; Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.188; Y. 14. HD. 14.02.2008 T., 2008/192 E., 2008/1692 K., Kostakoğlu, s.1113,1114. Bu sebeple eğer üçüncü kişiler bağımsız bölümlerin zilyetliğine sahip olmuşlarsa bu zilyetlik haksız sayılmalı

üçüncü kişinin yaptığı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ifası imkansızlaşmaktadır⁷⁴². Ayrıca üçüncü kişiler, yüklenicinin söz konusu bağımsız bölümlerin maliki olmadığını, arsa sahibi ile taşınmaz satış vaadi niteliğinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını bilmemesi mümkün olmadığından, iyiniyet iddiasında da bulunamaz⁷⁴³. Ancak Yargıtay 3/1 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereği, feshin ileriye etkili sonuç doğurması halinde, tasfiye neticesinde yükleniciye düşen arsa paylarına tekabül eden bölümlerin üçüncü kişiye satışı vaat edilmiş ise üçüncü kişi yükleniciyi tescile zorlayabilir⁷⁴⁴.

Yüklenici mülkiyetini devraldığı arsa paylarını da satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişiye devredebilmektedir. Bu durumda arsa sahibi sözleşmeden dönerse, yüklenicinin üzerindeki tescil yolsuz hale gelmeli ve üçüncü kişiye edimi imkansız hale gelmelidir⁷⁴⁵. Bu durumda üçüncü kişi, yüklenici kusurlu ise zararlarının tazmini için ona başvurabilmeli, ayrıca bağımsız bölüme yaptığı faydalı ve zorunlu masrafları da arsa sahibinden talep edebilir⁷⁴⁶. Yine kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklarını yüklenici, resmî şekilde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle üçüncü kişilere devrettiğinde alıcı konumundaki üçüncü kişi, yüklenicinin inşaatı zamanında bitirememesi durumunda borçlunun temerrüdü ile ilgili haklarını kullanabilir⁷⁴⁷.

Bazı yazarlar, taşınmaz satış vadinin kurulduğu sırada, payını yükleniciye devreden arsa sahibinin onayının bulunması ve üçüncü kişinin bu tutuma güvenmesi halinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, üçüncü kişinin kişisel hakkının engellenmesini TMK m.2 gereği dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁷⁴⁸. Nitekim sözleşmenin geçmişe etkili sona ermesi kabul edildiğinde,

ve arsa sahibinin elatmanın önlenmesi talebi kabul edilmelidir. İyiniyetli üçüncü kişiler haksız zilyet sayılmalı ve ancak, yaptıkları masrafları yükleniciden talep edebilmelidir. Bkz. Erman, *Hukuki Mütalaalar*, s.191 vd. Bir başka deyişle sözleşmeden geçmişe etkili dönme üzerine dönmenin kesinleştiği tarihten itibaren arsa sahibi üçüncü kişiye tecavüzün önlenmesi ve ecrimisil davası açabilmelidir. Bkz. Y. HGK. 23.01.2008 T., 2008/1-34 E., 2008/5 K., (Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1471); Y. 14. HD. 06.12.2011 T., 2011/14301 E., 2011/14964 K., (Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1471). Aksi görüş için bkz. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1475.

⁷⁴² Coşkun, s.150,151.

⁷⁴³ Erman, *Hukuki Mütalaalar*, s.192.

⁷⁴⁴ Erman, *Arsa*, s.184.

⁷⁴⁵ Coşkun, s.151.

⁷⁴⁶ Coşkun, s.151; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1165; Kırmızı, s.718; Kurt, s.337; Y. 14. HD. 15.06.2007 T., 2007/5813 E., 2007/7560 K., (Coşkun, s.151); Y. 3. HD. 14.07.2008 T., 2008/12179 E., 2008/13085 K., (Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1165,1166).

⁷⁴⁷ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s.275.

⁷⁴⁸ Öz, *Eser*, s.262; Yener, *Arsa Payı*, s.139; Coşkun, s.158. Öz'e göre şerh verilsin veya verilmesin bütün kişisel hak sahipleri için bu yol bir kurtuluş imkanıdır. Verdiği bir örneğe göre ise "mülkiyet

üçüncü kişi açısından sorun oluşturur. Üçüncü kişi bu durumda, sadece yükleniciye tazminat talebi ileri sürebilir ve genellikle bu aşamada üçüncü kişinin yükleniciye ulaşması da mümkün olmaz⁷⁴⁹. Bu sebeple yükleniciyi seçen, ona arsa payını devretme yetkisi veren arsa sahibi olduğundan ve menfaatler dengesi açısından, sonuçlara da katlanması gerektiği de kabul edilmektedir⁷⁵⁰.

1.2.4.4.2. Adi yazılı alacağın devri sözleşmesi ile devralanın hakları (Dönmenin kişisel haklara etkisi)

Kural olarak, arsa sahibinin geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönmesi ile borç ilişkisinden doğan henüz ifa edilmemiş borçlar sona ermiş olacağından, yüklenici temel ilişkiden dolayı alacak isteminde bulunamamalı ve bu sebeple üçüncü kişi tarafından devir alınan alacak hakkı da ortadan kalkmalı, devralan üçüncü kişi arsa sahibinden herhangi bir alacak talebinde bulunamamalıdır⁷⁵¹. Devir işleminin arsa sahibinin sözleşmeden dönmelerinden önce veya sonra yapılmış olması bu sonucu etkilememektedir⁷⁵². Arsa sahibinin savunma olarak kaçınma hakkı olduğu müddetçe arsa payını yükleniciden alacağın devri sözleşmesi ile satın alan üçüncü kişiye devretmekten kaçınabilmesi mümkündür⁷⁵³. Bu sebeple, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi sebebiyle arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi halinde, yüklenicinin tescil talebi varsa, bu talebinin reddine karar verilmeli, yüklenici tarafından meydana getirilen inşaat kısmı da, arsa sahibinin malvarlığında meydana getirdiği artış oranında tazmin edilmelidir⁷⁵⁴. Yine yüklenicinin alacağını devralan üçüncü kişi de arsa sahibine karşı alacağın devri sözleşmesine dayanarak tescil talep edememeli, tescil talep etmiş ise reddedilmelidir⁷⁵⁵. Üçüncü kişinin, bağımsız bölüm

payını devrettikten sonra müteahhitle üçüncü kişinin satış vaadi sözleşmeyi yapmasını teşvik eden, hatta müteahhide bizzat alıcı bulan iş sahibinin, sözleşmeden dönünce, bu hakkın kullanılmasına karşı çıkması engellenebilmelidir. Bu çözüm MK m.2 hükmünde anlatımını bulan dürüstlük kuralına dayandırılabilir. Özellikle iş sahibi üçüncü kişiyi bizzat teşvik etmişse, dönme sonrası yapacağı itiraz “kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanma” (venire contra factum proprium) ilkesi gereğince engellenebilmelidir.”, Öz, Eser, s.262. Bu sonuç alacağın devri sözleşmesi ile kişisel hak devralan üçüncü kişilere de uygulanmalıdır. Öz, Eser, s.262; Coşkun, s.158.

⁷⁴⁹ Olgaç, s.87.

⁷⁵⁰ Olgaç, s.87.

⁷⁵¹ Öz, İnşaat, s.105; Öz, Eser, s.263; Aydemir, s.420,427; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s.188; Yener, Arsa Payı, s.137.

⁷⁵² Öz, Eser, s.263.

⁷⁵³ Kurt, s.345.

⁷⁵⁴ Erman, Hukuki Mütalaalar, s.197.

⁷⁵⁵ Coşkun, s.153; Kostakoğlu, s.1109; Nomer, s.378; Oy ve Haşal, s.138.

kendisine fiilen teslim edilmiş ve oturmaya başlamış olmasında dahi, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen arsa sahibinden bağımsız bölüme ilişkin arsa payının devrini isteyemez⁷⁵⁶. Ancak üçüncü kişi kusurlu olan yükleniciden TBK m. 112 hükmüne göre zararını isteyebileceği gibi⁷⁵⁷, fiilen teslim aldığı bağımsız bölüme faydalı ve zorunlu masraflar yapmış ise bunların iadesini arsa sahibinden, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince isteyebilir⁷⁵⁸.

Arsa sahibi sözleşmeden döndükten sonra bağımsız bölümleri kullanmaya devam eden yüklenici veya üçüncü kişiye, bu haksız kullanımlarından dolayı elatmanın önlenmesi davası açabilir. Arsa sahibini sözleşmeden dönmesinden sonra elatmanın önlenmesi davası açabilmesi için haklılığını mahkeme kararıyla tespit ettirmiş olması, yüklenici veya ondan alacağı devralan üçüncü kişi adına kurulan tapunun iptali ve kendi adına tescili şarttır⁷⁵⁹. Aksi halde ne yükleniciye ne de üçüncü kişiye karşı elatmanın önlenmesi davası açabilir.

Devir işleminin arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinden sonra yapılması halinde, yüklenicinin üçüncü kişiye alacağı devretmesi geçerli olmayacağı gibi hakkı devralan üçüncü kişi de iyiniyetli sayılmaz⁷⁶⁰. Bu durumda devir işlemi sadece bir taahhüt olarak yükleniciyi borç altına sokar ve dolayısıyla yükleniciden kişisel hakkını devralan

⁷⁵⁶ Kurt, s.345. Üçüncü kişinin ödediği bedeli de arsa sahibinden istemesi mümkün değildir. Coşkun, s.156; Y. HGK. 28.03.2001 T., 2001/13-200 E., 2001/286 K.,(Coşkun, s.157).

⁷⁵⁷ Kurt, s.345; Coşkun, s.153; Nomer, s.378. Alacağı devreden yüklenici devir işleminden sonra, kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki yükümlülüklerini yerine getirmeyerek ve arsa sahibinin sözleşmeden dönmesine sebep olarak alacağı devralanın alacağının ortadan kalkmasına sebep olarak alacağın devri sözleşmesinin hüküm doğurmasını engellediğinden; TBK m. 112 hükmü gereğince üçüncü kişiye sorumlu olması gereklidir ve bu kapsamda üçüncü kişinin uğradığı zararları tazmin etmesi gereklidir. Kurt, s.346; Coşkun, s.153.

⁷⁵⁸ Kurt, s.345; Coşkun, s.153 ; Yener, *Arsa Payı*, s.137; Y. HGK. 28.03.2001 T., 2001/13-200 E., 2001/286 K.: “Davacının dava dışı yüklenici ile yaptığı 8/1/1991 tarihli satış sözleşmesine dayanarak açtığı tapu iptali ve tescil davası reddedildiğine göre davacı bu sözleşmeye dayanarak artık ifa yerine geçen zarar olarak dairenin değerini diğer bir anlatımla ifa menfaatini isteyemez. Yine davacı yüklenicinin arsa sahibine karşı işin tasfiyesi sonucunda ortaya çıkacak alacağı da yüklenicinin halefi sıfatıyla isteyemez. Ne var ki, davacının dosyaya ibraz ettiği makbuz ve faturalardan davacının daireyi teslim aldıktan sonra daireye dekorasyon, çatı, kalebodur gibi faydalı masraflar yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının istemi içinse, çoğun içinde azın da istenilmiş olduğu kuralı altında bu kalemlerden doğan alacak istemi de vardır. Davacının yaptığı bu giderim ve masraflar nedeniyle davalının davacıya karşı haksız iktisabının varlığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Hal böyle olunca mahkemece bilirkişi eliyle davacının yaptığı giderim ve masraflar ibraz edilen faturalar değerlendirilmeli hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde tespit edilecek miktara hükmedilmelidir.”, (Kurt, s.345,346 dn.636); Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 14.02.2008 T., 2008/192 E., 2008/1692 K., (Nomer, s.378 dn.30).

⁷⁵⁹ Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1170; Y. 15. HD. 21.03.2007 T., 2007/7482 E., 2007/1755 K., (Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1170, dn.163).

⁷⁶⁰ Aydemir, s.428.

üçüncü kişi arsa sahibinden yüklenicinin alacağı devri işlemine dayanarak mülkiyet aktarımı isteminde bulunamaz⁷⁶¹. Nitekim Yargıtay'a göre sözleşmeden dönüldükten sonra tapuda üçüncü kişiye devir işlemi yapılmış ise bu tescil yolsuz kabul edilmektedir⁷⁶².

1.2.4.5. Sözleşmeden geçmişe etkili dönmenin arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişiye etkisi

1.2.4.5.1. Tapu sicilinde arsa payının devri veya taşınmaz satış vaadi ile devralanın hakları

Arsa sahibinden üçüncü kişinin tapuda pay devralması iki şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak arsa sahibi, sözleşmede yükleniciye verileceği kararlaştırılan arsa paylarını yüklenicinin gösterdiği üçüncü kişiye veya kendisine ait olan payları kendi seçeceği üçüncü kişiye doğrudan devredebilir. İkinci olarak da, arsa sahibi yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa paylarını tapuda ona devretmek yerine mülkiyeti kendisinde tutarak, yükleniciye bu payların üçüncü kişilere devrini gerçekleştirmesi için vekaletname vererek, yüklenicinin bu vekaletnameye dayanarak üçüncü kişilere arsa payı devredebilir. Her iki durumun da ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir.

1.2.4.5.1.1. Arsa sahibinin arsa paylarını doğrudan üçüncü kişiye devretmesi halinde

Arsa sahibi, kendisine ait olan arsa paylarını doğrudan üçüncü kişiye satış veya satış vaadi sözleşmesi ile devredebileceği gibi, henüz yükleniciye devredilmeyen, ancak yükleniciye düşeceği kararlaştırılan arsa paylarını da doğrudan yüklenicinin seçtiği üçüncü kişiye devredebilir. Bu durumlarda, arsa sahibi kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmüşse, dönmeden önce üçüncü kişiye geçerli şekilde yapılan

⁷⁶¹ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.233; Y. 14. HD. 28.12.2007 T., 13221 E., 16549 K.(Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.233 vd.).

⁷⁶² Y. 23. HD. 11.06.2012 T., 2012/2482 E., 2012/4067 K.: “Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescili istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki sözleşmenin feshedildiği ve tarafların birbirlerini ibra ettikleri açık olduğu halde, fesihten sonra tapuda yapılan devir işleminin yolsuz olduğu açıktır. Yüklenici E.'den tapuda bağımsız bölüm devralan üçüncü kişinin de, Yargıtay'ın istikrarlı uygulana gelen içtihatları karşısında iyiniyetli olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir. Gerçekten de, üçüncü kişinin tapuyu devraldığı tarihte, satın aldığı bağımsız bölümü görmeden ve incelemeyen, taşınmaz satış işleminin gerçekleştirildiğinin kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Üçüncü kişi davalı C.'in yapacağı basit bir inceleme ile gerçek mülkiyet ve hukuki durumu tespit edebileceği ortada iken, ileri sürdüğü iyiniyet iddiası dinlenemez.”, (Kostakoğlu, s.1128 vd.).

taşınmaz satış sözleşmesi ile tapuda devrettiği veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile devrini vaat ettiği arsa payının veya buna bağlı bağımsız bölümün iadesini talep edemez. Bir başka deyişle, tapuda arsa sahibi üçüncü kişilere arsa payı devretmesi veya noterde arsa paylarının satışını vaat etmesi halinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçmişe etkili feshinde, bu kişilerin üzerinde olan tapularının iptali yoluna gidilememeli⁷⁶³, eğer henüz üçüncü kişiye devir gerçekleşmemişse, üçüncü kişi arsa sahibini ifaya zorlayabilmeli, ifaya yanaşmayan arsa sahibine karşı tapu iptal ve tescil davası açabilmelidir⁷⁶⁴. Bu sebeple arsa sahibinden arsa payı devralan kişilerin tescil talebi haklı olmakta, sözleşmenin geçmişe etkili sona erdirilmesinde yükleniciden bağımsız bölüm alanların talebi reddedilse bile arsa sahibinin devrine üstünlük tanınmaktadır⁷⁶⁵.

Tapu iptal ve tescil davası kesinleştikten sonra arsa sahibi bağımsız bölümleri kullanmaya devam ediyorsa üçüncü kişi elatmanın önlenmesi davası açılabilir⁷⁶⁶. Ayrıca arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişinin fesih veya dönme halinde sözleşmenin tarafı sıfatı bulunmadığından, dönmeye veya feshe karşı itiraz hakkı bulunmasa da, satış veya satış vaadi sözleşmesinde özel bir düzenleme bulunmadıkça, üçüncü kişinin arsa payı üzerindeki ve arsa payına isabet edecek bağımsız bölümler üzerindeki hakları saklıdır⁷⁶⁷.

Görüldüğü gibi, arsa sahibinin bağımsız bölümleri taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile üçüncü kişilere devretmesi halinde, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme veya fesih sebebiyle sona ermesinden üçüncü kişi etkilenmeyecek, üçüncü kişi yükleniciden bir istemde bulunamaz⁷⁶⁸. Zira arsa sahibinin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşme kat karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsız

⁷⁶³ Erman, Arsa, s.181; Kurt, s.334,335; Y. 1. HD. 31.03.2004 T., 2004/3324 E., 2004/3631 K.: “Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir.”, Sinerji Mevzuat. Arsa sahibi burada yükleniciye arsa payını değil, arsa payının bedelini vermiş olduğu için sözleşmeden dönmesi üzerine ancak bu bedelin iadesini yükleniciden talep edebilecektir. Kurt, s.335.

⁷⁶⁴ Selimoğlu, s.443; Kurt, s.334; Coşkun, s.152; Avcı, s.81; Y. 13. HD. 23.01.2006 T., 2005/12508 E., 2006/380 K., (Avcı, s.81).

⁷⁶⁵ Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1408.

⁷⁶⁶ Avcı, s.82.

⁷⁶⁷ Oy ve Haşal, s.140.

⁷⁶⁸ Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s.236.

bir sözleşmedir. Üçüncü kişi ancak arsa sahibine karşı satış veya satış vaadi sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmalı, ne yüklenici üçüncü kişiye ne de üçüncü kişi yükleniciye başvurabilir⁷⁶⁹. Yargıtay, yükleniciye kalacak payların yüklenicinin gösterdiği kişilere arsa sahibi tarafından satışının vaat edilmesi halinde üçüncü kişilerin kazanımını korumamaktadır⁷⁷⁰. Zira bu durumda da yüklenicinin üçüncü kişilere yaptığı satış vaadine ilişkin hükümler ile sonuç aynıdır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi neticesinde üçüncü kişi lehine kişisel hak doğmakta ve arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde bu hak sona ermektedir.

Sözleşmeden dönme halinde mümkün olduğunca arsa sahibinden bağımsız bölüm alan üçüncü kişilere bağımsız bölümlerin devri yapılması amaçlansa da bağımsız bölümün üçüncü kişiye teslim edilmesi imkansız hale gelmiş ise satın aldığı bağımsız bölümün ifanın imkansız hale geldiği tarihteki rayiç bedeli arsa sahibi veya mirasçılarından talep edilebilir⁷⁷¹. Bu kapsamda arsa sahibinden bağımsız bölüm alan kişiye fesih tarihi itibarıyla bağımsız bölümün değeri hesaplanarak iade edilmeli, bu değerden de sözleşmedeki teslim tarihi ile fesih tarihine kadarki yıpranma bedeli düşürülmelidir⁷⁷².

1.2.4.5.1.1. Arsa sahibinin arsa paylarını yükleniciye vekalet vermek suretiyle üçüncü kişiye devretmesi halinde

Arsa sahibi yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa paylarını tapuda ona devretmek yerine mülkiyeti kendisinde tutarak, yükleniciye bu payların üçüncü kişilere devrini gerçekleştirmesi için vekaletname verebilmekte ve yüklenici de bu vekaletnameye dayanarak üçüncü kişilere arsa payı devredebilmektedir. Bu durumda, yüklenicinin arsa sahibinin yetkili temsilcisi olarak onun adına pay devrettiği üçüncü kişilerin korunması ile yüklenicinin arsa sahibinden devraldığı payları kendi adına devrettiği üçüncü

⁷⁶⁹ Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s.236; Kurt, s.334; Avcı, s.81.

⁷⁷⁰ Coşkun, s.152; Y. HGK. 29.06.2005 T., 2005/14-386 E., 2005/419 K.: “Somut olayda; Arsa sahibi R.K. inşaat sözleşmesi gereğince kendisine bırakılan 10 numaralı bağımsız bölüm için davacı İ.K., yükleniciye bırakılan 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 numaralı bağımsız bölümler için de yüklenicinin isteği doğrultusunda onun gösterdiği diğer davacılara satış vaadinde bulunmuştur... Böylece, yüklenicinin inşaat sözleşmesinde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılmakla; mevcut duruma göre bu aşamada kişisel hak kazandığından söz edilemez. Yüklenicinin kazanmadığı kişisel hakkı temellük eden davacılar A.K., R.M., G.Y., O.S., D.K. ve Z.Y.'nin de bu hakka dayanarak tescil isteme olanakları bulunmadığından davalarının reddine, sadece davacı İ.K.'nin davasının kabulüne karar vermek gerekirken tüm davacılar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.”, Sinerji Mevzuat.

⁷⁷¹ Avcı, s.82; Y. 13. HD. 21.01.2011 T., 2010/9459 E., 2011/443 K., (Avcı, s.82).

⁷⁷² Y. 13. HD. 04.04.2012 T., 2012/3370 E., 2012/9094 K., (Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1427,1428).

kişilerin korunması arasında fark olmamalıdır ve her iki durumda da yüklenicinin temerrüdü sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını etkilememeli, devredilen paylar üçüncü kişiden geri istenememelidir⁷⁷³. Zira yüklenici arsa sahibi adına satış yapmıştır ve satıcı arsa sahibi, alıcı üçüncü kişi olduğundan arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin üçüncü kişinin kazandığı aynı hakkı etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak Yargıtay yüklenicinin kendi mülkiyetinde bulunmayan bağımsız bölümü arsa sahibinin verdiği vekaletle dayanarak üçüncü kişilere devretmesi hallerinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, üçüncü kişilere karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabileceğini yani üçüncü kişilerin kazanımının korunmamasını kabul etmektedir⁷⁷⁴. Zira yüklenicinin kendi payına düşecek bağımsız bölümü, vekalet ile de kendi adına devretmiş olacağından aynı etkili dönme görüşü doğrultusunda, üçüncü kişinin kazanımı haklı olarak korunmamalıdır.

1.2.4.2.2. Adi yazılı alacağın devri sözleşmesi ile devralanın hakları

Üçüncü kişinin, arsa sahibinin maliki olduğu arsa payı veya bağımsız bölümleri adi yazılı sözleşme ile devralması, bu arsa payı veya bağımsız bölüm bir kişisel hak olmadığından ve arsa sahibi malik sıfatıyla sahip olduğundan, resmî şekilde yapılmadığından geçersiz sayılmalıdır⁷⁷⁵. Arsa sahibinin başlangıçta tüm arsa paylarını yükleniciye devretmesi ve inşaat tamamlandığında bağımsız bölüm alacak hakkına sahip olması da mümkündür. Bu şekilde arsa sahibinin yükleniciden olan kişisel alacağının devretmesi ve kendisinin sözleşmeden dönmesi halinde, yükleniciye karşı

⁷⁷³ Erman, *Arsa*, s.182; Yener, *Arsa Payı*, s.130; Coşkun, s.145. Yüklenicinin vekaleti olmaksızın veya verilen vekaletin sınırlarını aşarak pay devretmesi halinde sonuç farklı olacak, satış işlemi geçersiz olacağından buna dayanılarak yapılmış tasarruf işlemi de geçersiz sayılacaktır. Erman, *Arsa*, s.182.

⁷⁷⁴ Y. 15. HD. 27.10.2005 T., 2005/375 E., 2005/5775 K.: “Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan binayı ikmal ve teslim borcunu yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, BK'nın 358. maddesi uyarınca, arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteme hakkı doğar. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerinde olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaattan daire satın alan kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekaletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir.” Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. HGK. 30.03.1979 T., 13-842 E., 359 K., (Kurt, s.335, dn.613); Y. HGK. 25.10.2000 T., 2000/1-1280 E., 2000/1554 K., (Coşkun, s.140).

⁷⁷⁵ Selimoğlu, s.443. Üçüncü kişi ancak geçersiz satış veya satış vaadi sözleşmesi sebebiyle ödediği bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilecektir. Selimoğlu, s.444.

kişisel alacağı kalmayacağından, üçüncü kişinin de yükleniciye karşı halefiyet yoluyla kullanabileceği bir kişisel hakkının kalmadığı kabul edilmelidir⁷⁷⁶.

2. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE BORCUN ÜSTLENİLMESİ

2.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borcun Üstlenilmesi

Borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi (borcun nakli); başlangıçta borç altına giren haricindeki üçüncü bir kişinin borcu ifa etmesine yönelik yapılan bir sözleşme olup; bu sözleşme ile üçüncü kişi borcu üstlenirse borç ilişkisinin pasif süjesi, bir başka deyişle, borçlu tarafı değişmekte; borçta ve borç ilişkisinde bir değişiklik meydana gelmemektedir⁷⁷⁷. Bu sözleşme ile yüklenilen dar anlamda borç olup, borç ilişkisinin bütün olarak devri, aşağıda da izah edileceği üzere, sözleşmenin devri olmaktadır. Alacağın devrinden farkı ise, borç ilişkisindeki borçlu tarafının değişmesidir ve borcun şahsı ile ödeme gücü alacaklı açısından önem arz ettiğinden, alacaklının rızasının aranmasıdır⁷⁷⁸.

Borçlunun borç ilişkisi kurulduktan sonra borcu devretmesi çeşitli sebeplere dayanabilir. Özellikle borç ilişkisi kurulduktan sonra borçlunun ekonomik, mali, kişisel durumlarında meydana gelen değişiklikler borcu ifa etmesini engelleyerek alacaklının ifaya zorlamasının sonuçsuz kalmasına sebep olabilir ve bu sebeple borcu yerine getirebilecek yeni bir borçlunun kabul edilmesi karşılıklı yararlar açısından zaruri olabilir⁷⁷⁹.

Borcun iç üstlenilmesi (borçtan kurtarma taahhüdü), borçlu ile borcu üzerine almak isteyen üçüncü şahıs arasındaki sözleşme olup, yaptıkları bu sözleşme ile üçüncü kişi

⁷⁷⁶ Selimoğlu, s.443.

⁷⁷⁷ Hatemi ve Gökyayla, s.384; Eren, *Borçlar*, s.1271; Reisoğlu, s.410; Kayar, s.241; Ayan, *Borçlar*, s.54; İnan ve Yücel, s.531; Kılıçoğlu, s.837; Kayıhan, s.353; Şenyüz, s.215.

⁷⁷⁸ Ruhi, s.272; Rıfat Akbıyıklı, *İnşaat Sözleşmeleri Esasları ve Uygulamaları*, Birsan Yayınevi, İstanbul 2009, s.17; Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1379; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1137,1138. Ayrıca borcun üstlenilmesi sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı aranmamakta, alacağın devri sözleşmesi için yazılı şekil şartı aranmaktadır. Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1379. Borcun üstlenilmesinin alacağın devrinden, halefiyetten, kefaletten ve üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden farkı için bkz. Kılıçoğlu, s.838 vd.; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1138,1139.

⁷⁷⁹ Kılıçoğlu, s.837. Örneğin, yüklenicinin inşaatla başlamış, ancak geçirdiği kaza sonucu inşaat yarım kalmış ve mali sıkıntıya girmiş olması halinde, arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi veya başka yollara başvurması gereksiz yere işlerin uzamasına yol açacağından, yüklenicinin yerine bu borcu üstlenecek yeni yüklenici ile aynı koşullarda inşaatın devamı konusunda anlaşma yapması daha yararlı olabilecektir. Kılıçoğlu, s.837.

borçluyu alacaklıya karşı olan borcundan kurtarmayı taahhüt etmektedir ve bu iç ilişki sadece borçlu ve borcu üstlenme taahhüdünde bulunan üçüncü kişi arasında etkili olur, alacaklıyı ilgilendirmez⁷⁸⁰. Bu sebeple alacaklının sözleşmeye katılması ve rızası aranmaz⁷⁸¹. Borcun iç üstlenilmesi aşamasında, henüz borç nakledilmiş, borçlu taraf değişmiş değildir. Sadece üçüncü kişi borçluyu kurtarma taahhüdü altına girmiştir ve iç üstlenme sözleşmesi sadece taraflarını bağlar⁷⁸². TBK m. 195/1 hükmüne göre, borcu üstlenmeyi vaat eden üçüncü kişi ya borcu bizzat ifa ederek ya da alacaklının rızasıyla alacaklı ile borcun üstlenilmesi sözleşmesi yaparak iç üstlenme sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü yerine getirebilir⁷⁸³. Alacaklının haberi olmadan yapılan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi olmasına rağmen, ödemede bulunan borçlu, borcu üstlenenden ödediği parayı isteyebilir⁷⁸⁴. Yine taraflar, alacaklı sözleşmenin tarafı olmadığı için onun rızası aranmadan, ikale ile sonradan iç üstlenme sözleşmesini ortadan kaldırabilir⁷⁸⁵. Kural olarak bu sözleşme için özel bir şekil şartı öngörülmemiş olup, üçüncü kişi bu sözleşme ile herhangi bir karşılık almadan (ivazsız) borcu üstlenmeyi taahhüt etmiş ise, bağışlama vaadi niteliği taşıyacağından, TBK m. 288/1 hükmü gereği adi yazılı şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁸⁶. Yine borcun iç üstlenilmesine konu olan borç bir taşınmaza ilişkin aynı bir hakkın devri borcu ise yahut

⁷⁸⁰ Tekinay, s.269; Nomer, s.379; Reisoğlu, s.411; Ayan, *Borçlar*, s.56; Ruhi, s.272.

⁷⁸¹ Hatemi ve Gökyayla, s.385; İnan ve Yücel, s.532; Akyiğit, s.195.

⁷⁸² Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.599; Tekinay, s.269; Eren, *Borçlar*, s.1273; Reisoğlu, s.411; Kılıçoğlu, s.840; Kayıhan, s.354; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1140.

⁷⁸³ Bu iki taahhütten dilediğini seçme yetkisi borcu üstlenen üçüncü kişiye ait olacaktır. Hatemi ve Gökyayla, s.384; Eren, *Borçlar*, s.1275. Borçtan kurtarma taahhüdünde bulunan üçüncü şahsın taahhütte bulunduğu borcu başka şekilde sona erdirmesi de mümkündür. Örneğin, alacaklının borçluyu ibra etmesini sağlayarak, yenileme yahut takasla da sona erdirebilir. Tekinay, s.270; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.601; Eren, *Borçlar*, s.1275. Alacaklının ifa veya tevdiiden başka yollarla tatmin edilmesine rıza göstermesi gereklidir. İnan ve Yücel, s.533. Ancak alacaklı haklı bir çıkarı bulunmadıkça ifayı reddetmemelidir. Aksi halde alacaklı temerrüdüne düşer. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.600.

⁷⁸⁴ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1380; Y. 15. HD. 07.11.2002 T., 2002/2773 E., 2002/4996 K., (Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1380).

⁷⁸⁵ İnan ve Yücel, s.533. Ancak sözleşme üçüncü kişi (alacaklı) yararına yapılmışsa alacaklının rızası olmaksızın iç üstlenme ortadan kaldırılamayacaktır. Alacaklı yararına yapıldığı ise sözleşmeden açıkça anlaşılmalıdır, aksi takdirde bu sonuca varılamaz. Eren, *Borçlar*, s.1274; İnan ve Yücel, s.533.

