

T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
EKSİK İFA VE AYIPLI İFA KAVRAMLARI

Mustafa GÜR

Danışman
Prof. Dr. Ayşe HAVUTCU


İzmir, 2016

YEMİN METNİ


Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları*” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Mustafa GÜR



Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Ayşe Hanırcı

(Danışman)

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Sevilay Uzunalli


Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.


Dr. Doç. Dr. Emre Cumalıoğlu



Doç. Dr. Çağrı BULUT

Enstitü Müdürü

ÖZET

Yüksek Lisans

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları

Mustafa GÜR

Yaşar Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arsa sahibi ve müteahhittir. Atipik olan bu sözleşmeye kıyasen eser ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümleri uygulanır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunu olan müteahhidin edimi dikkate alındığında bu sözleşmenin ani edimli olduğu söylenebilir.

Eksik ifanın ayıplı ifa kavramından ayırt edilmesi gerekir. Müteahhidin bina inşa edip arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri teslim etme borcunu eksik ifası halinde genel hükümler uygulama alanı bulur. Dolayısıyla, ayıplı ifada olduğu gibi muayene ve ihbar külfetleri, ihtirazi kayıt öne sürülmesi aranmaksızın eksik ifadan doğan taleplerin genel zamanaşımı süresinde öne sürülmesi mümkündür.

Eksik ifadan doğan talepler; aynen ifa ile eksik teslimden doğan zararın tazminini, bedelden indirim ile eksik ifa sebebiyle doğan zararının tazminini, eksik

işler bedelinin ödenmesini talep ve nama ifadır. Ayrıca, arsa sahibinin eksiklik oranına göre ödemezlik defii savunması ile arsa paylarını devirden kaçınması mümkündür. Ayıplı ifa halinde ise arsa sahibinin, kıyasen Türk Borçlar Kanunu m. 475'te bulunan seçimlik hakları ve buna ek olarak genel hükümlere göre tazminat hakkı bulunmaktadır. Seçimlik hakların kullanılması muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesine bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eksik ifa, ayıplı ifa, teslim



ABSTRACT

Master Thesis

Imperfect Performance And Deficient Work In The Construction Agreement

In Return For Land Share

Mustafa GÜR

Yaşar University

Institute Of Social Sciences

Private Law Postgraduate Program

The parties of construction agreement in return of land share are the landowner and the contractor. Terms of agreement for work and preliminary agreement to sell realty are comparingly applied to this Agreement which is one of the atypic agreements. Considering the performance of the contractor who is the primary obligator of the construction agreement in return for land share, it can be stated that this agreement an instantly performed agreement.

The terms imperfect performance and deficient work are to be differed from each other. General terms are applied when the contractor performs imperfectly by not delivering the constructed independent sections to the landowner. Therefore, it is possible to hold forth claims due to imperfect performance within the prescription period without prejudice and the need for performances of inspection and notification.

The claims which can be held forth due to imperfect performance are specific performance, compensation of the damage caused by imperfect performance, payment of the cost of imperfection of performance and performance to order. Moreover in the case of imperfect performance, it is possible for the landowner to claim *exceptio non adimpleti contractus* and not perform the debt of assigning the land shares to the contractor. In the case of deficient work, landowner can claim the selective rights which are regulated in the article 475 of the Turkish Code of Obligations and also can seek damage. The use of selective rights depends on whether the obligations of inspection and notification are performed.

Keywords: Construction Agreement In Return for Land Share, imperfect performance, deficient work, delivery

İÇİNDEKİLER

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE EKSİK İFA VE AYIPLI İFA KAVRAMLARI

YEMİN METNİ.....	ii
TUTANAK.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ.....	xiv

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ VE MÜTEAHHİDİN TELSİM BORCU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI.....	1
A. TANIMI.....	1
B. TARAFLARI.....	2
C. UNSURLARI	4
1. Müteahhidin Bütünlük Arz Eden Bir Binayı İnşa Ederek Belirlenen Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi.....	4
2. Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarının Mülkiyetini Devir Borcu Altına Girmesi.....	6
3. Tarafların Anlaşması.....	6
C. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	7
D. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER	10

II. MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCU	12
A. TESLİM KAVRAMI	12
1. Genel Olarak	12
2. Hukuki Niteliği	14
B. ESERİN TESLİMİ KAVRAMININ KABUL KAVRAMINDAN AYIRT EDİLMESİ	15
C. TESLİM KAVRAMININ İNCELEME KONUSU AÇISINDAN ÖNEMİ 188	
D. TESLİM BORCUNUN İFASI	20
1. Binanın Tamamlanması	20
2. Teslimin Gerçekleşmesi	23
3. Teslim Borcunu İfa Yeri Ve Zamanı	30
4. İspat Yükü	33
5. Teslimin Sonuçları	36
6. Arsa Sahibinin Eseri Teslim Almaktan Kaçınma Hakkı	36
E. ARSA SAHİBİNİN MUAYENE VE İHBAR KÜLFETİ	40
1. Genel Olarak	40
2. Muayene Külfeti	41
a. Anlamı Ve Hukuki Niteliği	41
b. Muayene Süresi	42
3. İhbar Külfeti	44
a. Anlamı Ve Hukuki Niteliği	44
b. İhbar Süresi	46
c. İhbar Usulü Ve İspat	49

İKİNCİ BÖLÜM

EKSİK İFA VE AYIPLI İFA KAVRAMLARI, EKSİK İFA VE AYIPLI İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI

I. EKSİK İFA KAVRAMI	53
A. GENEL OLARAK	53
B. AYIPLI İFA KAVRAMINDAN AYIRT EDİLMESİ	55

1.	Genel Olarak	55
2.	Ayrırt Edilmesinin Önemi	63
C.	EKSİK İFA KAVRAMI BAKIMINDAN TARTIŞMALI OLAN HALLER	68
1.	Yüz Ölçümü Eksikliği	68
2.	Yapı Kullanma İzin Belgesinin Alınmamış Olması	71
3.	Bağımsız Bölümlerdeki Eksiklikler	74
4.	Ortak Yerlerdeki Eksiklikler	75
5.	Bağımsız Bölümlerdeki Yüz Ölçümü Eksiklikleri	77
D.	EKSİK İFA HALİNDE HUKUKİ ANLAMDA TESLİMİN GERÇEKLEŞİP GERÇEKLEŞMEYECEĞİ SORUNU	78
1.	Genel Olarak	78
2.	Önemsiz Eksikliklerde Teslim	81
3.	Önemli Eksikliklerde Teslim	82
4.	Orta Derece Önemli Eksikliklerde Teslim	83
5.	Kısmi Teslim	84
II.	EKSİK İFA VE AYIPLI İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI	86
A.	EKSİK İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI	86
1.	Uygulanacak Hükümler	86
a.	Doğrudan Ayıp Hükümlerinin Uygulanacağı Görüşü	86
b.	Genel Hükümlerin Uygulanacağı Görüşü	88
c.	Değerlendirme Ve Görüşümüz	89
2.	Eksik İfaya Rağmen Teslimin Gerçekleştiği Hallerde Arsa Sahibinin Sahip Olduğu Haklar	90
a.	Genel Olarak	90
b.	Aynen İfa Ve Eksik Teslimden Doğan Zararın Tazminini Talep Hakkı	91
c.	Bedelden İndirim Ve Eksik İfa Sebebiyle Doğan Zararın Tazminini Talep Hakkı	92
d.	Eksik İşler Bedelini Talep Hakkı	95
e.	Nama İfa	99
3.	Arsa Sahibinin Ödemezlik Def'ini Kullanma Hakkı	104
B.	AYIPLI İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI	107
1.	Ayıp Kavramı	107

a.	Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Bulunmaması.....	111
b.	Lüzumlu Vasıfların Bulunmaması.....	114
2.	Ayıp Türleri	115
a.	Açık - Gizli Ayıp	116
b.	Önemli - Önemsiz Ayıp	118
c.	Maddi - Hukuki Ayıp	119
d.	Asli - Tali Ayıp	120
e.	Ekonomik Ayıp	121
C.	ARSA SAHİBİNİN AYIP HALİNDE SAHİP OLDUĞU HAKLAR.....	122
1.	Genel Olarak	122
2.	Sözleşmeden Dönme Hakkı	123
3.	Bedelden İndirim İsteme Hakkı.....	125
4.	Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı.....	126
5.	Ayıpsız Benzeri İle Değiştirilmesini İsteme Hakkı	128
6.	Ayıp Nedeniyle Tazminat Hakkı	129
III.	ZAMANAŞIMI.....	130
	SONUÇ	135
	BİBLİYOGRAFYA	138

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜEHFD	: A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FÜHFD	: Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İNÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KMK	: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: Madde
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YYÜHFD	: Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları oluşturmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, müteahhit ile arsa sahibi arasında akdedilen atipik sözleşmelerdendir. Çalışmamıza konu olan sözleşme doktrinde farklı isimlerle anılmış olsa da, TMK. m. 1009 hükmünde yer alan “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” esas alınarak bu adlandırma kullanılmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hızlı nüfus artışı, arsa sahiplerinin arsasını nakit sağlamak zorunda olmaksızın değerlendirmek istemesi ve elinde nakdi gücü bulunduran müteahhitlerin kazanç sağlama amacı neticesinde ortaya çıkmış olup, uygulamanın getirdiği bir sözleşme türüdür. Nitekim, hızlı kentleşme ile tek katlı yapıların arzı karşılayamaması sebebiyle çok katlı binaların inşası zorunluluk haline gelmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yargı kararlarına en çok konu olan sözleşme türlerindedir. Yargı kararları incelendiğinde eksik ifa kavramı ile ayıplı ifa kavramına bir takım kıstaslarla ayırım getirildiği görülmektedir. Bazı kararlarda ise bu ayrımların dışına çıkarak hakkaniyet çerçevesinde sonuca gidilmiştir. Çalışmamız ile amaçlanan bu kavramların, yargı kararları çerçevesinde örneklendirmeler yaparak, doktrin yardımıyla ayırt edilmesi noktasında açıklık getirmektir.

Eksik ifa ve ayıplı ifa sebebiyle arsa sahibinin haklarını kullanması noktasında önemli bir işleve sahip teslim kavramı da çalışmamızda incelenmiştir. Teslimin gerçekleştiği anın tespiti, arsa sahibinin, müteahhidin ayıplı ifasından doğan haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken muayene ve ihbar külfetleri açısından da önem arz etmektedir. Ayrıca, arsa sahibinin, arsa paylarını devir borcunun muacceliyet anının belirlenmesi açısından da önem teşkil eder.

Çalışmamızda, arsa sahibinin, müteahhidin eksik ifası neticesinde kullanabileceği haklar da detaylı olarak incelenmiştir. Bu noktada Yargıtay'ın görüşünün de aktarılması amaçlanmış, kararlardaki bir takım çelişkiler ortaya konulmuştur.

Eksik ifa ve ayıplı ifa kavramlarının ayırt edilmesi, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerine tabi olup olmaması, zamanaşımı süresi gibi yönlerden önem arz eder. Dolayısıyla, bu kavramların birbirinden ayırt edilmesi oldukça önemlidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve müteahhidin teslim borcu hakkında genel bilgiler verilmiş, yargı kararlarına değinilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları açıklanarak ayırt edilmesindeki kıstaslar yine yargı kararları eşliğinde irdelenmiştir. Eksik ifa kavramı kapsamında olduğu tartışmalı olan haller de ayrı başlıklar altında anlatılmıştır.

Çalışmamız sırasında açıklanan kavramlar ve bağlantılı yargı kararları neticesinde vardığımız kanaatler sonuç kısmında bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ VE MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. TANIMI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş, atipik bir sözleşmedir¹. Bu sözleşme sayesinde, arsa sahibi, nakit sağlaması gerekmeksizin, arsasındaki belirli payları devretmesi karşılığında, müteahhidin inşa edeceği binada² bağımsız bölümlere sahip olabilmekte ya da bunlar üzerinde tasarrufta bulunmak suretiyle aynı zamanda kendisine kazanç sağlama imkanı bulunmaktadır. Bu bağlamda, arsa sahibi arsasını, müteahhit ise teşebbüs gücünü değerlendirmektedir. Müteahhit gibi, arsa sahibinin de gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, TBK m. 237 vd. hükümlerinde yer alan taşınmaz satış sözleşmesi ve TBK m. 470 vd. hükümlerinde bulunan eser sözleşmesinin unsurlarını barındırmaktadır³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi,

¹ Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010, s. 1; Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 1; Yıldırım, Sümeyye Hilal, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 3; Karaman, Şeyma, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 1; İşbora, Tuba, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2009, s. 2

² 3194 s. İmar Kanunu m. 4 hükmü uyarınca bina, "*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 yapılardır.*"

³ Erman, Arsa Payı, s. 1; Yener, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 1; Aydemir, Efrail, Eser Sözleşmesi Ve İnşaat

arsa sahibinin maliki bulunduğu arsa üzerinde, müteahhidin yapacağı bütünlük arz eden binadaki bağımsız bölümlerin teslimi karşılığında, müteahhide arsasının belirli paylarını devretmeyi üstlendiği bir sözleşmedir⁴. Yargıtay kararlarında da benzer biçimde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, "*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin finansını kendisi sağlayarak arsa maliklerine ait arsa üzerine bina yapımı işini yükümlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir.*"⁵ şeklinde tanımlanmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin birden fazla yapıma şekli olup⁶, uygulamada en sık rastlanan türü, arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat ettiği, müteahhidin de arsa üzerine bağımsız bölümler ihtiva eden bina yapmayı üstlendiği halidir.

B. TARAFLARI

Müteahhit karşısındaki sözleşme tarafı genellikle arsa sahibi olarak anılmakla birlikte, karşı tarafın, arsanın maliki olması zorunlu değildir; malik sıfatını taşımayan

Hukuku, Ankara 2012, s. 41; Kanber, Kemal, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu", ABD, Sayı 3, Ankara 1997, (s. 36-47), s. 36

⁴ Erman, Arsa Payı, s. 1; Atamulu, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014, s. 25; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 1066; Gümüş, Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2014, s. 114; Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012, s. 103; Coşkun, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010, s. 25; Kanber, s.36; Karaman, s. 2; Erdaş, Bayram, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksel Lisans Tezi, Ankara 2011,s. 11; Ateş, Zehra Gizem, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 2; Olgaç, Samet Can, "Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 86, 2013, s. 83

⁵ Y. 14. H.D., 13.10.2015 T., 2014/13723 E., 2015/8846 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.02.2016); Benzer tanım için ayrıca bkz. Yıldırım, s. 3

⁶ Detaylı bilgi için bkz. Erman, Arsa Payı, s. 11 vd. ; Yavuz, C., s. 1074 vd.; Turut, Şenol, Vergisel Ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, Ankara 2009, s. 52 vd. ; Durak, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İNÜHFD Özel Sayı, Cilt 1, (s. 207-252), s. 214 vd.

kişi de bu sözleşmede taraf sıfatını taşıyabilir⁷. Eğer taraf sıfatı ile arsa sahibi sıfatı farklı kişilerde ise arsa üzerine yapılan inşaat bakımından TMK m. 722 vd. hükümleri uygulanır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa üzerinde üst hakkı sahibi olan kişi ile müteahhit arasında akdedilmesi mümkündür. Nitekim üst hakkı, hak sahibine başkasına ait arsa üzerinde yapı inşa etme yetkisi tanıyan sınırlı aynı haktır. TMK m. 726 hükmü uyarınca inşaatın bütünü üst hakkına konu edilecek olup, bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz. Binanın inşa edileceği arsada elbirliği mülkiyeti ya da paylı mülkiyet olması halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi önemli işler kapsamında kabul edilmiştir⁸. Elbirliği veya paylı mülkiyette paydaşlardan biri ya da bir kısmının müteahhit ile imzaladığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi borçlandırıcı işlem olması sebebiyle geçerlidir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 16.01.2015 tarihli kararında paylı mülkiyet halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüm paydaşlarla yapılmamış olduğundan bahisle geçersiz olduğunu belirtmişse de⁹ bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim, kanun koyucu TMK m. 692 hükmünde sınırlamayı tasarruf işlemleri bakımından öngörmüştür. Ayrıca, binanın inşa edileceği arsa üzerinde TMK m. 194 hükmü uyarınca aile konutu niteliğinde olması halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedilmesine engel bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlara göre, TMK m. 194 hükmü tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlamayı içermektedir¹⁰. Bu sebeple, arsa sahibi sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getiremez.