⁷⁸⁶ Hatemi ve Gökyayla, s. 385; Tekinay, s.270; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.599; Eren, *Borçlar*, s.1273; Nomer, s.379; Reisoğlu, s.411; Kayar, s.242; Ayan, *Borçlar*, s.55; İnan ve Yücel, s.532; Kılıçoğlu, s.841; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.398; Kayıhan, s.354; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1380.

borcun iç üstlenilmesine ivaz olarak verilen karşılık taşınmaza ilişkin bir aynî hakkın devri ise resmî şekil şartı aranmalıdır⁷⁸⁷.

Borcun dış üstlenilmesi gerçek anlamda borcun üstlenilmesi olup, iç üstlenmeden farklı olarak dış üstlenme sözleşmesi alacaklı ile borcu üstlenecek olan üçüncü kişi arasında yapılır ve borçlu bu sözleşmeye taraf değildir⁷⁸⁸. Borcun dış üstlenilmesi halinde borç ilişkisi varlığına devam ederken, yine borcun iç üstlenilmesinden farklı olarak, borç ilişkisinin pasif süjesi olan borçlunun değişmesi, bir başka deyişle dış üstlenme sözleşmesi yapıldığı an eski borçlunun borçtan kurtulması, borcu üstlenenin yeni borçlu olarak onun yerine geçmesi sonucu doğmaktadır⁷⁸⁹. Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa borcun ifa yeri, zamanı ve bağlı haklarda bir değişiklik olmaz⁷⁹⁰.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi; borcu üstlenen açısından borçlunun borcunu yüklenerek borç altına girdiği için borçlandırıcı bir işlem, alacaklı açısından borç yüklenene karşı alacak hakkı kazandırdığı için kazandırıcı bir işlem, eski borçlusunu da borçtan kurtardığı için tasarrufi bir işlemdir⁷⁹¹. Bu sebeple eski borçlunun tasarruf ehliyetine sahip olması gereklidir⁷⁹². Dış üstlenme sözleşmesi ile borcun devri buna yol açan geçerli bir sebebin varlığına bağlı olmadığı için bu sözleşme sebebe bağlı değildir⁷⁹³. Bu sebeple, üstlenme sözleşmesinin sebebinin mevcut olmaması veya geçersiz olması üstlenme sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez⁷⁹⁴.

2.2.Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Borcun Üstlenilmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçlar, borcun üstlenilmesi hükümlerine göre üçüncü bir kişiye borcun üstlenilmesi sözleşmesi ile devredilebilir. Bu durumda,

⁷⁸⁷ Nomer, s.379; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.599; Eren, *Borçlar*, s.1273,1274.

⁷⁸⁸ Tekinay, s.272; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.597; Hatemi ve Gökyayla, s.385; Eren, *Borçlar*, s.1276; İnan ve Yücel, s.534; Akyiğit, s.196; Ruhi, s.272.

⁷⁸⁹ Tekinay, s.272; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.610; Eren, *Borçlar*, s.1275; Nomer, s.379; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1144. Bu özelliği açısından dış üstlenme sözleşmesi çifte hüküm ve sonuç doğuran bir işlemdir. Eren, *Borçlar*, s.1276; Borcun üstlenilmesinin külli halefiyet, yenileme ve kefalet ile garanti sözleşmesinden farkı için bkz. İnan ve Yücel, s.536; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.605.

⁷⁹⁰ M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.466.

⁷⁹¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.604; Eren, *Borçlar*, s.1276; İnan ve Yücel, s.536; Nomer, s.378; Ruhi, s.273; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.400; Akyiğit, s.196.

⁷⁹² Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.604,608; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1144.

⁷⁹³ İnan ve Yücel, s.531; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.605; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1156; Nomer, s.378; Ruhi, s.273.

⁷⁹⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.609; Tekinay, s.274. Fakat borçtan kurtarma taahhüdünün geçersizliği borcun üstlenilme sözleşmesinin yanılma veya aldatma ile sakatlanmasına sebep olabilecektir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.609.

TBK'nın genel hükümlerinde düzenlenen borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır. Üçüncü kişi arsa sahibinin borcunu üstlenebildiği gibi yüklenicinin borcunu da üstlenebilir. Aşağıda bu ihtimaller üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

Borcun üstlenilmesi Türk Borçlar Kanununda esasında; borcun iç üstlenilmesi, borcun dış üstlenilmesi, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devralınması, birden çok işletmenin birbiriyle birleşmesi ya da şekillerini değiştirmesi ve borca katılma olmak üzere beş çeşit düzenlenmiştir⁷⁹⁵. Bu başlık altında malvarlığı veya işletmelerin devri ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi konularına da değinilmelidir.

2.2.1. Arsa sahibinin borcunun üstlenilmesi

2.2.1.1. Genel olarak

Arsa sahibi açısından değerlendirmek gerekirse, arsa sahibinin temel borcu olan bedel ödeme borcunun karşılığı olan yükleniciye düşen arsa paylarının devri borcu ile yüklenici ile işbirliği yapma borcu bulunmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin borçlarından birinin tek başına bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde borcun üstlenilmesi hükümleri uygulanabilecektir. Arsa sahibinin kendisine düşecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devretmesi halinde alacak hakkının üçüncü kişilere devri niteliği söz konusu olduğundan alacağın devri hükümleri uygulanacaktır. Arsa sahibinin yükleniciye düşen arsa payını veya paylarını devir borcunu, o arsa paylarının sağladığı haklardan bağımsız şekilde bir üçüncü kişiye devretmesi uygulamada karşılaşılan bir durum değildir. Çeşitli sebeplerle yükleniciye düşecek olan arsa payını devretme borcu üçüncü kişiye devredilecek ise borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanacak ve yüklenicinin borcun üstlenilmesine onay vermesi aranacaktır.

Arsa sahibinin yüklenici ile işbirliği yapma borcu kapsamında bulunan, mülkiyet hakkına dayalı inşaatın yapılması için gerekli işlemleri yapma borçlarının (inşaat ruhsatı alma, kat mülkiyetine geçme işlemleri vs.) devredilmesi mümkün değildir. Zira bu borçlar, mülkiyet hakkına bağlı olan borçlar olup ancak arsanın mülkiyetinin devri ile

⁷⁹⁵ Eren, *Borçlar*, s.1272.

devralan üçüncü kişiye geçecektir. Yine belirtilmelidir ki arsa sahibi bu borçları yerine getirmesi için bir başkasına vekalet verebilecektir. Uygulamada genellikle yükleniciye bu işlemlerin yerine getirilmesi için vekalet verildiği görülmektedir.

Arsa sahibinin bir üçüncü kişiye bu işlemleri yapması için vekalet vermesi durumunda, vekilin bu işlemleri yapmayı yüklenmesinin bir iç üstlenme sözleşmesi oluşturup oluşturmayacağı; aynı şekilde vekilin yükleniciye karşı bu işlemleri yapacağını ayrıca taahhüt etmesinin dış üstlenme sözleşmesi oluşturup oluşturmayacağı sorusu akla gelmektedir. Vekalet sözleşmesi, vekile başkasının menfaatine ve iradesie uygun olarak bir iş görme borcu yükleyen bir sözleşmedir⁷⁹⁶. Vekalet sözleşmesini ikili ayrımda incelemek gerekir. İlk olarak vekalet sözleşmesi, müvekkilin ad ve hesabına iş yapmasını içeriyorsa, vekilin gördüğü iş başkasına aittir ve o işi müvekkilin menfaatine yapmak zorundadır⁷⁹⁷. Nitekim müvekkilin, vekil ile yaptığı vekalet sözleşmesi neticesinde ilgili işlemi yapma yetkisi ortadan kalkmamaktadır. Halbuki borcun üstlenilmesinde, adı üstünde yeni borçlu borcu üzerine almakta, ilgili borca ilişkin eski borçlunun yetkisi ortadan kalkmakta, yerine borcu üstlenen yeni borçlu geçmektedir. Üstlenilen borcun yanı sıra borca bağlı haklar ile borca ilişkin def'i ve itirazlar da yeni borçluya geçmektedir. Yine borcun dış üstlenilmesine alacaklı taraf da katılmak zorunda olup, vekalet sözleşmesi vekil ile müvekkil arasında yapılmaktadır. Bu sebeplerle, arsa sahibinin inşaatın yapılması için inşaat ruhsatı alma gibi gerekli işlemleri yapma borcunun ifası için vekalet vermesinin ve vekilin yükleniciye karşı taahhüt etmesinin borcun dış üstlenilmesi olarak kabul edilmesi mümkün olmamalıdır.

İkinci olarak ise vekalet sözleşmesi gereği, vekil kendi ad ve hesabına işlem yapıp daha sonra müvekkile ikinci bir hukukî işlem ile edindiği şeyleri devredebilir. Burada vekil, vekalet sözleşmesindeki kararlaştırılan işlemi yaparken doğrudan o işlemin tarafı olur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından, vekil kendi ad ve hesabına arsa sahibinin vekalet sözleşmesi ile tayin ettiği, inşaat ruhsatı alma gibi işlemleri yaparken ilgili işlemlerin tarafı olacaktır. Burada yine müvekkilin yararını gözetmek zorunda olsa da, onun adına işlem yapmadığı için vekilin arsa sahibine, bu borçları yerine getireceğini taahhüt etmesi borcun iç üstlenilmesi sayılmalı, yükleniciye ayrıca taahhüt edip onayını alması ise borcun dış üstlenilmesi sayılmalıdır

⁷⁹⁶ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.355.

⁷⁹⁷ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.356.

2.2.1.2. Arsanın mülkiyetinin yeni malike devri

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsanın tamamının mülkiyeti, inşaat başlamadan veya devam ederken çeşitli sebeplerle⁷⁹⁸ üçüncü kişiye devredilebilecektir. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmasına rağmen, maddi sıkıntıdan dolayı inşaat başlamadan veya henüz bitmeden arsanın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devretmesinin önünde bir engel yoktur.

Arsanın mülkiyetinin devredilmesi halinde, yeni malik ile eski malik arasında yapılan sözleşme ile yükleniciye düşecek arsa paylarına tekabül eden bağımsız bölümlerin devri hususunda anlaşmaları bir iç üstlenme sözleşmesi niteliğinde kabul edilmelidir. Bu sebeple yeni malik eski maliki borçtan kurtarma taahhüdü altına girmiştir. Sözleşmeye yüklenici katılmadığından borcun dış üstlenilmesi niteliğinde olmamalıdır.

Arsanın mülkiyetinin devredilmesi üzerine yeni malikin yükleniciyle yaptığı sözleşme ile arsa payını veya arsa payına tekabül eden bağımsız bölümleri devretme borcunu üstlenmesi halinde ise borcun dış üstlenilmesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda yeni malik ile yüklenici arasındaki anlaşma neticesinde, arsa paylarını devir borcu yeni malik üçüncü kişiye geçmelidir. Bütün bunlarla birlikte, yeni malikin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçları üstlenmesi dışında alacaklarına da sahip olması durumu, hem alacağın devri hem borcun üstlenilmesi değil, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri niteliğinde olmalıdır. Ancak bunun için yüklenicinin sözleşmenin devrine onay vermesi şarttır⁷⁹⁹. Serozan'a göre de, kural olarak eşya el değiştirdiğinde eşyayla bağlantılı sözleşme ilişkileri de tümüyle devredildiği TBK m.202,310 hükümlerinden çıkarılmaktadır ve burada da kanun gereği sözleşme devri kabul edilmiştir⁸⁰⁰.

Arsa paylarını devir borcu, kural olarak üzerinde inşaat yapılacak arsanın mülkiyet hakkına dayalı bir borç olup, arsanın mülkiyetinin bir üçüncü kişiye devri halinde

⁷⁹⁸ Bir Yargıtay kararında şu şekilde bahsedilmiştir: “Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticari ve ekonomik zorunluluklar, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasının üstlenmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır.” Bkz. Y. 14. HD. 23.12.2014 T., 2014/11924 E., 2014/14766 K., Sinerji Mevzuat.

⁷⁹⁹ Bu konuda yüklenicinin onayının alınmasının şart olmadığı yönünde Yargıtay kararı bulunmaktadır. Bkz. Y. 15. HD. 12.01.2004 T., 2003/3343 E., 2004/64 K., Sinerji Mevzuat. Bu karar hakkındaki eleştirimiz için bkz. Üçüncü bölüm “1.2.4.Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibi tarafından devri” başlığına.

⁸⁰⁰ Serozan, s.35.

üçüncü kişi bu borca sahip olmalıdır. Ancak bu borcun kaynağı olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi nisbî nitelikte bir sözleşme olduğundan, sözleşme sadece taraflarını bağlamakta ve tarafları dışındaki kişilere karşı ileri sürülememektedir. Bu sebeple kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapuya şerh edilmemiş ve arsanın mülkiyeti yeni malike devredilmişse, yeni malik sözleşmeye taraf olmamalıdır. Ancak yukarıda belirtildiği gibi yeni malikin, eski malik ile yaptığı anlaşma iç üstlenme sözleşmesi, arsa sahibi ile yaptığı anlaşma dış üstlenme sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.

2.2.2. Yüklenicinin borcunun üstlenilmesi

Yüklenicinin niteliği itibariyle devredilebilecek borçları inşaatı yapma ve arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri teslim etme borcudur⁸⁰¹. Yüklenicinin bu borçlarının üstlenilmesi aşağıdaki gibi olacaktır:

2.2.2.1. Yüklenicinin borcunun iç üstlenilmesi

Yüklenici ile yüklenicinin inşaatı yapma ve arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri teslim etme borcunu üzerine almak isteyen üçüncü şahıs arasında borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması mümkün olup, yaptıkları bu sözleşme ile üçüncü kişi yükleniciyi arsa sahibine karşı olan borcundan kurtarmayı taahhüt etmiş olacaktır. Bu iç ilişki sadece yüklenici ile borcu üstlenme taahhüdünde bulunan üçüncü kişiyi bağlamakta, arsa sahibini ilgilendirmemektedir. Bu sebeple arsa sahibinin sözleşmeye katılması ve rızası aranmamaktadır.

Borcun iç üstlenilmesi aşamasında, henüz borç nakledilmiş, borçlu taraf değişmiş değildir. Sadece üçüncü kişi borçluyu kurtarma taahhüdü altına girmiştir. İç üstlenme sözleşmesi arsa sahibi ile yüklenici arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesini etkilememektedir. Sadece yüklenici, borç muaccel ise üstleneni derhal borcu ödemeye zorlayabilir, kaçınması halinde kendisi ödeyerek masraflardan ve maruz kaldığı zararlardan dolayı borcu üstlenene başvurabilir.

⁸⁰¹ Y. 14. HD. 30.11.2012 T., 2012/12313 E., 2012/13969 K.: “*Davaya konu olayın, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işleminin hukuki niteliği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borçlarının neler olduğu ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümleri çerçevesinde incelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.*”, Sinerji Mevzuat.

2.2.2.2. Yüklenicinin borcunun dış üstlenilmesi

2.2.2.2.1. Yüklenicinin temerrüdü ve diğer hallerde borcun üstlenilmesi

Yüklenicinin tamamladığı inşaatlardaki arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri teslim borcu inşaatın tamamlanarak bittiğinin arsa sahibine bildirilmesi ile gerçekleşmektedir. Genellikle yüklenici inşaatı başlayıp tamamını veya büyük bir kısmını bitiremeyip temerrüde düştüğü hallerde, arsa sahibi sözleşmeyi geçmişe etkili sona erdirmek istemekte, yüklenici ise buna karşı koymakta ve süreç uzamakta, sorun çözülememektedir. Arsa sahibi yükleniciye yaptığı yarım kalan inşaatın imalat bedelini ödeme borcu ortaya çıkmakta ve arsa sahibi bu borcu ödemek istememekte ve bir an önce inşaatın tamamlanmasını sağlamaya çalışmaktadır. Bu durumda yeni bir yüklenici ile ayrı bir sözleşme imzalanarak, sözleşmenin sona ermesi için arsa sahibinin eski yükleniciye vereceği kısmî imalat bedelini ödeme borcunu yeni yüklenici üstlenebilmektedir⁸⁰². Yeni yüklenici bu sözleşme ile arsa sahibinin yapılan kısmî imalat bedelini eski yükleniciye vererek, eski yüklenici ile arsa sahibi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erdirilmesini sağlayacak ve arsa sahibi ile arasındaki sözleşme gereği inşaatı kaldığı yerden devam edebilmektedir.

Yüklenicinin inşaatın bir kısmını tamamlayıp, temerrüde düşmesi veya temerrüde düşeceğinin anlaşılması durumunda taraflar ile yeni yüklenici arasında yine borcun üstlenilmesi sözleşmesi imzalanarak, yeni yüklenici inşaatın kalan kısmını yapma borcu üstlenilebilecektir. Ancak yüklenicinin inşaatı yapma ve teslim borcunun üstlenilmesi çok sık karşılaşılan bir durum değildir. Zira borcun üstlenilmesinde sadece eski yüklenicinin kararlaştırılan borçlarını yeni yüklenici üstlenmekte, eski yüklenici sözleşmede kalmaya devam etmekte, inşaat tamamlanınca yükleniciye düşecek haklar eski yüklenici üzerinde doğmakta, bu duruma gerek arsa sahibi gerekse yeni yüklenici razı olmamaktadır. Bu durumda inşaatı tamamlayan yeni yüklenicinin inşaatı tamamlama karşılığı alacağı bedel veya bağımsız bölümler borcun üstlenilmesi sözleşmesinde kararlaştırılmışsa sözleşmeye göre belirlenir. Ayrıca borcun üstlenilmesi sözleşmesinin kuruluşu için TBK m. 196/2,3 hükmüne göre, üçüncü kişinin veya borçlunun alacaklıya karşı öneride bulunması ve alacaklının kabul etmesi şartı aranmakta, arsa sahibinin inşaatı yarım bırakan yüklenicinin önerisine karşı kabulünü

⁸⁰² Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1382.

almak zor olmaktadır. Temerrüde düşen yüklenicinin borcun üstlenilmesi sözleşmesine rastlanılmamasının sebeplerinden en önemlisi de temerrüde düşen yüklenicinin sözleşmeyi devretmesinin uygulamada daha sıklıkla kullanılmasıdır. Sözleşmenin devri borcun üstlenilmesine binaen daha pratik sonuçlar sağladığından borcun üstlenilmesi yoluna çok gidilmemektedir. Örneğin, sözleşmenin devrine arsa sahibi baştan sözleşme kurulurken onay verebilmekte ve sözleşmenin devredilmesi aşamasında devreden yüklenici ile arsa sahibi yüz yüze gelmemektedir. Uygulamada baştan sözleşmenin devrine onay verilmesi durumuna sıkça rastlanılmaktadır. Ayrıca sözleşmenin devri ile eski yüklenici tüm hak ve borçları ile taraf sıfatını devreerek sözleşmeden tamamıyla çıkmakta, yeni yüklenici onun yerine geçerek hak ve borçlara sahip olmaktadır. Borcun üstlenilmesinde ise arsa sahibinin sözleşmeye devam etmesini istemediği eski yüklenici sözleşmenin tarafı olmaya devam etmektedir⁸⁰³.

Yüklenicinin üzerine aldığı bağımsız bölümleri arsa sahibine inşaat tamamlanınca ödeme borcunun bir üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi mümkündür. Yargıtay kararına konu bir olayda⁸⁰⁴, yüklenici arsa sahibi ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin bedel karşılığında davalı kooperatife devri hususunda kooperatifle anlaşmış, daha sonra bedel ödenmesi konusunda uyuşmazlık çıkmış ve yüklenici ile kooperatif ve kooperatif üyeleri arasında yapılan üçlü sözleşme uyarınca bakiye borcun kooperatif üyelerince ödenmesi kararlaştırılmış ve sonrasında yüklenici bu borcun ödenmesi hususunda taahhütnamenin imzalanması için kooperatif üyelerine yazı göndermiştir. Bu durumda borcun üstlenilmesi sözleşmesinin kurulduğu kabul edilerek, bu sözleşme ile borçtan kurtulan kooperatiften imalat bedelinin istenilmesinin mümkün olmadığına karar verilmiştir. Zira kooperatif üyeleri, kooperatifin borcunu yüklenicinin de onayını alarak üstlenmiştir. Karara göre, *“Taahhütname başlıklı belge ve protokol başlıklı sözleşme, Borçlar Kanununun 173, 174. maddeleri gereğince, davalı kooperatifin, davacı yükleniciye olan ve iş bedeline ilişkin borcunun, alacaklı davacının da onayı ile kooperatif üyelerine naklini içermektedir. BK.nun 174. maddesi gereğince de, davalı kooperatif iş bedelinden kaynaklanan davacıya olan borcundan kurtulmuştur. Çünkü, davalının yerini borcun nakli sonucu kooperatif üyeleri almaktadır”*.

⁸⁰³ Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde sözleşmeyi devretmesi konusuna aşağıda değinilecektir. Bkz. 5.2.3.nolu başlığa.

⁸⁰⁴ Y. 15. HD. 31.03.2003 T., 2002/5465 E., 2003/1610 K., Sinerji Mevzuat.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan yan borçların üstlenilmesinde borcun üstlenilmesine ilişkin kurallar uygulanacaktır. Örneğin inşaatla ilişkin gelecek ceza borçları gibi yan borçların iç üstlenme sözleşmesi ile veya dış üstlenme sözleşmesi ile üstlenilmesi mümkün olacaktır. Yargıtay bir kararında ilk ve ikinci yüklenici arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alan “*ikinci yüklenici ile arsa sahibinin belediyece verilen cezalardan sorumlu olmayacağına*” dair madde borçtan kurtarma taahhüdü niteliğinde olup, ilk yükleniciyi bağlayacağını ve bu kapsamda ikinci yüklenici ceza ödemişse ilk yükleniciden talep edebileceğini kabul etmiştir⁸⁰⁵.

Bütün bunlarla birlikte, yüklenici alacağın devri suretiyle üçüncü kişiye bir bedel karşılığı bağımsız bölüm alacaklarını devretmiş olabilir. Bu durumda üçüncü kişi ile arasında olan alacağın devri sözleşmesinden doğan üçüncü kişinin bedel ödeme borcunun bir başka kişi tarafından üstlenilmesi mümkün olmakla birlikte, bu durumda da borcun üstlenilmesi hükümleri uygulanacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki burada kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir borcun üstlenilmesi değil, alacağın devri sözleşmesinden doğan bir borcun üstlenilmesi söz konusu olacaktır.

2.2.2.2.2. Yüklenicinin borcunun dış üstlenilmesinin şartları

Borcun dış üstlenilmesi iç üstlenmeden farklı olarak dış üstlenme sözleşmesi arsa sahibi ile borcu üstlenecek olan üçüncü kişi arasında yapılmalıdır. Yüklenici kural olarak bu sözleşmeye taraf değildir. Yüklenicinin sözleşmeyi onaylaması veya rızası gerekmez, hatta haberi olmadan bile bu sözleşme ile yüklenici borcundan kurtulabilecektir. Diğer taraftan da girmektedir Ancak yüklenici, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklarını arsa sahibinin onayı olmadan alacağın devri ile başkalarına devredebilirken, sözleşmeden doğan borçlarını devretmek için arsa sahibinin onayını alması şarttır⁸⁰⁶. Nitekim Yargıtay da bir kararında, “*Taraflar arasında imzalanan 24.09.1993 tarihli biçimine uygun sözleşme ile davalı davacıya ait taşınmaz üzerine arsa payı karşılığı*

⁸⁰⁵ Y. 15. HD. 07.11.2002 T., 2002/2773 E., 2002/4996 K.: “*davalı kooperatif temsilcilerinin de imzası bulunan, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin üçüncü sayfasındaki “...ayrıca söz konusu olan inşaatla bundan önce ve bundan sonra gelecek herhangi bir cezada biz arsa sahipleriyle Batu inşaatın sorumlu olmadığımızı sorumluluğun SS Dürüst Konut Yapı Kooperatifine ait olduğunu kabul ve beyan ederiz...” şeklinde yazılan hükme göre, inşaatla bu sözleşmenin imzalanmasından önce veya sonra gelecek cezalardan davalı kooperatifin sorumlu kılındığı açıktır. Davacı bu sözleşmede taraf olmasa da lehine taahhüt edilen bu hükümden yararlanacağından mahkemenin aksini benimseyen gerekçesinde isabet bulunmamaktadır.*”, (Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1380).

⁸⁰⁶ Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1381.

bina yapımını yükümlenmiştir. Davalı ile ihbar olunan kooperatif arasındaki 3.8.1994 tarihli sözleşmede davacı yer almadığı gibi davalı ile kooperatif arasında görülen davada taraf değildir. Bu haliyle davacının borcun nakline rızası olduğuna dair yazılı veya halin icabı ile anlaşılacak bir durumun varlığından söz edilemeyeceği açıktır(BK.nun 174. Madde). Hal böyle olunca herkes kendi akitine yöneleceğinden davalının az yukarıda sözü edilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenici sıfatı ile bu davada yer alması ve hususmet yöneltilmesi yerindedir.” şeklinde hüküm kurarak, borcun üstlenilmesinde arsa sahibinin de rızasının alınması gerektiğini belirtmiştir⁸⁰⁷.

Borcun üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması için gerek borcu üstlenen üçüncü kişi, gerekse yüklenici öneride bulunabilir⁸⁰⁸. Bu önerinin arsa sahibi tarafından kabul edilmedikçe arsa sahibine karşı etkisi olmaz⁸⁰⁹. Arsa sahibinin yapılan öneriyi kabul etmesi sözleşmenin kurulması için şart olup, öneriyi kabulü, açık veya örtülü olabilir. Arsa sahibi bir çekince ileri sürmeden borcu dış üstlenenin ifasını kabul eder veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı herhangi bir işleme rıza gösterirse borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır(TBK m.196/3)⁸¹⁰. Bu hükümle alacaklıların örtülü kabulüne örnek verilmiştir⁸¹¹. Böylelikle, arsa sahibinin bizzat borcun üstlenilmesi sözleşmesi yapılırken sözleşmeye katılması şart değildir. Yüklenici ile borcu üstlenen borçlu arasında yapılan sözleşmeye sonradan onay vermesiyle de dış üstlenme sözleşmesi kurulabilir. Borcun üstlenilmesine ilişkin öneri için TBK’da alacaklıya bir kabul süresi verilmemiş⁸¹², alacaklının her zaman kabul edebileceği TBK m. 197/1 hükmünde düzenlenmiştir. Ancak yine bu düzenlemeye göre, borcu üstlenen veya önceki borçlu

⁸⁰⁷ Y. 15. HD. 25.04.2005 T., 2004/6826 E., 2005/2513 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1381.

⁸⁰⁸ Öneri açık veya örtülü yapılabilir. İnan ve Yücel, s.534; Eren, *Borçlar*, s.1277.

⁸⁰⁹ Zevkliler, Ertas, Havutcu vd., s.398.

⁸¹⁰ Örneğin; üçüncü şahıs öneride bulunduktan sonra sanki borçlu kendisiymiş gibi, alacaklıdaki kendi alacağını eski borçlunun alacağı ile takas etmesi ve alacaklının buna razı olması borcun üstlenilmesini kabul anlamına gelmelidir. Yine aynı şekilde öneride bulunan üçüncü şahsın ifa süresin uzatılması için yaptığı talebe olumlu cevap vermesi yahut borçlunun seçimlik hakkını öneride bulunan üçüncü şahsın kullanmasına rıza göstermesi, üstlenene ifa yeri tayin etmesi gibi hallerde alacaklının borcun üstlenilmesini kabulü söz konusu olacaktır. Tekinay, s.276; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.606; Eren, *Borçlar*, s.1278.

⁸¹¹ Tekinay, s.275; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1146.

⁸¹² Burada TBK m. 3 vd. hükümlerinde düzenlenen, hazırlar arasında önerinin hemen, hazır olmayanlar arasında ise önerinin usulüne uygun olarak ve zamanında yollanan bir cevabın ulaşacağı ana kadar kabul edilmesi kurallarından ayrılarak, alacaklının istediği zaman öneriyi kabul edileceği düzenlenmiştir. Ancak, borcu üstlenenin önerisi ile bağlı kalacağı süre dürüstlük kurallarıyla sınırlı olmalıdır. İnan ve Yücel, s.535; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.607; Kılıçoğlu, s.844.

kabul için bir süre koyabilir⁸¹³ ve bu sürenin bitimine kadar alacaklı susarsa öneri reddedilmiş sayılır. TBK m. 197/2 hükmüne göre ise öneriyi alacaklı henüz kabul etmeden önce yeni bir iç üstlenme sözleşmesi yapılır ve bu ikinci üstlenmeye ilişkin alacaklıya öneride bulunulursa da, ilk öneride bulunan önerisi ile bağlı olmaktan kurtulur⁸¹⁴.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi için özel bir şekil şartı öngörülmediğinden, taraflarca şekle bağlı olmaksızın yapılabilir⁸¹⁵. Ancak ispat açısından yazılı şekilde yapılmasında fayda vardır⁸¹⁶. Borcun üstlenilmesi ile nakledilen borç taşınmazlara ilişkin aynî bir hakkın kurulmasına veya devrine ilişkinse, o takdirde borcun üstlenilmesi sözleşmesinin TMK m. 706/1 hükmü uyarınca resmî şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı kabul edilmelidir⁸¹⁷. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi şekle bağlı olmadığından, sözleşmeye konu borç kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğsa bile sözleşme herhangi bir şekilde yapılabilir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borç, bedel itibarıyla alt sınırı aşacağından, bu borcun üstlenilmesinin de yazılı delil ile ispatı aranır. Bu sebeple borcun üstlenilmesi sözleşmesi yazılı yapılmalıdır.

⁸¹³ TBK m. 3 hükmünde düzenlenen genel kurala göre, öneride bulunan öneri yapılırken kabul için bir süre tanıyabilir. Ancak bu hükümde farklı olarak, hem öneri yapıldıktan sonra bir süre tanınabileceği hem de öneride bulunan dışında borçlunun da öneride bulunabileceği düzenlenmiştir. Hatta borçlunun süre tayin edebilmesi için öneride bulunandan yetki almasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.607. Oğuzman ve Öz'e göre, borcu üstlenenin izni ile borçlu TBK m.196/2 hükmüne binaen iç üstlenme sözleşmesini alacaklıya bildirmesi öneri sayılırsa ancak bu takdirde borçlu sadece bu önerinin kabulü için bir süre koyabileceğini belirterek bu hükmü haklı olarak sınırlandırmaktadır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.607. Eski borçlu üstlenme sözleşmesinin tarafı olmadığı halde üstlenene kabul için süre verebilecektir. Ancak bu halde dahi kabul beyanının muhatabı eski borçlu değil, borcu üstlenen olacaktır. Eren, *Borçlar*, s.1277,1278.

⁸¹⁴ TBK genel esaslara göre bir kimseye aynı konuda birden çok öneride bulunulmuşsa, bu önerilerden dilediğini kabul edebilir. Kanun koyucu TBK m.197/2 düzenlemesi ile yine genel esaslardan ayrılmıştır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.607.

⁸¹⁵ Eren, *Borçlar*, s.1279. Burada alacağın devrinde de olduğu gibi, sözleşmenin devri söz konusu olmayıp sadece dar anlamda borcun borçlusu veya alacaklısı değiştiğinden TBK m. 13 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmemelidir. Hatemi ve Gökyayla, s.386.

⁸¹⁶ Kayar, s.245; Ruhi, s.272. Sözleşme değeri HMK m. 200 hükmünde belirtilen değeri aşıyorsa senetle ispatı gereklidir.

⁸¹⁷ Nomer, s.378; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.610; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1145. Borcun üstlenilmesi ivazsız bağışlama niteliğinde ise şekle bağlı değildir, zira bağışlama vaadi değil doğrudan bağışlama söz konusudur. Reisoğlu, s.413; İnan ve Yücel, s.534; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.609; Kayar, s.244; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1381.

2.2.2.2.3. Yüklenicinin borcunun dış üstlenilmesinin sonuçları

2.2.2.2.3.1. Borcun ve borca bağlı fer'i hakların intikali

Gerçek manada borcun üstlenilmesinin asıl hükmü, borcun üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması ile sözleşmenin kurulduğu anda kendiliğinden eski borçlunun borcundan kurtulması⁸¹⁸, alacaklının artık ondan ifa talep edememesi ve borcu üstlenen üçüncü kişinin eski borçlunun borcunu ifa ile yükümlü olmasıdır⁸¹⁹. Borcu üstlenen ancak eski borçlunun borcun üstlenilmesi sırasındaki mevcut borcu miktarında borçlu olacaktır⁸²⁰. Borç ilişkisindeki borcun niteliği değişmemekte borçlu sıfatı değişmektedir⁸²¹.

Bu sebeple borcun üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması ile sözleşmenin kurulduğu anda kendiliğinden yüklenici borcun üstlenilmesine konu borcundan kurtulur. Arsa sahibi, artık yükleniciden ifa talep edemez, borcu üstlenen üçüncü kişinin yüklenicinin borcunu ifa ile yükümlü olur. Böylece borç ilişkisi sona ermemekte sadece üstlenilen borç için borçlu taraf değişmektedir. Söz konusu borç ile birlikte borca bağlı fer'i haklar⁸²² da borcu üstlenene geçer(TBK m.198/1). Borcu üstlenen yeni borçlu bunlardan haberi olmasa bile yerine getirmekle yükümlüdür⁸²³. Alacaklı ise bunları borcu üstlenen yeni borçluya karşı ileri sürebilecektir⁸²⁴. İşlemiş ve işleyecek faiz borçları borcu üstlenen yeni borçluya geçecektir. Ancak TBK m. 198/1 hükmünde belirtildiği üzere, borcun üstlenilmesi halinde, borçlunun kişiliğine özgü olan fer'i haklar sona ermekte, borcu üstlenene geçmemektedir. Örneğin, borçlunun şahsından kaynaklanan

⁸¹⁸ Borçlunun sorumluluğu kural olarak sözleşme kurulduğu andan itibaren kalkar. Bu sebeple eski borçlu borcun üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması anına kadarki borçlardan sorumlu olacaktır. Taraflar aksini kararlaştırabilir. Kılıçoğlu, s.845,846.

⁸¹⁹ Hatemi ve Gökyayla, s.387; Tekinay, s.276; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.610; Eren, *Borçlar*, s.1279; Reisoğlu, s.413; Kayar, s.245; Ayan, *Borçlar*, s.56; İnan ve Yücel, s.535; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.399; Akyiğit, s.197.

⁸²⁰ Eren, *Borçlar*, s.1279.

⁸²¹ Hatemi ve Gökyayla, s.387; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.610; Kayar, s.245; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.466.

⁸²² Asıl hak ve borca bağlı olan faiz alacağı, kefalet ve sözleşme cezası isteyebilme, muacceliyet bildiriminde bulunabilme gibi yenilik doğuran haklar ile rehin hakları, hapis hakları, cezai şart bu kapsamdadır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.610; Tekinay, s.276; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1151; Nihat **Yavuz**, *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s.274; Eren, *Borçlar*, s.1279.

⁸²³ Reisoğlu, s.413. Borcun üstlenilmesinden sonra doğan fer'i hakların borcu üstlenen yeni borçlunun yükümlü olacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu madde hükmünden borcun üstlenilmesinden önce doğan fer'i hakların da yeni borçluya ait olacağı anlaşılmalıdır. Tekinay, s.276; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1152; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.274. Ancak aksi görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Tekinay, s.276,277.

⁸²⁴ Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1152.

zamanaşımını durdurucu sebepten borcu üstlenen faydalanamaz⁸²⁵. Alacaklı borçlunun eşi ise borçlu aleyhine yapılan herhangi bir icra takibine veya açılan iflasa takipsiz katılabilse de, borcu üstlenen üçüncü kişi bu haktan faydalanamaz⁸²⁶.

2.2.2.2.3.2. Borç için verilen rehin ve kefaletlerin geçmesi

Borcun güvencesi için rehin vermiş olan üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza⁸²⁷ göstermeleri halinde devam edecek, aksi halde borcun üstlenilmesi ile son bulur(TBK m. 198/2)⁸²⁸. Rehlin bir üçüncü kişi tarafından değil de bizzat borçlu tarafından verilmişse bu teminatın devamı için borçlunun rızasının aranmasına gerek yoktur. Zira kanunun ilgili hükmü üçüncü şahıslar için düzenlenmiştir⁸²⁹.

Kefil veya rehin veren en geç üstlenme anına kadar borcun devrine onay vermezse bu teminatlar kendiliğinden düşecek olup, teminatların düşme anı dış üstlenme sözleşmesinin hüküm doğurduğu an olur⁸³⁰. Bu kişilerin borcun üstlenmesine rıza göstermemeleri sadece kendileri açısından hüküm doğurmakta, borcun üstlenene geçmesine engel olmaz⁸³¹.

2.2.2.2.3.3. Def'i ve itirazların geçmesi

Yine kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcun üstlenilmesi halinde borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazlar borcu üstlenen yeni borçluya geçer(TBK m. 199/1)

⁸²⁵ Ayan, *Borçlar*, s.57; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.611; Kılıçoğlu, s.846; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1151; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.274.

⁸²⁶ Tekinay, s.277.

⁸²⁷ Yazılı şekil şartı geçerlilik şartıdır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.612; Günay, s.733; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1153. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda rıza verilmesinin şekline ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, TBK'da verilecek rızanın geçerlilik şartı olarak yazılı şekil aranmıştır. Öğretide, aynı sonuca kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı şekle bağlayan TBK m.583 ve yazılı şekle tabi sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirten TBK m.13 hükmüne dayanılarak varılmaktaydı. Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.197 Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.612. Ancak aksi görüşler de bulunmakta, 818 sayılı BK zamanında örtülü bir rıza dahi kabul edilmekteydi. Bkz. Tekinay, s.276,277; Uygur, *Borçlar*, C.1, 1153; Reisoğlu, s.414 .

⁸²⁸ Rehlin verenin veya kefilin rızasının aranması kişilerin ancak güven duydukları kimselere teminat vermelerinin doğal bir sonucudur. Hatemi ve Gökyayla, s.387; Eren, *Borçlar*, s.279; Nomer, s.380; Akyiğit, s.198; Kılıçoğlu, s.847.

⁸²⁹ Kılıçoğlu, s.848; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1153; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.610,611; Eren, *Borçlar*, s.1279; Nomer, s.379; Reisoğlu, s.413. Yine rehin ve hapis hakkı üçüncü kişiler tarafından verilmeyip kanundan doğmuş ise bu rızaya gerek yoktur. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1153.

⁸³⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.612; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.274.

⁸³¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.612.

⁸³². Bu kapsamda, inşaat yapma borcu üstlenen yeni yüklenici üstlendiği borcun sona erdiğini ileri sürebileceği gibi bu borca ilişkin ödemezlik def'ini de ileri sürebilir. Ancak, dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça, yeni yüklenici, arsa sahibine karşı önceki yüklenicinin ileri sürebileceği kişisel savunmalarda bulunmalıdır(TBK m. 199/2). Örneğin, eski borçlunun şahsına ait bir cebri icra engeli borcu üstlenen tarafından alacaklıya karşı ileri süremez⁸³³.

Aynı şekilde, eski borçlunun alacaklı ile yaptığı geniş borç ilişkisinin tarafı olmasına bağlı hakları da yeni borçluya geçmemelidir⁸³⁴. Bu kapsamda borcu üstlenen yüklenici eski yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olmasına bağlı hakları da ileri sürememelidir. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin irade bozukluğu sebebiyle iptal edilmesini ileri sürememelidir.

Borcu üstlenen yeni borçlu iç üstlenme sözleşmesinden, bir başka deyişle, önceki borçluyla arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez (TBK m. 199/3)⁸³⁵. Bu hüküm dış üstlenme sözleşmesinin iç üstlenme sözleşmesinden soyut olduğunu yansıtmaktadır⁸³⁶.

⁸³² M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.466. Belirtmek gerekir ki taşınmaz üzerindeki ipoteklerden doğmuş veya doğacak bütün yükümlülükleri ile birlikte satın alan kişi ipoteğe konu olan kredi borcu gibi tüm borçları da üstlenmiş sayılmalıdır. Y. 3. HD. 31.01.2005 T., 2005/240 E., 2005/435 K.(Günay, s.731).

⁸³³ Hatemi ve Gökyayla, s.388; Bkz. Tekinay, s.278; İnan ve Yücel, s.537; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.615. Burada önem taşıyan bir husus da önceki borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu bir alacağı ile borcunu takas edebilme hakkını borcun üstlenilmesinden sonra yeni borçlunun kullanamamasıdır. Ancak yeni borçlu kendisinin alacaklıya karşı bir alacak hakkı varsa ve şartlar mevcutsa kendi takas hakkını kullanabilecektir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.615; Eren, *Borçlar*, s.1280.

⁸³⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.615.

⁸³⁵ Bu hükümden anlaşılması gereken, eğer borcun dış yüklenilmesinden önce eski borçlu ile yeni borçlu arasında borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi yapılmışsa bu sözleşmeden doğacak savunmalar alacaklıya karşı ileri sürülemez. Tekinay, s.278; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.616. Bu kural borç ilişkisinin nisbiliği ilkesinin bir sonucudur. Kılıçoğlu, s.846. Örnek olarak, yeni borçlu ile eski borçlu arasında borcu iç üstlenme sözleşmesi bir bedel karşılığında yapılmış, bu sözleşme nedeniyle yeni borçlu alacaklı ile borcu dış üstlenme sözleşmesi yaparak borcu üstlenmişse, yeni borçlunun eski borçlunun kendisine olan borcunu yerine getirmediyi yani ödemezlik def'ini alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Reisoğlu, s.414; İnan ve Yücel, s.537. Yahut iç üstlenme sözleşmesinden dönüldüğünü, sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek alacaklıya karşı ifadan kaçınamayacaktır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.617. İstisna olarak hile ve korkutmada genel hükümler uygulanacak, yeni borçlu bunlara dayanarak dış üstlenme sözleşmesini iptal edebilecektir. Tekinay, s.278,279; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.617.

⁸³⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.616.

2.2.2.3.5. İptali ve sonuçları

Dış üstlenme sözleşmesi, baştan itibaren hükümsüz ise borç hiç intikal etmez ve eski borçlu, sanki borcun dış üstlenilmesi anlaşması hiç yapılmamış gibi borçlu kalmaya devam eder⁸³⁷. Ancak dış üstlenme sözleşmesi baştan itibaren geçersiz olmayıp herhangi bir sebeple sonradan hükümsüz hale gelirse⁸³⁸, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün bağlı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürür(TBK m. 200/1)⁸³⁹. Bu sonuç borcun fer'ileri bakımından da geçerli olur⁸⁴⁰. Eski borcun varlığını sürdürmesi borcun üstlenilmesi anındaki durumuyla gerçekleşir⁸⁴¹.

Yüklenicinin inşaat yapma borcunu üstlenen, üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinde ve arsa sahibinin zarara uğramasında kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe arsa sahibi, önceden sağlanmış güvenceyi yitirmesi yüzünden veya başka herhangi bir sebeple uğradığı zararın giderilmesini borcu üstlenen yeni borçludan isteyebilir(TBK m.200/2)⁸⁴². Yeni borçlu borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin iptalinin ve meydana gelen zararın kendisine isnat olunamayacağını ispat ederek alacaklının uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğünden kurtulabilir⁸⁴³.

⁸³⁷ Nomer, s.380; Tekinay, s.279; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.617.

⁸³⁸ Sözleşmenin hükümsüz olması; yanlışla, aldatma gibi iradeyi bozan haller sebebiyle sözleşmenin iptal edilmesiyle olabileceği gibi örneğin, yeni borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklının sözleşmeden dönmesi sebebiyle de olabilir. Tekinay, s.279; Kılıçoğlu, s.849; Kayıhan, s.357. Alacaklının keyfi bir şekilde sözleşmeyi iptal etmesinde TBK m. 200 hükmü uygulanmamalıdır. Kılıçoğlu, s.849.

⁸³⁹ Kanun bu hükümde esasen iptalin normal sonucunu tereddüde yer bırakmamak için açıkça tekrar etmiştir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.618.

⁸⁴⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.618; Kayıhan, s.357. Ancak rehin verenler ve kefil olanlar dış üstlenme sözleşmesinin sakat olduğunu biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa bunlar iptalden sonra sorumlu kalmaya devam etmelidir, sakatlığı bilmiyor olmakla birlikte sonradan iptal edilen bu işleme razı olmuşlarsa da iptalden sonra sorumlulukları devam edecektir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.618.

⁸⁴¹ Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1162.

⁸⁴² Borcu üstlenen kanun hükmünde geçen sorumluluktan kurtulma hallerinin ikisini birden değil de sadece birini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bunun sonucu olarak borcu üstlenen sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinde kusurunun olmadığını ispatlayarak kurtulabileceği gibi, alacaklının uğradığı zararda kusurunun olmadığını da ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Kılıçoğlu, s.849; Bu sebeple uğranılan zararları alacaklı borcu üstlenenden TBK m. 146 hükmü gereği 10 yıllık genel zamanaşımı içerisinde talep edebilecektir. Zamanaşımı başlangıcı ise zararın doğum tarihi kabul edilecektir. M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.467

⁸⁴³ Tekinay, s.279; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.619; Kanun koyucu, bu madde ile üstlenen aleyhine bir kusur karinesi koymuştur. Eren, *Borçlar*, s.1281

Buradaki zarar menfi yani üstlenmenin geçerliliğine güveni yüzünden alacaklının uğradığı zarardır⁸⁴⁴.

2.2.2.2.3. Yüklenicinin borcunun üstlenilmesinin alt yüklenicilik sözleşmesinden farkı

2.2.2.2.3.1. Genel olarak alt yüklenicilik sözleşmesi

Genel olarak alt sözleşme Türk Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında düzenlenmemiş, ancak bazı özel sözleşme tiplerine ilişkin özel hükümlerde bu kuruma yer verilmiştir. Nitekim alt kira sözleşmesi TBK m.322 hükmünde düzenlenmekte, alt yüklenicilik sözleşmesi ise TBK m.471/3 hükmünden çıkarılarak uygulamada sıkça kullanılmaktadır. Aynı zamanda TBK m.506/1 hükmüne göre de vekil kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde işi başkasına yaptırabilmektedir. Alt sözleşme, özellikle alt yüklenicilik sözleşmesi doktrin ve uygulamada da kabul edilmiş bir sözleşmedir⁸⁴⁵.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları, asıl sözleşmenin taraflarından biri ile üçüncü bir kişidir. Alt yüklenicilik sözleşme ile aynı türde iki sözleşme kurulmuş olsaydı da, taraflarından birisi her iki sözleşmenin de tarafı olmakta, ancak bu iki sözleşmenin diğer taraflarını farklı kişiler oluşturmaktadır⁸⁴⁶. Üstlendiği taraf sıfatlarının niteliği birbirinden farklı olduğu için, iki sözleşmenin birbirinden farklı olduğu ve bağımsız hak ve yükümlülükleri içerdiği sonucu doğmaktadır⁸⁴⁷. Alt yüklenicilik sözleşmesi asıl sözleşme ilişkisi yenisi yanında varlığını devam ettirmekte, bu sebeple alt sözleşme asıl sözleşme yanında yer alan ek bir sözleşme niteliğindedir⁸⁴⁸. Alt yüklenicilik sözleşmesi asıl sözleşmeyi ortadan kaldırmaz⁸⁴⁹.

Yüklenici inşaatı yapmakla yükümlü olmakla birlikte, TBK m. 473/1 hükmü gereği, inşaatı bizzat kendisi yapma veya kendi yönetimi altında yaptırmak ile de yükümlüdür.

⁸⁴⁴ Tekinay, s.279; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.618,619; Eren, *Borçlar*, s.1281; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1162; Örneğin, rehin ve kefaletten sağlanan teminatları kaybetmişse bu zararlar kapsama girecektir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.619

⁸⁴⁵ Y. 23. HD. 13.11.2014 T., 2014/7060 E., 2014/7243 K., Sinerji Mevzuat. Alt yüklenicilik sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, *Arsa*, s.45 vd.; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.76 vd.; Eren, *İnşaat*, s.64 vd.; Aral ve Ayrancı, s.325 vd.; Turut, s.71 vd.; Selimoğlu, s.104 vd.; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.12 vd. Alt sözleşme kural olarak sürekli borç ilişkisi veya sürekli benzeri borç ilişkilerinde söz konusu olabilmektedir. Bahadır, s.7.

⁸⁴⁶ Çayan, s.92; Bahadır, s.6.

⁸⁴⁷ Ayrancı, s.80; Çayan, s.92; Bahadır, s.6.

⁸⁴⁸ Ayrancı, s.80.

⁸⁴⁹ Bahadır, s.6.

Yüklenicinin inşaatı bizzat yapma borcu gereği, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan inşaatın tamamını yapma borcunu bir üçüncü kişiye devretmesi mümkün görülmemektedir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere, inşaat işleri büyük ve kapsamlı işler olduğundan, inşaatı yapma işinin bir kısmını alt yüklenicilere (taşeronlara) devredebilir veya inşaatın yapımında yardımcı kişiler kullanabilir. Bu durumlarda da yardımcı kişiler ile alt yüklenicilerin asıl yüklenicinin kendi yönetimi altında çalışması şarttır.

2.2.2.3.2. Borcun üstlenilmesinden farkı

Yüklenicinin alt yüklenicilik sözleşmesi yapması, borcun üstlenilmesi sözleşmesinden niteliği itibarıyla farklıdır. Zira borcun üstlenilmesi sözleşmesi sözleşmeden doğan bir borcun, üçüncü bir kişiye devrini konu edinmekte, alt yüklenicilik sözleşmesi ise asıl yüklenicinin borçlandığı işin bir kısmını veya tamamını kendi sorumluluğu altında yapılmasını konu edinir⁸⁵⁰. Borcun üstlenilmesi sözleşmesinde, alacaklının borcun üstlenilmesini onay vermesi, bir başka deyişle sözleşme kurulurken yahut sonradan sözleşmeye katılması şarttır. Ancak alt yüklenicilik sözleşmesi, alacaklının katılması hatta haberinin olması aranmayan, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan eser sözleşmesi niteliğinde bir sözleşmedir. Yine borcun üstlenilmesi sözleşmesi ile borçlu o borcun ifasından kurtulmakta, alacaklı borcun ifası için artık borcu üstlenen yeni borçluya başvurabilir. Alacaklı borcun üstlenilmesine onay verdiğinden artık eski borçluya başvuramaz. Ancak alt yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenici, asıl yükleniciye karşı borçlu olmakta ve bu borcunu yüklenicinin yönetimi altında yapmakta ve yaptıklarından yükleniciye karşı sorumlu olur. Arsa sahibinin alt yükleniciye karşı herhangi bir talepte bulunma imkanı yoktur.

2.1.3. Malvarlığı veya işletmelerin devri

Dar anlamda bir borcun değil de, bir malvarlığının ya da işletmenin bütün aktif ve pasifiyle devri şeklinde de bütün alacak ve borçların yeni borçluya geçmesi mümkün olmakla birlikte, TBK m. 202 bu şekildeki devre ilişkin özel esaslar düzenlemiştir⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Alt yüklenicilik sözleşmesi hakkında bkz. Erman, *Arsa*, s.45; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.77; Eren, *İnşaat*, s.65; Turut, s.72; Selimoğlu, s.104.

⁸⁵¹ Eğer bu düzenleme olmasaydı, mesela bir işletmenin devri halinde bu işletmenin borçlu olduğu yüzlerce kişi ile dış üstlenme sözleşmeleri yapılması gerekecek, bu ise işletmelerin devrini çok

Bir malvarlığı veya işletmenin devri borcun üstlenilmesi kurumu ile yakından ilgilidir. Zira bir malvarlığının veya işletmenin devrinde birden fazla borç mevcuttur ve bu borçların tek tek üstlenilmesi yerine bu hükümle toplu olarak devri mümkün kılınmaktadır⁸⁵². Malvarlığı veya işletme tümüyle devredilmeyip, birkaç borcun devri söz konusu ise TBK m.202 hükmü değil, borcun üstlenilmesi sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Yine aynı şekilde malvarlığı veya işletmenin devri ile işletme kapsamındaki tüm borçlar ve yükümlülükler devredilmiş olur⁸⁵³. Bu sebeple devir sözleşmesi borçlandırııcı bir işlemdir⁸⁵⁴. Malvarlığının veya işletmenin devri borç ilişkisinin tamamının yüklenilmesi değildir ve devralan burada sonradan doğacak borçlardan değil, sadece devir anına kadar olan borçlardan sorumludur⁸⁵⁵.

Malvarlığının veya işletmenin devri, bunların sahibi ile devralacak kişi arasında yapılan sözleşme ile gerçekleşir⁸⁵⁶. Bu sözleşme kural olarak bir şekle bağlı değildir⁸⁵⁷. Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan TBK m. 202/1 hükmüne göre bunu alacaklılara bildirdiği⁸⁵⁸ veya ilan yoluyla⁸⁵⁹ duyurduğu tarihten başlayarak alacaklılara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur⁸⁶⁰. Aksi halde borçlar devralana intikal etmez. Burada borcun üstlenilmesinden

güçleştirecekti. Kayar, s.246,247; Aynı zamanda TTK 11/son fıkra hükmünde ticari işletme devrine ilişkin ayrı bir düzenleme vardır. İki ayrı kuralın yeni TBK ve yeni TTK'da yer alması bazı yorum sorunlarına yol açmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi ve Gökyayla, s.389; Arkan'a göre, TBK m. 202,203 hükmünde işletmeler düzeyinde kalan malvarlığı birleşmeleri düzenlenmiştir. TTK'da ise ticaret şirketlerine ait işletmelerin devri ya da birleşmesinin yanısıra her iki şirketin ortaklarının da tek bir ortaklık çatısı altında toplanmaları söz konusu olacaktır. Bu sebeple TBK ve TTK hükümlerinin uyguama alanları bitbirinden farklı olup, bir anonim şirketin başka bir anonim şirketin sadece işletmesini devralması TBK m.202 hükmüne, bir anonim şirketin bu şirkete ait işletmenin başka bir anonim şirketçe devralınması yoluyla sona erdirilmesi ve sona eren şirket pay sahiplerine diğer anonim şirketin paylarının verilmesi hali ise TTK m. 136 vd. hükümlerine tabi olacaktır. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s.41,42; TTK hükmüne göre devrin koşulları ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, s.42 vd.

⁸⁵² Kılıçoğlu, s.852

⁸⁵³ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1405.

⁸⁵⁴ Eren, *Borçlar*, s.1281; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.401.

⁸⁵⁵ Hasan Ayranlı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi(Devri)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.37.

⁸⁵⁶ Kayar, s.247.

⁸⁵⁷ Eren, *Borçlar*, s.1281; Ancak bildirim veya ilanla tasarruf işlemi gerçekleşir. Akyiğit, s.199.

⁸⁵⁸ Bu bildirim herhangi bir şekle bağlı değildir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.625; Reisoğlu, s.416.

⁸⁵⁹ TBK m.202/1 hükmü, ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanarak ilanının yapılacağını düzenlemiştir. Bildirim veya ilandan hangisini seçeceği devralanın tercihinine bırakılmıştır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.625.

⁸⁶⁰ Aktif malvarlığının devralana geçmesi ise bu mal ve hakların devrine ilişkin genel kurallara göre olur. Örneğin, taşınmaz mallar resmî bir sözleşme ve tescille devralana geçecektir. Reisoğlu, s.415;

farklı olarak, alacaklının borçlunun değişmesinde bir söz hakkı yoktur sadece haber verilmesi yeterlidir⁸⁶¹.

Aktif ve pasiflerin devralana geçmesi için iki şart aranmaktadır: Öncelikle taraflar arasında bir devir anlaşması yapılmalı; sonra bu sözleşme alacaklılara bildirilmeli veya ilan yoluyla duyurulmalıdır. Bu şekilde yapılan devir sözleşmesinde borçların tek tek gösterilmesine gerek olmayıp, sadece devredenle devralanın malvarlığının ya da işletmenin devri konusunda anlaşmaları yeterli olup, böylece haberdar olmadıkları borçların dahi devralana geçmesi sağlanmaktadır⁸⁶². Sayılan iki şarttan biri geçersiz veya usulüne aykırı ise borcun devri işlemi gerçekleşmez⁸⁶³.

Yukarıda sayılan şartlar gerçekleştiğinde borçların devri alacaklının iradesi dışında gerçekleşmiş olur⁸⁶⁴. Ancak bu durum alacaklının menfaatini ihlal edebilir ve Kanun bu sakıncayı ortadan kaldırmak adına TBK m. 202/2 hükmünde iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu olacağını düzenlemiştir⁸⁶⁵. Bu süre ise muaccel borçlar için bildirme tarihi veya duyuru tarihinden daha sonra muaccel borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe bu iki yıllık süre işlemeye başlamayacaktır. Borcun üstlenilmesinden farklı olarak, yeni borçlu malvarlığı ya da işletmeyi devreden eski borçluyla arasındaki ilişkinin geçersizliğini alacaklılara karşı ileri sürebilir⁸⁶⁶.

Malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifiyle devri için yapılan devir sözleşmesi bir şekle tabi tutulmamakla⁸⁶⁷ birlikte öğretide; malvarlığının içinde tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar gibi şekli zorunlu kılan bir mal varsa resmî şekilde, sadece alelade alacaklar ve kıymetli evraktan oluşuyorsa yazılı şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶⁸.

Tekinay, s.281; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.622; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.278. Alacakların devri alacağın devri sözleşmesi ile taşınırın devri teslim ile gerçekleşecektir. Kılıçoğlu, s.853.

⁸⁶¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.623; Kayar, s.248.

⁸⁶² Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.624.

⁸⁶³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.624.

⁸⁶⁴ Ahmet Hakan **Dağdelen**, *818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.72; Tekinay, s.280; Ayan, *Borçlar*, s.58.

⁸⁶⁵ Tekinay, s.282; Kılıçoğlu, s.854; Kayar, s.248; Dağdelen, s.73. Burada kanunen gerçekleşen bir borca katılma söz konusudur. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.623.

⁸⁶⁶ Hatemi ve Gökyayla, s.389; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.624.

⁸⁶⁷ İnan ve Yücel, s.539.

⁸⁶⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.622; Ayan, *Borçlar*, s.58,59. TTK m. 11 hükmünde ticari işletmenin devrini amaçlayan sözleşmenin yazılı şekilde yapılması aranmaktadır ve sözleşmenin

Nitekim TBK m. 202 hükmü malvarlığın veya işletmenin devrini düzenleyici hükümler koymamakta, sadece devreden ve devralanın sorumluluklarını düzenlemekte olduğundan, devir sözleşmesiyle taraflar aralarındaki ilişkiyi özgürce düzenleyebilirler⁸⁶⁹. Diğer konularda Kanun'un m.202/3 hükmüne göre genel anlamda dış üstlenme sözleşmesini düzenleyen hükümler burada da uygulanacaktır.

2.1.4. İşletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi

İşletmelerin birleşmesi, ya bir işletmenin diğerine katılması ya da birden fazla işletmenin bir araya gelerek yeni bir işletme meydana getirmesi şeklinde olabilmektedir⁸⁷⁰. Her iki şekilde de aynı hükümler uygulanır.

İşletmelerin birleşmesinde de aktif ve pasiflerin yeni işletmeye geçmesi söz konusu olur. Nitekim Türk Borçlar Kanunu işletmelerin birleşmesini borçlardan sorumluluk açısından ele almaktadır. TBK m. 203 hükmüne göre; oluşan işletmelerin birleşmenin veya şekil değiştirmenin sonucu, bütün alacaklıların muhatabı, ortaya çıkan yeni işletme olacaktır ve bu açıdan birleşmenin alacaklılara duyurulması önem taşımamaktadır⁸⁷¹. Devralan işletme katılan işletmelerin borçlarından sorumlu olur⁸⁷². TBK m. 203/1 hükmünde yapılan atıf gereği, birleşen işletmelerin eski sahipleri de birleşmeden önceki borçlar için iki yıl süre ile müteselsilen sorumlu olacaklardır ve bu iki yıllık süre muaccel borçlarda bildirme veya ilan tarihinden, vadesi gelmemiş müeccel borçlarda ise muacceliyet tarihinden itibaren hesaplanacaktır⁸⁷³. TBK m. 203/2 hükmü 818 sayılı BK'da bulunmayan bir düzenleme öngörerek, tek kişiye ait olup da kolektif veya komandit ortaklığa dönüştürülen işletmenin borçları hakkında da işletmenin veya malvarlığının devredilmesi hakkındaki hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir⁸⁷⁴.

ticari sicile tescil ve ilanı ile işletmenin taşınmazlar üzerindeki aynî haklar dahil tüm hakların devredileceği kabul edilmiştir. Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.622; Ayan, *Borçlar*, s.59; Arkan, s. 40 vd.

⁸⁶⁹ İnan ve Yücel, s.539.

⁸⁷⁰ Kayar, s.248. Ticaret şirketlerinde birleşme, bölünme ve tür değiştirme, TTK m. 136-194 hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre Türk Ticaret Kanunu hükümleri öncelikle uygulanmalıdır. Kayar, s.249. TTK'daki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan **Pulaşlı**, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s.70 vd.

⁸⁷¹ Ayan, *Borçlar*, s.61,62.

⁸⁷² Kayar, s.248.

⁸⁷³ Dağdelen, s.73.

⁸⁷⁴ İnan ve Yücel, s.540; Günay, s.741. Bu düzenlemenin temelinde yeni TTK'nın tek kişilik ortaklığın kurulmasına izin vermesi yatmaktadır. İnan ve Yücel, s.540.

3. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORCA KATILMA

3.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma

Borca katılma, 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmemekle birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca yapılmasına engel bulunmadığı kabul edilen⁸⁷⁵, 6098 sayılı TBK ile de açıkça hükme bağlanan bir müessesedir⁸⁷⁶. Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir (TBK m. 201/1).

Borca katılma sözleşmesi de, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi gibi, alacaklı ile borca katılan yeni borçlu arasında yapılmakta, ilk borçlunun sözleşmeye katılması gerekmediği gibi rızası ve hatta haberinin olması dahi aranmamaktadır⁸⁷⁷. Borca katılan, kefil veya üçüncü kişinin fiilini üstlenen gibi, bağlı bir borç altına girmemekte, ilk borçlu gibi asli bir yükümlülük olarak bu borcu yüklenmektedir⁸⁷⁸. Borca katılma, borcu üstlenenin borçlu ile yaptığı bir sözleşmede, alacaklı yararına kararlaştırılması halinde, bu sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme olacağı kabul edilmektedir⁸⁷⁹. Bununla birlikte borca katılma sözleşmesi, asıl sözleşmeye borca katılan tarafın da katılmasıyla yapılabileceği gibi, sonradan ayrı bir sözleşme ile de yapılabilir⁸⁸⁰.