⁷ Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2015, s. 481; İnal, Emrehan, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, İÜHFMD, C. LXX, Sayı 1, s. 254, (s. 245-276)

⁸ Y. 23. HD., 30.11.2015 T., 2014/5567 E., 2015/7712 K.: “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazın elbirliği mülkiyetine tabi olduğu... önemli tasarruf” niteliğinde olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine en başından itibaren tüm paydaşlar katılmadığı”; Y. 23. HD., 29.03.2016 T., 2015/3850 E., 2016/1970 K.: “Arsa sahibi davacı tarafın hissedar olduğu 630 Ada 42 parsel üzerine inşaat yapılması hususunda taraflar arasında 10.08.1999 gün, 15966 yevmiye numaralı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmıştır... Bilindiği gibi TMK'nun 692. maddesi uyarınca paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda inşaat yapılması gibi olağan şekilde kullanım ölçüsünü aşan yapı imar işlemine girişilmesi tüm paydaşların kabulüne bağlıdır.” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.04.2016)

⁹ Y. 23. HD., 16.01.2015 T., 2014/6322 E., 2015/209 K.: “Taraflar arasında 9.6.2003 tarihli adi yazılı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığı çekişmesizdir... Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşme, T.M.K.nun 706., T.B.K. 237. Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri gereğince resmi şekline uygun olmaması yanında T.M.K.'nun 692. maddesine göre tüm paydaşlarla yapılmadığından da geçersizdir.” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 12.04.2016)

¹⁰ İşleten, Mehtap İpek, “Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K. 2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, GSÜHFMD, C. II, Sayı 2014/2, (s. 927-953), s. 948, Günergök, Özcan, “Eşlerden

C. UNSURLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ana unsurlarını, yukarıda verilen tanımdan yola çıkarak, müteahhidin bütünlük arz eden bir bina yaparak belirlenen bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesi, arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetinin devir borcu altına girmesi ve taraflar arasında anlaşma olarak sıralamak mümkündür¹¹.

1. Müteahhidin Bütünlük Arz Eden Bir Binayı İnşa Ederek Belirlenen Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi

Müteahhidin asli borcu, arsa sahibine ait arsa üzerinde bütünlük arz eden bir bina inşa ederek, taraflar arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirlenen bağımsız bölümleri, arsa sahibine teslim etmektir¹². Esasen, müteahhidin asli edim borcu bağımsız bölümlerin inşasından ibaret iken, müteahhide devredilecek paylar bir bütün içerisinde olduğundan tüm binanın inşasını tamamlamakla yükümlüdür¹³. Müteahhidin bina inşası şeklindeki edimi iş görme edimi olup, Yavuz¹⁴, bu unsurun, eser sözleşmesindeki "*eser meydana getirmek*" unsurunu karşıladığını vurgulamıştır. Ayrıca bir görüşe göre, arsa sahibinin maliki bulunduğu arsa üzerinde birden fazla binanın yapılacak olması halinde, bu tip kapsamlı yapılarda yol, bahçe, park ve spor alanı gibi sosyal yaşam çevresinin de oluşturulması gerekir¹⁵. Anılan türden sosyal yaşam çevreleri, site şeklinde kurulan blokların bulunduğu kapsamlı inşaatlarda teslim borcunun kapsamındadır. Nitekim,

Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Hak İktisabı”, EÜHFD 2009, C. XIII, Sayı. 1-2, (s. 249-283), s. 276

¹¹ Erman, Arsa Payı, s. 2; Atamulu, s. 28; Kırmızı, Mustafa, Açıklamalı - İcraatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 626; Karaman, s. 2; Avcı, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara 2015, s. 6

¹² Erman, Arsa Payı, s. 2; Atamulu, s. 29; Şahin, Temerrüt, s. 106; Karaman, s. 3

¹³ Turut, s. 34; İşbora, s. 4

¹⁴ Yavuz, C., s. 1068

¹⁵ Turut, s. 34

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temelinde güven ilkesi mevcut olup, arsa sahibinin bloklar halinde yapılacak olan binaların yanı sıra sosyal yaşam çevresinin yapılmasını beklemekte haklı güveni vardır. Bu durumun tespitinde somut olayın koşulları titizlikle incelenmelidir. Ayrıca, arsa üzerindeki hukuki ve fiili imkansızlıkların varlığı halinde, arsa sahibi, müteahhidin binanın inşasına başlamasını talep edemez¹⁶.

Önemle belirtelim ki, müteahhidin borcu yalnızca arsa sahibine düşecek bağımsız bölümlerin tesliminden ibaret değildir¹⁷. Nitekim, yukarıda yer alan tanımda da belirtildiği üzere, müteahhit bütünlük arz eden, tamamlanmış bir bina inşa etmek durumundadır. Zira, taraflar arasında akdedilen bu sözleşme ile, binanın tamamlanarak, kat mülkiyetine geçilmesi ve sözleşmenin taraflarının kendisine ait olacak bağımsız bölümlere teslim alması amaçlanmaktadır¹⁸. Ayrıca, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 1 hükmünde yer alan "*tamamlanmış bir yapının...üzerinde...bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir.*" ibaresinden anlaşılacağı üzere, bağımsız mülkiyetin hukuken kurulabilmesi ancak, tamamlanmış, bütünlük arz eden bir binanın yapılması halinde mümkün olur¹⁹. Nitekim, arsa sahibinin ifaya olan menfaatinin gerçekleşmesinden de ancak bu halde bahsedilebilir²⁰. Ayrıca, anılan madde hükmü uyarınca, bağımsız mülkiyeti kurma borcu kural olarak arsa sahibine ait olup, tarafların sözleşme ile bu durumun aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür²¹.

¹⁶ Erman, Arsa Payı, s. 2; Karaman, s. 2

¹⁷ Erman, Arsa Payı, s. 3, Atamulu, s. 29

¹⁸ Erman, Arsa Payı, s. 3; Atamulu, s. 29

¹⁹ Atamulu, s. 29

²⁰ Atamulu, s. 29

²¹ Şahin, Temerrüt, s. 115

2. Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarının Mülkiyetini Devir Borcu Altına Girmesi

Arsa sahibinin asli borcu, taraflar arasında akdedilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirlenen arsa paylarının mülkiyetini müteahhide devretmektir²². Diğer deyişle, arsa sahibinin borcu aynidir²³. Arsa sahibinin bu borcu, müteahhit tarafından binanın tamamlanması ile kendi payına düşecek bağımsız bölümleri tesliminin karşılığı ve sebebidir²⁴. Müteahhit tarafından binanın tamamlanarak teslim edilmesi ile, arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu muaccel hale gelir.

Bir görüşe göre, sözleşmeye konu taşınmazın tapuya kayıtlı olması gerekir²⁵. Katıldığımız görüşe göre ise, sözleşme konusu arsanın tapuya kayıtlı olması şart olmayıp, sözleşmede kararlaştırılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli bulunması yeterlidir²⁶. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi borçlandırıcı işlem olup, akdedilmesi anında da arsanın tapuya kayıtlı olması aranmaz.

3. Tarafların Anlaşması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arsa sahibi ve müteahhittir²⁷. Bu sözleşme, TBK m. 1 uyarınca "*tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla*" ve bu iradelerin m. 2 hükmü gereği "*sözleşmenin esaslı*

²² Erman, Arsa Payı, s. 2; Yıldırım, s. 8; Karaman, s. 2; Erdaş, s. 14; Ateş, s. 4; Akdaş, , Hüseyin, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Ve Sözleşme Taraflarının Vergi Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 12; Avcı, s. 6

²³ Turut, s. 36

²⁴ Erman, Arsa Payı, s. 2; Karaman, s. 2; İşbora, s. 3; Avcı, s. 9

²⁵ Avcı, s. 4

²⁶ Yıldırım, s. 18

²⁷ Yavuz, Cevdet/ Acar Faruk/ Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 1064; Özmen, Etem Saba/ Akçura Karaman, Tuba, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İBD, C. 87, Sayı 1, (s. 47-74), s. 47; Sütçü, YL, s. 7; Yıldırım, s. 5; Aydemir, s. 46

noktalarında" uyuşması ile kurulur²⁸. Ayrıca, tarafların yan noktalarda uyuşamaması halinde TBK m. 2/2 hükmü uyarınca hakim, uyuşmazlığı somut olayın özelliklerine göre çözüme bağlayacaktır. Sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi ve yorumlanmasında ise hakim, TBK m. 19 hükmü uyarınca tarafların "*gerçek ve ortak iradeleri*"ni esas alır.

Diğer taraftan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerekir²⁹. TMK m. 706, Tapu Kanunu m. 26 ve kıyasen uygulanan TBK m. 237 hükmü taşınmaz devri içeren sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasını aramaktadır. Noterlik Kanunu m. 60 ve 89 hükümleri uyarınca arsa payı devir vaadini içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterler tarafından düzenleme biçiminde yapılması mümkündür. Ayrıca, taraflar arasındaki anlaşma, TBK m. 27 hükmü uyarınca "*emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız*" olması halinde hükümsüz olacaktır.

D. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi arsasındaki belirli arsa paylarının mülkiyetini müteahhide devretmek, müteahhit de buna karşılık olarak arsa üzerinde bütünlük arz eden bir bina yaparak sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmekle yükümlüdür³⁰. Görüldüğü üzere, sözleşmenin her iki tarafı da diğerinin edimine karşılık bir edimi yerine getirme borcu altına girmektedir. Dolayısıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³¹.

²⁸ Erman, Arsa Payı, s. 3; Yıldırım, s. 6; Karaman, s. 3; Akdaş, s. 17

²⁹ Erman, Arsa Payı, s. 4; Durak, s. 216; Yıldırım, s. 31; Aydemir, s. 49

³⁰ Yavuz, C., s. 1073; Kırmızı, s. 627; Sarı, Suat, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", İÜHF, C. LXIV, Sayı 2, (s. 273-300), s. 276; Özmen/ Karaman, s. 47

³¹ Yener, Arsa Payı, s. 4; Yavuz, C., s. 1073; Şahin, Temerrüt, s. 103; Kanber, s. 36; s. 6; İşbora, s. 17; Erdaş, s. 17; Akdaş, s. 15; Avcı, s. 12

Diğer taraftan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiştir. Bu sözleşme türü, "sözleşme özgürlüğü" ilkesi uyarınca, toplu yaşam ihtiyaçları nedeniyle ortaya çıkan atipik bir sözleşmedir. Sözleşme isminin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 1009³² ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 47 hükmünde yer alıyor olması da onu tipik bir sözleşme halinde getirmez³³. Tipik bir sözleşmeden söz edebilmek için, sözleşme türüne ait esaslı unsurların kanun tarafından düzenlenmiş olması gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satış sözleşmesi ve eser sözleşmesinin unsurlarını barındırmaktadır. Kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesiyle kurulan sözleşmeler karma sözleşme olarak adlandırılmaktadır³⁴. Karma sözleşmelerin bir türü olan çifte tipli sözleşmelerde ise, taraflar farklı sözleşme tiplerine ait asli edimlerin karşılıklı olarak değişimini taahhüt ederler³⁵. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de arsa sahibinin taşınmaz mülkiyetini geçirme borcu, taşınmaz satışı sözleşmesinin; müteahhidinin bina yapıp teslim etme borcu ise eser sözleşmesinin asli unsurları olup. karşılıklı değişim ilişkisi içerisindedirler³⁶. Yargıtay da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma sözleşme olduğunu kabul etmekte olup³⁷, çifte tipli karma sözleşme olarak adlandırmaktadır³⁸.

³² TMK m. 1009 "Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir."

³³ Atamulu, s. 33; Özmen/ Karaman, s. 50

³⁴ Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s. 57; Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 2013, s. 15 vd.

³⁵ Aral/ Ayrancı, s. 58

³⁶ Erman, Arsa Payı, s. 6; Kaplan, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 271; Turut, s. 27; Durak, s. 211; Sarı, s. 276; Özmen/ Karaman, s. 50

³⁷ Y. 23. HD., 08.10.2015 T., 2015/366 E., 2015/6416 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.02.2016)

³⁸ Y. 23. HD., 10.09.2015 T., 2015/5024 E., 2015/5777 K.; Y. 14. HD., 23.03.2011 T., 2011/2212 E., 2011/3691 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.02.2016); Benzer nitelime için bkz. Yavuz, C., s. 1071, Turut, s. 36; Yünlü, Semih, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi, YYÜHFD, C. 1, Sayı 3, 2014, (s. 103-115), s.105; Erdaş, s. 19; Acar, Hakan, 6502 Sayılı Kanun ile Eser Sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamına Alınmasının Hukuki Sonuçları, FÜHFD, C. 2, Sayı 2, (s. 32-47), s. 35; Avcı, s. 11; Aydemir, s. 43

Yargıtay'ın, 15.10.2015 tarihli kararında³⁹ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, "*eser sözleşmelerinin bir türü*" olarak nitelendirilmişse de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eser sözleşmesinin bir türü olarak kabulü mümkün değildir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sürekli sözleşme değildir. Bir borç ilişkisinin ani mi sürekli mi olduğunun tespitinde karakteristik edimin alacaklısının ifa menfaatinin gerçekleşmesinin bir anda mı yoksa süreç içerisinde mi olduğuna bakılır⁴⁰. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi olduğunu söyleyebilmek mümkündür⁴¹. Nitekim, bu sözleşmede arsa sahibinin ifa menfaati bir anda ve bağımsız bölümlerin kendisine teslimiyle gerçekleşmektedir⁴². Yoksa müteahhidin binayı inşasının uzun sürmesi borç ilişkisinin sürekli olduğu anlamına gelmez⁴³. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 T., 983/3 E., 984/1 K. sayılı kararında, anılan sözleşme "*geçici-sürekli karmaşığı*" borç ilişkisi olarak tanımlanmıştır. Doktrinde bu görüşte olan yazarlar bulunmaktadır⁴⁴. Yargıtay tarafından borç ilişkisinin bu şekilde tanımlanması, dürüstlük kuralı ve uygulamada yaşanan mağduriyetler sebebiyle olsa da, kanaatimizce, bu borç ilişkisi, kural olarak, ani edimli kabul edilmeli ve TMK m. 2 hükmünün gerekli kıldığı hallerde ise uyuşmazlığın çözümünde sürekli borç ilişkilerine ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁴⁵. Borç ilişkisinin ani, sürekli, geçici-sürekli karmaşığı olduğu yönündeki ayırım müteahhidin temerrüdü halinde, borç ilişkisinin tasfiyesinin ileriye

³⁹ Y. 14. H.D., 15.10.2015 T., 2015/10728 E., 2015/ 9107 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 17.02.2016)

⁴⁰ Seliçi, Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977

⁴¹ Yener, Arsa Payı, s. 6; Yavuz, C., s. 1072; Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2012, s. 144; Şahin, Temerrüt, s. 105; Eren, Fikret, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s. 52; Durak, s. 212; Yıldırım, s. 17; Erdaş, s. 30; Kürşat, Zekeriya: İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 751-778, s. 753; Avcı, s. 14

⁴² Yener, Arsa Payı s. 6; Yıldırım, s. 75

⁴³ Yener, Arsa Payı, s. 7; Yavuz, C., s. 1072

⁴⁴ Erman, Arsa Payı, s. 9; Olgaç, s. 83

⁴⁵ Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 53

dönük mü yoksa geriye yönelik mi yapılması gerektiği açısından önem arz etmektedir⁴⁶.

TMK m. 1009 hükmünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkı tapu kütüğüne şerh edilebilir nispi haklar arasında sayılmıştır. Esasen burada, şerh ile sözleşmeden doğan, mülkiyet payının devrine ilişkin alacak hakkı korunmaktadır⁴⁷. Bu şerhin tapu kaydına işlenebilmesi için müteahhidin tek taraflı istemi yeterli görülmektedir. Sözleşmenin tapu kaydına şerh edilmesi halinde, arsa sahibi tarafından arsanın bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde, müteahhit inşaatı tamamlayıp üçüncü kişiye teslim ile kendisine ait olacak bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini üçüncü kişiden talep edebilir⁴⁸.

E. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

İnceleme konusu olan sözleşme, belirtildiği üzere karma sözleşme olup, uygulanacak hükümlerin tespiti de önem arz etmektedir. Bu noktada, uygulanacak hükümlerin tespitinde kullanması tavsiye edilen teoriler⁴⁹; soğurma, birleştirme, çeşitli tiplerin birbirini götürmesi ve kıyas teorisidir. Karma sözleşme olması dolayısıyla doktrindeki hakim görüş⁵⁰ uyarınca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak teori kıyas teorisidir. Bu bağlamda, taşınmaz satışı ve eser

⁴⁶ Erman, Arsa Payı, s. 9

⁴⁷ Sarı, s. 275

⁴⁸ Erman, Arsa Payı, s. 10

⁴⁹ Soğurma Teorisine göre, karma sözleşmelerde, hakim sözleşme tipi, diğer unsurlar için öngörülen hukuki sonuçları bünyesinde eritmekte olup, hakim unsura ait hükümlerin uygulanmalıdır. Birleştirme teorisine göre, karma sözleşmelerdeki her unsura ait olduğu sözleşme tipine ait hükümler uygulanmalıdır. Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisine göre, karma sözleşmeyi meydana getiren sözleşmelere ilişkin hükümler kıyas yoluyla dahi uygulanamayacak olup, bu halde borçlar hukuku genel hükümleri uygulanmalıdır. Kıyas teorisine göre ise, karma sözleşmelere ait hükümler doğrudan doğruya değil, ancak kıyas yoluyla uygulanır. Farklı sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin çatışması halinde hakim sözleşmenin amacı ve tarafların karşılıklı menfaatlerini gözetmek suretiyle hareket edecek olup, gerekirse borçlar hukuku genel hükümlerini, bundan sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna, bundan da bir sonuç elde edilemez ise TMK m. 1 hükmü uyarınca hakim hukuk yaratma yoluna gidecektir.