⁸⁷⁵ 818 sayılı BK döneminde hem öğretide hem de uygulamada kabul edilmekteydi. Ayan, *Borçlar*, s.57; Akyiğit, s.198; Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.198; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.291; Eren, *Borçlar*, s.1283.

⁸⁷⁶ Hatemi ve Gökyayla, s.390; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.619; İnan ve Yücel, s.538; Akyiğit, s.198; Kayıhan, s.357; Günay, s.735; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1164. TBK borca katılma sözleşmesini, diğer taraf değişiklikleri gibi, ayrı üst bir ayırmada düzenlemek yerine “*Borcun üstlenilmesi*” ayrımı altında alt başlıkta düzenlemiştir.

⁸⁷⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.621; Dağdelen, s.72; Kayıhan, s.359; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1164; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.276. Kılıçoğlu, söz konusu düzenlemeyi bu açıdan anlaşılmaz bulmaktadır. Zira yazara göre, borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi gereğince bir tarafın tek taraflı iradesiyle borç ilişkisinin tarafını değiştirmesi mümkün olmamalıdır. Aksi borca aykırı davranış oluşturacaktır. Bu sebeple; Kanunun düzenlemesi isabetli olmayıp borca katılma sözleşmesinin borçlunun katılımı veya onayı olmaksızın yapılması mümkün olmamalıdır. Kılıçoğlu, s.850.

⁸⁷⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.620.

⁸⁷⁹ Eren, *Borçlar*, s.1283; Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.198; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.276. TBK m.201/1 hükmü üçüncü kişi yararına sözleşme yoluyla borca katılma ihtimalini kapsam dışında bıraksa da, amaca göre yorum yapılarak üçüncü kişi yararına sözleşme yoluyla borca katılmanın mümkün olacağı bazı yazarlarca savunulmaktadır. Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.198.

⁸⁸⁰ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1388.

Borca katılanın borcunun sebebi, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki sebep değil, borca katılma sözleşmesi olacaktır⁸⁸¹. Kural olarak hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın her türlü borca katılma mümkündür⁸⁸². Borca katılma da sözleşme ile kurulduğundan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin genel hükümlere tabi olur. Borca katılan üçüncü kişiyle yapılacak bu sözleşme, borçlu ile birlikte sorumlu olmaya yönelik olmalıdır⁸⁸³. Borca katılmanın şekli hakkında kanunda bir düzenleme bulunmadığı için, ilk borçlunun borcunu doğuran hukukî sebep geçerlilik şekline bağlı olsa da borca katılanın alacaklıyla yaptığı borca katılma sözleşmesinin, kural olarak şekle tabi olmaksızın geçerli olacağı kabul edilmektedir⁸⁸⁴. Ancak uygulamada genellikle borca katılma sözleşmesi, alacaklıya mevcut borç hakkında teminat vermek için yapılmaktadır ve bu sebeple gerçek kişilerin yaptığı teminat amaçlı borca katılmada kefaletin şekil şartına uyulmalı(TBK m.583)⁸⁸⁵ ve eşin rızası alınmalı(TBK m.584)⁸⁸⁶ kefilin ehliyetine ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁸⁸⁷.

⁸⁸¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.620.

⁸⁸² Ancak borcun hukuken geçerli olarak varlık kazanmış yani mevcut olması gereklidir. Aksi halde borca katılma da hukuki sonuç doğurmayacaktır. Bu sebeple borca katılma sözleşmesi kuruluşunda ilk borca bağlı nitelik gösterir. Bu niteliği itibarıyla borca katılma, hukuki ilişkinin başında oluşan müteselsil borçluluk kavramından ayrılır. Kayıhan, s.359. Mevcut bir borcun yanında belirli olması şartıyla gelecekte ortaya çıkacak bir borç için de borca katılma mümkün sayılmalıdır. Hatemi ve Gökyayla, s.390.

⁸⁸³ Kılıçoğlu, s.852. Bu şart kefalet sözleşmesi ile borca katılma sözleşmesini birbirinden ayırmaktadır. Zira kefalet sözleşmesi de alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşmedir. Ancak kefalet sözleşmesinde kefil asıl borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olmak üzere değil, asıl borçlunun borcunu ifa etmesine güvence vermek üzere anlaşılmaktadır. Kılıçoğlu, s.852. Aynı zamanda kefalet borcu asıl borca bağlı bir fer'i borç iken borca katılmada asli bir borç söz konusudur. Kefalet hükümleri kefilin korumakta iken, borca katılmada alacaklının korunması ön plandadır. Borca katılanın bir menfaatinin olmadığı durumlarda kefalet sözleşmesi lehine yorum yapılmalıdır. Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1388; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.702; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1165. Kefalet sözleşmesinde de borca katılma sözleşmesindeki gibi, borçlunun iradesinin bir önemi yoktur, hatta haberinin olmasına dahi gerek yoktur. Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.53, S.2, Y.2004, (s.95-120), s.96. Borca katılma ve kefalet sözleşmesinin ayırımı hakkında bilgi için bkz. Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.702 vd.; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1164,1165.

⁸⁸⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.620; Eren, *Borçlar*, s.1283.

⁸⁸⁵ TBK m. 583/1 hükmüne göre, kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Aynı zamanda kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtilmesi şarttır. 818 sayılı BK'ya göre kefalet sözleşmesinin şekil şartı el yazısıyla aranan hususlar açısından ağırlaştırılmıştır ve kötüniyetli düzenlemelerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ece Baş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXX, S.2, Y.2012, (s.115-144), s.128; 818 sayılı BK döneminde aranan yazılı şekil şartı için bkz. Ayrancı, *Kefalet Sözleşmesi*, s.98 vd. Yazılı şekil şartının kapsamı için bkz. Baş, s.130 vd.

⁸⁸⁶ TBK m. 584 hükmüne göre eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya kanunî olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecektir ve

Burada belirtmek gerekir ki, her ne kadar borca katılma kurumu TBK'da taraf değişiklikleri üst başlığı altında düzenlenmiş olsa da, borca katılan borç ilişkisinin pasif süje sıfatını kazanmakla birlikte, borç ilişkisinin tarafı olan borçlu değişmez. Mevcut borçlunun yanına yeni borçlu eklenir⁸⁸⁸. Bu sebeple, borca katılmada mutlak bir taraf değişikliği söz konusu olmaz.

3.2. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borca katılma

3.2.1. Arsa sahibinin borcuna katılma

Arsa sahibinin yükleniciye düşecek arsa paylarını veya bunlara isabet eden bağımsız bölümleri devir borcu, mülkiyet hakkına bağlı bir borç olduğundan üçüncü kişi söz konusu arsa payları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadıkça borca katılma suretiyle borçlu sıfatını kazanamaz. Mülkiyet hakkı kazanması halinde ise borcun üstlenilmesi hükümleri uygulanmalı, mülkiyet hakkının sağladığı haklardan da faydalanacağı kabul edildiğinde, alacak ve borçların birlikte devrini içeren sözleşmenin devri hükümleri uygulanmalıdır. Zira borca katılma, eski borçlunun yanında yeni borçlunun da borçtan müteselsil olarak sorumlu olmasını sağlayan hukukî işlemdir.

Arsa sahibinin sözleşmede malzeme sağlama borcu gibi yan borçlara sahip olduğu kararlaştırılmışsa, bu borca katılma yüklenici ile borca katılan arasında yapılan anlaşma ile mümkün olabilir ve katılma sonucu borca katılan üçüncü kişi arsa sahibi ile birlikte müteselsil sorumlu olmalıdır.

3.2.2. Yüklenicinin borcuna katılma

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borca katılma yüklenicinin inşaatı yapma borcu açısından TBK m. 201 hükümleri uygulanarak mümkündür. Yüklenicinin inşaatı yapma borcuna katılma, arsa sahibi ile borca katılan üçüncü kişi arasında yapılan bir

bu rıza sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmalıdır. Eşin yazılı rızasının alınması şartının kapsamı için bkz. Baş, s.115 vd. Bu şekil şartı 818 sayılı BK'da düzenlenmemekteydi. TBK'da yer alan bu düzenleme ailenin ekonomik geleceğinin korunması açısından isabetli görülmektedir. Baş, s.115,116.

⁸⁸⁷ Hatemi ve Gökyayla, s.391; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.620; Eren, *Borçlar*, s.1283,1284; İnan ve Yücel, s.538; Kayıhan, s.360; Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.199; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.277; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.469. Ancak kefalete ilişkin TBK m.603 hükmü gerçek kişilere ilişkin olup borca katılan tüzel kişi ise kefalete ilişkin şekil şartları aranmadan borca katılma yoluyla güvence vermesi mümkün olacaktır. Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*, s.199.

⁸⁸⁸ Ayan, *Borçlar*, s.54.

sözleşme ile kurulur. Bir örnek vermek gerekirse; yüklenicinin borcu olan binanın cephe kaplama işinin belli bir firma tarafından yapılacağı kararlaştırılmış ise arsa sahibine karşı yüklenici ile birlikte bu firma da sorumlu hale gelecektir⁸⁸⁹. Buradaki sorumluluk müteselsilen sorumluluktur.

Yüklenicinin bina kaplama işini alt yükleniciye devretmesi borca katılmadan farklıdır. Zira alt yüklenicilik sözleşmesi yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılmakta, arsa sahibinin sözleşmeye katılması aranmamaktadır. Bu sebeple alt yüklenici yükleniciye karşı sorumludur. Ancak borca katılmada yüklenicinin haberi dahi aranmamakta, borca katılma sözleşmesi arsa sahibi ile borca katılan arasında yapılmaktadır. Ayrıca borca katılan arsa sahibine karşı yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır.

Üçüncü kişi borca katılmayı, kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken bu sözleşmeyi imzalayarak ya da daha sonradan bu sözleşmeye istinaden üzerine alarak gerçekleştirebilir⁸⁹⁰. Borca katılanın sonradan üzerine aldığı sözleşmenin şekle bağlı değildir, ancak borca katılan kişinin üzerine de arsa payı geçirimi kararlaştırılmış ise resmî şekil şartı aranmalıdır⁸⁹¹.

3.2.3. Hüküm ve sonuçları

Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı TBK m. 201/2 hükmüne göre müteselsilen sorumlu olmaktadır⁸⁹². Bu durumda borçlu mevcut borcundan kurtulmayıp, mevcut bir borca, borçlunun dışında bir kişi daha katılarak borcun ifa edilmesinden sorumlu olmaktadır⁸⁹³. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin borcuna katılan arsa sahibi ile birlikte, yüklenicinin borcuna katılan yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumlu olur.

⁸⁸⁹ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1388. Bu şekilde yapılan borca katılmada dış cephenin ayıplı veya eksik yapılması sebebiyle arsa sahibi yüklenici ile birlikte borca katılan üçüncü kişiye başvurabilecektir.

⁸⁹⁰ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1388.

⁸⁹¹ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1388.

⁸⁹² Y. 11. HD. 04.04.2016 T., 2015/8554 E., 2016/3595 K., Sinerji Mevzuat. Alacaklıyı koruyan müteselsil sorumluluk emredici olmayıp, alacaklı ile yapılan borca katılma sözleşmesinde aksi kararlaştırılabilir. İnan ve Yücel, s.538. Müteselsil sorumluluk hakkında genel kurallar uygulanmalıdır. Bu kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.460 vd.; Eren, *Borçlar*, s.1223 vd.; Kayar, s.211 vd.; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.378 vd.; Dağdelen, s.5 vd.

⁸⁹³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.620; Hatemi ve Gökyayla, s.390; Eren, *Borçlar*, s.1284; Kayar, s.245; Dağdelen, s.72; Zevkliler, Ertaş, Havutcu vd., s.400; Akyiğit, s.198.

Borca katılma sözleşmesi uygulamada genellikle teminat sağlamak amacıyla gerçekleşmekte, böylece alacaklı ilk borçlu ile birlikte ifa talebinde bulunabileceği kişileri artırmaktadır⁸⁹⁴. Alacaklı(arsa sahibi veya yüklenici), müteselsil sorumluluk hükümlerince dilediği borçluya başvurabilir. Borçlu ve katılanın sorumluluğu borç tamamen ödeninceye kadar devam eder ve katılan ilk borcun geçerli nitelikte olmadığına dair def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilir⁸⁹⁵. Ancak borca katılan, borca katılmanın gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan ilk borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunmalardan faydalanamaz. Kendisi ile alacaklı arasındaki şahsi def'i ve itirazları ancak alacaklıya karşı ileri sürebilir⁸⁹⁶.

Borcun üstlenilmesinden farklı olarak borca katılma ilk borçluyu borcundan kurtarmaz⁸⁹⁷, fakat eski haline kıyasla daha elverişli bir duruma gelmesini sağlar. Borca katılma alacaklı açısından da avantajlı olup, bu sayede alacaklı borçlu yanında borca katılandan da ifa talep edebilir⁸⁹⁸.

Borca katılan asıl borçlu gibi asli bir yükümlülük olarak borcu üstlendiğinden zamanaşımı süresi eski borcun zamanaşımı süresi ile aynı olmalı, borca katılma ile zamanaşımı süresi kesilmesi söz konusu olmamalıdır⁸⁹⁹.

4. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE SÖZLEŞMEYE KATILMA

4.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeye Katılma

Sözleşmeye katılma, 6098 sayılı TBK m. 206 hükmünde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, 818 sayılı BK'da düzenlenmemekteydi. Ancak, 818 sayılı BK zamanında sözleşmeye katılma, sözleşme özgürlüğü kapsamında yapılabilmekteydi⁹⁰⁰.

Sözleşmeye katılma halinde sözleşmenin tarafları değişmez, ancak sözleşmeye katılan katıldığı mevcut tarafın yanına eklenerek taraf olur. Burada sözleşme ilişkisi başka bir

⁸⁹⁴ Kayıhan, s.358; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1389.

⁸⁹⁵ Kayıhan, s.360.

⁸⁹⁶ Kayıhan, s.360.

⁸⁹⁷ Borçlu borcundan kurtulmadığı için tasarruf işlemi değil, ancak bir taahhüt işlemi niteliğindedir. İnanc ve Yücel, s.538.

⁸⁹⁸ Hatemi ve Gökyayla, s.390.

⁸⁹⁹ M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.468.

⁹⁰⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.633; Ayan, *Borçlar*, s.52; Günay, s.744.

kişi ile genişlemiş olur⁹⁰¹. Zira TBK m. 206 hükmüne göre, “Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın yanında yer aldığı tarafla birlikte onun hak ve borçlarına sahip olmasını sonucunu doğuran bir anlaşmadır”. Katılma, sözleşmenin alacaklısı yanında olabileceği gibi borçlusu yanında da olabilir⁹⁰².

Sözleşmeye katılma, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan kendine özgü üç taraflı bir sözleşme ile gerçekleşmektedir⁹⁰³. Bu açıdan sözleşmeye katılma sözleşmenin diğer tarafı için avantajlı bir durum ortaya çıkarmaktadır⁹⁰⁴.

Sözleşmeye katılma sadece sözleşmeden doğan alacak ve borçlar için söz konusu olabilmekte, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak ve borçlar için söz konusu olamamaktadır⁹⁰⁵. Geçerli olan bir sözleşmeye katılma da bir sözleşme ile gerçekleşecek olup, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına ilişkin genel hükümler sözleşmeye katılma sözleşmesinde de uygulanır. Ayrıca sözleşmeye katılma sözleşmesi tarafların malvarlığının aktifinde bir eksilmeye yol açmadığı için tasarruf işlemi niteliğinde değildir⁹⁰⁶. Sözleşmeye katılan taraf açısından borçlandırıcı işlem niteliğindedir.

Burada belirtmek gerekir ki, her ne kadar sözleşmeye katılma kurumu TBK’da taraf değişiklikleri üst başlığı altında düzenlenmiş olsa da, sözleşmeye katılan sözleşmenin taraf sıfatını kazanmakla birlikte, sözleşmenin mevcut tarafları değişmemekte, mevcut tarafın yanına yeni alacaklı ya da borçlu taraf eklenmektedir. Netice olarak, sözleşmeye katılmada mutlak bir taraf değişikliği söz konusu değildir.

⁹⁰¹ Yavuz, N., *Yenilikler*, s.290.

⁹⁰² Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1186.

⁹⁰³ Nomer, s.371; İnan ve Yücel, s.542; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.634; Kılıçoğlu, s.861; Akyiğit, s.202; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.472. Bahadır’a göre, “sözleşmeye katılma sözleşmesinin içinde iki sözleşmeyi barındırması kanun koyucu tarafından istenmiştir. Kanunun ifadesi her ne kadar açık değilse de, amaca uygun yorum yöntemi ile sözleşmede sabit kalan tarafın sözleşmeye katılmaya ilişkin iradesine önem vermek ve sözleşmeye katılan ile sözleşmede sabit kalan taraf arasında da karşılıklı irade açıklamalarının varlığını aramak, maddenin amacına uygun bir yorum olacaktır.”, Zeynep **Bahadır**, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, Y. 2013, S.3, (s.1-28), s.23

⁹⁰⁴ Hatemi ve Gökyayla, s.392.

⁹⁰⁵ Kılıçoğlu, s.861; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.292. Halbuki borca katılma veya borcun üstlenilmesi her türlü sebepten doğan borçlar için mümkündür.

⁹⁰⁶ Bahadır, s.25.

4.2. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Katılma

4.2.1. Arsa sahibi tarafına katılma

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine katılma mümkün olmakla birlikte, bu durumda TBK m.206 hükmü uygulanmalıdır. Arsa sahibi veya yüklenici tarafına, o taraflar birlikte tüm hak ve borçlardan müteselsil sorumlu olacak şekilde üçüncü kişinin katılması halinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesine katılma söz konusu olur.

Taraflar yapacakları resmî sözleşme ile arsa sahibi tarafına katılabilir. Arsa sahibinin hak ve borçları arsa üzerindeki mülkiyet hakkına dayalı olduğundan, üçüncü kişi arsa mülkiyeti üzerinde arsa sahibi ile birlikte malik olarak sözleşmeye de katılabilir. Bu mülkiyet hakkı paylı veya elbirliği mülkiyetine dayanabilir. Sözleşmeye katılma sözleşmesi için katılan ile arsa sahibi ve yüklenicinin sözleşmeye taraf olması şart olduğundan, arsanın mülkiyetine sahip olma doğrudan kat karşılığı inşaat sözleşmesine katılma anlamında olmamalı, arsa sahibi ile katılanın arasındaki sözleşmeye yüklenicinin de katılması aranmalıdır. Aynı zamanda bu sözleşme yeni malikin belirli kısımlara ilişkin alacaklı ve borçlu olduğunu değil, önceki malik ile birlikte müteselsil alacaklı ve borçlu olduğunu içermelidir.

4.2.2. Yüklenici tarafına katılma

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların anlaşması ile genellikle yeni bir yüklenicinin katılması görülür. Bu durumda sözleşmeye katılma, *“yüklenicinin yanında yer almak üzere yeni yüklenici ile bu sözleşmenin tarafları olan arsa sahibi ve yüklenici arasında yapılan ve katılanın yeni yüklenicinin yanında yer aldığı yüklenici ile birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran anlaşma”* şeklinde tanımlanabilir⁹⁰⁷. Örnek vermek gerekirse, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici inşaatı bitirmede zorlanması üzerine arsa sahibinin de onayını alarak, başka bir yüklenici ile adi ortaklık kurup, ortaklığın inşaatı bitirmeyi üzerine almasında sözleşmeye katılma vardır⁹⁰⁸. Yüklenicinin sözleşme ilişkisi devam etmekte, sona ermemektedir. Arsa sahibi tarafına katılma da mümkün olmakla birlikte bu durumda,

⁹⁰⁷ Oy ve Haşal, s.33, 118.

⁹⁰⁸ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1389.

katılan üçüncü kişi arsa sahibi ile birlikte yükleniciye karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olmaktadır.

4.2.3. Şartları

Sözleşmeye katılmanın geçerliliği için öncelikle geçerli bir sözleşmenin varlığı gerekir⁹⁰⁹. Katılınılan sözleşme iptal edilmiş veya hiç doğmamışsa katılma sözleşmesi de geçersiz olur⁹¹⁰. Bu sebeple kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş ve devam ediyor olması gereklidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmeye katılma yasağı getirilmesi mümkündür. Böyle bir yasağın getirilmesine rağmen buna aykırı davranılması halinde, sözleşmeden dönme hakkı doğar⁹¹¹.

Katılma sözleşmesi, her iki tarafa katılma için de katılan ile arsa sahibi ve yüklenici arasında yapılmalıdır. Sözleşmeye katılma anlaşması sözleşmenin devrinde de olduğu gibi asıl sözleşmeyi değiştiren bir sözleşme olduğundan⁹¹², geçerliliği katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır (TBK m. 206/3). Bu kapsamda kat karşılığı inşaat sözleşmesine katılma sözleşmesi de resmî şekilde yapılmalıdır. Bununla birlikte sözleşmenin devrinde düzenlenen, sözleşmede kalan tarafın sonradan izin veya onayıyla da devir sözleşmesinin kurulabileceği hükmü, sözleşmeye katılmada düzenlenmediğinden, burada taraflardan her biri sözleşmede bulunmalı, sonradan izin veya onay kabul edilmemelidir⁹¹³. Ancak Yargıtay'a göre kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, sözleşmeye katılmayı olanaklı kılabilirmeli veya önceden sözleşmeye katılmaya onay verebilmelidir. Sözleşmede yer alan “*sözleşmenin devri ile yüklenicinin sorumluluktan kurtulamayacağı*” veya “*sözleşmenin devrine rağmen yüklenicinin sorumluluğunun devamı*” şeklindeki hükümlerle arsa sahibi, sözleşmeye katılmayı mümkün kılabilir⁹¹⁴. Yargıtay bir kararında, “...Buna göre, devir halinde dahi asıl sözleşmeyi imzalayan yüklenici İbrahim'in arsa sahiplerine karşı sorumluluğu

⁹⁰⁹ Kılıçoğlu, s.861; Kayıhan, s.364. Sözleşmeye katılma, sadece mevcut bir sözleşme için değil, gelecekte ortaya çıkacak sözleşme için de önceden kararlaştırılabilir. Ancak gelecekte ortaya çıkacak sözleşmenin yeterli derecede belirlenebilmesi gereklidir. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.291.

⁹¹⁰ Sözleşme sonradan iptal edilmişse de katılma sözleşmesi geçerliliğini sürdüremez. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.291.

⁹¹¹ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1389; Y. 15. HD. 05.11.1998 T., 1998/3058 E., 1998/4073 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1390.

⁹¹² Zira sözleşmenin taraflarından birisinin yanına bir taraf daha eklenmektedir. Sözleşmenin devrinde de sözleşmenin taraflarından biri çıkıp yerine başkası geçmektedir.

⁹¹³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.634. Aksi görüş için bkz. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.290.

⁹¹⁴ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1390.

devam ettiği, yüklenicilerin kendi aralarındaki imzaladıkları devir sözleşmesinde sorumluluk ve mükellefiyetlerin de devredildiğine dair ifadeler kendi iş ilişkileri ile ilgili olup, birlikte sorumluluktan kurtarmaz. Bu durumda kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesindeki arsa sahibine karşı sorumlulukları devam ettiğinden asıl davada kabul edilen alacağın davalı İ. A.'dan da müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi..." şeklinde hüküm kurmuştur⁹¹⁵. Bu karara göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede yüklenicinin hak ve yükümlülüklerini bir başka yükleniciye devredileceğini, ancak arsa sahiplerine olan taahhütlerinin değişmeyeceğini kararlaştırarak, sözleşmeye katılma sözleşmesi yapılmasına baştan olanak tanımışlardır. Hak ve yükümlülüklerin devrini kararlaştırmaları sözleşmenin devrine imkan tanımak gibi gözükse de bu devre rağmen arsa sahibine karşı taahhütlerinin değişmeyeceğini belirtmeleri ile ancak sözleşmeye katılmanın mümkün olacağı anlaşılmaktadır⁹¹⁶.

4.2.4. Hüküm ve sonuçları

Sözleşmenin devrinden farklı olarak sözleşmeye katılmada tam bir taraf değişikliği söz konusu olmayıp, katıldığı tarafın taraf sıfatına son vermemekte, sadece katılma sonucu katılınan tarafta katılan kişi sayısınınca artış olmakta, bir başka deyişle katılan da katıldığı tarafın hak ve borçlarına sahip olmaktadır⁹¹⁷. Nitekim TBK m.206/2 hükmüne göre sözleşmeye katılma anlaşmasında, aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer alan taraf sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı veya borçlu olmaktadır⁹¹⁸. Sözleşmeye katılan, TBK m. 206/1 hükmüne göre de, yanında yer aldığı kişinin hak ve borçlarının aynına sahip olmaktadır⁹¹⁹. Bu kapsamda ilk borçlunun borca ilişkin olarak ileri sürebileceği tüm def'i ve itirazları ileri sürebilir⁹²⁰. Sözleşme

⁹¹⁵ Y. 15. HD. 02.02.2012 T., 2012/6861 E., 2012/508 K., Sinerji Mevzuat.

⁹¹⁶ Karar hakkında bkz. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1390.

⁹¹⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.633; Ayan, *Borçlar*, s.52; Kayıhan, s.364; Bahadır, s.22.

⁹¹⁸ Müteselsil alacaklı ve borçlu olunacağına ilişkin hüküm emredici olmayıp taraflar aksini kararlaştırabilecektir. Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1186; Kayıhan, s.364. Kanun burada, borçlar açısından taraflar arasında kısmi borçluluk esası kabul etmemiş, bunun yerine müteselsil sorumluluk kabul etmiştir. Dağdelen, s.74.

⁹¹⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.634; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.293. Sözleşmeye katılan, alacaklıyı tatmin ederse müteselsil borçluluk kurallarına göre diğer borçluya karşı kendi payı oranında rücu hakkı doğabilmektedir. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.294.

⁹²⁰ Yavuz, N., *Yenilikler*, s.294. Borcun ortadan kalktığını, sözleşmenin geçersiz olduğunu, ifa, takas, ibra, zamanaşımı gibi savunmaları bu kapsamda ileri sürebilecektir. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.294. Yenilik doğuran haklar açısından açık bir hüküm bulunmamakta, ancak bu haklar açısından paylı mülkiyete ilişkin paydaşların yönetim ve tasarrufuna ilişkin TMK m. 689-692 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Örneğin, TMK m. 691'e kıyasen ifadan vazgeçme ve sözleşmeden dönme yahut ifa yerine tazminatı seçme seçimlik haklarını taraf oluşturan kişilerin çoğunluğuyla

özgürlüğü ilkesi kapsamında sözleşmeye katılanın sorumluluğunu genişletecek veya sınırlayacak şekilde anlaşmaları da mümkündür⁹²¹.

Sözleşmeye katılma, borca katılmadan farklı olarak, sözleşme ilişkisindeki münferit bir borç yerine sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlara üçüncü bir kişinin de sahip olması sonucunu doğurmaktadır⁹²². Borca katılmada katılınan borcun sözleşme ilişkisinden doğması şart olmayıp, sözleşmeye katılmada bir sözleşme ilişkisinin varlığı şarttır. Borca katılma sonucu katılan, borçlunun yanında sorumluluk almakta; sözleşmeye katılmada ise katılan alacaklı veya borçlu taraflardan birinde sorumluluk almaktadır. Borca katılma alacaklı ile katılan arasında gerçekleşir, sözleşmeye katılma ise sözleşmenin tarafları ile katılan arasında gerçekleşir⁹²³.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, taraflar birbirlerine karşı hem alacaklı hem borçludurlar. Bu durumda sözleşmeye katılan üçüncü kişi, katıldığı tarafın niteliğine göre katıldığı taraf ile birlikte hem müteselsil alacaklı hem de müteselsil borçlu olur. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafına bir başka yüklenicinin de katılması halinde, yüklenici ve katılan, inşaatı tamamlayıp teslim etme ve diğer borçları açısından arsa sahibine karşı müteselsil borçlu, alacaklar açısından ise arsa sahibinden müteselsil alacaklı olur.

Sözleşmeye katılma sonucunda zamanaşımı süresi eski katılınan asıl borcun zamanaşımı süresi kadar olur⁹²⁴. Sözleşmeye katılan, müteselsil alacak ve borçluluk hükümleri gereğince borcun zamanaşımına uğradığına ilişkin def'iye savunabilir⁹²⁵.

yapılabilmelidir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.635. İlk borç için verilen kefalet ve rehinler sona ermemeli, kefil ve rehin verenin sorumlulukları da devam etmelidir. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.293.

⁹²¹ Yavuz, N., *Yenilikler*, s.293. Ancak, sözleşmeye katılan tarafın sözleşmeden doğan tüm hakları yalnız kullanıp kullanmaması, edimi kendisi için talep edip edememesi, karşı tarafın her iki tarafa birlikte ifa ile yükümlü olup olmaması gibi sorunlar katılma sözleşmesinin yorumuyla ilgili bir sorundur. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.290.

⁹²² Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1389.

⁹²³ Kayıhan, s.363.

⁹²⁴ M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.473.

⁹²⁵ Zamanaşımı süresi sözleşmeye katılma tarihinden sonra doğmuş ise katılınan sözleşmenin zamanaşımı def'i ileri sürülebilir. Ancak, zamanaşımına uğramış bir borç sözleşmesi, sözleşmeye katılma yoluyla üstlenilmiş ise katılma sözleşmesi zamanaşımından feragat niteliğinde sayılmalı ve katılan borçlu sözleşmeye katılmadan önce meydana gelmiş zamanaşımına ilişkin def'iye ileri sürememelidir. M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.473.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MUTLAK TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

1.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmenin Devri

1.1.1. Genel olarak

Bir sözleşmenin bütünüyle devri 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemekteydi⁹²⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise sözleşmenin devri,

⁹²⁶ 818 sayılı BK'nda sözleşmenin devri ayrı bir başlık olarak düzenlenmeyip, sözleşme özgürlüğünün bir gereği olarak uygulamada yapılmaktaydı. Oğuzman ve Öz, Borçlar, C.2, s.628; Ayan, *Borçlar*, s.52; İnan ve Yücel, s.541; Taşkın ve Şahbaz, s.4961; Günay, s.744. Bu dönemde sözleşmenin devri isimsiz sözleşme olarak değerlendirilmekteydi. Ayrancı, s.53. Yargıtay da 818 sayılı BK döneminde uygulamada sözleşmenin devrini kabul etmiş, bir kararında ise “sözleşmenin yüklenilmesi” terimini kullanılmıştır. Bkz. Y. 3. HD. 14.10.2004 T., 2004/9625 E., 2004/10945 K.: “Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir. Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Yüklenen taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi değişmeksizin devam eder. Yüklenen taraf, sadece varolan hakların sahibi ve borçların sorumlusu değildir. Aynı zamanda, gelecekte doğacak olan hak ve borçlarla da ilgilidir.”, Sinerji Mevzuat. Bu kararın incelemesi için bkz. Taşkın ve Şahbaz, s.4962. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 03.11.2004 T., 2004/1391 E., 2004/5609 K., Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 12.04.2006 T., 2006/214 E., 2006/2180 K., Sinerji Mevzuat. Bununla birlikte 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un 2. maddesi sözleşmenin devrini özel olarak düzenlemiştir. Ayrancı, s.38; Çayan, s.3. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 66. madde ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 16. madde hükümleri de sözleşmenin devrini özel olarak düzenlemiştir. Erdal Kuluçlu, “Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri”, *Sayıştay Dergisi*, S.49, Y.2003, (s.99-115), s.101 vd.; Akbıyıklı, s.17; Günay, s.744; Uygur, Borçlar, C.1, s.1183. Bu dönemde borcun üstlenilmesi ve alacağın devri kurumlarına başvurularak sözleşmenin devredilip devredilmeyeceği tartışılmış, kombinasyon ve birlik teorisi olmak üzere iki teori ileri sürülmüştür. Genellikle alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerinden faydalanılarak eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. Bu tartışmada yer alan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrancı, s.39 vd.; Taşkın ve Şahbaz, s.4957 vd. Eren'e göre, haklı olarak yalnız alacağın devri ile borcun üstlenilmesinden ibaret olan devir sözleşmesi yenilik doğuran hakları kapsamadığı için ihtiyaçlara uymayacak, sözleşmenin devri olmayacaktır. Eren, *Borçlar*,

genel hükümler kısmında beşinci bölüm olan “*Borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri*” bölümünde ve üçüncü ayırım “*Sözleşmenin Devri*”⁹²⁷ ve *Sözleşmeye Katılma*” ayırımında 205. madde hükmünde düzenlenmiştir⁹²⁸.

TBK m. 205/1 hükmünde sözleşmenin devri, “*sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır*” şeklinde tanımlanmıştır⁹²⁹.

Sözleşmenin devri, sözleşme denilen geniş anlamda borç ilişkisinin bir tarafını oluşturan kişinin bu sıfatını tümüyle bir başkasına anlaşılarak devretmesi olarak da tanımlanabilir⁹³⁰. Bu tanıma göre sözleşmenin devri işlemi, üç taraflı, sui generis (kendine özgü) bir sözleşme olup, sözleşmede kalan ile sözleşmeden ayrılan ve sözleşmeye yeni dahil olanlar arasında yapılır⁹³¹. Sözleşmeyi devreden tarafın alacaklı veya borçlu taraftan birisinin olması herhangi bir önem taşımaz⁹³². Sözleşmenin devrinde sözleşme tarafı sıfatı külliyen devredilmekte, devralan ile devreden hukukî

s.1284,1285; Ayrancı, s.45. Alacağın devri ile borcun üstlenilmesi suretiyle gerçekleşen devirlerde, sadece alacak ve borcun odak noktasıdır. Sözleşmenin devrinde tüm hak ve borçlarla birlikte taraf sıfatının da odak noktası olarak devredilmesi amaçlanmaktadır. Zira alacağın devrinde ve borcun üstlenilmesinde sözleşme tarafı sıfatına bağlı hakların geçişi mümkün değildir. Ayrancı, s.46; Taşkın ve Şahbaz, s.4957. 818 sayılı BK döneminde sözleşmenin devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrancı, s.31 vd.; Taşkın ve Şahbaz, s.4957 vd.

⁹²⁷ Doktrinde bu kurum için “sözleşmenin temliki”, “sözleşmenin yüklenilmesi”, “üçüncü bir kişinin sözleşmenin tarafı yerine ikame edilmesi” gibi terimler kullanılmaktaydı. Bkz. Ayrancı, s.31,32. 6098 sayılı TBK bu terimlerden “sözleşmenin devri”ni kullanmayı tercih etmiştir.

⁹²⁸ Sözleşmenin devri hükümlerinin düzenlenmesinin gerekliliği hakkında bkz. Yeniocak, *TBK’nın Getirdiği Yenilikler*, s.205,206. TBK’nın yeni düzenlemesi, sözleşmenin devrinin şekli dışında hiçbir hususta tam olarak açıklık getirmemesinden dolayı eksik bulunarak eleştirilmektedir. Bkz. Taşkın ve Şahbaz, s.500.

⁹²⁹ İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu’nda sözleşmenin devrine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Taşkın ve Şahbaz, s.4964; Bahadır, s.6.

⁹³⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.628.

⁹³¹ Hatemi ve Gökyayla, s.392; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.629; Eren, *Borçlar*, s.1285; Ayrancı, s.53; M. Serhat Şen ve M. Kamil Şen, s.471; Nomer, s.369; İnan ve Yücel, s.541; Akyiğit, s.201; Kayıhan, s.362; Taşkın ve Şahbaz, s.4965; Çayan, s.6; Yeniocak, *TBK’nın Getirdiği Yenilikler*, s.205; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.281. Bu yönüyle sözleşmenin devri borcun üstlenilmesinden ayrılmaktadır. Ayrancı, s.50. Sözleşmenin devri, sözleşmeden kaynaklanmak suretiyle iradi devir olabileceği gibi, kanundan veya mahkeme kararından kaynaklanarak kanunî ve yargısal devir de olabilir. Bahadır, s. 3; Çayan, s.7. İş Kanunu m.6 ile TBK m.310 hükümleri kanunî devre örnektir. TBK m.205 hükmünde düzenlenen sözleşmenin devri taraf iradelerine dayanan devirdir. Kılıçoğlu, s.856,857; Çayan, s.8; Serozan’a göre de, kural olarak eşya el değiştirdiğinde eşyayla bağlantılı sözleşme ilişkileri de tümüyle devredildiği TBK m.202,310 hükümlerinden çıkarılmaktadır ve burada da kanun gereği sözleşme devri kabul edilmiştir. Serozan, s.35. Sözleşmenin kanun gereği devri, doğrudan doğruya kanun hükmü sebebiyle devri ve kanun hükmü gereği sözleşmede kalan tarafın rızası alınmamak suretiyle gerçekleşen devir olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.281. Kanunî ve yargısal devirde tarafların rızası aranmaz. Çayan, s.8,9.

⁹³² Ayan, *Borçlar*, s.63; Taşkın ve Şahbaz, s.4965.

durumlarında değişiklik meydana getirir⁹³³. Sözleşmede kalanın ise sözleşmenin devri ile hukukî durumunda bir değişiklik olmamaktadır.

Sözleşmeyi bütünüyle devralan, sözleşmeden ayrılan kişinin yerini almakta ve ona ait hak ve borçlar da bütünüyle sözleşme ilişkisini devralan tarafa geçmekte, devreden malvarlığının aktifi derhal etkilenmektedir⁹³⁴. Bu sebeple sözleşmenin devri devreden açısından tasarruf işlemi niteliğindedir⁹³⁵. Devralan açısından ise, edindiği haklar bakımından kazandırıcı, işlem yüklendiği borçlar açısından da borçlandırıcı işlem niteliğindedir⁹³⁶. Aynı zamanda sözleşmede kalan ile devreden arasında taahhüt işlemi söz konusu olur⁹³⁷. Sözleşmede kalan bakımından da değiştirici yenilik doğuran bir sözleşme sayılmakla beraber⁹³⁸, devir sözleşmesi devreden açısından olduğu gibi sözleşmede kalan açısından da tasarruf sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁹³⁹. Sözleşmenin devrinin, alacağın devri gibi sebepten bağımsız (soyut) bir işlem olduğu kabul edilmektedir⁹⁴⁰.

Sözleşmenin devri ivazlı veya ivazsız olabilir. İvazsız olduğu takdirde eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme haline gelir⁹⁴¹. Sözleşmenin devri ivazlı ise karşı edimin yerine getirilmemesi, üzerine taraflardan her biri TBK m.125 hükmündeki seçimlik haklardan faydalanarak sözleşmeden dönebilir⁹⁴².

⁹³³ Serozan, s.35; Çayan, s.6.

⁹³⁴ Hatemi ve Gökyayla, s.391; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.629. Sözleşmeden doğan alacak ve borçlar bütünüyle devredildiğinden tek tek alacağın devri veya borcun üstlenilmesine gerek yoktur.

⁹³⁵ İnan ve Yücel, s.541; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.629; Ayrancı, s.66; Taşkın ve Şahbaz, s.4966; Çayan, s.13; Bahadır, s.5.

⁹³⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.629; Taşkın ve Şahbaz, s.4966; Çayan, s.14; Ayrancı, s.68.

⁹³⁷ Bahadır, s.5. Sözleşmenin devrinde tasarruf ve taahhüt işlemleri birbirlerine sıkı şekilde bağlıdır. Bahadır, s.5.

⁹³⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.629; Taşkın ve Şahbaz, s.4966. Çayan'a göre sözleşmede kalan taraf için, sözleşmenin devriyle sadece ifanın muhatabı değişeceğinden bir tasarruf işlemi söz konusudur. Bkz. Çayan, s.13.

⁹³⁹ Ayrancı, s.67,68; Çayan, s.15; Bahadır, s.5. Bu görüşe göre, sözleşmede kalan taraf da alacak hakları ile ilgili olarak borçlu tarafın değişmesine rıza göstererek tasarruf işlemi gerçekleştirmektedir. Bahadır, s.5. Doktrindeki tartışmalar hakkında bkz. Çayan, s.13.

⁹⁴⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.631.

⁹⁴¹ İnan ve Yücel, s.541.

⁹⁴² Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.632.

1.1.2. Sözleşmenin devrinin TBK’da düzenlenen diğer taraf değişikliklerinden farkı

Sözleşmenin devri, Türk Borçlar Kanununda taraf değişiklikleri konu başlığı altında düzenlenen alacağın devrinden, borcun iç ve dış üstlenilmesinden, borca ve sözleşmeye katılmadan farklıdır⁹⁴³. Sözleşmenin devrinde; alacağın devri ile borcun üstlenilmesinden farklı olarak, alacak ve borçlar ayrı ayrı değil, sözleşme bütün olarak ve tek bir işlemle devredilmektedir⁹⁴⁴. Borcun üstlenilmesinde ve alacağın devrinde mevcut bir borç ilişkisinden doğan münferit bir borcun veya alacağın devri söz konusu iken, sözleşmenin devrinde borç ilişkisinin bütünüyle tarafı değişmektedir. Alacağın devrinde ve borcun üstlenilmesinde sözleşmenin alacaklı veya borçlu tarafına üçüncü bir kişi eklenmekte iken, sözleşmenin devrinde sözleşmeden bir taraf çıkmakta, yerine devralan geçmekte ve sözleşme iki taraflı olarak devam etmektedir⁹⁴⁵. Alacağın devrini sadece alacaklı taraf, borcun üstlenilmesini sadece borçlu taraf yapabilecekken, sözleşmenin devrini her iki taraf da yapabilir⁹⁴⁶.

Alacağın devri için borçlunun rızasına ihtiyaç olmamakta, borcun üstlenilmesi için sadece alacaklının rızası aranmakta iken; sözleşmenin devrinde her iki tarafın rızasına da ihtiyaç duyulmaktadır⁹⁴⁷. Sözleşmenin devri ile bu sözleşmeden doğan dar anlamda borç ilişkilerine bağlı borçlu ve alacaklı sıfatları birlikte değiştiği gibi, sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar da değiştiği için borcun üstlenilmesinden ve alacağın devrinden farklıdır⁹⁴⁸.

Borca ve sözleşmeye katılma sözleşmelerinde ise taraf değişikliği söz konusu olmamaktadır⁹⁴⁹. Sözleşmenin taraflarından birinin yanına katılanın eklenmesi sözleşmeye katılma, borçlu tarafın bir borcuna katılanın eklenmesi ise borca katılma olup, sözleşmenin devrinden farklıdır.

⁹⁴³ Bu farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çayan, s.82 vd.; Bahadır, s. 6 vd. Sözleşmenin devrinin, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinden farkı için bkz. Ayrancı, s.82,83; Yenileme, bir borcun yeni bir borç meydana getirmek için sona erdirilmesi olup, sözleşmenin devrinden farklıdır. Bu fark hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrancı, s.77 vd.; Bahadır, s.13,14.

⁹⁴⁴ Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s.67; Hatemi ve Gökyayla, s.391; Kayar, s.250.

⁹⁴⁵ Bahadır, s.9.

⁹⁴⁶ Bahadır, s.9.

⁹⁴⁷ Aydemir, s.415,416; Bahadır, s.9,12.

⁹⁴⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.628; Y. HGK. 23.05.2007 T., 2007/15-296 E., 2007/289 K.: “Aynı şekilde bir borç ilişkisinin doğurduğu bütün haklar, borçlar ve yetkilerle birlikte devredilmesi de (borç ilişkisinin devri) alacağın temliki hükümlerine tabi değildir.”, Sinerji Mevzuat.

⁹⁴⁹ Bkz. Ayrancı, s.75 vd.

1.2. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri

1.2.1. Genel olarak

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi veya yüklenici tarafının sözleşmeden ayrılarak, sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlarını üçüncü kişiye devretmesi kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrini oluşturacaktır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi şahsa sıkı sıkıya bağlı sözleşme niteliğinde olmadığından, sözleşmenin üçüncü bir kişiye devri mümkün olmakla birlikte, yüklenicinin şahsına bağlı diğer eser sözleşmelerinde sözleşmenin devri mümkün olmamalıdır.

Sözleşmenin devri, 818 sayılı BK'da düzenlenmese de, uygulamada ve doktrinde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin devri mümkün görülmekte idi. Ancak sözleşmenin devrine ilişkin bir düzenleme olmadığı için kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrinde borcun üstlenilmesine(nakline) ilişkin hükümler uygulanmaktaydı⁹⁵⁰. Sözleşmenin devri, sadece alacağın devri niteliğinde olmayıp borçların naklini de içerdiğinden alacağın devrine ilişkin hükümler uygulanmamaktaydı ve bu sebeple karşı tarafın rızası olmadan yapılan devir sözleşmesinin borcun nakli hükümlerine göre geçerli olmayacağı kabul edilmekteydi. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında⁹⁵¹ “...bir borç ilişkisinin doğurduğu bütün haklar, borçlar ve yetkilerle birlikte devredilmesi de (borç ilişkisinin devri) alacağın temlik hükümlerine tabi değildir. Buna göre, bir borç ilişkisinin diğer tarafın rızası dışında bir üçüncü kişiye devredilebilecekken, o ilişkiye taraf olma durumunu karşı tarafın rızası dışında devretmesine imkan yoktur. Bir sözleşmenin tarafı olan kişi bu sözleşmeden doğan tüm alacaklarını temlik etmiş olsa bile, sözleşmenin tarafı yine de kendisidir; sözleşmeden doğan borçlarla bu kişi yükümlü olduğu gibi, sözleşme ilişkisine bağlı yenilik doğurucu hakların sahibi de yine aynı kişidir...” şeklindeki ifadeler ile sözleşmenin devri halinde alacağın devrine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını açıkça kabul etmişti.

⁹⁵⁰ 818 sayılı Kanun zamanındaki uygulama için bkz. Turut, s.150 vd.

⁹⁵¹ Y. HGK. 23.05.2007 T., 2007/15-296 E., 2007/289 K., Sinerji Mevzuat.

Sözleşmenin devri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinde düzenlendiğinden, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrinde de artık sözleşmenin devrine ilişkin hükümler uygulanacaktır⁹⁵².

1.2.2. Sözleşmenin devrinin alt yüklenicilik sözleşmesinden farkı

Kural olarak yüklenicinin eser sözleşmesiyle yüklendiği işi, arsa sahibi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye bırakması (sözleşmeyi tümüyle devretmesi), inşaatı alt yüklenicilere bırakmasından farklıdır ve burada alt yüklenicilere ilişkin TBK m. 471/3 hükmü uygulanmaz⁹⁵³. Sözleşmenin devri yüklenicinin taahhüt ettiği işin ortaklık biçiminde yapılması veya sözleşme konusu işte alt yüklenici çalıştırılması anlamında olmayıp, aksine sözleşmenin devri ile sözleşmenin tarafları değişmekte ve devreden sözleşmedeki taraf sıfatını ve sorumluluğunu kaybetmektedir⁹⁵⁴. Bu sebeple sözleşmenin devrinin alt yüklenicilik sözleşmesinden farkını belirlemek gerekli ve önemlidir.

Genel olarak alt yüklenicilik sözleşmesi ile daha önce yapılan sözleşmeyi ortadan kaldırmamakta, her iki sözleşme de varlıklarını devam ettirmektedir⁹⁵⁵. Bu sebeple alt yüklenicilik sözleşmesi, asıl sözleşme ilişkisinin taraflarında değişiklik meydana getirmez⁹⁵⁶. Sözleşmenin devrinde ise, karşı tarafın izin veya onayıyla yeni taraf eskisinin yerine geçmekte ve alacak ve borçların da ona nakli söz konusu olmaktadır⁹⁵⁷. Bu durum ise alt sözleşmeyi sözleşmenin devrinden ayıran en önemli noktayı oluşturmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de yüklenicinin işi alt yükleniciye devretmesi halinde, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olmaya ve borçlarından arsa sahibine karşı sorumlu olmaya devam eder. Sözleşmenin tümüyle

⁹⁵² Ancak eser sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşmeyi devretmesi hususunda vekalet sözleşmesi hükümlerinde düzenlenen ikame vekil hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. Yavuz, vekalet sözleşmesinde vekilin iş görme borcunun kapsamını düzenleyen TBK m.504 hükmüne ve vekilin bizzat ifa borcunun istisnalarını düzenleyen TBK m.506/1 hükmüne göre vekilin iş görme borcunu dar anlamda ikame vekiline devretmesi gibi aynı şartlar içinde yüklenicinin de sözleşme konusu eseri meydana getirme borcunu yerine ikame ettiği bir üçüncü kişiye devredebileceğini kabul etmektedir. Yavuz, C., *Özel*, s.549. Ancak Tandoğan'a göre, vekilin mecbur olduğu durumlarda yerine başkasını ikame edebilmesi olanağı tanıyan bu hüküm eser sözleşmelerinde uygulanamamalıdır. Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.78.

⁹⁵³ Yavuz, C., *Özel*, s.549; Büyükay, s.88; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.95; Turut, s.149.

⁹⁵⁴ Ayrancı, s.80; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.314.

⁹⁵⁵ Alt yüklenicilik sözleşmesine, borcun üstlenilmesinden farkına değinilirken ayrıntılı şekilde izah edilmiştir. Bkz. "2.2.2.2.3.1. Genel olarak alt yüklenicilik sözleşmesi" başlığına.

⁹⁵⁶ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.96; Ayrancı, s.80; Turut, s.149; Çayan, s.92; Bahadır, s.7.

⁹⁵⁷ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.96.

üçüncü kişiye devrinde ise, arsa sahibinin izin ve onayı ile eski yüklenicinin sözleşmeye taraf olma sıfatı ortadan kalkarak, yeni yüklenici eskisinin yerine geçer ve bağımsız bölümleri yapma borcu da ona nakledilir⁹⁵⁸. Ayrıca alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulabilmesi için kural olarak asıl sözleşmedeki diğer tarafın rızası aranmasa da⁹⁵⁹, sözleşmenin devrinde ise taraflardan her birinin devir işlemine katılması gerekir⁹⁶⁰. Alt yüklenicilik sözleşmesi gereği alt yükleniciler, yüklenicinin nam ve hesabına yapmayı üstlendikleri kısmî edimlerin yapımından arsa sahibine karşı değil, yükleniciye karşı sorumlu olurlar. Yüklenici de arsa sahibine karşı bütün olarak binanın yapımı ve bağımsız bölümlerin tesliminden sorumlu olur⁹⁶¹. Alt yüklenicilik sözleşmesi, sözleşmenin devrinin yerine yapılabilecek ikame bir işlem değildir⁹⁶².

1.2.3. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafından devri

1.2.3.1. Genel olarak

Sözleşmenin yüklenici tarafından devredilmesi, inşaat yaparak bağımsız bölümleri teslim etme borcu ile arsa sahibinden olan arsa paylarının veya bunlara isabet eden bağımsız bölümlerin mülkiyetini devralma alacağını bir başkasına devretmesi anlamına gelmektedir. Tanımlamak gerekirse, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafından devri, sözleşmeyi devralan yeni yüklenici ile devreden yüklenici ve arsa sahibi arasında yapılan ve devreden yüklenicinin bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarını devralan yeni yükleniciye geçiren anlaşmadır.

⁹⁵⁸ Tandoğan, *Borçlar*, C.1, s.96; Turut, s.149.

⁹⁵⁹ Alt sözleşmede diğer tarafın rızasının aranıp aranmayacağı kanuna ve taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenmektedir. Ayrancı, s.81; Çayan, s.93. Taraf değişikliği olmaksızın, alt sözleşme yapma veya yardımcı kullanma yetkisi de kişinin niteliklerinin önemli olduğu sözleşmelerde ancak karşı tarafın kabulü ile mümkün olacaktır. Hatemi ve Gökyayla, s.376. Bu durumda kural olarak yüklenicinin iş sahibi adına ve hesabına üçüncü bir kişi ile eser sözleşmesi yapması da ancak iş sahibinin izni veya onayıyla mümkün olup, ilk eser sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkmayacak, sözleşmenin devrinden farklı olarak yüklenici halen sözleşmenin tarafı olmaya devam edecektir. Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.96; Turut, s.149. Ancak yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği eser sözleşmelerinde iş sahibinin rızası aranmadan alt yüklenicilik sözleşmesi yapılabilecektir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi de yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği bir sözleşme tipi olup yüklenici için yapılması için alt yüklenicilik sözleşmesi yapılabilecektir.

⁹⁶⁰ Çayan, s.93.

⁹⁶¹ Kartal, *Kat Karşılığı*, s.73. Kamu İhale Kanunu m. 15 hükmünde yer alan “İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz” şeklindeki düzenleme ile asıl yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağını belirtmektedir. Bkz. Kuluçlu, s.110.

⁹⁶² Ayrancı, s.81.

1.2.3.2. Şartları

1.2.3.2.1. Genel olarak

Sözleşmenin devri ile sözleşme ilişkisine olan güvenin sarsılması ve diğer tarafın haklarını ihlal etmesi durumları ortaya çıkabileceğinden, devre ilişkin dürüstlük ve hakkın kötüye kullanımı kurallarına ilişkin temel prensipler doğrultusunda bir takım şartların varlığı modern hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir⁹⁶³.

Sözleşmenin devrinde, devredilen sözleşme ve devir sözleşmesi olarak iki sözleşme bulunmaktadır. Devredilen sözleşme, sözleşmenin devri sonucunda taraflarında değişiklik olacak temeldeki sözleşme (çalışma konumuz açısından kat karşılığı inşaat sözleşmesi); devir sözleşmesi ise devredilen sözleşmede taraf değişikliğini meydana getiren ve sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında yapılan sözleşmedir⁹⁶⁴. Sözleşme özgürlüğü prensibi gereği hiç kimse istemediği birisi ile sözleşme kurmaya zorlanamayacağından, taraflardan birinin sözleşmeden ayrılmasında da, sözleşmeye katılmasında olduğu gibi karşı tarafın izni gerekecektir⁹⁶⁵. Sözleşmenin devri sözleşmesi, devredilen sözleşmeden bağımsız yapılan bir anlaşmadır⁹⁶⁶.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrini özellikle alacağın devri sözleşmesinden ayıran en önemli şart, arsa sahibinin rızasının aranmasıdır. Zira borçlunun kişisel özellikleri, özellikle ödeme gücü alacaklının alacağını elde etmesi bakımından önem taşıdığından, alacağın devrinde tarafların rızası aranmamakta ise de borcun üstlenilmesi durumunda ve dolayısıyla borçların naklini içeren sözleşmenin tamamıyla devrinde alacaklının rızasının alınması şarttır⁹⁶⁷. Bu sebeple bu şart ayrı başlık altında detaylı incelenecek, diğer şartlara da kısaca değinilecektir.

⁹⁶³ Çayan, s.2.

⁹⁶⁴ Taşkın ve Şahbaz, s.4964; Çayan, s.47.

⁹⁶⁵ Sütçü, Kat Karşılığı, C.2, s.1391; Y. HGK. 30.10.2002 T., 2002/14-838 E., 2002/867 K.: “İnşaat sözleşmesinin taraflarından biri olan yüklenicinin, sözleşmenin diğer tarafı olan arsa sahibinin iştiraki olmadan tek taraflı olarak düzenleyeceği bir temlikname ile sözleşmenin yüklenici tarafını değiştirmesi mümkün değildir. Bu bakımdan ilk yüklenicinin tek taraflı olarak yapmış bulunduğu temlikname ile inşaat sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlarını olduğu gibi Süper Y... İnşaat ve Ticaret Limited Şirketine devretmiş olduğunun, dolayısıyla 7.10.1994 tarihli inşaat sözleşmesi hükümlerinin halen yürürlükte olduğunun kabulü olanaklı değildir.”, Sinerji Mevzuat.

⁹⁶⁶ Çayan, s.7.

⁹⁶⁷ Turut, s.150; Y. HGK. 30.10.2002 T., 2002/14-838 E., 2002/867 K., Sinerji Mevzuat.

1.2.3.2.2. Arsa sahibinin rızası

Yüklenicinin üstlendiği işi bırakarak başka yükleniciye terk etmesi, yetkisi dışında olduğu için geçersizdir. Sözleşmeye taraf olan ve inşaatı tamamlamakla yükümlü olan, kat karşılığı inşaat sözleşmesini yapan yüklenici olmaya devam eder⁹⁶⁸. Bir başka anlatımla, yüklenici arsa sahibi adına ve hesabına işi üçüncü kişiye, kişisel özellikleri önemli olmasa bile kural olarak devredemez⁹⁶⁹. Eğer buna rağmen yüklenici işi arsa sahibi adına ve hesabına devrederse, yani kat karşılığı inşaat sözleşmesini devrederse yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket etmiş olur. Bu durumda, TBK m. 46,47 hükümleri uygulanır ve devir arsa sahibini bağlamaz⁹⁷⁰. Ancak doktrinde kabul edildiği üzere, arsa sahibi onay verdiği takdirde yüklenicinin yaptığı devir sözleşmesi geçerli olmalı ve arsa sahibi bu sözleşmeyle bağlı olmalıdır⁹⁷¹. Yargıtay da bir kararında⁹⁷², “Eski yüklenici Turgut İnşaat inşaat sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını noterce onaylanmış tek taraflı, 8.11.1999 tarihli temlikname ile Yıldız İnşaatı temlik etmiş ise de bu temliknameye arsa sahibi açısından bağlayıcı değildir. borç naklini de içeren bu temlikname arsa sahibi katılmamıştır. İnşaat sözleşmesinin taraflarından biri olan yüklenicinin, sözleşmenin diğer tarafı olan arsa sahibinin iştiraki olmadan tek taraflı olarak düzenleyeceği bir temlikname ile sözleşmenin yüklenici tarafının değişmesi mümkün değildir” diyerek, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrinin arsa sahibinin iştiraki ile mümkün olacağını belirtmiştir. 818 sayılı BK döneminde bu sonuca, sözleşmenin devrinin borçların naklini de içerdiği ve bu sebeple borcun naklini düzenleyen hükümlerin uygulanması gerektiği, bu hükümlere göre de borcun nakli için alacaklının rızasının arandığı gerekçesi ile varılmakta idi⁹⁷³. 6098 sayılı TBK getirdiği yeni düzenleme olan m. 205 hükmü ile sözleşmenin devrinin ancak karşı tarafın onayıyla mümkün olacağını açıkça düzenlemiş ve bu konuda doğrudan bir hüküm konmuştur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri için karşı tarafın rızasının aranacağı artık TBK m. 205 hükmüne dayanmaktadır.

⁹⁶⁸ Öz, *İnşaat*, s.124.

⁹⁶⁹ Büyükay, s.88; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.95.

⁹⁷⁰ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s. 95; Yavuz, C., *Özel*, s.549; Büyükay, s.88.

⁹⁷¹ Yavuz, C., *Özel*, s.549; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.95; Nomer, s.369; Büyükay, s.88.

⁹⁷² Y. HGK. 30.10.2002 T., 2002/14-838 E., 2002/867 K., Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 07.02.1985 T., 1984/4380 E., 1985/385 K., Oy ve Haşal, s.117,118.

⁹⁷³ Yargıtay da kararlarında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin işi üçüncü kişiye devretmesini borcun nakli niteliğinde saymış ve sözleşmenin alacaklısı olan arsa sahibinin açık ve örtülü onayı olmadıkça borcun naklinin gerçekleşmeyeceğini kabul etmiştir. Bkz. Y. 15. HD. 07.02.1985 T., 1984/4380 E., 1985/385 K., Oy ve Haşal, s.117,118.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere, arsa sahibinin yüklenicinin inşaatı terk etmesi durumunda yükleniciden bağımsız bölüm alanların inşaatı tamamlamasına izin vermesi ve ifaya yönelik talepte bulunması halinde, sözleşmenin devrine de örtülü onay verdiği kabul edilmelidir⁹⁷⁴. Yine Yargıtay'a göre, arsa sahibinin devralan firmaya karşı dava açması durumunda devre örtülü onay verdiği kabul edilmelidir⁹⁷⁵. Ancak Çayan'a göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrini konu alan sözleşmenin de resmî şekilde yapılması arandığından sözleşmenin bir tarafı olan arsa sahibinin örtülü olarak kabulü pek mümkün görülmemelidir⁹⁷⁶.

Türk Borçlar Kanunu m.205/2 hükmüne göre, sözleşmenin devri için ikinci bir imkan sağlanmış olup, devralan ile devreden arasında yapılan iki taraflı sözleşme ile sözleşmenin devri gerçekleşebilmekte, bunun için bu anlaşmaya sözleşmede kalan tarafça önceden izin veya sonradan onay verilmesi aranmaktadır⁹⁷⁷. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da kurulurken arsa sahibi sözleşmenin devrine ilişkin onayı veya yetkiyi baştan verebilmektedir⁹⁷⁸. Nitekim bu usul uygulamada sıkça karşılaşılan bir

⁹⁷⁴ Y. 15. HD. 12.04.2007 T., 2007/484 E., 2007/2400 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1392,1393.

⁹⁷⁵ Y. 15. HD. 17.01.2006 T., 2005/7150 E., 2006/52 K.: "...yüklenici Necati'nin sözleşmeden doğan haklarını S.H.F. İnşaat Limited Şirketine devrettiği, davacı arsa sahibinin de açmış olduğu bu davada S.H.F. Limited Şirketini hasım göstermek suretiyle devre muvafakat ettiği anlaşıldığından...", Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1393.

⁹⁷⁶ Çayan, s.59.

⁹⁷⁷ Nomer, s.370; Ayan, *Borçlar*, s.52. İstisnai olarak, sözleşmede kalanın rızasının aranmadığı devirler de olabilir. Örneğin, TBK m. 310 hükmünde düzenlenen, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi halinde yeni malikiğin kira sözleşmesinin tarafı olacağı şeklindeki kanunî devirde, sözleşmede kalan kiracının rızası aranmamaktadır. Bahadır, s.19. Sözleşmede kalan tarafın izni yapılan sözleşmenin hüküm doğurması için aranan tamamlayıcı bir unsur niteliğindedir. Nomer, s.370. Sözleşmede kalanın bu rızası hem devredene hem de devralana karşı beyan edilmelidir. Yavuz, N., *Yenilikler*, s.282.