⁵⁰ Erman, Arsa Payı, s. 7; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, s. 1087

sözleşmesine ilişkin hükümler ancak kıyas yolu ile uygulama alanı bulacak olup, anılan sözleşme hükümlerinde çatışma olması halinde, sözleşmenin amacı ve tarafların menfaati gözetilmek suretiyle; Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri, bundan sonuç alınamaması halinde örf ve adet hukuku, son olarak da TMK m. 1 hükmü uyarınca hakim hukuk yaratma yoluna gider⁵¹. Keza, sözleşmenin bina inşasına ilişkin bölümüne eser sözleşmesine dair hükümlerin, arsa paylarının devrine ilişkin bölümüne ise taşınmaz satışına dair hükümlerin uygulanması ile uyuşmazlıkların çözümü mümkün değildir⁵². Müteahhidin bina inşa edip bağımsız bölümleri teslim borcunu eksik ifası ve temerrüt gibi durumlara ise genel hükümler uygulanır.

Her ne kadar eser sözleşmesi şekle tabi değil ise de, taşınmaz satışı sözleşmesi TBK m. 237 ve TMK m. 706 hükümleri uyarınca resmi şekle bağlıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ile, mülkiyeti devir borcunu da içerdiğinden resmi şekle tabidir. Kaldı ki, TBK m. 237 hükmüne gerek olmaksızın TMK m. 706 hükmünün taşınmaz mülkiyetini devir borcu ifadesini içermesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de arsa payını devir borcu bulunması sebebiyle TMK m. 706 hükmü doğrudan uygulanmak suretiyle resmi şeklin aranması gerektiği söylenebilir. Yargıtay da, bu sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerektiğini içtihat etmektedir⁵³. Ayrıca, taraflarca edimler büyük oranda yerine getirilmişse, bir tarafın şekle aykırılık sebebiyle sözleşmenin hükümsüzlüğünü öne sürmesinin haklı bir yanı bulunmamaktadır⁵⁴. Bu konuda değinmek gerekirse, müteahhit tarafından binanın inşası yahut temelden arsa paylarının üçüncü kişilere satılması, müteahhidin arsa sahibi ile yaptığı sözleşmeden doğan hakkını ivazlı olarak devri alacağın temliki mahiyetinde olup, resmi şekil aranmaksızın adi yazılı şekle tabidir⁵⁵.

⁵¹ Erman, Arsa Payı, s. 7

⁵² Yavuz, C., s. 1071

⁵³ Y. 15. HD., 20.06.2013 T., 2013/1437 E., 2013/4005 K.; Y. 23. HD., 17.11.2014 T., 2014/6906 E., 2014/7983 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.02.2016)

⁵⁴ Turut, s. 47; Atamulu, 48

⁵⁵ Erman, Arsa Payı, s. 21; Durak, s. 217; Yener, Mehmet Deniz, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, İÜHFİM, C. LXV, Sayı 2, (s. 371-382), s. 374

II. MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin borçları; teslim borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu⁵⁶, sadakat ve özen borcu⁵⁷dur. Arsa sahibinin borçları ise, arsa payını devir borcu ve binanın tamamlanması için diğer yükümlülüklerini yerine getirme borcu olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, teslim, müteahhidin ana borçları kapsamındadır⁵⁸. İnceleme konusu kavramların ilişik olduğu ana borç, müteahhidin teslim borcu olduğundan, aşağıda yalnızca teslim borcu ele alınacaktır.

A. TESLİM KAVRAMI

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde teslim kavramı tanımlanmamıştır. Doktrinde yapılan tanımlamalara göre teslim en geniş anlamda, tamamlanmış bir eserin yüklenici tarafından eser sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğünün ifası amacıyla iş sahibinin hakimiyet alanına sokulmasını veya münhasıran iş sahibinin hakimiyet alanına terkini ifade eder⁵⁹.

⁵⁶ Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 79: Seliçi'ye göre, işe başlama ve devam etme borcuna aykırı davranışına temerrüt sonucu bağlanması sebebiyle bu borç hazırlık faaliyeti değil, asli edim borcudur.

⁵⁷ Y. 23. HD., 10.06.2013 T., 2013/2557 E., 2013/3959 K. : "yüklenici üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak, teknik ve sanat kurallarına yasa ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yapmakla yükümlüdür. Yüklendiği işin uzmanı sayılan yüklenicinin, belirtilen yükümlülüğe, onun iş-eser sahibine karşı 'özen borcunun' gereğidir." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 17.02.2016); Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin özen borcu hakkında detaylı bilgi için bkz., Erman, Arsa Payı, s. 36 vd.; Eren, s. 73; Karaman, s. 19 vd.

⁵⁸ Avcı, s. 56

⁵⁹ Gümüş, s. 29; Yener, Arsa Payı, s. 23; Uçar, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü Ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C. V, Sayı 1-4, s. (513-555), s. 516; Bilge, Koray, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sebepleri Ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 26

Doktrinde bu konuda yapılmış çeşitli tanımlar vardır. ARAL/AYRANCI'ya göre teslim, tamamlanmış eserin iş sahibine ifa olarak arz edilmesidir⁶⁰. Zilyetlik esas alınarak yapılan bir tanıma göre, doğrudan doğruya zilyetliğin devri veya geriye geçirilmesi ya da geçici bir zilyetlik halinin ortadan kaldırılmasıdır⁶¹. Zilyetlik genel olarak, TMK m. 973 hükmü uyarınca, bir şey üzerindeki fiili hakimiyettir.

Diğer bir tanıma göre, taraflar arasındaki eser sözleşmesine uyarınca, yüklenici tarafından meydana getirilen eserin iş sahibi veya onun yetkili temsilcisine ifa iradesiyle arz edilip hakimiyet alanına geçirilmesi ya da kullanmaya hazır olduğunun bildirilmesidir⁶². Başka bir tanıma göre teslim, müteahhidin eseri, sözleşme, projeler ve sözleşme ekleri ile varlığı halinde şartnamelere uygun şekilde bitirdikten sonra eksiksiz ve ayıpsız olarak ondan elini çekmesi ile onu eylemli şekilde veya hukuksal manada iş sahibinin egemenliğine bırakması sonucunu doğurur⁶³. Diğer deyişle, teslim, arsa sahibinin bağımsız bölümler üzerindeki fiili hakimiyeti elde etmesini ifade etmektedir⁶⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibinin hakimiyet alanında meydana getirilen eserlerde teslim, tamamlanmış eserin (inceleme konusu sözleşmede bağımsız bölümlerin) sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesidir⁶⁵. Sözleşmeye uygun bir teslimden bahsedebilmek için ise, arsa sahibine teslim edilen bağımsız bölümler sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli niteliklere haiz olmalıdır⁶⁶.

Teslimin unsurlarını genel olarak, eserin zilyetliğinin iş sahibine devredilmesi, fiili hakimiyet devrinin ifa amacıyla yapılması ve bu ifa iradesinin iş sahibi tarafından anlaşılması olarak sıralamak mümkündür⁶⁷. Zilyetliğin devri ile amaçlanan, eseri iş sahibinin hakimiyet alanına geçirme yahut fiili hakimiyet

⁶⁰ Aral/ Ayrancı, s. 393

⁶¹ Tandoğan, s. 125

⁶² Turan, s. 48

⁶³ Aydemir, 219

⁶⁴ Kurt, s. 69

⁶⁵ Uçar, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 91

⁶⁶ Turanboy, Asuman, "Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan Ve Bozukluklardan Mesuliyeti", AÜHFD, C. 41, Sayı 1-4, s. 151-189, s. 151

⁶⁷ Şahin, Temerrüt, s. 48; Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 49

devrinin sağlanması olarak ifade edilebilir⁶⁸. İş sahibine ifa iradesinin, bildirim yoluyla iletilmesi mümkündür⁶⁹. Bu halde, ifa iradesinin de mevcudiyetiyle, iş sahibinin irade beyanı aranmaksızın teslim gerçekleşir⁷⁰. Bu başlık altında teslim kavramı ile ilgili genel bilgiler verilmiş olup, inceleme konusu sözleşme bakımından teslim kavramı ve teslim borcunun ifası aşağıda detaylı olarak incelenmiştir⁷¹.

2. Hukuki Niteliği

Teslim ve tesellüm kavramlarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Tesellüm, yüklenicinin teslim borcunun iş sahibi açısından görünen tarafını oluşturmaktadır. Yüklenici tarafından meydana getirilen eserin tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi ile teslim ve tesellüm gerçekleşir. Bu bağlamda, teslim ve tesellüm aynı anda gerçekleşir⁷². Dolayısıyla, teslim ve tesellüm kavramları, esas itibariyle, birbiriyle bağlantılıdır⁷³. Teslim, yüklenici yönünden asli bir yükümlülük iken, bir ifaya katılma faaliyeti olan tesellümün, iş sahibi yönünden külfet olduğu yönünde görüş bulunmaktadır⁷⁴. İş sahibinin tesellümden kaçınması, alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açar⁷⁵. Aksi yöndeki bir görüşe göre, iş sahibinin tesellümü bir borçtur⁷⁶. Ayrıca, bu görüşe göre, eserin teslim alınmasına kanun koyucu tarafından önemli neticeler bağlanmıştır⁷⁷. Bunun yanı sıra, yüklenicinin dava açmak suretiyle iş sahibini teslim almaya zorlayabileceği vurgulanmıştır⁷⁸. Kanaatimizce, tesellüm bir külfet değildir. Nitekim, iş sahibinin teslim almaması halinde, muayene ve ihbar külfetinde ayıptan doğan hakların yitirilmesinde olduğu gibi, herhangi bir hak kaybı

⁶⁸ Şahin, Temerrüt, s. 48

⁶⁹ Erman, Arsa Payı, s. 34

⁷⁰ Ayan, s. 50

⁷¹ Bkz. s 20 vd.

⁷² Tandoğan, s. 127; Kaplan, s. 76; Uçar, Ayıp, s. 91; Ergezen, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 68

⁷³ Şahin, Temerrüt, s. 49; Uçar, Ayıp, s. 90; Şahiniz, Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) Ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014, s. 3

⁷⁴ Şahiniz, s. 3; Durak, s. 224

⁷⁵ Aral/ Ayrancı, s. 393

⁷⁶ Uçar, Teslim, s. 516; Şahin, Temerrüt, s. 49

⁷⁷ Uçar, Teslim, s. 518

⁷⁸ Uçar, Teslim, s. 520

olmamaktadır. Bu bağlamda, teslim bir hak olup, iş sahibince bu hakkın kullanılıp kullanılmaması kendi serbestisinde. Özellikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin teslim alma yükümlülüğü bulunmamakta olup, teslim koşulların varlığı halinde müteahhidin edim borcu olan bağımsız bölümleri teslim etmesi ile gerçekleşir.

B. ESERİN TESLİMİ KAVRAMININ KABUL KAVRAMINDAN AYIRT EDİLMESİ

Teslim ve teslim kavramlarının birbiriyle bağlantılı olması açısından kabulün bu kavramlardan ayırt edilmesi gerekmektedir⁷⁹. Zira teslim kabul anlamına gelmemektedir⁸⁰. Nitekim, ifanın gereği gibi yerine getirilip getirilmediği ancak bağımsız bölümlerin ve ortak yerlerin muayenesi ile anlaşılacak olup, bunun için de bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi gerekir⁸¹. Kabul, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit tarafından inşa ve teslim edilen binanın, arsa sahibi tarafından, ayıp iddiasında -açık ayıplar yönünden- bulunulmayacağı, eserin sözleşmeye uygun olduğunun, müteahhide bildirildiği irade açıklamasıdır⁸². Kabulü, arsa sahibi bizzat veya yetkili temsilcisi aracılığıyla açıklayabilir⁸³.

⁷⁹ Tandoğan, s. 127; Turut, s. 87; Uçar, Ayıp, s. 90; Eren, s. 72; Sütçü, Nezih, Uygulamada Ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 1, Ankara 2016, s. 609

⁸⁰ Uçar, Teslim, s. 531; Gümüş, s. 29; Kurt, s. 69; Karaman, s. 17; Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 7981: "*Eserin niteliğine ve sayılan ayıplara göre, davanın açılmasında geç kalındığı iddia edilemeyeceği gibi (BK m. 359), 'eserin teslimi' ile 'eserin kabulü' eş anlamlı değildir.*" (Y. 15. HD., 15.06.1992 T., 1992/3006 E., 1992/3087 K.); Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2015, s. 182; Sütçü, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 2, Ankara 2016, s. 1685; Yılmaz, Halil, Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi Ve Uygulaması, Ankara 2015, s. 200; Turanboy, s. 166: Turanboy, kabul yerine muvafakat ifadesi kullanılmıştır. Muvafakat, kabul kavramı açısından daha net bir ifade olup, olası karışıklıkları engelleyecek mahiyettedir. Ancak, kanunda açıkça kabul ifadesi kullanıldığı için çalışmamızda kabul kavramı esas alınmıştır.

⁸¹ Uçar, Teslim, s. 517

⁸² Şahiniz, s. 4; Kaplan, s. 130; Tandoğan, s. 217; Yücer Aktürk, s. 249; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 150; Turanboy, s. 183; Bilge, K., s. 89; Erzurumluoğlu, s. 182; Şenocak, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 81; Canbolat, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009, s. 168; Uçar, Teslim, s. 516; Uygur, TBK, s. 8075: "*Davacılar yapılan şeyi kabul ettiklerinden dolayı, açık ayıplardan davalıların sorumlu tutulmaları yasaya aykırı olup, karar bozulmalıdır.*" (Y. 15. HD., 03.10.1990 T., 1990/374 E., 1990/3790 K.)

⁸³ Kaplan, s. 130; Büyükay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 115

Kabul iradesi açık veya örtülü olarak açıklanabilir⁸⁴. Kabul beyanı, teslim esnasında bildirileceği gibi, muayene ve ihbar külfetinin akabinde de bildirilebilir⁸⁵. Ayrıca kabul, müteahhide yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı olup, hüküm ve sonuç doğurması için müteahhidin irade beyanı aranmaz⁸⁶. Arsa sahibinin, ortak yerler ve kendi payına düşen bağımsız bölümlerdeki mevcut ayıpların giderilmesi şartı ile kabul beyanında bulunması halinde, müteahhidin sorumluluğu devam etmektedir⁸⁷. Diğer taraftan, bağımsız bölümlerin teslim alınması için arsa sahibinin ayrıca eseri teslim aldığına ilişkin beyanı aranmazken⁸⁸, kabul için arsa sahibinin açık ya da örtülü irade beyanı aranmaktadır⁸⁹. Örtülü kabulün varlığı somut olayın koşullarına göre belirlenir. Keza, TBK m. 477/2 hükmünün kıyasen uygulanması ile arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeyi ihmal etmesi örtülü kabul teşkil eder. Ayrıca, kabulün hukuki sonuç doğurması müteahhidin muvafakatine bağlı değildir.

Kabul zamansal olarak teslimi takip eder⁹⁰. Zira, teslim, kural olarak, kabulün ön şartı olup, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin kabulü için muayenesi gerekecek ve muayene de, kural olarak, bağımsız bölümlerin teslimi ile mümkün olacaktır⁹¹. Arsa sahibinin muayeneden vazgeçmesi halinde, teslim ile kabulün aynı anda gerçekleşeceği söylenebilir⁹². Arsa sahibinin bağımsız bölümleri teslim alması kabul anlamına gelmez⁹³. Teslim, ayıptan doğan hakların kullanılması için gerekirken, kabul bu hakların kullanılmasını önlemektedir⁹⁴. Teslim ve tesellüm, ayıptan doğan hakların kullanılmasının koşulu iken, kabul, müteahhidin ayıp

⁸⁴ Uçar, Teslim, s. 520; Şahin, Temerrüt, s. 53; Turanboy, s. 183; Hatipoğlu Ünsal, s. 54

⁸⁵ Uçar, Teslim, s. 521

⁸⁶ Şahin, Temerrüt, s. 53

⁸⁷ Kaplan, s. 131

⁸⁸ Erman, Arsa Payı, s. 36; Uçar, Ayıp, s. 92

⁸⁹ Şahin, Temerrüt, s. 53

⁹⁰ Ayan, s. 50; Uçar, Ayıp, s. 95; Kocağa, Köksal, "Müteahhidin İşe Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağıın Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar", DEÜHFD, C. 6, Sayı 1, (s. 177-201), s. 180; Yavuz, Nihat, Ayıplı İfa, Ankara 2014, s. 636; Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin Ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 57; Yılmaz, s. 204

⁹¹ Şahin, Temerrüt, s. 50; Ergezen, s. 68; Yıldırım, s. 115; Gümüş, s. 29

⁹² Uçar, Teslim, s. 521; Uçar, Ayıp, s. 95

⁹³ Turut, s. 123

⁹⁴ Uçar, Ayıp, s. 90

nedeniyle sorumluluğunun düşmesi ve arsa sahibinin ayıptan doğan haklarının yitirilmesinin ön şartıdır⁹⁵.

Kabul karinesi, açık ayıplar yönünden geçerli olup, olağan gözden geçirmede fark edilemeyen veya sonradan ortaya çıkan ayıpları kapsamamaktadır⁹⁶. Gizli ayıplar ise, TBK m. 477/son hükmüne kıyasen, ortaya çıktığında makul süre içinde bildirilmediği zaman kabul edilmiş sayılacaktır. Kasten gizlenen ayıplar yönünden ise, arsa sahibinin kabulü olsa dahi müteahhit sorumluluktan kurtulmaz⁹⁷. TBK m. 477 kıyasen, kabul, müteahhidi ayıptan -açık ayıplar yönünden- kaynaklanan sorumluluktan kurtaracaktır⁹⁸. Ayrıca, arsa sahibi, eseri kabul ile sözleşmede bulunan cezai şart isteme hakkını da kaybeder⁹⁹. Kabulün, eseri ifa olarak kabulden ayırt edilmesi gerekmektedir. Eseri ifa olarak kabulde arsa sahibi, ayıplı ifadan doğan haklarını, ihtirazi kayıt ile, saklı tutarak eseri teslim almaktadır¹⁰⁰. Ayıptan doğan hakların saklı tutulmasıyla, arsa sahibi, ayıplı ifa sebebiyle müteahhidi sorumlu tutabilecektir¹⁰¹. Dolayısıyla, ifa olarak kabulde, teslim gerçekleşmiş sayılmakta ve ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Eserin kabulünde ise, yukarıda anıldığı üzere, arsa sahibinin ayıptan -açık ayıplar yönünden- doğan hakları düşecektir.

⁹⁵ Uçar, Teslim, s. 522; Tandoğan, s. 217

⁹⁶ Yücer Aktürk, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012, s. 250; Büyükay, s. 113; Turanboy, s. 183; Yıldırım, s. 77; Hatipoğlu Ünsal, Ayşe, Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İş Sahibi Ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 54

⁹⁷ Şahiniz, s. 124; Kanber, s. 45

⁹⁸ Ayan, s. 50; Turanboy, s. 183

⁹⁹ Turanboy, s. 185

¹⁰⁰ Şenocak, s. 83

¹⁰¹ Şenocak, s. 83

C. TESLİM KAVRAMININ İNCELEME KONUSU AÇISINDAN ÖNEMİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslim müteahhidin asli borcudur¹⁰². Müteahhidin, inşasıyla yükümlü olduğu binayı tamamlamasının yanında, bunun iş sahibine teslimi de gerekmektedir. Nitekim, binanın tamamlanması ile teslimi farklı kavramlar olup, müteahhit binayı tamamlamakla borcunu ifa etmiş olmaz¹⁰³.

Teslim borcu TBK'da açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, eser sözleşmesinde, teslimden ve sonuçlarından bahseden birçok maddeden ve sonuçlarından kanun koyucunun teslim borcunu, yüklenicinin asli edim yükümlülüğü olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır¹⁰⁴. Müteahhit, binayı teslim borcunu, muaccel olmasına rağmen yerine getirmezse temerrüde düşecektir. Bu halde, genel hükümlerin uygulama alanı bulacağını söyleyebiliriz.

Diğer taraftan, eserin teslimi ile yukarıda anılan hükümler çerçevesinde, iş sahibinin bir takım talep hakları doğacak, tabi olduğu haklar sistemi değişecektir. Bu çerçevede, teslim edilen eserdeki eksiklik ve ayıplardan ötürü iş sahibi yüklenicinin sorumluluğuna gidebilir. Ayrıca, kural olarak, eser teslim edilmedikçe, yüklenicinin eserdeki eksiklik ve ayıplardan sorumluluğundan bahsedilemez¹⁰⁵.

Yüklenicinin teslim borcunu tam olarak ifasından bahsedilebilmesi için, kural olarak, eserin eksiksiz -tam- ve ayıpsız olarak teslimi gerekmektedir. Eser eksik ve ayıplı ise, iş sahibi tesellümden kaçınabilir¹⁰⁶.

¹⁰² Erman, Arsa Payı, s. 33; Kocağa, İnşaat, s. 120; Eren, s. 72; Zevkliler, Aydın/ Ertaş, Şeref/ Havutçu, Ayşe/ Aydoğdu, Murat/ Cumalıoğlu, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 590; Acar, F., s. 2

¹⁰³ Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 9; Aral/ Ayrancı, s. 393; Kırmızı, s. 651; Bilge, K., s. 26; Erman, Arsa Payı, s. 33; Şahin, Temerrüt, s. 43

¹⁰⁴ Tandoğan, s. 124; Kurt, s. 67; Şahin, Temerrüt, s. 46; Yünlü, s. 104; Bilge, K., s. 26

¹⁰⁵ Şahiniz, s. 6

¹⁰⁶ Şahiniz, s. 7

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslim almaktan kaçınma hakkı aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Genel hatlarıyla bahsetmek gerekirse, eksik ve/veya ayıplı binanın teslimi halinde arsa sahibi tesellümden kaçınması ile alacaklı temerrüdüne düşmez¹⁰⁷. Aksine, bu halde, müteahhidin temerrüdünün varlığı söz konusu olacak ve temerrüde ilişkin genel hükümler uyarınca sorumluluğuna gidilebilecektir. Arsa sahibi tarafından binanın teslim alınması halinde ise, müteahhidin eksik ve/veya ayıplı ifadan sorumluluğundan bahsedilecektir.

Eserin teslimiyle, yüklenicinin ayıpları giderme ve/veya eksiklikleri tamamlama hakkı sona erer¹⁰⁸. Özellikle, inceleme konusu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslim sonrasında, müteahhidin ayıpları tamamlama ve eksikleri gidermesi için taşınmaza girmesi engellenebilir. Bu durumda, arsa sahibi temerrüde düşmez¹⁰⁹.

Teslim anı, eserdeki ayıp ve eksikliklerin tespiti için de önemlidir. Müteahhit, teslim sırasında mevcut olmayan ayıp ve eksikliklerden sorumlu tutulamaz. Ancak, teslim sırasındaki ayıp ve eksikliklerden doğan ayıplar tali ayıp olarak adlandırılmakta olup, müteahhit bunlardan da sorumludur.

Ayrıca, eserin teslimi ile iş sahibinin eseri muayene etme, ayıbı ihbar külfeti için geçerli olan süreler işlemeye başlar. Eserin eksik teslimi halinde, iş sahibi eseri muayene etmemiş ve etmiş olsa dahi eksiklikleri bildirmemiş olması halinde, zamanaşımı süresinde, yüklenicinin sorumluluğuna gidebilir¹¹⁰. Hem ayıp hem de eksik ifadan sorumlulukta zamanaşımı başlangıcı olarak teslim anı esas alınır¹¹¹.

Müteahhidin, sözleşmede aksine bir hüküm yok ise, kendi payına düşen arsa paylarının devrini talep hakkı, binanın tamamlanarak iş sahibine teslimi ile muaccel

¹⁰⁷ Şahiniz, s. 7

¹⁰⁸ Şahiniz, s. 7

¹⁰⁹ Ayan, s. 85

¹¹⁰ Şahiniz, s. 8

¹¹¹ Şahiniz, s. 8

olur. Arsa sahibi, binadaki ayıp ve/veya eksikliklerden ötürü arsa payını devirden kaçınma hakkına -ödemezlik def'ine dayanma hakkına- sahiptir¹¹².

D. TESLİM BORCUNUN İFASI

1. Binanın Tamamlanması

Müteahhidin teslim borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki, asli ve temel borcudur. Bu bağlamda, müteahhit yalnızca binayı tamamlamakla değil, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri ona teslim ile de yükümlüdür¹¹³. Diğer taraftan, müteahhidin sadece arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri değil, binanın bütününe tamamlaması gerekir. Dolayısıyla, müteahhidin üstlendiği bina inşası daha bitmemiş ve devam ediyor ise, henüz bağımsız bölüm teslim etme borcunun yerine getirildiğinden söz edilemez¹¹⁴. Binanın tamamlanması bitmişlik oranına göre tespit edilirken, teslim borcunun ifası ise bu durumun arsa sahibine bildirilmesi ile gerçekleşir¹¹⁵. Teslim borcunun ifası için, kural olarak, müteahhidin üzerine aldığı bütün işleri, beklenen kullanma ve yararlanma amacına uygun olarak, tamamlaması gerekir. Diğer deyişle, binanın tamamlanmış olması için, sözleşmede öngörüldüğü şekilde özenle meydana getirilmesi ve teslime hazır halde bulunması gerekir.

Tamamlanmış bina, sözleşme ile amaçlanan şekilde, arsa sahibinin kullanımına uygun ve teslime hazır hale getirilmiş olan binadır. Dolayısıyla bina, tahsis ve kullanım amacı doğrultusunda, sözleşmeye uygun olarak tarafların

¹¹² Şahiniz, s. 9

¹¹³ Kaplan, s. 75; Kocaağa, İnşaat, s. 118; Şahin, Temerrüt, s. 64; Eren, s. 72; Durak, s. 222; Ozanoğlu, Hasan Seçkin, İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları), GÜHFD, Sayı 1-2, C. 3, (s. 63-121), s. 65; Ateş, s. 3, Akdaş, s. 26; Aydemir, s. 217; Şenocak, s. 78

¹¹⁴ Kaplan, s. 114

¹¹⁵ Acar, F., s. 8

bekledikleri veya beklemeye yetkili oldukları şekilde tamamlanmalıdır¹¹⁶. Binanın tamamlanması, teslim borcunun ifasını mümkün kılan bir işleve sahiptir¹¹⁷. Sözleşmede kararlaştırılan işlerin bitmemesi halinde tamamlanmış bir binadan söz edilemez¹¹⁸. Ayrıca, binanın tamamlanmayan kısmı, tamamlanan kısmına nazaran çok az ve önemsiz ise, bu halde dürüstlük kuralı uyarınca, binanın teslimi kabul olduğu kabul edilmelidir¹¹⁹. Bu durum, tespiti teknik bir incelemeyi gerektirdiği için, binanın tamamlanma oranına göre bilirkişi aracılığıyla tayin edilir¹²⁰. Oranın tespitinde ise, somut olayda taraflar arasında akdedilmiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi esas alınacaktır¹²¹. Binanın inşasında müteahhit, özellikle teknik kurallar ve taraflar arasındaki sözleşme uyarınca gereken özeni göstermelidir¹²².

Binanın tamamlanması edimi, iş görme borcu olup, bir edim fiili değil, edim sonucudur¹²³. Bu edim sonucu ise, teslim ile gerçekleşmektedir¹²⁴. Arsa sahibinin ifa menfaati ancak teslim ile yani bu edim sonucuna kavuşması ile gerçekleşir¹²⁵.

Binanın inşasının tamamlanması, teslimden ayırt edilmesi gereken bir haldir¹²⁶. Nitekim, teslim; taraflar arasında akdedilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, inşası tamamlanmış binadaki, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin, sözleşmeye ve fenne uygun şekilde tamamlandığı ve kullanıma hazır olduğunun bildirilmesidir¹²⁷. Yargıtay da benzer bir şekilde, müteahhidin "*özen borcu gereği olarak, yapımını yüklediği inşaatı, iş sahibi ile yaptığı sözleşme hükümleriyle sözleşmenin eki olan onaylı projesine; fen ve sanat kurallarına,*

¹¹⁶ Şahin, Temerrüt, s. 62

¹¹⁷ Acar, F., 3

¹¹⁸ Şahin, Turan, "Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜHFD", C. 1, Sayı 2, 2011, (135-157), s. 137

¹¹⁹ Turanboy, s. 155; Bilge, K., s. 26

¹²⁰ Acar, F., s. 3

¹²¹ Acar, F., s. 4

¹²² Kocaağa, Özen, s. 179; Aydemir, s. 217

¹²³ Aral/ Ayrancı, s. 361; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.589; Ayan, s. 52; Acar, F., s. 2; Şahin, s. 11; Kürşat, Zekeriya, Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, s. 146

¹²⁴ Şahin, Temerrüt, s. 44; Dayınlarlı, s. 49

¹²⁵ Acar, F., s. 2

¹²⁶ Erman, Arsa Payı, s. 33; Duman, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Ankara 2015, s. 463

¹²⁷ Atamulu, s. 66; Yener, Üçüncü Şahıs, s. 371; Erdaş, s. 47

kendisine duyulan güvene ve öngörülen amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmekle yükümlü" olduğunun belirtmiştir¹²⁸. Dolayısıyla, salt binanın tamamlanmış olması teslim edildiği anlamına gelmeyecektir. Binanın tamamlanmış olmasından, sözleşmede öngörüldüğü şekilde inşa edilmiş ve teslim hazır olması halinde söz edilebilir¹²⁹. Bu bağlamda, teslim için binanın tamamlanması gerekir¹³⁰. Binanın tamamlanmasına hangi edimlerin dahil olduğu tarafların uyuşan irade beyanları çerçevesinde tespit edilir. Sözleşmede tarafların neyi amaçladıkları anlaşılmadığı takdirde, taraf iradeleri güven prensibi çerçevesinde yorumlanarak uygun sonuca ulaşılır¹³¹. Diğer taraftan, dürüstlük kuralı gereği, binadaki önemsiz ve tali işlerdeki eksiklikler binanın tamamlanmış olduğunun kabulüne, engel teşkil etmemelidir¹³².

Binanın tamamlanmış olması ile ayıpsız olması birbirinden ayırt edilmesi gereken kavramlardır¹³³. Müteahhit edimini ayıplı olarak yerine getirmiş olsa da bu durum, kural olarak, teslimde engel değildir¹³⁴. Bu bağlamda, binanın nitelikleri, kural olarak, teslimin şartı olmayıp, teslimin gerçekleşmesi açısından belirleyici değildir¹³⁵. Dolayısıyla, müteahhidin binayı teslim edebilme menfaati, arsa sahibinin yalnızca kusursuz bağımsız bölümü kabul etmesi menfaatine üstün tutulmuştur¹³⁶. Binanın, TBK m. 475'te belirtildiği üzere, kıyasen, "*iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı*" olduğu halde dahi, teslim gerçekleşecektir¹³⁷. Teslim akabinde, arsa sahibi ayıptan doğan hakları çerçevesinde, kabulden kaçınabilecek ve hatta şartları bulunması halinde

¹²⁸ Y. 23. HD., 27.11.2012 T., 2012/4094 E., 2012/6963 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 21.02.2016); Ruhi, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2011, s. 1258, (Y. 15. HD., 03.03.2010 T., 2009/984 E., 2010/1192 K.); Aynı yönde olarak bkz. Avcı, s. 9, dn. 14, (Y. 23. HD., 07.02.2013 T., 2012/5933 E., 203/646 K.); Aynı yönde görüş için bkz. Kostakoğlu, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2015, s. 475

¹²⁹ Şahin, Temerrüt, s. 62, Uçar, Teslim, s. 529

¹³⁰ Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 759

¹³¹ Uçar, Teslim, s. 530

¹³² Uçar, Teslim, s. 530; Bilge, K., s. 28

¹³³ Şahin, Temerrüt, s. 63; Kocaağa, İnşaat, s. 119; Uçar, Teslim, s. 531; Öz, İnşaat, s. 147; Yakuppur, Sendi, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009, s. 67

¹³⁴ Şahin, Temerrüt, s. 63; Uçar, Teslim, s. 531

¹³⁵ Şahin, Temerrüt, s. 63; Uçar, Teslim, s. 531; Yıldırım, s. 77

¹³⁶ Uçar, Teslim, s. 531

¹³⁷ Şahin, Temerrüt, s. 63

sözleşmeden dönebilecektir¹³⁸. Dolayısıyla, bina tamamlanmadığı takdirde, kural olarak, arsa sahibi ayıbı ihbar ile yükümlü değildir¹³⁹. Aksi yöndeki görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde önemli ölçüde ayıbın varlığı halinde arsa sahibinin ifayı reddetme hakkı bulunmaktadır¹⁴⁰. Kanaatimizce, aşağıda detaylı olarak anlatıldığı üzere, bu durumda arsa sahibinin teslim almaktan kaçınma hakkının bulunduğunun kabulü gerekir.

2. Teslimin Gerçekleşmesi

Teslimin gerçekleşmesi için, kural olarak, müteahhidin üzerine düşen, tüm işleri tamamlaması gerekmektedir¹⁴¹. Ancak, bağımsız bölüm ve ortak yerlerin ayıpsız ya da eksiksiz olması teslimin zorunlu unsuru değildir¹⁴². Diğer taraftan, müteahhidin binayı tamamlaması ile teslim kendiliğinden gerçekleşmeyecek olup, teslim borcunun ifasından söz edilebilmesi için arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri ona teslimi gerekmektedir¹⁴³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşme türleri farklı olabilirse de çoğunlukla arsa payları tamamlandığında ya da gelinen aşamaya göre kısım kısım müteahhide devredilmektedir. Bu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yapı arsa sahibine ait olduğu için, binanın inşası -eserin meydana getirilmesi- arsa sahibinin hakimiyet alanında gerçekleştirilmektedir¹⁴⁴. Binanın, arsa sahibinin

¹³⁸ Şahin, Temerrüt, s. 63

¹³⁹ Uçar, Teslim, s. 530; Y. 15. HD. 17.11.1986 T., 1986/830 E., 1986/3860 K.: "*eserin tamamlanmış olması eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür. Yüklenici bunu gerçekleştirmediği sürece işveren ayıp ihbarı ile yükümlü tutulamaz.*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 21.02.2016)

¹⁴⁰ Öz, İnşaat, s. 147

¹⁴¹ Gökyayla, Ek İş, s. 196; Şahin, Temerrüt, s. 98; Uçar, Teslim, s. 534; Eren, s. 72; Aydoğdu/Kahveci, s. 759; Acar, F., s. 7; Ergezen, s. 38; Yılmaz, s. 208; Seliçi, İnşaat, s. 37; Kostakoğlu, s. 447; Kostakoğlu, s. 623, "*Kural olarak imal ve inşaa edilecek bir eser, ancak tamamı bittikten sonra teslim edilebilir... Teslimin yapılmış sayılması, sözleşmede kararlaştırılan bütün işlerin bitirilmiş ve icra edilmiş olması anlamına geldiği, henüz tamamlanmamış bir eserin teslim ve tesellümünden söz edilemeyeceği, gerek Yargıtay, gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarıyla kabul edilmiştir...*" (Y. 15. HD., 17.11.1986 T., 1986/830 E., 1986/3860 K.)