⁹⁷⁸ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1394; Y. 15. HD. 12.04.2006 T., 2006/214 E., 2006/2180 K.: "*İnşaat yapılan 271 parsel sayılı taşınmazın tüm paydaşlarıyla dava dışı önceki yüklenici H. Akdağ arasında yapılan "kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin" tamamı, mahkemece dava dosyası kapsamına alınmamış ise de; paydaşlardan davalı ile dava dışı M. Kaya ve H. arasında yapılan ve Mersin Beşinci Noterliğince doğrudan düzenlenen 25.02.1999 gün ve 6741 yevmiye numaralı sözleşmeler ve dosya kapsamındaki bilgilerden H. Akdağ'ın arsa malikleriyle ayrı ayrı "kat karşılığı inşaat sözleşmeleri" yapmış olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim davacı ile H. Akdağ arasında yapılan "Devir Protokolüdür" başlıklı 06.06.2001 devir sözleşmesiyle H.'in inşaat yapılacak 271 parselin paydaşlarıyla yapmış olduğu tüm kat karşılığı inşaat sözleşmelerini davacı S.'a devrettiği anlaşıldığı gibi; davalıya ait 2. kat, 5 numaralı dairenin de anahtar teslimi yapılarak davalıya teslimini, S. yüklenmiştir.*", Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 02.02.2012 T., 2012/6861 E., 2012/508 K.: "*Bilhare yine Mersin 5. Noterliği'nce düzenlenen 26.10.2000 gün 43041 yevmiye nolu düzenleme şeklinde devir sözleşmesi ile davalı yüklenici İ. A. arsa sahipleri ile yaptıkları ve yukarıda tarihi ve yevmiye numarası yazılı sözleşmeden doğan hak ve hissesinin (sorumluluk ve mükellefiyetleri ile her türlü haklarının) tamamını diğer yüklenici S. K.'a devretmiştir. Asıl sözleşmenin 16. maddesinde yüklenicilerin haklarını birbirlerine devir edebilecekleri kabul edilmiş ise de, 16. maddenin II. fıkrasında, yüklenicilerin arsa sahiplerine olan taahhütleri değişmemek şartıyla diledikleri şartlarda diledikleri kooperatif veya özel ve tüzel kişilerle inşaat sözleşmeleri akdedebilecekleri belirtildiği*

usul olmakla birlikte, bu sayede arsa sahibi ile işini yarım bırakarak temerrüde düşen yüklenici arasında anlaşmaya çalışmak için uzun ve zorlu süreç aşılmış olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşmede inşaatın yapımının başka yükleniciye yaptırılabilceği hükmü yer almaktaysa, bu hüküm sözleşmenin devri yetkisi olarak yorumlanmamalı, sözleşmeyi devir yetkisi dar yorumlanmalıdır⁹⁷⁹.

Eğer asıl sözleşmedeki yüklenicinin sözleşmeden çıkmadığı kabul edilirse, sözleşmeye katılma durumu ortaya çıkar. Arsa sahibinin onayı da alınarak geçerli olarak yapılan sözleşmenin devrinde, yüklenici arsa sahibinin vekili veya mümessili olarak hareket etmektedir⁹⁸⁰.

Arsa sahibi, sözleşmenin devrine onay vermektan kaçınırsa, yüklenicinin kendisiyle yetkisiz olarak sözleşme yaptığı üçüncü kişi, arsa sahibine karşı sözleşmeye dayanan her hangi bir istemde bulunamaz⁹⁸¹. Ancak üçüncü kişi yüklenicinin yetkisiz olduğunu bilmiyor, bilmesi de gerekmiyorsa, ondan menfi zararının ve yüklenicinin kusuru halinde müsbet zararının tazminini isteyebilir ve ayrıca yükleniciye karşı şartlar oluşmuşsa sebepsiz zenginleşme davası da açabilir⁹⁸².

Netice olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi yüklenicinin işi başka bir yükleniciye devretmesine rıza göstermesi hali, sözleşmenin devri sayılır ve devreden yüklenici tüm sorumluluklardan kurtularak devralan yüklenici sözleşmeye taraf olur. Arsa sahibinin tarafı olmadan veya sonradan icazeti alınmadan yapılan sözleşmenin devri hüküm ve sonuçlarını doğurmamalıdır. Arsa sahibinin izni veya icazeti olmadan

*gibi I. fıkrasının son cümlesindeki, müteahhitlerin haklarını birbirlerine devir etme imkanı tanıyan düzenlemeden önceki kısımlardan da arsa sahiplerine olan taahhütlerin değişmemesi koşulu ile devrin benimsendiği anlaşılmaktadır. Buna göre, devir halinde dahi asıl sözleşmeyi imzalayan yüklenici İbrahim'in arsa sahiplerine karşı sorumluluğu devam ettiği, yüklenicilerin kendi aralarındaki imzaladıkları devir sözleşmesinde sorumluluk ve mükellefiyetlerin de devredildiğine dair ifadeler kendi iş ilişkileri ile ilgili olup birlikte sorumluluktan kurtarmaz.”, Sinerji Mevzuat. Sonradan verilen onay kayıtsız ve şartsız olmalıdır, aksi halde sözleşmenin tarafı değişmeyecektir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.629. Önceden veya sonradan verilen rıza açık yahut örtülü olabilir. Örneğin, rıza vermesi gereken tarafın edimini yerine getirmesi, karşı tarafın edimlerini kabul etmesi rıza gösterdiği anlamına gelmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duman, *İnşaat Hukuku*, s.315 vd.*

⁹⁷⁹ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1404; Y. 15. HD. 18.01.2010 T., 2009/383 E., 2010/76 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1405. Ayrıca sözleşmenin devri yetkisi dar yorumlanarak, takip eden devirlere imkan tanımamalıdır. Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1394,1395; Y. 15. HD. 18.12.2009 T., 2008/7753 E., 2009/6902 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1394.

⁹⁸⁰ Eren, *İnşaat*, s.68; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.95.

⁹⁸¹ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.95,96.

⁹⁸² Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.96. Üçüncü kişi bu durumda sebepsiz zenginleşme veya duruma göre haksız inşaat hükümlerine başvurabilir. Büyükay, s.88.

yüklenicinin sözleşmeyi tamamen üçüncü kişiye devretmesi halinde arsa sahibi sözleşmeden haklı nedenle dönebilir⁹⁸³. Nitekim Yargıtay da, “*Ayrıca, arsa sahiplerinin izni ve icazetli olmadan işin bir başka yükleniciye devri, başlıbaşına sözleşmenin ihlali niteliğinde olup, arsa sahiplerine tek başına sözleşmeden dönme hakkı verir.*” şeklinde belirtmiştir⁹⁸⁴.

1.2.3.2.3. Devredilen kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin şartlar

Sözleşmenin devrinin mümkün olması için, borç ilişkisi sözleşmeden doğmalıdır. Haksız fiil, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda sözleşmenin devri mümkün değildir⁹⁸⁵. Sözleşmenin devri için öncelikle devredilecek sözleşme ilişkisinin varlığı ile bu sözleşme ilişkisinin mevcut, geçerli ve devredilebilir olması aranmaktadır⁹⁸⁶. Bu sebeple kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrinin geçerliliği için, öncelikle, kat karşılığı inşaat sözleşmesi mevcut olmalıdır. Henüz kurulmamış bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri mümkün değildir. Yine kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri için bu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gereklidir. Bunun için de genel hükümlerde aranan şartların yanı sıra kat karşılığı inşaat sözleşmesi resmî şekil şartına uygun olarak yapılmalıdır. Ancak geçerli şekilde kurulan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri mümkün olacaktır. Yine kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa ile sona ermesi veya dönme veya fesih ile tasfiyeye dönüşmesi halinde devirden söz edilemez⁹⁸⁷. Devredilebilirlik kural, devredilemezlik istisna olmasına rağmen, borçlar hukukunda niteliği gereği devredilemeyen sözleşme ilişkileri bulunmaktadır⁹⁸⁸. Örneğin, kişilik niteliklerinin önem taşıdığı hallerde sözleşmede devir yetkisi verilmemişse kural olarak sözleşmenin devri mümkün değildir⁹⁸⁹. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de yüklenicinin kişiliği önem taşımakta ise, devir yetkisi de verilmemişse sözleşmeyi devretmesi mümkün olmaz.

⁹⁸³ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1393.

⁹⁸⁴ Y. 15. HD. 04.10.1999 T., 1999/2768 E., 1999/3466 K., Sinerji Mevzuat.

⁹⁸⁵ Kılıçoğlu, s.858; Taşkın ve Şahbaz, s.4970; Çayan, s.28. Sözleşme dışındaki kaynaklardan doğan borç ilişkisi daha sonra bir sözleşmeye bağlanarak sözleşmesel bir ilişki haline dönüştürülmüşse artık bu ilişki devredilebilecektir. Çayan, s.29.

⁹⁸⁶ Kayıhan, s.362; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.281; Taşkın ve Şahbaz, s.4969; Çayan, s.30.

⁹⁸⁷ Duman, *İnşaat Hukuku*, s.315.

⁹⁸⁸ Yavuz, N., *Yenilikler*, s.281,282.

⁹⁸⁹ Hatemi ve Gökyayla, s.376; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.630; Taşkın ve Şahbaz, s.4981. Örneğin, avukatlık hizmetini konu alan vekalet sözleşmesi avukat olmayan bir şahsa devredilemez. Aksi halde devir anlaşması hükümsüz olur. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.630.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar sözleşmenin devrini yasaklayabilir, bu durumda sözleşmeyi devraldığını iddia eden üçüncü kişi herhangi bir talepte bulunamaz⁹⁹⁰. Bu sebeple sözleşmenin devrinin geçerli olarak sonuç doğurabilmesi için kat karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin devrine ilişkin bir yasak bulunmamalıdır. Yargıtay da bir kararında⁹⁹¹, “*Davalılardan S'ye ait arsa üzerinde kat karşılığı inşaat yapılmak üzere diğer davalılar İ. ve M. ile 9.1.1986 tarihinde sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşmede inşaat yapım işinin İ. ve M. tarafından gerçekleştirileceği ve işin bir başkasına devredilemeyeceği belirtilmiştir. Davacılar Ş. ile H., yüklenicilerden işi devraldıklarını ileri sürerek talepte bulunmuşlardır. Oysa sözleşmede devir yasağı mevcut olup alacağın temliki hükümlerine dayanarak arsa sahibinden hak talep etmeleri mümkün olmadığından, davalı S. aleyhine açılan davanın husumet nedeniyle reddedilmesi yerine işin devrine muvafakat edildiğine dair bir delil de olmadığı halde talebin kabulü isabetsizdir*” diyerek, sözleşmenin devir yasağı içermesi halinde devredilemeyeceğini, devraldıklarını iddia eden üçüncü kişilerin arsa sahibine karşı talepte bulunamayacağını belirtmiştir.

1.2.3.2.4. Devir sözleşmesine ilişkin şartlar

Devir sözleşmesi açısından aranan şartlar; devir sözleşmesinin geçerli olması ve bu sözleşmenin devredilen sözleşmedeki bütün hak ve borçları kapsamasıdır⁹⁹². Bu sebeple kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri sözleşmesi borçlar hukukunun genel hükümlerine göre geçerlilik şartlarına uygun olarak kurulmalı, devir sözleşmesinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bütün hak ve borçlarının devredildiğini kapsamalıdır. Yine devir sözleşmesi, devreden ve devralan yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan üç taraflı bir işlem olduğundan, tarafların her birinin sözleşmenin tüm hak ve borçları ile devredileceği hususunda iradelerinin uyuşması aranır. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere, arsa sahibi bu onayı önceden veya sonradan da verebilir.

⁹⁹⁰ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1392.

⁹⁹¹ Y. 15. HD. 18.03.2002 T., 2001/5501 E., 2002/1188 K., Sinerji Mevzuat.

⁹⁹² Taşkın ve Şahbaz, s.4970.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekilde yapılması şart olduğundan, bu sözleşmenin devri için üçüncü kişiyle yapılan devir sözleşmesinin geçerliliği de, TBK m.205/3 hükmü gereği devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır⁹⁹³.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin devri üç taraflı bir işlem olup, TBK m.205/1 hükmü sözleşmede kalan tarafın sonradan sözleşmeye onay vermesi ile de sözleşmenin kurulacağını belirtmiş, ancak bu izin veya onayın şeklinin ne olacağını belirtmemiş ve bu sebeple örtülü bir boşluk ortaya çıkmıştır⁹⁹⁴. Bu durumda Oğuzman ve Öz, sözleşmede kalan tarafın, taraf sıfatını devreden ve devralanın uymak zorunda olduğu şekil şartına uyması gerekmeden verdiği izin veya onayla sözleşmenin geçerli olarak devredileceğini kabul etmektedir⁹⁹⁵. Aksi görüşteki yazarlar ise, sözleşmede kalanın rızasının sözleşmenin devri işlemi açısından kurucu olması sebebiyle, sözleşmede kalanın sonradan onay veya izin şeklinde verdiği irade beyanının 205/3 hükmünde geçen şekil şartına uyulması gerektiği savunmaktadır⁹⁹⁶. Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve bu sözleşmenin devri her ne kadar resmî şekle tabi olsa da örtülü olarak verilen irade beyanı ile de geçerli olacağını kabul etmiştir⁹⁹⁷. Örtülü olarak verilen onay, her ne kadar uygulama açısından daha pratik çözümler sağlasa da, hukuk kuralları göz ardı edilmektedir. TBK m. 205/3 hükmü açık şekilde devir sözleşmesinin, devredilen sözleşmenin şekline bağlı olduğunu düzenlemiştir. Tarafların irade beyanları sözleşmenin kurucu unsurlarındandır ve şekle bağlı yapılmalıdır. Ancak belirtildiği gibi, uygulamada arsa sahibinin önceden veya sonradan vereceği onayın resmî şekil şartına bağlı tutulması, arsa sahibinin sözleşmeyi devreden eski yüklenici ile uzlaşmasının zor olması sebebiyle sorunlar çıkarabilir. Kanuna da aykırı olmayacak en uygun çözüm, arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken sözleşmenin devrine önceden onay vermesi olur.

⁹⁹³ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1394; Oy ve Haşal, s.32.

⁹⁹⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.630.

⁹⁹⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.630.

⁹⁹⁶ Taşkın ve Şahbaz, s.4969; Çayan, s.59, 80.

⁹⁹⁷ Y. 15. HD. 17.01.2006 T., 2005/7150 E., 2006/52 K.: "...yüklenici Necati'nin sözleşmeden doğan haklarını S.H.F. İnşaat Limited Şirketine devrettiği, davacı arsa sahibinin de açmış olduğu bu davada S.H.F. Limited Şirketini hasım göstermek suretiyle devre muvafakat ettiği anlaşıldığından...", Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1393; Y. 15. HD. 12.04.2007 T., 2007/484 E., 2007/2400 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1392,1393.

1.2.3.3. Sonuçları

Sözleşmenin devrinin temel iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, devredilen sözleşmenin sona ermeyip varlığını devam ettirmesi; ikincisi taraf sıfatının değişmesi bir başka deyişle taraflardan birinin yerine başka birisinin geçerek sözleşmeden doğan hak ve yetkileri kullanabilir hale gelmesi, borç ve yükümlülüklerden sorumlu olmasıdır⁹⁹⁸. Gerçekten sözleşmenin devrinin sonucunda, daha önce belirtildiği gibi, sözleşmenin bir tarafı değişecek, fakat sözleşmenin tüm hükümleri değişmeden kalacak, yeni taraf değişmeyen tarafa karşı sözleşmeyi devreden bu sözleşmeden kaynaklanan tüm haklarına sahip, tüm borçlarıyla yükümlü ve yine bu sözleşmeye bağlı tüm yenilik doğuran hakları edinmiş olacaktır⁹⁹⁹. Görüldüğü üzere, sözleşmenin devrinde üzerinde tasarrufta bulunan olgu taraf sıfatıdır¹⁰⁰⁰.

1.2.3.3.1. Sözleşmedeki taraf sıfatının değişmesi ve eski yüklenicinin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin sona ermesi

Sözleşmenin devri ile, devreden sözleşmeye sahip olduğu bütün hak ve borçları, devralana geçirerek sözleşmedeki taraf sıfatına son verilmesi amaçlanmaktadır¹⁰⁰¹. Sözleşmenin devrinde bir taraf sözleşmeden tamamen ayrılır ve üçüncü bir kişi tamamen onun yerine geçer¹⁰⁰². Sözleşmenin devri sözleşmesinin yapılması ile eski yüklenici, arsa sahibine karşı bağımsız bölümlerin yapımı ve teslimi borcundan kurtulur ve yeni yüklenici bu borcun muhatabı haline gelir¹⁰⁰³. Devreden yüklenici sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar ve devralan yüklenici aynı sıfatla sözleşmenin tarafı olur¹⁰⁰⁴. Yargıtay, “Sözleşmenin İrfan’a devrine arsa sahibi davalının onay verdiği tarafların kabulündedir. Sözleşmenin devri halinde devreden sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar ve

⁹⁹⁸ Çayan, s.100; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.314; Bahadır, s.20.

⁹⁹⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.632; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.314; Taşkın ve Şahbaz, s.4998; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1183. Eğer sözleşmenin devrinden önce bu sözleşme ihlal edilmiş ve ihlal edenin karşı tarafı zararını tazmin etmekle yükümlü olmuşsa, sözleşmeyi devralan sözleşmeye katıldığı tarafa göre bu tazminatın borçlusu ya da alacaklısı olacaktır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.632.

¹⁰⁰⁰ Bahadır, s.20.

¹⁰⁰¹ Çayan, s.4.

¹⁰⁰² Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.96; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1391; Bahadır, s.20.

¹⁰⁰³ Turut, s.150; Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1391.

¹⁰⁰⁴ Duman, *İnşaat Hukuku*, s.319.

devralan aynı sıfatla sözleşmenin tarafı olur”¹⁰⁰⁵ diyerek, sözleşmenin devri ile devredenin taraf sıfatının sona erdiğini, devralanın onun yerine geçtiğini belirtmiştir.

Burada belirtilmesi gereken bir husus devir anıdır. Devrin gerçekleştiği an, devralanın taraf sıfatını kazanması ve devredenin yüklenicinin taraf sıfatını kaybetmesi açısından önemlidir¹⁰⁰⁶. Devir anı, kural olarak devir sözleşmesinin kurulması için gereken irade beyanlarının uyduğu an olup, sözleşmede kalanın önceden devir sözleşmesine rıza vermesinde de devralan ile devredenin rızasının uyduğu an devir gerçekleşmiş sayılmalıdır¹⁰⁰⁷. Ancak sözleşmede kalan sonradan rıza vermişse bu rıza ileriye etkili olup, devir sözleşmesi son işlemin tamamlandığı an meydana gelmiş olur¹⁰⁰⁸. Ayrıca sözleşmeyi bir kere devreden taraf, taraf sıfatını kaybettiği için artık aynı sözleşmeyi başkasına devredemez¹⁰⁰⁹.

Sözleşmenin devri ile birlikte alacak ve borçların devralana geçme anının tespiti de önemlidir. Sözleşmeyi devralan tarafın, taraf sıfatının sözleşmenin devriyle birlikte doğması sebebiyle, öğretideki genel kabule göre, devrin sonuçları ileriye etkili kabul edilmeli, bunun sonucu olarak, sözleşmenin devrinden önce doğan alacak ve borçlar sözleşmede kalan ile devreden arasında devam etmeli, sözleşmenin devrinden sonra doğan alacak ve borçlar ise devralan ile sözleşmede kalan arasında doğacağından devreden bunlardan sorumlu olmamalıdır¹⁰¹⁰. Ancak bu sonuç kanunda düzenlenmediğinden, aksini taraflar sözleşmede kararlaştırarak, doğmuş ve doğacak tüm hak ve borçlar için devralan sorumlu tutulabilir¹⁰¹¹.

Sözleşme devredilmeden önce sözleşmede kalanın herhangi bir sebeple sözleşmeyi iptal etme, sözleşmeden dönme veya feshetme hakkı ortaya çıkmışsa ve sözleşmede kalan tarafından devirden sonra ileri sürülecekse, bu konuların muhatabı ve yerine getirilmesi

¹⁰⁰⁵ Y. 15. HD. 03.11.2004 T., 2004/1391 E., 2004/5609 K., Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz.; Y. 15. HD. 12.04.2006 T., 2006/214 E., 2006/2180 K.: “Sözleşmenin devrinde, devreden sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar; devralan ise sözleşmenin tarafı olur.”, Sinerji Mevzuat.

¹⁰⁰⁶ Taşkın ve Şahbaz, s.4983; Çayan, s.95. Devir anı hakkındaki teoriler için bkz. Çayan, s.97 vd.; Bahadır, s.18.

¹⁰⁰⁷ Taşkın ve Şahbaz, s.4983; Çayan, s.98.

¹⁰⁰⁸ Taşkın ve Şahbaz, s.4984; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.282; Çayan, s.99.

¹⁰⁰⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2, s.633.

¹⁰¹⁰ Ayrancı, s.120; Taşkın ve Şahbaz, s.4985; Çayan, s.109; Bahadır, s.21.

¹⁰¹¹ Taşkın ve Şahbaz, s.4987; Çayan, s.109. Nitekim Y. 3. HD. 14.10.2004 T., 2004/9625 E., 2004/10945 K. nolu kararında taraflar sözleşmenin devri için düzenlenen temliknamede devir anından önce doğmuş tüm kira alacaklarına devralanın sahip olacağı kararlaştırılmıştır. Bkz. Taşkın ve Şahbaz, s.4987.

gereken işlemlerin yükümlüsü kural olarak, sözleşmede kalanın devre gösterdiği rıza bu hakları ortadan kaldırmadığı sürece, devralan taraftır¹⁰¹². Aynı zamanda irade fesatlığı gibi hallerde devir sözleşmesini devralan iptal ettirebilir ve bu halde asıl sözleşme, sözleşmede kalan ile devreden arasında iptalden etkilenmeyerek varlığını devam ettirir¹⁰¹³.

1.2.3.3.2. Sözleşmeden doğan bütün hak ve yükümlülüklerin devralan yeni yükleniciye geçmesi

1.2.3.3.2.1. Alacakların tüm imtiyaz ve fer'ileri ile birlikte devralan yükleniciye geçmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri neticesinde, sözleşmeden doğan tüm imtiyaz ve fer'ileri ile birlikte alacak hakları devralan yükleniciye geçer¹⁰¹⁴. Sözleşmenin devri, arsa sahibine karşı olan ve sözleşmede devreden yükleniciye düşeceği kararlaştırılan arsa paylarının veya bunlara isabet eden bağımsız bölümlerin devrini talep etme yönündeki alacak hakkının ve diğer alacak hakları devralan yeni yükleniciye geçmesi sonucunu doğurur.

Alacak haklarının geçmesinde, alacak hakkının doğduğu ana göre üç durum dikkate alınmalıdır. Birincisi, devir işleminden önce doğmuş ve sona ermiş alacak hakları sözleşmenin devrinden etkilenmemelidir¹⁰¹⁵. İkincisi, devirden önce doğmuş ve henüz sona ermemiş alacak hakları da devirden etkilenmemeli, alacaklıya geçmeden, devreden bu alacakların alacaklısı olmalıdır. Son olarak devir işleminden sonra doğacak alacak hakları devir işleminden etkilenecek devralana geçmeli ve devralan bu alacakların alacaklısı olmalıdır¹⁰¹⁶. Bu sebeple, sadece devir sözleşmesinden sonra doğan alacak hakları devralan yükleniciye geçmekte, bu alacaklar yeni yüklenicinin taraf sıfatı üzerinde doğmaktadır.

¹⁰¹² Çayan, s.107. Örneğin, irade fesadı hallerinde sözleşmede kalan taraf bu hali sözleşme devredilirken biliyorsa, sözleşmenin devrine gösterdiği rıza askıda geçersiz olan bu sözleşmeyi geçerli hale getirerek iptal hakkını ortadan kaldırmalıdır. Çayan, s.107.

¹⁰¹³ Ayrancı, s.115; Bahadır, s.20.

¹⁰¹⁴ Taşkın ve Şahbaz, s.4989; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.289.

¹⁰¹⁵ Devreden taraf sorumlu olacaktır. Ayrancı, s.120.

¹⁰¹⁶ Ayrancı, s.122; Çayan, s.111.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de, örneğin, sözleşme kurulurken arsanın tamamının veya yükleniciye düşecek arsa paylarının tamamının yükleniciye devredileceği kararlaştırılmış ve arsa sahibi söz konusu borcunu yükleniciye karşı ifa etmiş ise; artık yüklenicinin arsa sahibinden alacak hakkı kalmamış, sadece devredilen tapulara ipotek konulmuş ise ipoteği kaldırmasını talep etme hakkı kalmıştır. Bu sebeple bundan sonra yüklenicinin sözleşmeyi devretmesi halinde, yeni yüklenicinin arsa sahibinden, arsa paylarını devir konusunda alacak hakkı bulunmamaktadır. Bir örnek daha vermek gerekirse, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde kademeli devir kararlaştırılmış ve devreden eski yüklenici, inşaatı bir kısma kadar tamamlayıp, o kısımlara düşen arsa paylarını hak etmiş, ancak sonradan inşaatı yeni bir yükleniciye devretmiş ise, yeni yüklenici devirden önce doğan arsa paylarının devrini talep edemeyecektir. Sadece devirden sonra kendi tamamladığı kısımlara düşen arsa paylarını talep edebilecektir. Ancak taraflar devir sözleşmesinde aksini kararlaştırabilmelidir.

1.2.3.3.2.2. Yenilik doğuran hakların devralana geçmesi

Şahsa sıkı sıkıya bağlı olan ve devri yasak olan yenilik doğuran haklar dışındaki alacağa veya taraf sıfatına bağlı olan, devir anında mevcut olan veya devir anından sonra doğacak olan tüm yenilik doğuran haklar devralan yükleniciye geçer¹⁰¹⁷. Sözleşmeye ve dolayısıyla taraf sıfatına bağlı olan fesih, iptal, dönme gibi yenilik doğuran haklar sözleşmenin devredilmesi ile birlikte devralan yükleniciye geçmelidir¹⁰¹⁸. Alacağa bağlı olan muacceliyetin ihbarı hakkı gibi yenilik doğuran haklar ise, bağlı olduğu alacak devir anından sonra doğacak ise devralan yükleniciye geçmelidir. Devirden önce doğmuş, ancak sona ermemiş alacaklara ilişkin yenilik doğuran haklar devralan yükleniciye geçmemelidir.

1.2.3.3.2.3. Def'i ve itiraz haklarının devralana geçmesi

Devredilen sözleşmeden doğan ve devir sözleşmesinden önce asıl sözleşme açısından var olan ve devreden yüklenicinin şahsına bağlı olmayan def'i ve itirazlar sözleşmenin

¹⁰¹⁷ Ayrancı, s.131; Taşkın ve Şahbaz, s.4997; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.314; Çayan, s.116. Bir başka deyişle gelecekte doğacak alacaklar gerçek sahibi üzerinde doğacağından, tasarruf işlemleri hakkında öncelik ilkesi sözleşmenin devri işleminde uygulanmamakta ve bu sebeple ileride doğacak alacaklar üzerinde yapılan tasarruf işlemi sözleşmenin devrinden sonra geçersiz hale gelmektedir. Ayrancı, s.123,124.

¹⁰¹⁸ Ancak, doktrinde sözleşmeye ilişkin olan yenilik doğuran hakların sözleşmenin devri halinde ne olacağı hususunda farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşler için bkz. Çayan, s.119 vd.

devri ile birlikte arsa sahibi tarafından, artık devralan yeni yükleniciye karşı ileri sürülebilir¹⁰¹⁹. Aynı zamanda sözleşmenin devrinden sonra devralan yüklenici de sözleşmeden doğan, def'i ve itirazları sözleşmede kalan arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Örneğin, sözleşmede kalan arsa sahibi sözleşmeyi devralan yükleniciye karşı, sözleşmenin hiç doğmadığı, herhangi bir sebeple geçersiz olduğu itirazını veya zamanaşımı ve ödemelik def'ini ileri sürebilir. Devralan yeni yüklenici de arsa sahibine karşı aynı def'i ve itirazları ileri sürebilir¹⁰²⁰. Ancak arsa sahibi, devreden yüklenicinin şahsından kaynaklanan, def'i ve itirazları devralana karşı ileri süremez¹⁰²¹.

1.2.3.3.2.4. Teminatlar

Devreden tarafın borcu için verilen teminatlar ise sözleşmenin devri ile borcun sahibi değişeceğinden, ancak teminat verenlerin devir sözleşmesine ayrıca rıza göstermeleri halinde devam etmeli, aksi halde devir sözleşmesi ile son bulmalıdır¹⁰²². Bu sebeple sözleşmenin devrinin sonucunda, devreden yüklenici için arsa sahibine verilen banka teminat mektupları gibi teminatlar devrin gerçekleşmesi ile borcun sahibi değişeceğinden, hükümsüz kalır¹⁰²³. Ancak teminat ilk yükleniciye verilirken veya devirden önce herhangi bir vakitte yapılacak bir beyan ile teminatın devir halinde yeni yüklenici için de geçerli ve bağlayıcı olduğunun kabulü halinde, yeni devralan yüklenici için de söz konusu teminat geçerli olmalıdır¹⁰²⁴. Sözleşmede kalanın borcu için verilen teminatlar ise sözleşme devredilse de devam eder.

1.2.3.3.2.5. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin devralana geçmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesini bütünüyle devreden yüklenici, kural olarak devir işlemine kadarki borçlardan sorumludur¹⁰²⁵. Devirden sonraki dönem için ise

¹⁰¹⁹ Ayrancı, s.145; Çayan, s.125; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.314.

¹⁰²⁰ Çayan, s.125,126; Taşkın ve Şahbaz, s.5000.

¹⁰²¹ Ayrancı, s.145,146; Çayan, s.128. Sözleşmede kalan tarafın devreden şahsına karşı sahip olduğu tüm def'i ve itirazları devralana karşı ileri sürebileceğine ilişkin anlaşma yapması geçersiz olmalıdır. Ayrancı, s.147; Çayan, s.129.

¹⁰²² Ayrancı, s.147, 148; Taşkın ve Şahbaz, s.4989,4990; Çayan, s.129. Kefalet sözleşmelerinde TBK m. 584 hükmüne göre, kefilin eşinin de rızasının alınması gereklidir. Taşkın ve Şahbaz, s.4990. Bir alacak için teminat gösteren aynı zamanda sözleşmenin devri sözleşmesinde devralan sıfatındaysa ayrıca rıza göstermesine gerek kalmamakta, devir sözleşmesi ile rızanın verildiği varsayılmaktadır. Taşkın ve Şahbaz, s.4991.

¹⁰²³ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1394.

¹⁰²⁴ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1394.

¹⁰²⁵ Hatemi ve Gökyayla, s.392; Ayrancı, s.116; Yavuz, N., *Yenilikler*, s.284.

sözleşmeyi bütünüyle devralan yüklenici sorumlu olmalıdır. Bu sebeple kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri, yüklenicinin inşaatı zamanında başlama ve zamanında bitirme borcu, inşaatı bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma borcu, sadakat ve özen borcu, inşaatı ayıpsız teslim borcu gibi bütün borçlarının devralan yükleniciye devredilmesi sonucunu doğurmaktadır. Devir sonucu devralanın sözleşmeyi devredene halef olmakta ve halefiyete bağlı olan sonuçlar doğmaktadır¹⁰²⁶.

1.2.3.3.2.6. Sözleşmenin devrinden önce yapılan alacağın devri sözleşmesinin durumu

Uygulamada karşılaşılabilecek en önemli sorunlardan birisi de, kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduktan sonra yüklenicinin alacak haklarını alacağın devri suretiyle üçüncü kişiye devretmesi, ancak sonradan sözleşmeyi de tamamen üçüncü bir yükleniciye devretmesi halidir. Bu durumda sözleşmeyi devreden yüklenicinin yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağının devri sözleşmesinin ne olacağı sorunu ortaya çıkar.