¹⁴² Ayan, s. 50

¹⁴³ Şahin, Temerrüt, s. 43; Erdaş, s. 45

¹⁴⁴ Ayan, s. 52

hakimiyet alanında meydana getirilmesi sebebiyle, zilyetliğinin iş sahibine nakledilmesinden söz edilemez¹⁴⁵. Keza, bina inşa edilirken, arsa, arsa sahibinin mülkiyetinde ve dolaylı zilyetliğinde bulunmaktadır¹⁴⁶. Müteahhit binanın inşası sırasında TMK m. 975 hükmü uyarınca “*bir şeyde filî hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse*” olması nedeniyle dolaysız zilyettir. Binanın, arsa sahibinin maliki bulunduğu arsa üzerinde yapılması ile bina arsa sahibinin mülkiyetinde olacaktır¹⁴⁷. Ayrıca, TMK m. 992 hükmü uyarınca, arsa sahibinin üzerinde bina inşa edilen arsanın maliki olması sebebiyle, zilyetliğine evleviyetle sahiptir. Arsa sahibinin, ifaya olan menfaati teslim ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, teslim, müteahhidin bina inşa etme yükümlülüğünün hem gereği hem de sonucudur. Keza, binanın tamamlanması ve teslimi müteahhidin asli yükümlülükleridir¹⁴⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslim, bina inşasının arsa sahibinin hakimiyet alanında gerçekleştirilmesi sebebiyle, müteahhidin işin tamamlandığına ilişkin ifa iradesinin iş sahibine bildirilmesiyle gerçekleşir¹⁴⁹. Bu bağlamda teslim, müteahhidin iş görme borcunu ifasından sonra yerine getirilebilecek bir borçtur. Bildirimin sonuç doğurabilmesi ve teslimin gerçekleşebilmesi için, arsa sahibi ya da yetkili temsilcisine ulaşması gerekir¹⁵⁰. Ayrıca, teslimin gerçekleşmesi için, arsa sahibinin özel bir teslim alma iradesinin varlığı aranmamaktadır¹⁵¹. Dolayısıyla, kural olarak, binanın inşası tamamlanmasına rağmen, müteahhit tarafından bu durumun arsa sahibine bildirilmemesi halinde teslim gerçekleşmez¹⁵².

¹⁴⁵ Kurt, s. 68; Kocağa, İnşaat, s. 120; Öz, İnşaat, s. 145; Ayan, s. 52; Şahiniz, s. 11; Erdaş, s. 45; Ateş, s. 16; Yılmaz, s. 201

¹⁴⁶ Şahin, Temerrüt, s. 67; Ayan, s. 52; Topuz, Murat, “Eserin Teslimden Önce Telef Olması Ve Roman Hukuku’nun Türk Borçlar Hukuku’na Etkileri”, MÜHFD, C. 14, Sayı 1-2, (s. 201-236.) s. 215; Altaş, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s. 86

¹⁴⁷ Şahin, Temerrüt, s. 67; Yavuz, C., s. 1020; Turanboy, s. 154; Bilge, K., s. 35; Erdaş, s. 45; Duman, İnşaat, s. 532

¹⁴⁸ Uçar, Teslim, s. 533

¹⁴⁹ Kurt, s. 68; Ayan, s. 52; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.591; Şahiniz, s. 11; Şekerci, Sena, Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 50; Erdaş, s. 46; Şenocak, s. 27

¹⁵⁰ Ayan, s. 52

¹⁵¹ Tandoğan, s. 127; Şahin, Temerrüt, s. 51; Karaman, s. 17

¹⁵² Şahiniz, s. 14

Teslim, kural olarak, en erken bildirim ulaşması ile gerçekleşir. Müteahhit binayı arsa sahibi tarafından görülecek biçimde tamamlamış ve onun tasarruf edebileceği hale getirmişse, bildirim örtülü olarak gerçekleştiğinin kabulü gerekir¹⁵³. Bu noktada teslimin gerçekleşme anı açısından, istisnai olarak, somut olayın ve dürüstlük kuralının gerektirdiği halde arsa sahibinin durumu geç öğrenmesi halinde, teslimin bu anda gerçekleştiğinin kabulü gerekir¹⁵⁴. Teslimin bildirim yolu ile gerçekleştiği halde, arsa sahibinin fiili egemenliğini kurmasına imkan tanınmaması durumunda, teslimin gerçekleştiği söylenemez¹⁵⁵. Örneğin, binanın inşasında kullanılan iskelelerin sökülmemiş olması, inşaattan artan malzemelerin temizlenmemesi halinde teslim gerçekleşmemiş kabul edilecektir¹⁵⁶. Zira, bu halde fiili hakimiyet tam anlamıyla sağlanamamaktadır¹⁵⁷. Dolayısıyla, binanın inşasında kullanılan araç gereçlerin ve geçici tesisatın sökülüp kaldırılması ve arsadan uzaklaştırılması da teslim borcu kapsamında değerlendirilmelidir¹⁵⁸. Önemsiz ve arsa sahibinin binayı kullanmasını önlemeyen bir kaç baraka veya malzemenin arsada kalması teslimi engel teşkil etmez¹⁵⁹. Teslimin gerçekleşmesi için, binanın tamamlanmış olduğunun ifa iradesiyle arsa sahibi veya yetkili temsilcisine bildirilmiş olması ve bina üzerinde arsa sahibinin fiili hakimiyetinin sağlanması gerekir¹⁶⁰.

Bir görüşe göre, arsası üzerinde yapılan binanın mülkiyetinin arsa sahibine ait olması ve bu çerçevede arsa sahibinin binada zilyetliğinin mevcut olması sebebiyle, müteahhidin inşaatı tamamlaması ve binayı arsa sahibinin her türlü yararlanmasına hazır şekilde terk etmesi, teslimin gerçekleşmesi için yeterlidir¹⁶¹. Bu durum, arsa sahibinin rahat zilyetliğinin sağlanmasıdır¹⁶². Ancak, arsa sahibinin binanın tamamlandığını anlayamayacak durumda olması halinde bildirim varlığı

¹⁵³ Tandoğan, s. 125; Ayan, s. 52

¹⁵⁴ Ayan, s. 53, dn. 155

¹⁵⁵ Tandoğan, s. 125; Erman, Arsa Payı, s. 34; Ayan, s. 53; Durak, s. 224; Şahiniz, s. 12; Erdaş, s. 46; Yakuppur, s. 65

¹⁵⁶ Tandoğan, s. 126; Ayan, s. 52; Kurt, s. 82; Şahiniz, s. 14; Yıldırım, s. 78; Duman, İnşaat, s. 533

¹⁵⁷ Kurt, s. 82

¹⁵⁸ Gökyayla, Ek İş, s. 198

¹⁵⁹ Erman, Arsa Payı, s. 34; Ayan, s. 53; Seliçi, İnşaat, s. 40

¹⁶⁰ Ayan, s. 52; Kurt, s. 82

¹⁶¹ Şahin, Temerrüt, s. 67; Öz, İnşaat, s. 145; Bilge, K., s. 35; Altaş, s. 86; Aydemir, s. 219; Duman, İnşaat, s. 532; Seliçi, İnşaat, s. 37

¹⁶² Öz, İnşaat, s. 196; Şahin, Temerrüt, s. 65; Aydoğdu/ Kahveci, s. 759; Ateş, s. 16

aranmaktadır¹⁶³. Mütahhit temerrüde düşerek bağımsız bölümlerin teslimini geciktirip, sonradan işi bitirerek arsa sahibine haber vermeksizin arsayı terki halinde, arsa sahibinin bu durumdan haberdar olmasına kadar teslim gerçekleşmeyecek olup, müteahhidin temerrüt hali devam edecektir¹⁶⁴. Bu görüş doğrultusunda, teslimin gerçekleşmesi için, kural olarak, binanın tamamlanarak arsa sahibinin her türlü yararlanmasına hazır şekilde terki yeterli sayılmıştır¹⁶⁵. Bu halde de, teslimin gerçekleşmesi yönünden dürüstlük kuralı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁶⁶.

Başka bir görüşe göre, inşaat işlerinde teslim, müteahhit tarafından inşaatın tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesi ve arsa sahibinin de müteahhide ait olan bu yükümlülüğün onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile gerçekleşmiş olur¹⁶⁷. Kanaatimizce teslim borcunun ifası açısından müteahhit tarafından teslim etme bildiriminin arsa sahibine yapılması ve inşaatın arsa sahibinin fiili hakimiyeti sağlayabilmesi için gerekli olan ölçüde terki ile gerçekleşmektedir. O halde, teslimin gerçekleşmesi için, arsa sahibinin kabul beyanını aramamak gerekir¹⁶⁸. Teslimin iki unsuru bulunmakta olup; bunlardan ilki binanın tamamlanması, diğeri ise bağımsız bölümlerin arsa sahibinin hakimiyetine sunulmasıdır¹⁶⁹.

Arsa sahibinin sözleşme uyarınca, kendisine ait olacak bağımsız bölümleri kullanması imkanı sağlanmadıkça teslimin gerçekleştiğinden bahsedilemez¹⁷⁰. Bu çerçevede, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlere ait anahtarların arsa sahibine verilmemesi halinde, bağımsız bölümlerin kullanılması mümkün

¹⁶³ Şahin, Temerrüt, s. 68; Uçar, Teslim, s. 537; Öz, İnşaat, s. 146; Altaş, s. 86; Duman, İnşaat, s. 532

¹⁶⁴ Öz, İnşaat, s. 146

¹⁶⁵ Şahin, Temerrüt, s. 67

¹⁶⁶ Uçar, Teslim, s. 537

¹⁶⁷ Turanboy, s. 154; Uçar, Teslim, s. 536: Yazar yukarıda Turanboy'un görüşüyle tam anlamıyla paralel görüş belirtmemiş teslimin gerçekleşmesi açısından, inşaat işlerine özgülemeksizin genel bir tanımlama yapmıştır.

¹⁶⁸ Gümüş, s. 34

¹⁶⁹ Gökyayla, Ek İş, s. 191; Teslimi üç unsurlu olarak ifade eden görüş için bkz. s. 12, dn. 59

¹⁷⁰ Erman, Arsa Payı, s. 34; Kocaağa, İnşaat, s. 120

olmayacağı için teslim gerçekleşmez¹⁷¹. Arsa sahibinin binanın tamamlanmasına rağmen, haklı sebep olmaksızın kendi payına düşen bağımsız bölümlere ait anahtarları teslim almaktan kaçınması halinde müteahhit tarafından TBK m. 107 hükmü uyarınca tevdi edilmesi anında teslim gerçekleşir¹⁷².

Açıklandığı üzere, binanın teslimi için iş sahibinin bir katılımı, teslimi kabul iradesi aranmaz¹⁷³. Binanın sözleşmeye uygun biçimde tamamlanmış olması ve müteahhidin durumu arsa sahibine ifa iradesiyle bildirmesi halinde, ifa gerçekleşmiş sayılır¹⁷⁴. Bu halde de, yapıyı tasarrufuna alıp almamak arsa sahibinin takdirinde olup, alacaklının temerrüdü oluşmayacaktır¹⁷⁵. Nitekim, arsa sahibinin, teslim borcunun ifasına katılması gerekli olmadığı için alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulama olanağı da bulunmamaktadır¹⁷⁶. Alacaklı tarafından sunulan edimin kabul edilmesi, borçlanılan edimin ifası için gereken hazırlık fiillerinin yapılması ifanın şartıdır¹⁷⁷. Alacaklının temerrüdü ise, alacaklının, ifaya katılmaktan ve borçlu tarafından eksiksiz ve ayıpsız olarak ifa iradesiyle sunulan edimi kabulden veya edimin ifasına ilişkin hazırlık fiillerini yapmaktan haklı sebep olmaksızın kaçınması halinde söz konusu olur. Anılan kabulden kaçınma hali kabul temerrüdü olup, TBK m. 477 anlamındaki kabulden farklıdır¹⁷⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, kural olarak, arsa sahibinin ifaya hazırlık fiillerine katılması hali olmadığından, teslim, bildirim ve arsa sahibinin fiili hakimiyetinin sağlanması ile gerçekleşecek olup, bu halde alacaklının temerrüdünden bahsedilemeyecektir¹⁷⁹.

Arsa sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölüme taşınmış olması, mutlak surette, teslimin gerçekleştiği anlamına gelmez¹⁸⁰. Kural olarak, teslimin yapılmış

¹⁷¹ Tandoğan, s. 126; Ayan, s. 82

¹⁷² Ayan, s. 54; Avcı, s. 58; Sütçü, Cilt 1, s. 609

¹⁷³ Ayan, s. 54; Erman, Arsa Payı, s. 36

¹⁷⁴ Öz, İnşaat, s. 146

¹⁷⁵ Öz, İnşaat, s. 146

¹⁷⁶ Öz, İnşaat, s. 146

¹⁷⁷ Şahin, Temerrüt, s. 68

¹⁷⁸ Şahin, Temerrüt, s. 69

¹⁷⁹ Şahin, Temerrüt, s. 69

¹⁸⁰ Tandoğan, s. 126; Ayan, s. 61; Erman, Arsa Payı, s. 36

sayılması için müteahhidin binanın inşasını tamamlamış olması gerekmektedir¹⁸¹. Müteahhidin binayı inşası devam ederken arsa sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölüme yerleşerek kullanmaya başlaması halinde teslim gerçekleşmez¹⁸². Ancak, arsa sahibinin bağımsız bölümlerde uzun zaman teslim almış gibi oturması ve müteahhit nezdinde haklı güven oluşturması halinde teslimin gerçekleşmediğinin ileri sürülmesi, somut olayın koşullarına göre dürüstlük kuralına aykırı olabilir¹⁸³.

Aksi yöndeki bir görüşe göre¹⁸⁴, bu durum teslimin gerçekleştiğine karine teşkil eder. Henüz tamamlanmamış binada kendi payına düşen bağımsız bölümlerin arsa sahibi tarafından kullanılıyor olması, karine olarak, bunu ifa olarak kabul ettiği anlamına gelmektedir¹⁸⁵. Bağımsız bölümlerde oturma, kiraya vererek kiracılar tarafından kullanılmasını sağlama gibi hallerde bağımsız bölümlerin kullanıldığı kabul edilir. Binanın tamamlanması halinde, müteahhit bildirimde bulunmadan, arsa sahibi bağımsız bölümleri kullanmaya başlar ise, teslimin gerçekleştiği kabul edilir¹⁸⁶. Ancak, arsa sahibinin zorunlu olarak bağımsız bölüme yerleşmiş olması halinde, onun binayı teslim aldığından söz edilmeyecektir¹⁸⁷.

Teslim borcunun ne şekilde gerçekleştirileceği sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflarca belirlenebilir¹⁸⁸. Teslimin, taraflar arasındaki sözleşmede yer alacak bir hüküm ile iskan ruhsatının alınması¹⁸⁹, anahtar teslimi, bir kurum veya tarafların binayı beraber incelemeleri sonucunun olumlu olması¹⁹⁰, bu incelemenin üçüncü kişi tarafından yapılması ve sonucun olumlu olması¹⁹¹ veya yazılı olarak tanzim edilecek teslim-tesellüm tutanağının taraflarca imza altına alınması halinde

¹⁸¹ Şahiniz, s. 13

¹⁸² Ayan, s. 61; Duman, İnşaat, s. 532

¹⁸³ Kurt, s. 70

¹⁸⁴ Yılmaz, s. 204

¹⁸⁵ Şahin, Temerrüt, s. 69; Erman, Arsa Payı, s. 34; Öz, İnşaat, s. 147

¹⁸⁶ Seliçi, İnşaat, s. 37

¹⁸⁷ Öz, İnşaat, s. 147

¹⁸⁸ Erman, Arsa Payı, s. 35; Kurt, s. 68; Tandoğan, s. 127; Turut, s. 87; Dayınlarlı, s. 51; Şahiniz, s. 15; Karaman, s. 17; Erdaş, s. 46; Akdaş, s. 27; Yakuppur, s. 67; Yılmaz, s. 201; Seliçi, İnşaat, s. 37

¹⁸⁹ Erman, Arsa Payı, s. 35; Turut, s. 87

¹⁹⁰ Kurt, s. 68; Y. 15. HD., 09.04.2012 T., 2011/4680 E., 2012/2301 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 23.02.2016)

¹⁹¹ Turut, s. 87

gerçekleşeceği kararlaştırılabilir. Binanın tesliminin anahtar teslimiyle gerçekleşeceği yönündeki kaydın varlığı halinde Yargıtay, teslimin yapı kullanma izninin alınması şartına bağlandığını kabul etmektedir¹⁹². Bu hallerde Yargıtay, bağımsız bölümlerin fiilen teslim alınmasına rağmen, teslimin sözleşmede öngörüldüğü biçimde yapılması gerektiğini, aksi halde hukuki anlamda teslimin gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir¹⁹³. Ayrıca, sözleşmede teslimin şekle bağlı bir bildirim, örneğin noter kanalıyla ihbarname gönderilmesine bağlandığı hallerde, bildirim yapılmadığı her durumda teslimin gerçekleşmediği kabul edilmemelidir¹⁹⁴. Kanaatimizce, bu durumda taraflar arasında delil sözleşmesi bulunması sebebiyle, teslimin ancak bildirim yapılması ile gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Teslimin, teslim-tesellüm tutanağının taraflarca imza altına alınmasıyla gerçekleşeceği yönündeki sözleşme hükmünün varlığı halinde teslimin gerçekleştiğinin kabulü için kural olarak bu belgenin ibrazı gerekmektedir¹⁹⁵. Teslimin gerçekleşmesinin, teslim tutanağının taraflarca imzalanması kaydının bulunduğu sözleşmelerde, "*kabul*" teriminin kullanılması halinde, tarafların esas amacının eserin teslim alınmasını mı yoksa müteahhidin, TBK m. 477 kıyasen, sorumluluğunun sona erdirilmesini mi amaçladığı titizlikle incelenmelidir¹⁹⁶. Bu gibi hallerde, tarafların amaçladıklarının tespitinde, somut olaydaki hal ve şartların yanında taraf iradeleri çerçevesinde bir belirleme yapılmalıdır¹⁹⁷. Diğer taraftan, arsa

¹⁹² Kırmızı, s. 652, dn. 1258: "*Anahtar teslimi iskan ruhsatının alınmasını da içermektedir... Kat irtifakının kurulması davacıya ait işyerinin teslimi olarak kabul edilemez.*" (Y. 15. HD., 17.05.2012 T., 2011/2334 E., 2012/3573 K.); Duman, İnşaat, s. 536, (Y. 15. HD., 28.02.2005 T., 2005/4417 E., 2005/1075 K.); Aynı yönde görüş için bkz. Gümüş, s. 34

¹⁹³ Uygur, TBK, s. 7931 : "*Gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 10. maddesinde aynen '...1.2.1993 tarihinde inşaat bitirilerek, iskan ve resmi dairelerce yapılması gereken bilumum mukaveleler tamamlanarak, anahtar teslimi haline getirilecektir...İnşaatın fiilen teslim alınmış olması da sözleşmede öngörülen şartı değiştirmeyeceğinden...*" (Y. 15. HD., 11.12.1995 T., 1995/6704 E., 1995/7302 K.); Kırmızı, s. 653, dn. 1264 : "*Sözleşmenin teslim olgusunu iskan koşuluna bağlayan 21. maddesi HUMK.nun 287. maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda yüklenicinin teslim savunmasını iskan izni belgesi ile kanıtlaması gerekir. Oysa Ç Belediye Başkanlığı'nın 15.08.2001 tarihli yazısı ve inşaat işlem dosyasından iskan izninin alınmadığı anlaşılmaktadır. O halde davacıya ait bağımsız bölümlerin teslim edilmediğinin kabulü zorunludur.*" (Y. 15. HD., 08.06.2004 T., 2003/6242 E., 2004/3206 K.)

¹⁹⁴ Ayan, s. 83

¹⁹⁵ Öz, İnşaat, s. 147

¹⁹⁶ Ayan, s. 82; Şahiniz, s. 20; Duman, İnşaat, s. 536

¹⁹⁷ Ayan, s. 82; Şahiniz, s. 20

sahibinin, haklı sebep olmaksızın tutanağı imzadan imtina ettiği halde, teslimin gerçekleştiğinin kabulü gerekir¹⁹⁸.

Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit, yalnızca arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin değil, tüm binayı, ortak alanlarda dahil olmak üzere, tamamlaması halinde teslimi gerçekleştirebilir.

Binanın ayıplı olması, kural olarak, teslimi engel değildir¹⁹⁹. Nitekim, "*ayıp sebebiyle sorumluluk*" başlıklı TBK m. 474 hükmüne kıyasen, ayıpların tespiti adına binanın muayenesi ve ihbar külfetinin, "*eserin tesliminden sonra*" yapılacağı yönündeki ibare dikkate alındığında, binanın ayıplı olması halinde teslimin gerçekleşeceği söylenebilir. Bu halde arsa sahibi, kıyasen TBK m. 474'teki ihbar ve muayene külfetini yerine getirmesi halinde kıyasen TBK m. 475'ten kaynaklanan haklarını kullanabilecektir. Ancak, müteahhit tarafından binanın tamamlanmamasına rağmen, arsa sahibince bağımsız bölümlerin fiilen teslim alındığı halde, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz²⁰⁰.

3. Teslim Borcunu İfa Yeri Ve Zamanı

TBK 470 vd. hükümlerinde, eserin nerede teslim edileceğine dair düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, genel hükümlerden TBK m. 89 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşme konusu taşınmaz olduğu için teslim borcunu ifa yeri, hal ve şartlara göre ifa yerinin tayini müessesesi uyarınca, işin tabiatı gereği, taşınmazın bulunduğu yerdir²⁰¹. Nitekim, gerek müteahhit tarafından bina inşası gerekse teslim, bir taşınmaz olan arsa üzerinde gerçekleşmektedir.

¹⁹⁸ Şahiniz, s. 20

¹⁹⁹ Atamulu, s. 67; Kaplan, s. 75; Turut, s. 87; Uçar, Ayıp, s. 91; Kurt, s. 68; Aydoğdu/ Kahveci, s. 759; Yılmaz, s. 201

²⁰⁰ Kocağa, İnşaat, s. 143

²⁰¹ Yavuz, C., s. 1022; Tandoğan, s. 128; Yalçınduran, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 90; Turanboy, s. 155; Gökyayla, Ek İş, s. 198; Aydoğdu/ Kahveci, s. 759; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumaloğlu, s.591; Kanber, s. 38; Bilge, K., s. 30

İfa zamanı, müteahhidin teslim borcunu ifa ile yükümlü olduğu, arsa sahibinin de edimin ifasını isteme yetkisini kazandığı andır. Müteahhidin binanın yapılması şeklindeki edimi, binanın tesliminden önce gelmektedir. Teslimin gerçekleşmesi için ise, müteahhidin, kendisine tanınan sürede binanın inşasını tamamlaması gerekmektedir²⁰². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, diğer eser sözleşmelerine nazaran, müteahhide tanınan süre daha uzun olmalıdır²⁰³. Bu sürenin belirlenmesinde, yapılacak inşaatın büyüklüğü, müteahhidin işletmesinin kapasitesi, sözleşme konusu binanın inşasında çalışacak işçi sayısı ve inşaatteki olası gecikmeler dikkate alınmalıdır²⁰⁴. Bu belirlemede arsa sahibinin menfaatinin de gözetilmesi gerekmektedir. Zira, arsa sahibinin menfaati zamanında teslim ile gerçekleşir²⁰⁵.

Bağımsız bölümleri teslim borcunu ifa zamanı taraflarca sözleşmede kararlaştırılabilir²⁰⁶. Teslim zamanının belirlenmesinin yanı sıra, müteahhidin binanın inşasına başlaması ve tamamlanması için gereken sürenin de sözleşme ile tespiti mümkündür²⁰⁷. İfa zamanı, belirli bir takvim günü göstermek suretiyle ya da borcun ifası için belirli bir süre tayin edilerek belirlenebilir²⁰⁸. Ayrıca, teslim tarihinin sözleşmenin akdedilmesinden sonra taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile belirlenmesi mümkündür²⁰⁹.

Aynı şekilde, taraflar, teslim borcunu ifa zamanının uzama sebeplerini de sözleşme ile kararlaştırabilir²¹⁰. İnşaatın durması veya yavaşlamasına sebep olan ve müteahhide kusur atfedilemeyen durumlarda olumsuz durumun giderilmesi için gereken süre kadar teslim zamanının ötelenmesi gerekir²¹¹. Örneğin, temel kazısı esnasında kütlece büyük bir kayanın çıkması halinde bunun kırılması için gereken

²⁰² Şahin, Temerrüt, s. 74

²⁰³ Şahin, Temerrüt, s. 74; Ozanoğlu, s. 68

²⁰⁴ Seliçi, İnşaat, s. 66

²⁰⁵ Seliçi, İnşaat, s. 35

²⁰⁶ Şahin, Temerrüt, s. 74; Uçar, Teslim s. 540; Kocaağa, İnşaat, s. 122; Aydoğdu/ Kahveci, s. 759; Ozanoğlu, s. 68; İşbora, s. 43; Erdaş, s. 41; Seliçi, İnşaat, s. 66

²⁰⁷ Uçar, Teslim, s. 540

²⁰⁸ Uçar, Teslim, s. 540

²⁰⁹ Şahin, Temerrüt, s. 76; Ozanoğlu, s. 70

²¹⁰ Uçar, Teslim, s. 540; Gökyayla, Ek İş, s. 197

²¹¹ Ayan, s. 145

makul süre kadar teslim zamanı ötelenecektir²¹². Ancak, müteahhidin riziko alanında gerçekleşen, satın alınan inşaat malzemelerinin gecikmesi, işçilerin grev yapması gibi sebeplerden ötürü teslim zamanının uzatılması mümkün değildir²¹³. Diğer taraftan, tarafların arasında bir takım ilave işlerin yapılmasını kararlaştırması mümkün olup, bu halde ise, ilave işlerin yapılması gereken süre kadar teslim süresi uzayacaktır²¹⁴.

İfa zamanı belirlenirken, müteahhide, binanın inşası için gereken süre tanınmalıdır²¹⁵. Ayrıca, müteahhit, binanın inşasına başlama ve tamamlama tarihlerinin belirlenmesi hallerinde, bu sürelerle de riayet etmelidir. Aksi halde, teslim borcunda gecikmede olduğu gibi, bu hallerde de arsa sahibinin sözleşmeden dönebilecek veya sözleşmeyi feshedebilecektir²¹⁶. Bunun yanı sıra, uygulamada, müteahhidin teslimde gecikmesi halinde cezai şart belirlenmekte olup, gecikme halinde müteahhit cezai şartı ödemek durumunda olacaktır²¹⁷. Belirlenen ifa süresinin, tek taraflı olarak, arsa sahibince kısaltılması, müteahhit tarafından uzatılması mümkün değildir²¹⁸. Teslim süresinin belirlenmesinin müteahhide bırakıldığı halde, müteahhidin TMK m. 2 hükmü çerçevesinde binayı makul görülecek zamanda tamamlanması ve teslimi gerekir²¹⁹. Kanaatimizce, burada TMK m. 2 hükmü değil, müteahhidin asli yükümlülüklerinden olan özen borcunun bir sonucu olarak, arsa sahibi arasındaki güven ilişkisi gereği bir değerlendirme yapılmalıdır.

Sözleşmede binanın teslim tarihinin kararlaştırılmadığı hallerde ise, ifa zamanı TBK m. 90 hükmü ve tarafların farazi iradeleri çerçevesinde tespit edilecektir²²⁰. Genellikle teslim süresi sözleşmede belirtilmekle beraber, bu gibi

²¹² Gümüş, s. 35

²¹³ Ayan, s. 131

²¹⁴ Gümüş, s. 36

²¹⁵ Uçar, Teslim, s. 540

²¹⁶ Uçar, Teslim, s. 540

²¹⁷ Kocaağa, İnşaat, s. 123

²¹⁸ Tandoğan, s. 129

²¹⁹ Uçar, Teslim, s. 541

²²⁰ Yavuz, C., s. 1022; Uçar, Teslim, s. 540; Yalçınduran, s. 90; Kocaağa, İnşaat, s. 123; Sütçü, Cilt 1, s. 611; Canbolat, s. 63

hallerde, ifa zamanı noktasındaki boşluk doldurulurken, binanın tamamlanması için olağan koşullar içinde deneyimli bir müteahhidin ne kadar süreye ihtiyacı olduğu gözetilmeli²²¹, müteahhide, teslim borcunun ifası için gerekli zaman tanınmalıdır²²². Yargıtay, teslim süresinin belirlenmesine rağmen işe başlama tarihinin kararlaştırılmadığı halde, başlangıcın sözleşme tarihi olduğunu içtihat etmiştir²²³. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin binayı inşası bir iş görme borcu olup, borcun derhal istenemeyeceği aşıkardır²²⁴.

Bir görüşe göre ifa zamanı, TMK m. 2 göz önüne alınarak tespit edilir.²²⁵. Ayrıca, arsa sahibinin teslimi bekleyebileceği anın teslim zamanı olarak kabulü mümkündür²²⁶. Kanaatimizce, kıyasen TBK m. 471/2'de yer alan "*basiretli yüklenici*" kıstası çerçevesinde, ifa zamanı tespit edilmelidir. Basiretli yükleniciden, mesleki ve teknik kuralları bildiği kabul edilerek²²⁷, ifa zamanını bunları da dikkate alarak olağan sürede binayı tamamlaması beklenir. Keza, özen yükümlülüğü gereği müteahhit, binanın inşasına zamanında başlamak ve bağımsız bölümleri makul sürede teslim etmekle yükümlüdür. Ayrıca, aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların tek taraflı olarak teslim zamanını belirleme veya değiştirme yetkisi bulunmamaktadır.

4. İspat Yükü

Binanın tamamlanarak teslim edildiğini ve TBK m. 479/1 hükmüne kıyasen müteahhide devri gereken arsa paylarını devrinin muaccel olduğunu ispat yükü, kendi lehine hak iddia etmesi sebebiyle, HMK m. 190 ve TMK m. 6 genel ispat yükü

²²¹ Turut, s. 88; Yavuz, C., s. 1022; Yalçınduran, s. 90; Uçar, Ayıp, s. 113; Gümüş, s. 35; Aydoğdu/ Kahveci, s. 759; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.591

²²² Turanboy, s. 155; Seliçi, İnşaat, s. 66

²²³ Sütçü, Cilt 1, s. 611, Y. 15. HD., 30.12.1998 T., 1998/3774 E., 1998/4528 K.

²²⁴ Şahin, Temerrüt, s. 75; Erdaş, s. 42

²²⁵ Şahin, Temerrüt, s. 75

²²⁶ Eren, s. 73

²²⁷ Gökyayla, Emre, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. (571-588), s. 574

gereğince, müteahhide düşer²²⁸. Yerleşmiş Yargıtay içtihatları da bu yöndedir²²⁹. Ancak, ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin, teslim alınmış binanın eksiklikler taşınması halinde, eksikliklerin teslim sırasında bulunduğunu ispat yükü de arsa sahibine ait olacaktır²³⁰. Binada eksiklikler bulunmasına karşın teslimin gerçekleşmesi halinde, eksikliğin çok önemsiz olması ya da arsa sahibinin tavırları müteahhitte eserin teslim alındığına dair haklı güven uyandırması halinde, müteahhidin teslim borcunu gereği gibi ifa ettiği karine olarak kabul edilir²³¹.

Taraflar arasında teslimin nasıl gerçekleşeceğinin, sözleşme serbestisi çerçevesinde, kararlaştırılması mümkündür²³². Teslimin taraflarca, arsa sahibine düşecek bağımsız bölümlere ait anahtarların teslimine bağlandığı hallerde, arsa sahibine binanın tamamlandığına ilişkin bildirim yapılmasında dahi anahtarlar teslim edilmediği takdirde, hukuki anlamda teslim gerçekleşmez²³³. Tarafların, teslimin gerçekleşmesi hakkında delil sözleşmesi yapmaması halinde, her türlü delille teslimin gerçekleştiğinin ispatı mümkündür²³⁴.

Sözleşmede teslimin yapı kullanma izin belgesinin²³⁵ alınmasına bağlandığı halde, bu da delil sözleşmesi olarak kabul edilecek olup, teslimin ispatı için yapı kullanma izninin varlığı aranacaktır²³⁶.

²²⁸ Şahin, s. 29; Büyükay, s. 112; Kocağa, İnşaat, s. 120; Şahin, Temerrüt, s. 77; Avcı, s. 58; Aydemir, s. 220; Sütçü, Cilt 1, 609; Kırmızı, s. 743, Y. 15. HD., 28.01.2010 T., 2009/560 E., 2010/356 K.; Uygur, TBK, s. 7923 : "*Davacı arsa sahibi, yüklenici ile yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre, kendisine isabet etmesi gereken bağımsız bölümlerin kendisine teslim edilmediğini belirterek... Bu gibi uyumsuzluklarda, eser amacına uygun biçimde tamamlanıp süresinde iş sahibine teslim etme olgusunu kanıt yükü yükleniciye düşer.*" (Y. 15. HD., 06.02.1996 T., 1996/485 E., 1996/607 K.); Sütçü, Cilt 1, s. 609, (Y. 15. HD., 21.06.2004 T., 2003/6321 E., 2004/3464 K.)