Yukarıda da izah edildiği üzere sözleşmenin devrinden önce alacaklı, alacak hakları üzerinde bir tasarrufta bulunmuşsa ve bu alacak devirden önce doğmuşsa bir sorun teşkil etmez¹⁰²⁷. Ancak alacak devirden önce doğmamış ve muhtemel doğacak bir alacak ise bu yapılan tasarruf işleminin sonuç doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır¹⁰²⁸. Nitekim kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğacak olan bağımsız bölümlerin devrine ilişkin alacak hakkı henüz doğmamış ancak doğması muhtemel bir alacak hakkı olduğundan bu tartışmalar kapsamına girer.

¹⁰²⁶ İnan ve Yücel, s.541,542; Çayan, s.19. Buradaki halefiyet iradi ve cüzi bir halefiyettir. İnan ve Yücel, s.541; Çayan, s.22; Uygur, *Borçlar*, C.1, s.1095. Borç kural olarak, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gerekse de, TBK m.82 hükmüne göre borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati söz konusu değilse, borçlu şahsen ifaya mecbur olmayıp bazı durumlarda üçüncü kişinin ifası ile borç sona erebilir. Bu duruma halefiyet ilkesi denmektedir ve bu ilkeye göre borcunu ödeyen üçüncü kişi ödediği miktarı borçluya rücu etmekte, alacaklının sahip olduğu tüm asli ve fer'i haklara halef olmaktadır. Bu durumda sözleşmeyi devralan taraf, devreden haklarına ve borçlarına halef olmuş iken, sözleşmeyi devreden taraf ise selef konumunda olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çayan, s.15 vd. Halefiyete dayanan rücu hakkı herhangi bir rücu hakkına nazaran daha avantajlıdır. Çayan, s.17. Rücu hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dağdelen, s. 156 vd.

¹⁰²⁷ Örneğin, yükleniciye düşecek bağımsız bölümlerin kademeli devri kararlaştırılmış ve eski yüklenici de inşaatı belli bir aşamaya kadar getirip kendisine düşen bağımsız bölümleri hak etmiş bu bölümler üzerindeki alacağını önceden veya sonradan devretmiş ise bu devir geçerli olur.

¹⁰²⁸ Çayan, s.112.

Bir görüşe göre, devirden önce devreden henüz doğmamış alacakları üzerinde tasarrufta bulunması, sözleşmenin devri işlemi de bir tasarruf işlemi olduğundan ve tasarruf işlemlerinde öncelik ilkesi geçerli olduğundan, geçerli olmalıdır. Bu sebeple alacak üzerinde bulunduğu tasarruf sonrası sözleşmeyi devretmesi bu işlemi geçersiz hale getirmemelidir¹⁰²⁹. Ancak aksi görüşlere göre, henüz doğmamış bir alacakla ilgili yapılan devirde alacağın doğduğu anda devreden sözleşmenin tarafı olmayacak olması, alacak üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırdığı için alacağın devri hükümsüz sayılmalı ve tüm alacakların sözleşmeyi devralan yüklenici nezdinde doğacağı kabul edilmelidir¹⁰³⁰.

Söz konusu sorun ve tartışmalar arsa sahibinin sözleşmeyi devrederek yerine yeni malikin geçmesi durumunda, arsa sahibinin devirden önce alacağı devretmesi halinde de geçerlidir. Zira ortada sözleşmenin devri işleminden önce yapılan alacağın devri işlemi vardır. Erman, arsa sahibi açısından durumu değerlendirerek; alacak hakkını devralan üçüncü kişinin, arsa sahibine karşı alacağın devri sözleşmesi gereği ileri süreceği tescil isteğinin nisbî bir hak olduğunu; bu hakkın, taşınmazın üçüncü kişiye geçmesi ile sözleşme ilişkisinin ona devredilmesi halinde yeni malike karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir¹⁰³¹.

Kanaatimize göre ise, sözleşmenin devri işleminden önce yapılan alacağın devri sözleşmesi, sözleşmenin devri ile birlikte geçersiz olmalıdır. Zira alacağın devri sözleşmesi nisbî nitelikte olduğundan, sadece sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülmektedir. Bu sebeple alacağın devri sözleşmesinin tarafı olmayan, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yeni yükleniciye karşı ileri sürülememelidir. Ayrıca sözleşmenin devrinden sonra doğan alacaklarda, alacak doğduğu anda, eski yüklenici söz konusu alacak hakkı üzerinde tasarruf hakkına sahip olmamakta, bu hak yeni yüklenici üzerinde doğmakta, bu sebeple yapılan tasarruf işlemi geçersiz olmaktadır. Her ne kadar yükleniciden (veya arsa sahibinden) bağımsız bölüm alacağı devralan üçüncü kişiler bu sonuçtan zarar görse de, sözleşmeyi devralan yeni yüklenicinin (veya yeni arsa sahibinin) zarar görmemesi daha öncelikli olmalıdır. Alacağın devri

¹⁰²⁹ Çayan, s.112.

¹⁰³⁰ Ayrancı, s.123,124;Taşkın ve Şahbaz, s.4993.

¹⁰³¹ Erman, *Arsa*, s.196. Bu durumda alacak hakkını devralanın kendisine alacağını devreden eski yükleniciye karşı tazminat davası açarak bağımsız bölümün dava tarihindeki değerini talep edebileceğini kabul etmektedir. Erman, *Arsa*, s.197; Kırmızı, s.724.

sözleşmesi ile devraldığı alacağı, sözleşmenin devrinden dolayı sonuçsuz kalan üçüncü kişi, alacağı devraldığı eski yükleniciye (veya arsa sahibine) tazminat davası açabilmelidir¹⁰³².

1.2.3.4. Yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmenin devri

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafından devri çeşitli sebeplerle uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur. Genelde, inşaatı bitirmekte zorlanan veya hiç inşaatla başlayamayan, gerekli finansmanı sağlayamayan yüklenici arsa sahibinin de rızası ile üçüncü bir kişiye sözleşmeyi devrederek sözleşme ilişkisinden çıkmaktadır. Bu sayede arsa sahibinin daha fazla zarara uğramasının, inşaatın yarım kalmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Zira arsa sahibi genellikle, yüklenicinin inşaatı sözleşmenin ileriye etkili feshi için gerekli düzeye getirememesi sebebiyle geçmişe etkili feshetmesi halinde yapılan kısmın kaldırılmasının zaman ve masraf alması, fesih halinde açılacak davanın uzun bir süre gerektirmesi gibi sebeplerle böyle bir uzlaşmaya hazırdır. Ancak inşaatı tamamlamayan yükleniciye imara uygun yapılan kısım için bedel ödemek arsa sahibi tarafından genelde kabul edilmemektedir. Bunun için en uygun çözüm, yüklenicinin arsa sahibinin rızasıyla sözleşmeyi üçüncü kişiye devretmesi ve devralan üçüncü kişinin imara uygun kısım için devreden yükleniciye bedel ödemesidir. Bu durumda kusursuz olan arsa sahibinin en az zararla inşaatın devamını sağlamış olur. Nitekim borcun üstlenilmesi gibi diğer kurumlara göre de sözleşmenin devri daha pratik sonuçlar doğurmaktadır.

Uygulamada bir de inşaatı yapacak mali gücü olmayan yüklenicinin; başlangıçta arsa sahibi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapması ve bu sözleşmede sözleşmenin devri de dahil olmak üzere her türlü yetkiyi alması, daha sonra bir kooperatif veya başka bir yükleniciyle arsa sahibi sıfatıyla yeni bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurması ile karşılaşılmaktadır. Bu durumda sözleşmenin devri değil, ilk kat karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme söz konusudur ve her sözleşmeye kendi hükümleri uygulanmalıdır¹⁰³³.

¹⁰³² Erman, *Arsa*, s.197.

¹⁰³³ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1402; Y. 15. HD. 12.05.2005 T., 2004/4188 E., 2005/2981 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1402,1403. Nitekim ikinci sözleşme tarafların iradesine göre yorumlanmalı, yüklenicinin ilk sözleşmeden çıkma iradesinin olup olmadığına bakılmalıdır.

1.2.4. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibi tarafından devri

1.2.4.1. Genel olarak

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan arsa sahibinin çeşitli sebeplerle sözleşmeyi devretmek istemesi mümkündür. Arsa sahibinin sözleşmeyi devretmesinde de Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerde düzenlenen sözleşmenin devri hükümleri uygulanmalı, bu kapsamda yukarıda izah edilen hüküm ve sonuçlar burada da geçerli olmalıdır.

Arsa sahibinin sözleşmeyi devretmesinde yüklenicinin rızasının aranması hususuna özellikle değinmek gerekir. Arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesini devretmesinde yüklenicinin bir menfaati yoktur, kat karşılığı inşaat sözleşmesi açısından arsa sahibinin kişiliğinin de bir önemi yoktur¹⁰³⁴. Bu sebeple Yargıtay'ın arsa sahibinin sözleşmeyi devretmesi için yüklenicinin rızasını aradığı kararları bulunduğu gibi¹⁰³⁵, yüklenicinin rızasını aramadığı, arsa sahibinin tapudan üçüncü kişiye yapılan devir ile üçüncü kişinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinin doğrudan tarafı olduğu yönünde kararları da bulunmaktadır¹⁰³⁶. Arsa sahibinin sözleşmeyi devretmesi sonucunda devralan arsa sahibinin halefi olmakta ve yukarıda izah edilen halefiyete bağlı tüm sonuçlar burada da doğmaktadır¹⁰³⁷.

¹⁰³⁴ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1398.

¹⁰³⁵ Y. 15. HD. 28.03.2012 T., 2011/4126 E., 2012/1952 K.: “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini yapan paydaşlardan birinin sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlarını devretmesi ve yüklenicinin de bunu kabul etmesi halinde, devralan sözleşmenin tarafı konumuna gelir.*”, Nomer, s.369. Eski Borçlar Kanunu döneminde tarafların ve borç ilişkisini devralanın onayı alınmakta idi. Nomer, s.369.

¹⁰³⁶ Y. 15. HD. 09.09.2009 T., 2008/4222 E., 2009/4553 K.: “*Dosyada bulunan 15.07.1998 tarihli arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesini arsa sahibi olarak Mustafa ile M. Akif imzalamışlardır. Arsa sahibi M. Akif'in 27.09.2001 tarihinde sözleşmeden doğan tüm haklarını Mustafa'ya devretmesi sonucu Mustafa sözleşmenin tarafı konumuna gelmiştir.*”, Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 12.01.2004 T., 2003/3343 E., 2004/64 K. Sinerji Mevzuat; Y. 15. HD. 25.09.2002 T., 2002/2218 E., 2002/4160 K., Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1398.

¹⁰³⁷ Y. 15. HD. 28.03.2012 T., 2012/4126 E., 2012/1952 K.: “*...yapılan bu devrin sadece daire satımına ilişkin olmadığı, sözleşmeden doğan bütün hak ve borçları da kapsadığı anlaşılmaktadır...Dava dışı arsa maliki Hörü tarafından 27.10.2008 tarihli belgede yazılı olan işler sadece daire satışına ilişkin olmayıp, sözleşmeden doğan hakların devrini içerdiğinden, davacı Elif arsa paydaşı Hörü'nün halefi konumunu almıştır.*”, Duman, *Inşaat Hukuku*, s.320. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD. 12.01.2004 T., 2003/3343 E., 2004/64 K., Sinerji Mevzuat.

1.2.4.2. Arsanın mülkiyetinin yeni malike geçmesi

Arsa sahibinin arsayı satması halinde, yeni malikin kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olduğu, tüm hak ve borçları ile kat karşılığı inşaat sözleşmesinin doğrudan yeni malike geçip geçmeyeceği tartışılmalıdır. TBK m. 205 hükmüne göre sözleşmenin de yeni malike devri için karşı taraf olan yüklenicinin devre onay vermesi gereklidir. Yargıtay ise, “*Bu sözleşmede H. A.'da arsa sahibi olarak taraftır. Dosyadaki tapu kaydı tedavüllerinden bu kişinin arsa payını dava dışı H. A.'a, onun da 29.4.1998 tarihinde davacı B. D.'e satarak devrettiği anlaşılmaktadır. Davacı tapuda pay devralmak suretiyle sözleşmeyi imzalayanlardan H. A.'ın halefi olduğundan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde akit olarak imzası olmasa bile fesih isteminde bulunabilir.*” şeklindeki ifadelerle, yeni malikin kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin imzası bulunmasa bile pay devralarak sözleşmeye taraf olacağını belirtmiştir¹⁰³⁸. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi gibi nisbî nitelikteki sözleşmeler, tapuya şerh verilmedikleri sürece üçüncü kişilere karşı ileri sürülememekte sadece taraflarını bağlamaktadır. Bu sebeple sözleşmeye konu mülkiyeti devralan yeni malik, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi olduğundan, sözleşme yeni malike karşı ileri sürülememelidir¹⁰³⁹. Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsayı devralan yeni malikin, eski malik ile yüklenici arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine başka işleme gerek kalmaksızın taraf olduğu yönündeki bu karar ve Yargıtay’ın bu görüşü isabetli değildir. Yeni malikin, mülkiyeti devraldığında kat karşılığı inşaat sözleşmesini devraldığının sayılması için yüklenicinin de bu sözleşmeye taraf olması gereklidir. Sütçü’ye göre arsa sahibi ile üçüncü kişi arasında şekle aykırı olarak yapılan devir sözleşmesine karşı gelmeyen yüklenici de devre örtülü olarak rıza göstermiş sayılmalı ve devralan üçüncü kişi sözleşmeye taraf olmalıdır¹⁰⁴⁰. Serozan’a göre ise kural olarak eşyanın mülkiyeti el değiştirdiğinde eşyayla bağlantılı sözleşme ilişkileri de tümüyle devredildiği TBK m.202,310 hükümlerinden çıkarılmalı ve burada, kanun gereği sözleşme devri kabul edilmelidir¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁸ Y. 15. HD. 12.01.2004 T., 2003/3343 E., 2004/64 K., Sinerji Mevzuat.

¹⁰³⁹ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, sınırlı sayıda olan tapuya şerh verilecek haklar arasında düzenlendiğinden (TMK m. 1009), tapuya şerh verilerek etkisi kuvvetlendirilebilecektir. Bu durumda ise kat karşılığı inşaat sözleşmesi üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğinden, arsanın sahibi yeni malike karşı da sözleşme ileri sürülebilecektir.

¹⁰⁴⁰ Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2, s.1398.

¹⁰⁴¹ Serozan, s.35.

Kanaatimize göre, arsanın mülkiyetinin yeni malike geçmesi halinde Kanun, kira sözleşmesinde düzenlediği gibi yüklenicinin rızası olmadan sözleşmenin devredilebileceğini açıkça düzenlemelidir. Aksi halde doğrudan sözleşmenin devredildiğinin kabulü mümkün değildir. Nitekim TBK m. 310 hükmü, kiralananın, kira sözleşmesinin kurulmasından ve kullanımının kiracıya bırakılmasından sonra herhangi bir sebeple eldeğiştirmesi halinde yeni malikin doğrudan sözleşmenin tarafı olacağını düzenleyerek, sözleşmenin devrine ilişkin genel hükümlerden ayrılmıştır¹⁰⁴². Aksi halde kira sözleşmesi de nisbî nitelikte olduğundan, yeni malike ileri sürülmesi mümkün olmamalıydı ve yeni malik mülkiyet hakkına dayalı olarak kiralananı talep edebilirdi¹⁰⁴³. Aynı şekilde kanun koyucu tarafından kira sözleşmesine ilişkin TBK m. 310 hükmü ile aynı içerikte en azından eser sözleşmelerine ilişkin hüküm düzenlenmez ise, eser sözleşmelerinde ve dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsanın yeni malikine karşı nisbî nitelikteki sözleşme ileri sürülemeyeceğinden, ancak karşı tarafın onayı ile sözleşmenin devri, TBK m. 205 hükmüne göre mümkün olur.

2. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE HUKUKİ İŞLEM DIŞINDAKİ HALLERDEN KAYNAKLANAN TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

Türk Borçlar Kanunu m. 183 ve devamı hükümlerde düzenlenen taraf değişiklikleri, taraf iradelerine dayanan, bir başka deyişle hukukî işlemle yapılan değişikliklerdir. Bir de kanunî ve yargısal taraf değişiklikleri vardır ki, bu hallerde hukukî işlem ile değil, kanunun öngördüğü hukukî bir olay ile kendiliğinden sözleşmelerin taraflarının değişmesi söz konusudur. Yargısal yolla taraf değişikliği, mahkeme kararı sonucunda gerçekleşen taraf değişikliğidir. Bu taraf değişiklikleri, sözleşme ilişkisindeki tarafın gerçek anlamda değişmesini sağlamaktadır.

Kira ilişkisinin devri (TBK m.323), hizmet ilişkisinin devri (TBK m.428,429), ticari işletmenin devri (TTK m.11/3) gibi devirler Kanun hükümlerinde düzenlenen taraf değişiklikleridir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrine ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte mirasa, iflasa, eşyaya bağlı haklara ve rehinli

¹⁰⁴² Bkz. Gümüş, *Kira*, s.140 vd.

¹⁰⁴³ Gümüş, *Kira*, s.140.

taşınmazın devrine ilişkin özel hükümler kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de geçerli olmalıdır¹⁰⁴⁴.

Çalışma konumuz açısından kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde karşılaşılabilecek hukukî işlem ile gerçekleşen taraf değişiklikleri üzerinde durulmuştur. Bu başlık altında ise kat karşılığı inşaat sözleşmesinde hukukî bir olay neticesinde gerçekleşen taraf değişiklikleri üzerinde kısaca durulacaktır.

2.1. Taraflardan Birinin İflası

2.1.1. Yüklenicinin iflası

İnşaat işleri genellikle şirket niteliğindeki yükleniciler tarafından üstlenilmektedir. Bu şirketlerin ölümü değil, iflası söz konusu olmaktadır¹⁰⁴⁵. İflas malvarlıklarının tasfiyesine ilişkin bir süreç olup, burada asıl amaç alacaklıların tatmin edilmesidir. Yüklenicinin veya iş sahibinin iflası, eser sözleşmesinin ve dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme sebebi değildir¹⁰⁴⁶. Ancak iflasın açılması ile birlikte müflisin mal ve hakları üzerinde tasarruf yetkisi kalkmaktadır¹⁰⁴⁷.

Yüklenicinin iflası ile kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak ve borçlara ilişkin yetkilerinin kalkması neticesinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devam edip etmeyeceğine, alacaklılar toplanmasının İİK m. 224 hükmüne göre alınan karara göre tayin edilmesi gereklidir¹⁰⁴⁸. Alacaklılar toplanması müflis yüklenicinin işlerine devam etmemesine karar verirse, kat karşılığı inşaat sözleşmesi sona ermeli, yüklenici kusuru ile iflas etmiş olsa bile inşaatın o zamana kadar yapılan kısmı kullanmaya elverişli ise

¹⁰⁴⁴ Nitekim, TMK m. 204 hükmüne göre “Mirasın paylaşılması ve rehinli taşınmazların devri konusundaki borcun üstlenilmesine ilişkin özel hükümler saklıdır”. Bu durumda mirasın paylaşılmasına ilişkin TMK m.681 ve ipotek edilmiş taşınmazı iktisap eden üçüncü kişinin borcu üzerine almasına ilişkin TMK m.888-890 hükümleri uygulanacaktır.

¹⁰⁴⁵ Selimoğlu, s.481.

¹⁰⁴⁶ Erdal **Tercan**, *İflâsın Sözleşmelere Etkisi*, Adil Yayınevi, Ankara 1996, s.223; Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.341; Baki **Kuru**, *İcra İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.1255.

¹⁰⁴⁷ Karadaş, s.529.

¹⁰⁴⁸ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.341; Selimoğlu, s.481.

arsa sahibi zenginleşmesi oranında ilgili kısmın bedelini masaya ödemekle yükümlü olmalıdır¹⁰⁴⁹.

Alacaklılar toplanması müflis yüklenicinin işlerine iflas idaresinin denetiminde devam etmesine karar verirse, iflas idaresi yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı hallerde onun yerine sözleşmeye girebilir¹⁰⁵⁰. Sözleşmenin tarafı artık iflas idaresi olur¹⁰⁵¹. Bu durumda iflas neticesinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı değişmiş olacaktır. Bu taraf değişikliği de mutlak anlamda taraf değişikliği olup iflas idaresi sözleşmenin yüklenici tarafına ilişkin tüm hak ve borçlarını üzerine almaktadır.

İflas idaresinin kat karşılığı inşaat sözleşmesine devam etmesi halinde, iflas idaresi aynen ifaya karar verebilir veya reddedebilir¹⁰⁵². Aynen ifaya karar vermesi halinde sözleşmeden doğan yükümlülükleri üzerine almış olmaktadır¹⁰⁵³. Bu sebeple işin devamı için borcun şahsen ifası şart olmadığı durumlarda, yüklenicinin yarım kalan borcun ifasında yardımcı kimse kullanabilir veya üçüncü bir kimse tarafından ifa edilmesini sağlayabilir¹⁰⁵⁴. Bu kapsamda iflas idaresi, yeni bir yüklenici ile anlaşarak sözleşmenin devamını sağlayabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yeni tarafı iflas idaresi olduğundan, yeni yüklenici ile böyle bir sözleşme imzalaması, arsa sahibinin de onayı ve diğer şartların varlığıyla borcun üstlenilmesi sözleşmesi sayılabileceği gibi, sözleşmenin devri de sayılabilecektir. Bu sebeple iflas idaresinin yeni yüklenici ile yaptığı sözleşmeye, bu sözleşme sadece inşaat yapım borcunun üstlenilmesini kapsıyor, diğer hak ve yükümlülükleri iflas idaresi üzerinde bırakıyorsa borcun üstlenilmesi sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu sözleşme, tüm hak ve borçların yeni yükleniciye devrini içeriyor ise sözleşmenin devrine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

¹⁰⁴⁹ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.341; Selimoğlu, s.477. Eğer arsa sahibi, yükleniciye daha önce yarım kalmış inşaatın değerinden daha fazla avans verişse aradaki farkı, masaya imtiyazsız alacak olarak kaydettirmelidir. Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.341.

¹⁰⁵⁰ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.342.

¹⁰⁵¹ Karadaş, s.530; Aydemir, s.457,458.

¹⁰⁵² Sözleşmenin aynen ifasına karar verilebilmesi için; bu kararın masa yararına olması, seçme hakkının gerçekleşmiş olması, borcun başkası tarafından ifa edilebilmesi ve karşı taraf teminat istemiş ise teminatı göstermesi şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bkz. Tercan, s.93 vd, 231. Aynen ifanın reddi kararı sözleşmeyi sona erdirmemekte, aynen ifa edilmesine ilişkin talep hakkının yerine tek taraflı bir zararı tazmin talebi içermesi sonucunu doğurmaktadır. Tercan, s.137,232.

¹⁰⁵³ Tercan, s.103.

¹⁰⁵⁴ Tercan, s.104. Hatta bazı şartlarla, borç müflis tarafından dahi masa adına ifa edilebilir. Tercan, s.104. Müflisin şahsen ifa etmesi gereken borçlarda iflasın sözleşmeyi sona erdirmesi yerine, iflas idaresinin aynen ifaya karar vererek, uygun bir ücret karşılığında, yarım kalan işi müflise yaptırması alacaklının menfaatine sonuç doğuracaktır. İflas idaresine bu konuda seçme hakkı tanınmalıdır. Zira iflas idaresinin tek ölçütü masanın menfaatleridir. Tercan, s.50,112.

Bütün bunların neticesinde, sözleşmenin aynen ifası gereği gibi yapılmazsa, arsa sahibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararı masa alacağı olarak ileri sürebilecektir¹⁰⁵⁵.

İflas idaresinin sözleşmeye devamı halinde, arsa sahibine müflis yüklenici yerine iflas masası ad ve hesabına inşaatı tamamlama işini verip veremeyeceği sorusu akla gelmektedir. TBK m. 113 hükmüne göre, yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilecektir. Bu durumda, sözleşmeye devam eden iflas masasının yarım kalan işini masrafı iflas masasına ait olmak üzere arsa sahibinin kendisinin yapmasına veya başkasına yaptırılmasına izin verilebilecektir. Bu durumda nama ifa davası açılmalı, masrafı iflas masasına ait olmak üzere arsa sahibine yetki verilmelidir¹⁰⁵⁶. Nama ifa sonucunda doğan hak ve borçlar iflas masası üzerine doğmalıdır¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ Tercan, s.96.

¹⁰⁵⁶ Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde nama ifa davası açılması yönünde kararlar için bkz. Y. 23. HD. 28.03.2017 T., 2016/6308 E., 2017/967 K.: “Davacıların, sözleşme kapsamında kalan eksik işlerin tamamlanması, yapı ruhsatı alınması için yapılacak giderlerin ödenmesi, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçlarının ödenmesi ve yapı denetim şirketine bedel ödenmesine yönelik taleplerin tamamı, sözleşmenin aynen ifası kapsamında kalan, tasfiyeye yönelik taleplerdir. TBK’nın 113/1. fıkrasındaki “yapma borcu” ibaresi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sadece eksik inşaatın yapılması şeklinde değil; sözleşme gereğince yüklenici tarafından inşaatla ilgili yapılması gereken tüm işlemlerin yapılması şeklinde anlaşılması gerekir. Bu yorum tarzına göre, yüklenici tarafından yapılması gereken ancak yerine getirilmeyen tüm işlemlerin, masrafı yükleniciye ait olmak üzere arsa sahibi tarafından yapılmasına karar verilebilir. Somut olayda talebe rağmen, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borcun ödenmesi ile yapı denetim şirketine hizmet bedeli ödenmesi için arsa sahibine nama ifa kapsamında yetki verilmemesi doğru olmamıştır.” Sinerji Mevzuat; Y. 23. HD. 04.05.2017 T., 2016/156 E., 2017/1330 K.: “Davacı, taraflar arasındaki 08.11.2005 günlü sözleşme gereğince davalı yüklenicinin edimlerini yerine getirmediğinden bahisle, bu edimlerin davalı adına davacı tarafından yerine getirilmesi için, davalı yükleniciye sözleşme gereğince isabet eden 14 ve 15 numaralı bağımsız bölümlerin satışına izin verilmesini istemiştir. Bu istem, hukuki niteliği itibarıyla TBK’nın 113. (BK md. 97) maddesi hükmünde düzenlenen nama ifa talebidir. Buna göre, borçlu, sözleşmeden kaynaklanan edimlerini tam olarak yerine getirmediği takdirde, alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere, edimin kendisi veya başkası tarafından yerine getirilmesini isteyebilir. Somut olayda, davacı arsa sahibi, mahkemece verilen yetki üzerine yapı kullanma izin belgesi alınması için gerekli iş ve işlemleri yapmak üzere, dava dışı İlke..Ltd. Şti. ile sözleşme imzalamış, bu sözleşme uyarınca anılan şirket lehine senet düzenlemiş, mahkemece, bu senet miktarının ödenmesi amacıyla, nama ifaya izin talebi kabul edilmiş ve 15 numaralı dairenin satışına izin verilmiştir.” Sinerji Mevzuat.

¹⁰⁵⁷ Yargıtay kat karşılığı inşaat sözleşmesinde açılan nama ifa davasında, yüklenicinin iflası halinde iflas masasının davayı takip yetkisinin olacağını, şu ifadelerle belirtmiştir: “Davayı takip yetkisi, maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukundaki karşılığını oluşturur. Ayrıca, bu kavram, davada taraf olmadığı hâlde kanun gereği taraf gibi davranmakla görevli kılınmış olanların hukukî konumlarının açıklanmasında başvurulacak bir kavram konumundadır. Kural olarak taraf ehliyeti ve dava ehliyeti bulunan kişinin dava takip yetkisi vardır. Ancak bazı istisnai durumlarda davada taraf

Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği eser sözleşmelerinde de, yüklenicinin iflası eser sözleşmesini sona erdirmez. Ancak bu durumda iflas idaresi sözleşmenin aynen ifasını sağlayamaz. İflas idaresi bu durumda karşı tarafın ve masanın yararına olarak müflise uygun bir ücret vererek, onun eseri aynen yapması isteyebilir¹⁰⁵⁸. Aksi halde iş sahibinin alacağının karşılığı iflas masasına yazılır.

Arsa sahibi, yüklenicinin iflası üzerine iflas idaresinin sözleşmeye devam etmesi durumunda, özellikle ayıba karşı tekeffülden doğacak haklarını karşılamak için sözleşmeye devam etmek isteyen iflas idaresinden bir teminat göstermesini isteyebilir (TBK m. 98; İİK m.198). İflas idaresi uygun sürede teminatı göstermez ise arsa sahibi sözleşmeden TBK m. 98 hükmüne dayanarak sözleşmeyi feshedebilir veya sözleşmeden dönebilir¹⁰⁵⁹. Teminat talebi, iflas masasına yöneltildiğinden söz konusu teminat masa borcu olarak gösterilir¹⁰⁶⁰.

2.1.2. Arsa sahibinin iflası

Kural olarak iş sahibinin iflası ile de eser sözleşmesi son bulmaz. Yüklenici eseri iflas anında tamamlayarak iş sahibine teslim etmişse, alacağını sadece iflas masasına iflas alacağı olarak yazdırabilir¹⁰⁶¹. İflas idaresi de bu durumda genelde aynen ifaya karar vermemekte, masanın dağıtım yaptığı oranda ödenmesi için iflas alacağı olarak masaya yazdırmaktadır¹⁰⁶². Yüklenici de eseri teslim etmemişse, sözleşmeyi feshedebilir, ancak, yüklenicinin istemi doğrultusunda, iflas masası teminat göstererek sözleşmeye girebilir¹⁰⁶³. Yüklenici de TBK m.98 hükmü gereği ifa güçsüzlüğü nedeniyle teminat talep edebilir, verilmezse sözleşmeyi feshedebilir veya sözleşmeden dönebilir¹⁰⁶⁴.

olarak gösterilen kişinin taraf ve dava ehliyeti olmasına rağmen dava takip yetkisi olmayabilir. Örneğin hakkında iflas kararı verilen kişinin taraf olduğu hukuki davalarda da istisnai durumlar dışında davayı takip yetkisi iflas idaresine aittir.", Bkz. Y. 23. HD. 06.07.2015 T., 2015/2825 E., 2015/5303 K., Sinerji Mevzuat.

¹⁰⁵⁸ Bkz. Tercan, s.229.

¹⁰⁵⁹ Tandoğan, *Borçlar*, C.2, s.342; Selimoğlu, s.477; Kuru, *El Kitabı*, s.1255; Tercan, s.96; Kaplan, s.263; Aydemir, s.458.

¹⁰⁶⁰ Tercan, s.96.

¹⁰⁶¹ Kuru, *El Kitabı*, s.1255; Tercan, s.224. Yüklenici iflasın açılmasından önce taşınmaz üzerinde kanni ipotek hakkını süresinde tescil ettirmişse, alacağı rehinli bir alacak olacak, rehinli alacaklara ilişkin hükümler uygulanacaktır. Geçici olarak tescil edilmiş ise yüklenicinin alacağından tartışmalı olan kısım için iflas idaresi karar vermeli, kabul edilen kısım rehinli alacak olarak dikkate alınmalı, reddedilen kısım için ise yüklenicinin dava açması gerekmektedir. Tercan, s.224.

¹⁰⁶² Tercan, s.224.

¹⁰⁶³ Kuru, *El Kitabı*, s.1255. Bkz. Tercan, s.225,226.

¹⁰⁶⁴ Kaplan, s.263; Selimoğlu, s.476.