²²⁹ Y. 23. HD., 11.06.2014 T., 2014/4080 E., 2014/4498 K.; Y. 15. HD., 20.12.2011 T., 2011/85 E., 2011/7730 K.; Y. 15. HD., 17.05.2005 T., 2005/2830 E., 2005/3054 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 26.02.2016)

²³⁰ Ayan, s. 81

²³¹ Şahin, Temerrüt, s. 77; Ayan, s. 82

²³² Ayan, s. 82; Şahin, Temerrüt, s. 77

²³³ Ayan, s. 82; Avcı, s. 58

²³⁴ Şahin, Temerrüt, s. 78

²³⁵ Şahin, Temerrüt, s. 79; Yapı kullanma izin belgesi, bina inşasının tamamlanması halinde, bina ile ilgili tüm teknik işlemler tamamlandıktan sonra, binanın ruhsat ve eklerine uygun olduğunu, kullanımında fen ve sağlık bakımından herhangi bir sakınca olmadığını, içeriğinde ise; ruhsat bilgilerini, inşaat bitim tarihini, sınıflarını gösteren ve Belediye İmar Müdürlüğü Yapı Kullanma İzni Amirliği tarafından düzenlenen bir belgedir.

İmar Kanunu m. 31 hükmünde "*İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir.*" hükmü yer almaktadır. Eski kararlarında Yargıtay, iskan izninin alınması ile teslim borcunun yerine getirildiğini kabul ederken²³⁷, daha sonraki kararlarında iskan izni alınmasından önce de binanın teslim edilebileceğini kabul etmiştir²³⁸. Güncel kararlarında ise Yargıtay, eski görüşüne dönerek, teslimin gerçekleşmesinin yapı kullanma izninin alınmasına bağlandığı hallerde, binanın teslim edilmiş sayılması için bu belgenin alınmasını aramaktadır²³⁹.

Öğretideki bazı yazarlar Yargıtay'ın görüşünü benimsemektedir. Buna göre²⁴⁰, arsa sahibi yapı kullanma izni alınmadan bağımsız bölümlerin teslimini kabul ederse, tarafların yapı kullanma izni alınmasını teslimin bir koşulu olmaktan çıkardığının kabulü gerekir²⁴¹. Bir görüşe göre²⁴², sözleşmede aksine hüküm bulunmaması halinde, müteahhidin bina inşasını ve bağımsız bölümleri tesliminin kapsamına yapı kullanma izin belgesinin alınmasının da dahil olması gerekir.

Teslimin gerçekleşmesinin, müteahhidin binanın tamamlandığı yönündeki bildirimının akabinde, binanın taraflarca gezilerek ifa olarak kabul edilmesine bağlanması mümkündür²⁴³. Bu hallerde, kabul ile tarafların neyi amaçladıkları titizlikle araştırılmalıdır. Uyuşmazlık halinde teslimin ispatı açısından taraflarca imza altına alınmış belgenin varlığı aranacaktır²⁴⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslimin gerçekleşmesinin, müteahhidin noter kanalıyla göndereceği bildirim

²³⁶ Şahin, Temerrüt, s. 78 ; Ayan, s. 82; Avcı, s. 57; Kostakoğlu, s. 451; Duman, İnşaat, s. 466, s. 467, Y. 15. HD., 08.06.2004 T., 2004/6242 E., 2004/3206 K.: "*Sözleşmenin teslim olgusunu yapı kullanma izni koşuluna bağlayan maddesi, HMK'nın 189, 193 maddeleri hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir. Yüklenicinin teslim savunmasını yapı kullanma izin belgesi ile kanıtlaması gerekir.*"; Sütçü, Cilt 1, s. 649, s. 651, (Y. 15. HD., 30.01.2002 T., 2001/4547 E., 2002/411 K.)

²³⁷ Turanboy, s. 155, dn. 11, (Y. 15. HD., 26.06.1980 T., 1980/1175 E., 1980/1683 K.)

²³⁸ YKD., C. 2, Sayı 8, 1981, s. 1301, Y. 15. HD. 09.01.1981 T., 1981/236 E., 1981/252 K.

²³⁹ Y. 15. HD., 28.03.2013 T., 2012/7856 E., 2013/2116 K.: "*Sözleşmede teslim iskan koşuluna bağlanmışsa alacak yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarihte, teslim iskan koşuluna bağlanmamışsa fiilen teslim edildiği tarihte muaccel hale geleceğinden zamanaşımının belirtilen tarihlerden başlatılması gerekir.*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 26.02.2016)

²⁴⁰ Şahin, Temerrüt, s. 81

²⁴¹ Şahin, Temerrüt, s. 81

²⁴² Kostakoğlu, s. 459

²⁴³ Ayan, s. 82

²⁴⁴ Ayan, s. 82; Öz, İnşaat, s. 196

bağlanması halinde, bildirim yapılmaması ve müteahhidin arsadan çekilmesi ile teslimin önceden yapıldığı kabul edilemez²⁴⁵.

Taraflar arasında teslimin nasıl gerçekleşeceği noktasında bir belirleme yapılmaması halinde, teslimin maddi bir fiil olması sebebiyle²⁴⁶, teslimin gerçekleştiği her türlü delille ispatı edilebilir²⁴⁷.

5. Teslimin Sonuçları

Teslim borcunun ifası ile, arsa sahibine ait bağımsız bölümler üzerindeki yarar ve hasar ona intikal edecek (TBK m. 483), muayene ve ihbar külfetlerine ilişkin süreler (TBK m. 474), ayıptan doğan sorumluluğa (TBK m. 478) ve eksik ifadan doğan haklara ilişkin (TBK m. 147/1, b. 6) talepler yönünden zamanaşımı süreleri işlemeye başlayacak, kural olarak, müteahhidin arsa payını devir talebi muaccel hale gelecektir (TBK m. 479).

6. Arsa Sahibinin Eseri Teslim Almaktan Kaçınma Hakkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin asli borcu, sözleşmeyi gereği gibi ifa etmek, bina ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri eksiksiz ve ayıpsız olarak meydana getirmektir²⁴⁸. Aksi takdirde arsa sahibi bağımsız bölümleri teslim almakta kaçınabilir. Bu bağlamda, arsa sahibi, kural olarak, eksik ifayı, diğer deyişle tamamlanmamış binayı, kabul etmekle zorunlu değildir²⁴⁹.

²⁴⁵ Ayan, s. 83

²⁴⁶ Gümüş, s. 29

²⁴⁷ Şahin, Temerrüt, s. 78; Kanber, s. 39; Y. 23. HD., 09.10.2015 T., 2014/9289 E., 2015/6426 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 25.02.2016)

²⁴⁸ Şahiniz, s. 20; Şenocak, s. 78

²⁴⁹ Kurt, s. 70; Eren, s. 72; Şahiniz, s. 21; Yener, Arsa Payı, s. 23; Gökyayla, Ek İş, s. 191; Eren, s. 72; Ayan, s. 50; Acar, F., s. 17; Ergezen, s. 67

Teslim almaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için, öncelikle arsa sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölümleri ve ortak yerleri incelemesine olanak tanınmalıdır²⁵⁰. Yapılan bu inceleme arsa sahibinin muayene külfetinden ayırt edilmeli, muayene külfetinin yerine getirilmemesinin sonuçları bu hale uygulanmamalıdır²⁵¹. Benzer olarak, bu halde teslimi kabul etmediğinin arsa sahibine bildirilmesi de bir külfet olup, teslimine rağmen arsa sahibinin sessiz kaldığı halde, ifanın gerçekleştiği kabul edilir²⁵². Nitekim, müteahhit tarafından teslim edilen bağımsız bölüm sözleşmeye uygun şekilde tamamlanmadığı takdirde, menfaatler dengesi arsa sahibi aleyhine bozulmaktadır²⁵³. Ayrıca, teslim almaktan kaçınabilmek için bağımsız bölüm ya da ortak yerlerdeki eksikliklerin önemli olması gerekir²⁵⁴. Diğer deyişle, önemsiz, küçük ayıp ve eksikliklerin varlığı halinde, dürüstlük kuralı çerçevesinde, arsa sahibinin teslim almaktan kaçınma hakkı bulunmamaktadır²⁵⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine kıyasen uygulanan eser sözleşmesine dair hükümlerde teslim almaktan kaçınma hakkı düzenlenmemiştir.

Arsa sahibinin eksik ve ayıplı eseri teslim almayı reddetmesi halinde, müteahhidin, sözleşmeye uygun olarak, bina inşa etme borcu genel hükümler uyarınca devam etmektedir²⁵⁶. Diğer deyişle, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Ayrıca, teslim almaktan kaçınma hakkının ayıbın giderilmesini isteme hakkından ayırt edilmesi gerekir²⁵⁷. Zira, ayıptan doğan haklar teslimin gerçekleşmesinden sonra kullanılabilir.

Arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, kural olarak, teslim borcunun ifası akabinde gerçekleşir²⁵⁸. Arsa sahibi bağımsız bölümlerin teslimi ile, borcun ifa edilmemesinden kaynaklı geniş kapsamlı ve daha lehine olan TBK m. 112

²⁵⁰ Ayan, s. 55

²⁵¹ Ayan, s. 56

²⁵² Ayan, s. 57; Şahiniz, s. 28

²⁵³ Duman, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi, Ankara 2014, s. 74; Şekerci, s. 32; Bilge, K., s. 64

²⁵⁴ Duman, Dürüstlük, s. 75

²⁵⁵ Ayan, s. 58; Erdaş, s. 50

²⁵⁶ Şahiniz, s. 21

²⁵⁷ Ayan, s. 57

²⁵⁸ Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.597

vd hükümlerine tabi olmaktan çıkıp, kıyasen TBK m. 474 vd.'nda yer alan ve sıkı şartlara bağlı ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olur²⁵⁹. Bu bağlamda, arsa sahibine, müteahhit tarafından inşa edilen bina ve kendi payına düşen bağımsız bölümlerdeki ayıpların varlığı halinde, teslim almaktan kaçınma hakkı tanınmalıdır²⁶⁰. Zira, teslim almaktan kaçınmayı gerektirecek ölçüde önemli ayıpların bulunması sözleşmenin ihlaline sebep olur. Ortak yer ve bağımsız bölümlerdeki ayıpların önemsiz boyutta olması halinde, arsa sahibinin teslim almaktan kaçınma hakkı bulunmamaktadır²⁶¹. Teslim almaktan kaçınma hakkının varlığı, yapılan işin hacmi ile ayıbın büyüklüğü veya önemi göz önüne alınarak tespit edilir²⁶². Ayrıca, bu ayıp arsa sahibine yüklenebilecek bir halden kaynaklanmamalıdır²⁶³. Buna benzer duruma, ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirecek kadar fazla olmamakla beraber önemli olduğu halde rastlanabilir. Arsa sahibi, sözleşmeden dönmenin şartları oluşmadığı için sözleşmeden dönemiyor ancak kendi payına düşecek bağımsız bölümdeki ayıplar küçümsenemeyecek nitelikte ise, bu halde arsa sahibinin ayıptan kaçınmakta hukuki yararının bulunduğu söylenebilir.

Arsa sahibinin bağımsız bölümlerin teslimini ifa olarak kabul etmeme iradesi ile teslimin hukuki sonuçları ortadan kalkar²⁶⁴. Arsa sahibinin bu yöndeki ret iradesi ile ifa olarak kabul etmemeyi mi yoksa ayıplı ifadan doğan hakların kullanılmasına yönelik ayıp ihbarını mı amaçladığı ayrımı titizlikle yapılmalıdır²⁶⁵. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, arsa sahibinin tabi olacağı haklar sistemi önemli ölçüde değişmektedir. Arsa sahibinin teslim almayı reddettiği ispatlanmadıkça, ortak yerler veya bağımsız bölümlerdeki ayıpları ihbarı amaçladığı kabul edilmelidir²⁶⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin, teslim borcunu, arsa sahibine bildirimde bulunmak ve arsadan fiilen çekilmek suretiyle ifa edeceğini

²⁵⁹ Şenocak, s. 84; Ayan, s. 51

²⁶⁰ Ayan, s. 55; Şahin, Ayıp, s. 137

²⁶¹ Turut, s. 88; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.591; Ayan, s. 58

²⁶² Ayan, s. 58

²⁶³ Ayan, s. 59

²⁶⁴ Ayan, s. 57

²⁶⁵ Ayan, s. 57

²⁶⁶ Ayan, s. 57

belirtmiş idik. Bu halde arsa sahibi teslim almaktan kaçınma yönündeki iradesini, somut olayın şartına uygun sürede bildirmezse teslim gerçekleşir²⁶⁷. Bu durumda ise, arsa sahibi, ayıplı ve eksik ifadan doğan haklarını kullanabilir²⁶⁸. Müteahhidin bildirimde bulunmaksızın binayı tamamlayıp arsadan çekilmesi halinde ise, arsa sahibinin bu durumdan bilgisinin olmasından ya da bilgisi olduğunun kabul edilebileceği andan itibaren yapılan işin hacmine göre makul ve kısa bir süre içinde teslim almaktan kaçınma hakkını kullanması gerekir²⁶⁹. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, önemli eksikliklerin varlığı halinde teslim almaktan kaçınma hakkının kullanılmasına gerek bulunmamakta olup, arsa sahibinin bu yönde eylemli bir hareketi aranmaz. Zira, önemli eksikliklerin varlığı teslimin gerçekleşmesine engel teşkil eder.

Diğer taraftan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulandığı gözetildiğinde, TBK'da eser sözleşmesine ilişkin maddelerde TBK m. 232 olduğu gibi teslim almayı bir hak değil aynı zamanda borç olarak düzenleyen bir hüküm bulunmadığı için, müteahhidin binayı inşasına haksız şekilde engel olan arsa sahibi yönünden borçlunun temerrüdü hükümleri değil, alacaklının temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacak olup, bu halde müteahhidin mahkeme kanalıyla arsa sahibini ifayı kabule zorlaması mümkün bulunmamaktadır²⁷⁰. Ayrıca, teslim almaktan kaçınma hakkının kullanıldığını ispat yükü arsa sahibine aittir²⁷¹. Müteahhidin arsa payı devrini kabul etmemesi halinde ise, bu halde satış sözleşmesi hükümlerine göre çözüme gidileceğinden anılan hükmün kıyasen uygulanabilirliği vardır.

²⁶⁷ Şahiniz, s. 27; Ayan, s. 55

²⁶⁸ Şahiniz, s. 28

²⁶⁹ Şahiniz, s. 25

²⁷⁰ Öz, İnşaat, s. 112

²⁷¹ Ayan, s. 60

E. ARSA SAHİBİNİN MUAYENE VE İHBAR KÜLFETİ

1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin bağımsız bölümleri arsa sahibine teslimi ile arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için, TBK m. 474 vd. kıyasen uygulanması nedeniyle, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Keza, karma sözleşme niteliğinde olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi müteahhidin edimi yönünden eser sözleşmesini bünyesinde barındırmakta olup, kıyasen eser sözleşmesinin ayıbı muayene ve ihbar külfetleri uygulama alanı bulacaktır²⁷². Bu bağlamda, arsa sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölüm ve ortak yerlerin sözleşmenin ve sözleşmede yer alması dahi güven ilkesi gereği bulunması gereken niteliklerin olup olmadığını gözden geçirmesi ve ayıpların varlığı halinde bu durumu, somut olaya göre uygun bir süre içerisinde bildirmesi gerekmektedir. Muayene ve ihbar süreleri ise, bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi ile başlar. Nitekim, bağımsız bölümlerin sözleşmede öngörülen nitelikleri taşıyıp taşımadığı teslim ile anlaşılacaktır.

Arsa sahibinin, muayene ve ihbar külfetini süresinde yerine getirmemesi halinde ise, müteahhit, temelde bir kötü ifa hali olan ayıptan doğan sorumluluktan kurtulur²⁷³. Bu bağlamda, muayene ve ihbar, arsa sahibinin bir borcu olmayıp, ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi yönünden bir külfettir²⁷⁴. Dolayısıyla, arsa sahibinin üzerine düşen külfeti yerine getirmemesi TBK m. 477/2 hükmüne kıyasen örtülü kabul anlamına gelecektir. Muayene ve ihbar külfetine dair hükümler, arsa sahibinin binanın tamamlanarak tesliminden çok sonra ayıp iddiasında bulunulmasının hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesi ile getirilmiş düzenlemelerdir. Diğer deyişle, müteahhidin en kısa zamanda ve zarar artmadan ayıp hakkında bilgi

²⁷² Yücer Aktürk, s. 56

²⁷³ Turut, s. 111; Yücer Aktürk, s. 171; Kanber, s. 40

²⁷⁴ Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958, s. 185; Uçar, Ayıp, s. 120; Gökyayla, Ek İş, s. 208; Bilge, K., s. 70; Yılmaz, s. 202

sahibi olması amaçlanmaktadır²⁷⁵. Arsa sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölümlere tamamlanmamasına rağmen yerleşmesi halinde, muayene ve ihbar külfetleri henüz ortaya çıkmayacaktır. Arsa sahibinin muayene ve ihbar külfeti, kendi payına düşen bağımsız bölümlerin teslimi ile başlar. Diğer taraftan, muayene ve ihbar külfetine ilişkin düzenlemeler emredici değildir.