Yüklenici sözleşmeyi feshetmez, yüklenicinin istediği teminatı göstererek iflas masası sözleşmeye taraf olur ise, sözleşmenin aynen ifasına karar vererek arsa sahibinin borçlarından dolayı yükleniciye karşı sorumlu olur. Ancak aynen ifa için yeterli malvarlığı bulunmuyorsa ve yüklenici sözleşmeyi feshetmemişse, aynen ifayı reddedilip, yüklenicinin zararı iflas alacağı olarak masaya yazdırılabilir¹⁰⁶⁵.

2.2. Taraflardan Birinin Ölümü

2.2.1. Yüklenicinin ölümü

Yüklenicinin şahıs olması durumunda, TBK m. 486 hükmüne göre yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılan sözleşmelerde yüklenicinin ölümü veya kusuru olmadan yeteneğini kaybetmesi durumunda sözleşme kendiliğinden ileriye etili sona erer¹⁰⁶⁶. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kişilik özelliklerinin arz etmesi çok sık rastlanılmamaktadır. Ancak, örneğin yüklenicinin yapılacak yapı işinde yeni ve zor bir yöntemi kullanan uzman mühendis olması halinde kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusudur. Bu durumda, yüklenicinin ölümü halinde sözleşme kendiliğinden, kanun gereği sona erecektir¹⁰⁶⁷. Arsa sahibi yapının tamamlanan kısmından yararlanabilmesi mümkün ise karşılığını vermekle yükümlü olur¹⁰⁶⁸. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde karşılık kavramının; yüklenicinin mirasçılarının yapılan işle orantılı olarak arsa payı alması mı yoksa yapılan işe karşılık bedel alacağı mı olduğu hususu tartışmalı olmakla birlikte, sözleşme hükümlerine bakıldığında, bedel yerine arsa payı devri kararlaştırıldığı için, ölenin mirasçılarına yapılan işle orantılı arsa payı devri gerektiği kabul edilmelidir¹⁰⁶⁹. Yüklenicinin ölümü halinde sözleşmenin sona ermesinde aranan bir diğer şart kusursuz olmasıdır¹⁰⁷⁰. Sırf sözleşmedeki borcunu yerine getirmemek için yüklenici kendisini öldürmedikçe, yüklenicinin kusurlu olduğunu kabul etmek güç olur¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁵ Tercan, s.226,227; Aydemir, s.467.

¹⁰⁶⁶ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.112. Bu sonucun doğması için, sözleşmenin yüklenicinin kişisel özellikleri göz nüne alınarak yapılmış olması aranmıştır. Burada iş sahibinin sözleşmeyi yaptığı sıradaki düşüncesi dikkate alınmalıdır. Öz, s.232.

¹⁰⁶⁷ Tarafların fesih veya dönme yönünde irade beyanına gerek yoktur. Karadaş, s.529.

¹⁰⁶⁸ Bkz. Karadaş, s.528; Kaplan, s.261; Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.112; Aydemir, s.455.

¹⁰⁶⁹ Bkz. Erman, *Arsa*, s.71; Büyükay, s.247.

¹⁰⁷⁰ Karadaş, s.528.

¹⁰⁷¹ Karadaş, s.528.

Özel beceri gerektirmeyen ve başka yükleniciler tarafından da meydana getirilmesi mümkün olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi gibi sözleşmeler, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, yüklenicinin ölümü halinde kendiliğinden sona ermez. Yüklenicinin mirasçıları külli halef olarak inşaatı devam ettirmekle yükümlüdürler¹⁰⁷². Bu nitelikteki sözleşmeler ölenin zaten var olan çalışanları ve ekipmanı ile bizzat mirasçıları veya onların uygun göreceği kişiler vasıtasıyla devam edebilir, mirasçılar sözleşmeyi ifaya yanaşmazsa direnim hükümleri uygulanabilir¹⁰⁷³. Bu durumda sözleşmeye mirasçıların halefiyet hükümlerine göre devam etmesi söz konusu olduğundan, sözleşmede yüklenici tarafın değişmesi söz konusudur. Burada sözleşme ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar ile taraf sıfatı devredildiğinden mutlak bir taraf değişikliği söz konusudur.

Yüklenici taraf bir şirket ise ve bu şirketin ortağının veya yöneticisinin ölümü halinde bu kişi sözleşmeye şahsen taraf olmadığından, kural olarak sözleşme sona ermez¹⁰⁷⁴. Yüklenici şirket tarafının da değişmesi söz konusu değildir. Ancak arsa sahibi sözleşmeyi başlıca bu kişinin varlığını dikkate alarak yapmışsa ve yüklenici bunu anlayacak durumdaysa, sözleşmenin sona ereceği kabul edilir¹⁰⁷⁵.

5735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 17 ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 50 hükmüne göre, yüklenicinin ölümü halinde sözleşme genel hükümlere göre tasfiye edilmek suretiyle feshedilir. Ancak, aynı şartları taşıyan ve talepte bulunan mirasçılara idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen otuz iş günü içinde taahhüdün tamamı için gerekli teminatı vermeleri şartıyla sözleşmeyi devredilebilir¹⁰⁷⁶.

2.2.2. Arsa sahibinin ölümü

Eser sözleşmelerinde de iş sahibinin ölümü halinde kanunda açıklık bulunmamakla birlikte, kural olarak iş sahibinin ölümü sözleşmeyi sona erdirmez, mirasçıları sözleşmenin tarafı haline gelir¹⁰⁷⁷. İş sahibinin haklarına ve borçlarına halef olurlar. Kat

¹⁰⁷² Kaplan, s.260; Aydemir, s.454.

¹⁰⁷³ Selimoğlu, s.481.

¹⁰⁷⁴ Öz, s.231.

¹⁰⁷⁵ Öz, s.232. Ölen kişinin büyük ortak, tek başına söz sahibi yönetici olması durumunda bu sonuç adildir. Konsorsiyum gibi adi ortaklık halinde de ölenin şahsı önem taşıyorsa, ölümü ile sözleşme sona ermelidir. Öz, s.232.

¹⁰⁷⁶ Bkz. Selimoğlu, s.482, 483.

¹⁰⁷⁷ Öz, s.231; Aydemir, s.453.

karşılığı inşaat sözleşmesinde de arsa sahibinin ölümü halinde ise, mirasçılar terekeye TMK m. 640 hükmüne göre elbirliği ile sahip olur. Mirasçılar, mirası reddetmedikleri sürece, kat karşılığı inşaat sözleşmesine elbirliği ile devam ederler¹⁰⁷⁸. Bu durumda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibi tarafı ölüm sebebiyle mutlak surette değişmiş olur. Artık sözleşmenin yeni tarafı mirasçılardır.

İş sahibinin kişiliğinin önem arzettiği eser sözleşmelerinde, iş sahibinin ölümü sebebiyle kusursuz imkansızlık olur ve sözleşme kendiliğinden ileriye etkili sona erer¹⁰⁷⁹. İş sahibinin ölümü kusurlu kabul ediliyorsa TBK m. 485/1 hükmü uygulanır ve yüklenici yaptığı işin değerini ve masrafları mirasçılardan ister. İş sahibinin ölümü kusursuz kabul ediliyorsa TBK m. 485/2 hükmü gereğisözleşmenin sona erdiği tarihe kadar yaptığı işin değerini, masrafları ve ayrıca müspet zararları talep edebilir¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁸ Y. 15. HD. 25.12.2009 T., 2008/7004 E., 2009/7132 K.: “*Davacı arsa sahibinin ölümü ile mirasçılar TMK'nın 640/11. maddesi gereğince terekeye elbirliğiyle sahip olacağından terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler.*”, Sinerji Mevzuat.

¹⁰⁷⁹ Örneğin, diş protezi yapılması kararlaştırılmış ve iş sahibi ölmüş ise iş sahibinin kusursuz imkansızlığı söz konusudur. Büyükay, s.246.

¹⁰⁸⁰ Gümüş, *Borçlar*, C.2, s.110; Aydemir, s.451,452.

SONUÇ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş uygulamada ortaya çıkmış ve uygulamada gelişmiş bir isimsiz sözleşme türüdür. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi yüklenicinin inşaat yapma ve teslim etme borcundan dolayı eser sözleşmesinin, arsa sahibinin arsa payını devri borcundan dolayı ise taşınmaz satışı veya satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını içeren çifte tipli karma bir sözleşmedir. Bu sebeple ortaya çıkan sorunlar, genelde uygulamada eser sözleşmesine ve taşınmaz satışı veya satış vaadi sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak çözümlenmeye çalışılmaktadır. Oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde kıyasen uygulanacak hükümler olsa da, bazı konularda açıklık olmaması sebebiyle, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararıyla çözüm bulunmaya çalışılmakta ve genellikle bir çok tartışmalı konu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf değişiklikleri hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı, doktrin tartışmaları ile Yargıtay kararlarına değinilerek bu konuya açıklık kazandırılmaya çalışılmıştır.

Çalışma konusu olan taraf değişiklikleri, Türk Borçlar Kanunu'nun 183 ve devamı maddelerinde alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma, sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma olarak düzenlenmiştir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf değişiklikleri konusunda esas olarak, bu hükümler kıyasen uygulanmalıdır.

Türk Borçlar Kanununda taraf değişikliği olarak düzenlenmesine rağmen; alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma, sözleşmeye katılma işlemleri sözleşmede mutlak taraf değişikliği oluşturmamaktadır. Alacağın devri ilgili alacağın yeni alacaklıya devrini, borcun üstlenilmesi ilgili borcun yeni borçluya geçmesini düzenlemekte, sözleşmenin tarafları diğer hak ve yükümlülükler açısından değişmemektedir. Borca katılmada, ilgili borca yeni bir borçlu katılmakta; sözleşmeye katılmada ise sözleşmedeki ilgili tarafa yeni bir taraf katılmakta ve katılan ile önceki taraflar müteselsil sorumlu olmaktadır. Bu durumda tam manasıyla bir tarafın

sözleşmeden çıkması değil katılan kadar borçlu veya taraf sayısının artması söz konusu olmaktadır. Asıl olarak sözleşmenin devri, mutlak olarak sözleşmede taraf değişikliğini oluşturmakta, sözleşmeyi devralan tüm hak ve borçlarıyla sözleşmeyi devralmakta, devreden ise tamamen sözleşmeden çıkmaktadır. Aynı zamanda yüklenicinin iflası gibi hukukî bir olay neticesinde şartları oluşması halinde sözleşmenin devri mümkün olabilmektedir. Bu sebeple çalışmamızda taraf değişiklikleri, kanunda düzenlenip mutlak ve nisbî taraf değişikliği oluşturan haller ayrı bölümlerde incelenmiştir. TBK da taraf değişikliklerinde mutlak ve nisbî taraf değişiklikleri veya tam ve kısmî taraf değişiklikleri şeklinde ayrıma gitmesi daha isabetli olurdu.

Kanunda sayılan taraf değişikliği hallerinden kat karşılığı inşaat sözleşmesinde en sık rastlanılan alacağın devri ile sözleşmenin devridir. Zira yüklenici henüz üzerine almadığı arsa payları alacağını üçüncü kişilere devrederek inşaatın finansmanını sağlamakta, bu sebeple alacağın devri kurumunu kullanmaktadır. Aynı zamanda yüklenici kendi üzerinde olan arsa paylarının satışını tapu siciline yaparak veya noterde satış vaadi sözleşmesi yaparak yine finansman sağlamaktadır. Arsa sahibi ise başlangıçta yükleniciye devrettiği arsa paylarından kendisine düşecek olanları alacağın devri sözleşmesi ile devrederek kâr sağlamaktadır. Yine arsa sahibi de pay devrini taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile de yapabilmektedir.

Alacağın devri sözleşmesinin sağladığı imkan, adi yazılı şekil şartının yeterli olmasıdır. Bu sebeple arsa payı veya arsa payına isabet eden bağımsız bölüm talebi yönündeki kişisel hakların devri daha kolaydır. Doktrin ve Yargıtay tarafından adi yazılı şekilde yapılan pay devirleri alacağın devri kabul edilmektedir. Hatta, resmî şekilde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de kişisel hak doğurması sebebiyle, alacağın devri niteliğinde sayılmalı, alacağı devralan üçüncü kişi doğrudan arsa sahibine başvurabilmelidir. Eğer resmî şekilde taşınmaz satış vaadi alacağın devri niteliğinde kabul edilmez ise, vaat alacaklısı taşınmaz satışı için sadece yükleniciye başvurabilirken, adi yazılı şekilde yapılan sözleşme ile alacağı devralan doğrudan arsa sahibine başvurabilir. Bu sebeple resmî şekilde düzenlenen bağımsız bölümün devrinin vaadini içeren taşınmaz satış vaadi alacağın devri niteliğindedir.

Yargıtay ve doktrin aynı zamanda, resmî şekilde düzenlenmeyen taşınmaz satış ve satış vaadi sözleşmelerini tahvil uygulayarak alacağın devri kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu

görüşü eleştirilmekteyse de, Yargıtay uygulamada pratik çözüm sağlama yoluna gitmiştir. Kanaatimize göre Yargıtay uygulamada sık karşılaşılan bu sorunu; pratik bir şekilde resmî veya resmî olmayan şekilde düzenlenen taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmelerini, alacağın devri sayarak çözümlemekte, ortaya çıkan boşluğu doldurmaktadır. Bu çözüm yerinde olsa da, Yargıtay ve doktrin harici suretle yapılan satış veya satış vaadi sözleşmelerine tahvil uygulayarak alacağın devri sayılmasını kesin kurallar ve sınırlar koyarak belirlemeli, eleştirilere yol açan her olaya tahvil uygulamasından vazgeçmelidir. Bu sebeple, harici satış ve satış vaadi sözleşmelerii tahvil yolu ile alacağın devri sözleşmesi sayma, yalnızca alacak hakkı niteliğinde olan bağımsız bölümlerin harici suretle devrinde uygulanmalıdır. Tarafların bağımsız bölümün mülkiyetine sahip olması durumunda, bu bağımsız bölümler üzerinde alacak hakkı bulunmadığından, harici şekilde bunların satışı veya satışının vaadi alacağın devri niteliğinde sayılmamalıdır.

Borcun üstlenilmesi, başlangıçta borç altına giren haricindeki üçüncü bir kişinin borcu ifa etmesine yönelik yapılan bir sözleşmedir. Sözleşme borcu üstlenecek üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılır. Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi ile yeni yüklenici inşaatı yapma borcunun üstlenilmesini kararlaştırabilir. Ancak bu durumda sadece inşaat yapma borcu yeni yükleniciye geçmekte, alacaklar sözleşmeden dönülmediği müddetçe eski yüklenici üzerinde doğmaya devam etmektedir. Bu sebeple borcun üstlenilmesi yerine alacakların da devrini içeren sözleşmenin devrine gitmek daha uygundur. Ayrıca sözleşmenin devrine arsa sahibi TBK m. 205/2 hükmü gereği önceden veya sonradan onay verebilmekte, bu durum arsa sahibi ile eski yüklenicinin uzlaşılması sürecini kolaylaştırmaktadır. Bu sebeple, uygulamada sıkça yaşanan sorunlardan olan, yüklenicinin inşaatı tamamlayamaması halinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönmek istemesi, ancak yüklenicinin direnimi karşısında bu sürecin uzaması ve arsa sahibinin yüklenicinin yaptığı kısmî imalatın bedelini sözleşmeyi yerine getirmeyen yükleniciye ödemek istememesi ve hatta arsa sahibi ile temerrüde düşen yükleniciyi bir araya getirerek anlaştırmamanın mümkün olmamasıdır. Bu sorun karşısında en uygun ve pratik çözüm, eski yüklenicinin yarım bıraktığı işi devam ettirmek üzere yeni bir yükleniciye sözleşmeyi arsa sahibinin önceden verdiği yetki veya sonradan verdiği onay ile devrederek sözleşmeden çıkması, yeni yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesine devam etmesidir.

Burada önemli olan konulardan birisi de sözleşmenin devri ile borcun üstlenilmesini, alt yüklenici atamasından ayırt etmektir. Alt yüklenicilik sözleşmesi ile genellikle yüklenici üçüncü bir kişiye inşaat işinin bir kısmını devretmekte ve aralarında alt yüklenicilik sözleşmesine göre ilişki doğmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işi alt yükleniciye devretmesi halinde, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olmaya ve borçlarından arsa sahibine karşı sorumlu olmaya devam etmekte; sözleşmenin tümüyle üçüncü kişiye devrinde ise arsa sahibinin izin ve onayı ile eski yüklenicinin sözleşmeye taraf olma sıfatı ortadan kalkmakta, yeni yüklenici eskisinin yerine geçmekte ve bağımsız bölümleri yapma borcu da ona nakledilmektedir. Artık yeni yüklenici arsa sahibine karşı sorumlu olmaktadır. Borcun üstlenilmesinde ise sadece ilgili borcun yerine getirilmesi borcu üçüncü kişi tarafından üstlenilmekte, borçlu sözleşme ilişkisinde kalmaya devam etmektedir. Yüklenici borcunu devrettiğinde, o borç için borcu üstlenen arsa sahibine karşı sorumlu olmaktadır. Alt yüklenicilik sözleşmesinde ise alt yüklenici, yükleniciye karşı sorumlu olmakta, yüklenici ise arsa sahibine karşı, alt yüklenicilerin hareketlerinden TBK m. 116 hükmünde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu gereği sorumlu olmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduktan sonra arsa sahibinin arsanın mülkiyetinin tamamını veya bir kısmını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafının da doğrudan değişip değişmeyeceği, arsa sahibinin borcunun yeni malik tarafından üstlenilip üstlenilmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Kural olarak borç ilişkisi ve dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesi nisbîdir, tarafları dışındaki yeni malike karşı ileri sürülemez. Bu sebeple, arsanın mülkiyetinin yeni malike devri ile yeni malik doğrudan sözleşmenin tarafı olmamalı, arsa sahibinin borcu yeni malik tarafından üstlenilmiş sayılmamalıdır. Ancak sözleşmenin devri, arsa sahibi, yüklenici ve sözleşmeyi devralan arasında kurulduğu için yüklenicinin onay vermesi halinde sözleşmenin de yeni malike devrolunduğu kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay aksi görüşte olup, yüklenicinin kabulünü aramamaktadır. Borcun üstlenilmesi de alacaklı ile üstlenen arasında yapılan anlaşma ile mümkün olduğundan, yeni malikin arsanın mülkiyetini üzerine alması ile borcu üstlenmiş sayılacağı yüklenicinin kabulüne bağlı olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbıyıklı**, Rıfat, *İnşaat Sözleşmeleri Esasları ve Uygulamaları*, Birsen Yayınevi, İstanbul 2009.
- Akipek**, Jale G. ve **Akıntürk** Turgut, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Akkanat**, Halil, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, *Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.63-76.
- Akyiğit**, Ercan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Sakarya Yayıncılık, Sakarya 2015.
- Akyol**, Şener, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008. (Kısaltma: Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*).
- Akyol**, Şener, *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007. (Kısaltma: Akyol, *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*).
- Altaş**, Hüseyin, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002. (Kısaltma: Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*).
- Altaş**, Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1998 (Kısaltma: Altaş, *Şekle Aykırılık*).
- Altaş**, Hüseyin, “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”, *Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.97-110 (Kısaltma: Altaş, *İstisna Sözleşmesi*).
- Aral**, Fahrettin, “Topyekûn Temlik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(AÜHFD)*, Y. 1991-1992, C.42, S.1-4, s.93-141.
- Aral**, Fahrettin ve **Ayrancı** Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Arkan**, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.

- Atamulu,** İsmail, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Avcı,** Ali, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Ayan,** Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015 (Kısaltma: Ayan, *Borçlar*).
- Ayan,** Mehmet, *Eşya Hukuku-I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 12. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015 (Kısaltma:Ayan, *Eşya-I*).
- Ayan,** Mehmet, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, 7. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014 (Kısaltma:Ayan, *Eşya-II*).
- Ayan,** Mehmet, *Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar*, 7. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015.
- Aydemir,** Efrail, *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- Ayrancı,** Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.53, S.2, Y.2004, s.95-120 (Kısaltma: Ayrancı, *Kefalet Sözleşmesi*)
- Ayrancı,** Hasan, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Bahadır,** Zeynep, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, Y.2013, S.3, s.1-28.
- Baş,** Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXX, S.2, Y.2012, s.115-144.
- Başpınar,** Veysel, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu’na İlişkin Genel Değerlendirme”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s.21-31.

Birinci Uzun, Tuba, “Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, S.100, Aralık 2014, Seçkin Yayınları, s.86-98.

Büyükcay, Yusuf, *Eser Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014.

Coşkun, Gürkan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Durumu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Çayan, Gökhan, *Sözleşmenin Devri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Dağdelen, Ahmet Hakan, *818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011.

Dayınlarlı, Kemal, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, 4.Baskı, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 2010. (Kısaltma: Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*).

Dayınlarlı, Kemal, *Federal Mahkeme İçtihatları*, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 2001 (Kısaltma: Dayınlarlı, *Federal*).

Dayınlarlı, Kemal, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, DY Yayınları, Ankara 2008. (Kısaltma: Dayınlarlı, *İstisna*).

Demir, Mustafa Duhan, *Kat karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

Dirican, Gökhan, *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Doğan, Murat, *Tapu Sicilinde Tasarruf Kısıtlamasının Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

Duman, İlker Hasan, *İnşaat Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015. (Kısaltma: Duman, *İnşaat Hukuku*).

Duman, İlker Hasan, “İnşaat Hukuku Sorunlarında Şerhlerin Kaldırılması Davası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.6, S.62, Ekim 2011, Seçkin Yayınları, s.49-51. (Kısaltma: Duman, *Şerhlerin Kaldırılması*).

- Duman,** İlker Hasan, *İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014. (Kısaltma: Duman, *Dürüstlük Kuralı*).
- Dural,** Mustafa ve **Öz,** Turgut, *Türk Özel Hukuku Miras Hukuku*, C.4, Filiz Kitabevi, 10. Baskı, İstanbul 2016.
- Engin,** Baki İlkey, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Eren,** Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (Kısaltma: Eren, *Borçlar*).
- Eren,** Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 18-29 Mart 1996, 3. Baskı, s.45-103 (Kısaltma: Eren, *İnşaat*).
- Erman,** Hasan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, DER Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2010 (Kısaltma: Erman, *Arsa*).
- Erman,** Hasan, *Eşya Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2016 (Kısaltma: Erman, *Eşya*).
- Erman,** Hasan, *Hukukî Mütalaalar*, DER Yayınları, İstanbul 2012 (Kısaltma: Erman, *Hukukî Mütalaalar*).
- Ertaş,** Şeref, “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunun Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s.303-311.
- Genç Arıdemir,** Arzu, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukukî Durum”, *Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.449-473.

Gökyayla, Emre, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s.571-588 Kısaltma: Gökyayla, *Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*.

Gökyayla, Emre, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009. (Kısaltma: Gökyayla, *Ek İş ve İş Değişikliği*).

Güleç, Şafak, *Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Gümüş, Mustafa Alper, “Alacağın Temliki Sözleşmesinin Şekli”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.10, C.10, S.12, Seçkin Yayınları, Temmuz 2011, s.9-34, (Kısaltma: Gümüş, *Alacağın Temliki*).

Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.1, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (Kısaltma: Gümüş, *Borçlar*, C.1).

Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.2, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, (Kısaltma: Gümüş, *Borçlar*, C.2).

Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 (Kısaltma: Gümüş, *TMK’nın Getirdiği Yeni Şerhler*).

Günay, Cevdet İlhan, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Gür, Mustafa, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

Halis, Gizem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılık”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, S.100, Aralık 2014, s.213-222.

Hatemi, Hüseyin ve **Gökyayla**, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Hatemi, Hüseyin, **Serozan**, Rona ve **Arpacı**, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Havutçu, Ayşe, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukukî Sonuçlar”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s.313-333 (Kısaltma: Havutçu, *İfa Engelleri*).

Havutçu, Ayşe, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:60, İzmir 1995 (Kısaltma: Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme*).

İnal, Tamer, *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

İnan, Ali Naim ve **Yücel**, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Karabağ Bulut, Nil, *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Ekili Sözleşme*, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2009.

Kartal, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi-I”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak 1975, Y.9, S.33-34, s.96-113 (Kısaltma: Kartal, *Arsa Payı*).

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

Kaplan, İbrahim, “İnşaat Sektöründe Adi Şirket Niteliğindeki Müsterek İş Ortaklığının (Ortak Girişimin)-Joint Venture’ın Sona Ermesi ve Tasfiyesine İlişkin Türk ve İsviçre Doktrin ve İçtihatlarındaki Görüşler”, *Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.603-616.

Kaplan, İbrahim, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013 (Kısaltma: Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*).

Kaplan, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, *İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci*

Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 18-29 Mart 1996, 3. Baskı, s.105-171 (Kısaltma: Kaplan, *Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*).

Karaca, Mehmet, *Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Karadaş, İzzet, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Karataş, İzzet, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009 (Kısaltma: Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi*).

Kayar, İsmail, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Kayihan, Şaban, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Kırca, Çiğdem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar*, XXII, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 15 Aralık 2006, s.77-98.

Kırmızı, Mustafa, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Şen Yayınları, Ankara 2014.

Kocağa Köksal, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, *TBB Dergisi*, A.85, Y.2009, s.86-104 (Kısaltma: Kocağa, *İlave İş*).

Kocağa, Köksal, *İnşaat Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (Kısaltma: Kocağa, *İnşaat*).

- Kostakoğlu**, Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- Kuluçlu**, Erdal, “Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri”, *Sayıştay Dergisi*, S.49, Y.2003, s.99-115.
- Kuntalp**, Erden, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, 2. Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.
- Kurt**, Leyla Müjde, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Kuru**, Baki, *İcra ve İflas Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016 (Kısaltma: Kuru, *İcra*)
- Kuru**, Baki, *İcra İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (Kısaltma: Kuru, *El Kitabı*).
- Meydan**, Nihat ve **Yapal**, Fadime, *Türk Borçlar Kanunu Emsal Yargıtay Kararları*, Zigana Yayınları, İstanbul 2014.
- Nomer**, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Nomer**, Haluk Nami ve **Ergüne**, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, 3. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2016.
- Oftinger**, Karl ve **Jeanpretre**, Raymond, Çeviren: Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları*, 2. Baskı, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1990(Kısaltma: Oftinger ve Jeantpretre, Çeviren: Dayınlarlı).
- Oğuzman**, M. Kemal ve **Barlas** Nami, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Oğuzman**, M. Kemal ve **Öz**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016 (Kısaltma: Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.1).

- Oğuzman**, M. Kemal ve **Öz**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016 (Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, C.2).
- Oğuzman**, M. Kemal, **Seliçi**, Özer ve **Oktay Özdemir**, Saibe, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Oktay**, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)*, C.LV, Y. 1996, s.263-296.
- Olgaç**, Samet Can, “Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.8, S.86, Ekim 2013, s.82-89.
- Oy**, Osman ve **Haşal**, Tahsin Emre, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, Beta Yayınları, Ankara 2014.
- Öğüz**, Tufan, “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 99-106.
- Öz**, M. Turgut, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013(Kısaltma: Öz, *İnşaat*).
- Öz**, M. Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1989 (Kısaltma: Öz, *Eser*).
- Özenli**, Soysal, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar*, Kazancı Hukuk Yayınları No. 55, Ankara 1986.
- Pekcanitez**, Hakan, **Atalay**, Oğuz ve **Özekes**, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Pulaşlı**, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2017.

Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

Ruhi, Ahmet Cemal, *Sözleşmeler Hukuku*, C.I, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Sarı Suat, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF)*, C.LXIV, S.2, Y. 2006, s.273-300.

Seçer, Öz, *Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

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

Selimoğlu, Yaşar Engin, *Eser Sözleşmesi*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Serozan, Rona, *Eşya Hukuku 1*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Sirmen, Lale, “İpotekli Alacağın Devredilmesi İle İlgili Bazı Sorunlar”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar*, C.XXII, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 15 Aralık 2006, s.215-223.

Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, C.1, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973 (Kısaltma: Sungurbey, Sorunlar,C.1).

Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, C.4, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980 (Kısaltma: Sungurbey, Sorunlar,C.4).

Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, C.5, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984 (Kısaltma: Sungurbey, Sorunlar,C.5).

Sungurbey, İsmet ve **Kaneti**, Selim, *Medeni Hukuk Sorunları*, C.3, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

Sütçü, Nezih, *Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, C.1, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016 (Kısaltma: Sütçü, Kat Karşılığı, C.1).

- Sütçü**, Nezih, *Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, C.2, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016 (Kısaltma: Sütçü, *Kat Karşılığı*, C.2).
- Şafak**, Ali, *Teminat Amaçlı Alacağın Temliki*, Legal Yayınları, İstanbul 2011.
- Şahin**, Cevdet Salih, *Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) e Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Şen**, M. Serhat ve **Şen** M. Kamil, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Şenyüz**, Doğan, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2016.
- Tandoğan**, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (Kısaltma: Tandoğan, *Borçlar*, C.1).
- Tandoğan**, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.2, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Kısaltma: Tandoğan, *Borçlar*, C.2).
- Taşkın**, Zeynep Damla ve **Şahbaz** Ali, “Sözleşmenin Devri”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.15, S.178, Y.2017, s.4955-5019.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Hazırlayanlar: Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, Filliz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tercan**, Erdal, *İflâsın Sözleşmelere Etkisi*, Adil Yayınevi, Ankara 1996.
- Tozoğlu**, Gökhan, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Vergilendirme Karşısındaki Durumu*, Sayram Yayınları, Konya 2016.
- Turut**, Şenol, *Vergisel ve Hukukî Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009.
- Usta**, Oğuz, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

- Uygur,** Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C.1, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013 (Kısaltma: Uygur, *Borçlar*, C.1).
- Uygur,** Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C.2, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013 (Kısaltma: Uygur, *Borçlar*, C.2).
- Yavuz,** Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Beta Yayınları, İstanbul 2016 (Kısaltma: Yavuz, C., *Özel*).
- Yavuz,** Nihat, *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012(Kısaltma: Yavuz, N., *Yenilikler*).
- Yener,** M. Deniz, “Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 67, C.3, S.5, Y.2011, s.67-75, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/marufacd/article/view/5000006325>, Erişim:02.07.2018, (Kısaltma: Yener, *Garanti*).
- Yener,** M. Deniz, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, Beta Yayınları, İstanbul 2011(Kısaltma: Yener, *Arsa Payı*).
- Yeniocak,** Umut, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014 (Kısaltma:Yeniocak, *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*).
- Yeniocak,** Umut, *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013(Kısaltma: Yeniocak, *TBK'nın Getirdiği Yenilikler*).
- Yılmaz,** Ejder, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkını Üçüncü Kişiye Devretmesinde Uygulanması Gereken Şekil”, *Makaleler*, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.775-786.
- Zevkliler,** Aydın, **Ertas,** Şeref, **Havutcu,** Ayşe, **Aydoğdu,** Murat, ve **Cumalıoğlu,** Emre, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler*, 2. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2013.

Zevkliler, Aydın ve **Gökyayla**, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Sinerji Mevzuat Programı (www.sinerjimevzuat.com)

<http://www.tdk.gov.tr>



ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı, Soyadı: Zeynep AYAR BİRKİN

Uyruğu: Türkiye (TC)

Doğum Tarihi ve Yeri: 4 Eylül 1992, Kayseri

Medeni Durumu: Evli

Tel: +90 5367411968

E-mail: ayarzeynep@hotmail.com

Yazışma Adresi: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlık Binası 2. Kat 319 Numaralı Oda, Talas/KAYSERİ

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	-----
Lisans	Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2014
Lise	Ali Rıza Özderici Anadolu İmam Hatip Lisesi	2010

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görev
2015-2018	Avukatlık Bürosu	Avukat
2018-Halen	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

YABANCI DİL

İngilizce