2. Muayene Külfeti

a. Anlamı Ve Hukuki Niteliği

Muayene külfetinden söz edebilmek için öncelikle, müteahhit tarafından arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin ona teslimi gerekmektedir²⁷⁶. Arsa sahibi, TBK m. 474 hükmüne kıyasen, binanın tesliminden sonra "*işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek*" külfetini yerine getirmesi, ayıptan doğan haklarını kullanmasının ön şartlarından²⁷⁷. TBK m. 477 hükmüne kıyasen, bu külfetin yerine getirilmemesi, eserin zımnî kabulü teşkil edecektir. Eserin muayenesi ile ortak yerler ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde sözleşmeye göre veya normal şartlarda bulunması gereken niteliklerin var olup olmadığı kontrol edilir²⁷⁸. Gözden geçirmenin binanın bulunduğu yerde yapılması için niteliği gereğidir.

Diğer taraftan, TBK m. 474'te yer alan muayene külfeti, yalnızca açık ayıplar yönünden mevcuttur²⁷⁹. Nitekim, gizli ayıplar, TBK m. 477'de tanımlandığı üzere, "*usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek*" ayıplar olup, muayene esnasında tespiti mümkün değildir²⁸⁰. Gizli ayıpları muayene yönünden, arsa

²⁷⁵ Kocaağa, İnşaat, s. 153; Ergezen, s. 79; Yalçınduran, s. 122; Uçar, Ayıp, s. 136; Büyükay, s. 116

²⁷⁶ Kocaağa, İnşaat, s. 154; Turanboy, s. 163; Öz, İnşaat, s. 199; Bilge, K., s. 72

²⁷⁷ Uçar, Ayıp, s. 138

²⁷⁸ Uçar, Ayıp, s. 139; Atamulu, s. 77

²⁷⁹ Erman, Arsa Payı, s. 134; Kırmızı, s. 695; Gümüş, s. 58; Ergezen, s. 78; İşbora, s. 87; Hatipoğlu Ünsal, s. 59; Bilge, K., s. 73

²⁸⁰ Erman, Arsa Payı, s. 134; Erzurumluoğlu, s. 182

sahibinin bunların varlığını araştırmakla ve olağandışı bir gözden geçirme ile yükümlü deđildir²⁸¹. Anılan hükümdede bahsi geçen müteahhit tarafından "*kasten gizlenen*" ayıplar yönünden de muayene külfetinin varlığından söz edilemez²⁸².

Muayene külfetine ilişkin hükümlerin emredici deđildir²⁸³. Sözleşmede, muayenenin taraflarca birlikte yapılacağı ya da tarafların ortak kararıyla belirlenecek bilirkişi yoluyla yapılacağı kararlaştırılabilir.

b. Muayene Süresi

Bağımsız bölümlerin muayenesi, yukarıda belirtildiği üzere, TBK m. 474 hükmünün kıyasen uygulanması ile "*işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz*" yapılmalıdır. Anılan hükümdede, "*imkan bulur bulmaz*" somut olayın koşullarının gerektirmesi halinde uzatmanın mümkün olduğunu göstermektedir. Muayene süresi ile ilgili olarak teamül bulunmaması halinde, imkan bulma unsuru yeterli görülmektedir. Uzama hali, arsa sahibinin kişiliğinden bağımsız başka nedenlerin varlığı halinde haklı görülebilecektir. Ayrıca, muayene, objektif olarak mümkün olduğu zamanda yapılabilecektir. Örneğin, ısı kaybını önleme tesisatının muayenesinin soğuk mevsimlerde yapılacağı söylenebilir²⁸⁴. Binayı muayenede, özenli bir inceleme için makul olan süre ise, somut olayın koşulları göz önüne alınmak suretiyle tespit edilecektir²⁸⁵.

Muayene külfeti, binanın tamamlanarak teslim edilmiş olması halinde başlayacaktır. Nitekim, arsa sahibinin ayıbın gerçek niteliği ve kapsamını ancak binanın tamamlanması ile tespit edebilecek olup, eksik olan binaya arsa sahibinin

²⁸¹ Yücer Aktürk, s. 190

²⁸² Erman, Arsa Payı, s. 134; Kırmızı, s. 695

²⁸³ Uçar, Ayıp, s. 139; Yalçınduran, s. 123; Büyükcay, s. 113; Turanboy, s. 166; Bilge, N., s. 186; Ergezen, s. 78; Yıldırım, s. 126; Karaman, s. 50; Işbora, s. 89

²⁸⁴ Uçar, Ayıp, s. 142

²⁸⁵ Uçar, Ayıp, s. 143; Yalçınduran, s. 124

taşınması halinde, teslim gerçekleşmeyeceğinden, muayene külfetinin başladığından da söz edilemeyecektir²⁸⁶.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, muayene süresinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür²⁸⁷. Kararlaştırılan sürenin, arsa sahibinin muayene yapmasını engelleyecek kadar kısa olması halinde, bu süreye riayet edilmeyecek, "işlerin olağan akışı" kıstası uyarınca muayene için uygun olan süre esas alınacaktır. Muayene süresinin tespitinde, mümkün olduğunca esnek davranılması gerekir. Muayenenin süresi, somut olayda özenli ve ortalama bilgiye sahip bir arsa sahibinden olağan koşullarda beklenecek özenli bir araştırmayı yapabilmesi için ihtiyacı olan makul süre olarak belirlenmelidir²⁸⁸. Bu sürenin tespitinde dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekir²⁸⁹. Sözleşmede arsa sahibinin muayene külfetinin olmadığı kararlaştırılmışsa, arsa sahibi varlığını öğrendiği ayıbı, müteahhide derhal bildirmelidir.

TBK m. 474/2 "*Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkşi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir*". hükmünü içermektedir. Kaldı ki, anılan hüküm olmasa dahi, arsa sahibince muayenenin bilirkşi aracılığıyla yaptırılması için mahkemeye başvurusu mümkündür²⁹⁰. Anılan hükümde belirtilen bilirkşinin, resmi bilirkşi olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁹¹. Bu yola mahkemeden delil tespiti talep etmek suretiyle başvurulabilecektir²⁹². Delil tespiti için mahkeme başvuru, açık ayıplar yönünden, muayene süresi olan, *işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz* yapılmalıdır. Gizli ayıplar yönünden ise, bir muayene süresi bulunmaması sebebiyle, delil tespiti için gecikmeksizin mahkeme başvuru şartı aranmaz²⁹³. Ayrıca, delil tespiti talep edebilmek için, ispatın tehlikeye düşmesi ve bina ve bağımsız

²⁸⁶ Uçar, Ayıp, s. 143

²⁸⁷ Uçar, Ayıp, s. 144; Öz, İnşaat, s. 199; Ergezen, s. 82; Bilge, K., s. 72

²⁸⁸ Erman, Arsa Payı, s. 132; İşbora, s. 85

²⁸⁹ Öz, İnşaat, s. 199

²⁹⁰ Öz, İnşaat, s. 200

²⁹¹ Turanboy, s. 164; Kanber, s. 41; Seliçi, 148

²⁹² Uçar, Ayıp, s. 140

²⁹³ Şahiniz, s. 113

bölümlerde bir ayıp bulunmasının kuvvetle muhtemel olması şartı aranmamaktadır²⁹⁴. Ortak yer ve bağımsız bölümlerin bilirkişi tarafından muayene edilebileceği yönündeki hüküm taraflara verilmiş bir yetki olup, sözleşme veya teamül gerektirmedikçe, zorunluluk değildir.

Diğer taraftan, resmi bilirkişinin ortak yer ve bağımsız bölümlerin muayenesini geciktirmesi halinin rizikosunu, arsa sahibine yükletilemeyecektir²⁹⁵. Buna karşın, arsa sahibince tayin edilen özel bilirkişinin muayeneyi geciktirmesi halinde, riziko arsa sahibine ait olacaktır²⁹⁶. Resmi bilirkişinin, yaptığı muayenede tespit edemediği ayıplar yönünden arsa sahibinin ayıptan doğan haklarının düşmediğini kabul etmek gerekir²⁹⁷. Arsa sahibi tarafından yapılacak muayenede ise, ortalama bir arsa sahibinin göstereceği dikkatle²⁹⁸, olağan biçimde ve sözleşme uygunluk ve ayıbın varlığını tespit için makul bir değerlendirme yapabilecek biçimde bir inceleme beklenmektedir²⁹⁹. Nitekim bu halde sıkı şartları olan ayıptan doğan hakları kullanma sistemine tabi arsa sahibinin daha menfaatine olmakla özen ölçüsü olarak bu esas alınmalıdır³⁰⁰. Keza, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uzman tarafı müteahhit olup, uzman olmayan arsa sahibi karşısında gereğinden fazla korumaması gerekir³⁰¹.

3. İhbar Külfeti

a. Anlamı Ve Hukuki Niteliği

Ayıbın ihbar edilmesi, müteahhidin ayıp nedeniyle sorumluluğunun doğmasının şekli şartlarındandır. Ayıp ihbarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir

²⁹⁴ Tandoğan, s. 171

²⁹⁵ Uçar, Ayıp, s. 140; Yalçınduran, s. 125; Büyükay, s. 118; Turanboy, s. 163; Öz, İnşaat, s. 200; Hatipoğlu Ünsal, s. 61; Şenocak, s. 120; Seliçi, İnşaat, s. 149

²⁹⁶ Uçar, Ayıp, s. 140; Tandoğan, s. 171; Yalçınduran, s. 125; Seliçi, İnşaat, s. 149, dn. 78

²⁹⁷ Erman, Arsa Payı, s. 134; Öz, İnşaat, s. 200; Şahiniz, s. 113

²⁹⁸ Yavuz, Ayıp, s. 639; Şenocak, s. 115; Seliçi, İnşaat, s. 146

²⁹⁹ Büyükay, s. 117; Ergezen, s. 80

³⁰⁰ Ergezen, s. 80

³⁰¹ Seliçi, İnşaat, s. 147

görüş ayıp ihbarının, ortak yerler ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerdeki bozukluklar sebebiyle, sözleşmeye aykırılık halinin müteahhide bildiren irade açıklaması olduğunu ifade etmiştir³⁰². Başka bir görüş, müteahhidin sorumluluğunun doğmasının ayıp ihbarına değil, ihbar edilen ayıbın var olmasına bağlı olduğu için³⁰³, ayıp ihbarını hukuki işlem benzeri fiil olarak nitelemiştir³⁰⁴. Ancak, ayıbı ihbar bir irade açıklaması olmayıp, düşünce, tasavvur açıklamasıdır. Bu bağlamda, ayıbı ihbar ile amaçlanan, bağımsız bölümlerin ve ortak yerlerin hangi açıdan sözleşmeye aykırı görüldüğünün müteahhide bildirilmesidir³⁰⁵.

Ayıbı ihbar, bir yükümlülük değil, arsa sahibinin, ayıp sebebiyle sorumluluktan kaynaklanan haklarını kullanması için yerine getirmesi gereken bir külfettir³⁰⁶. Dolayısıyla, müteahhit, arsa sahibinden ortak yerler ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri gözden geçirmesini varsa ayıplarını bildirmesini isteyemeyecektir³⁰⁷. Arsa sahibinin ayıbı ihbar külfeti, olağan bir muayene ile ortaya çıkacak açık ayıpların yanı sıra binanın kullanılması ile zaman içerisinde ortaya çıkacak olan gizli ayıplar açısından mevcuttur³⁰⁸. Ayrıca, arsa sahibi ayıbı açık ya da örtülü olarak ihbar edebilir³⁰⁹.

Ayıptan doğan haklar, ayıbı ihbar ile kullanılabilir. Ayrıca ihbarın yasal süresinde yapılmış olması kaydıyla, binadaki ayıpların muayene sonunda ya da sonradan öğrenilmiş olmasının, pratik bir farkı yoktur³¹⁰.

³⁰² Atamulu, s. 79; Uçar, Ayıp, s. 145

³⁰³ Tandoğan, s. 173

³⁰⁴ Erman, Arsa Payı, s. 137; Yalçınduran, s. 126; Hatipoğlu Ünsal, s. 64

³⁰⁵ Uçar, Ayıp, s. 147

³⁰⁶ Uçar, Ayıp, s. 145; Tandoğan, s. 167; Büyükay, s. 116

³⁰⁷ Kocaağa, İnşaat, s. 154; Öz, İnşaat, s. 198

³⁰⁸ Uçar, Ayıp, s. 145

³⁰⁹ Uçar, Ayıp, s. 145

³¹⁰ Uçar, Ayıp, s. 145

b. İhbar Süresi

Arsa sahibinin, TBK m. 474 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, ortak yerleri ve kendi payı düşen bağımsız bölümleri muayene ettikten sonra, ayıpları "*uygun bir süre içinde*" müteahhide bildirmesi gerekir³¹¹. Öğretide bir görüşe göre³¹², burada bilinçsiz kanun boşluğu vardır. Bu boşluk, açık ayıplarda öngörüldüğü gibi gizli ayıpların da uygun bir süre içinde ihbar edilmesi ile doldurulmalıdır³¹³. Gizli ayıplar yönünden muayene külfeti bulunmamasına rağmen, bu tür ayıplar da "*uygun bir süre içinde*" ihbar edilmelidir³¹⁴. Aksi yöndeki görüşe göre, gizli ayıplar yönünden, bunların önem ve kapsamı hakkında mutlak bir kanaate sahip olmayı beklemeksizin³¹⁵, ayıp ihbarının derhal yapılması gerekir³¹⁶.

Ayıp ihbarı müteahhide yapılabileceği gibi yetkili temsilcisine de yapılabilir³¹⁷. Ayıp ihbarı, anılan hükümde yer aldığı üzere, "*eserin tesliminden sonra*" bildirilecektir. Ancak, bu ihbar teslimden önce yapılması halinde de geçerli olur³¹⁸. Zira, ihbar ile amaçlanan ayıbın müteahhide zamanında bildirilmesidir. Bu halde, bağımsız bölümler ihtirazi kayıt konulmaksızın teslim alınsa dahi bu kabul anlamına gelmez³¹⁹. Aksini iddia halinde müteahhidin bunu ispatlaması gerekir³²⁰. Ayrıca, ayıptan doğan hakların saklı tutulması kaydıyla bağımsız bölümlerin teslim alınması halinde, müteahhidin açık ayıplardan doğan sorumluluğu devam edecektir³²¹. Ancak, arsa sahibi bağımsız bölümleri teslim alırken ihtirazi kayıt öne

³¹¹ Uygur, Turgut, Açıklamalı - İçtihatlı İnşaat Hukuku, I. Cilt, Ankara 1998, s. 564, (Y. 15. HD., 25.05.1987 T., 1987/4443 E., 1987/2341 K.) Yargıtay bu içtihadında teslimden 40 gün sonra yapılan ayıp ihbarının süresinde olmadığını belirtmiştir. Keza, ayıp ihbar süresinin tespitinde somut olayın koşullarına göre değişik sürelerin olması mümkündür.; Aynı yönde içtihat için bkz. Kostakoğlu, s. 450, (Y. 15. HD., 04.03.2008 T., 2007/2157 E., 2008/1382 K.)

³¹² Gümüş, s. 58

³¹³ Kostakoğlu, s. 510, (Y. 15. HD., 21.12.1995 T., 1995/6826 E., 1995/7615 K.)

³¹⁴ Uçar, Ayıp, s. 149

³¹⁵ Tandoğan, s. 174

³¹⁶ Erman, Arsa Payı, s. 138; Atamulu, s. 75; Kanber, s. 45; Yıldırım, s. 118; Hatipoğlu Ünsal, s. 19

³¹⁷ Tandoğan, s. 172; Büyükay, s. 119; Ergezen, s. 82; Şahiniz, s. 117

³¹⁸ Atamulu, s. 79; Kostakoğlu, s. 511, (Y. 15. HD., 27.12.1989 T., 1989/2816 E., 1989/5455 K.)

³¹⁹ Atamulu, s. 80

³²⁰ Şahin, Temerrüt, s. 96

³²¹ Yavuz, C., s. 1026

sürmez ise bu halde ayıp sebebiyle sahip olduğu seçimlik haklarını yitirmiş olur³²². Gizli ayıplarda, bağımsız bölümlerin kullanılması ile zamanla ortaya çıkacak olması sebebiyle, ihtirazi kayıt öne sürülmesi aranmaz³²³. Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölüm ve ortak yerlerde birden fazla ayıbın varlığı halinde, bu ayıplardan sadece önemli olanların değil, hepsinin ayrıca belirtilerek ihbarı gerekmektedir³²⁴. Keza, ihbar edilmeyen açık ayıplar arsa sahibi tarafından kabul edilmiş sayılır³²⁵.

Bir görüşe göre, teslim sırasında açıkça belli olan ayıpların derhal ihbarı gerekir³²⁶. Kanun koyucunun açıkça belli olan ayıpların derhal bildirilmesi yönünde bir hükme yer vermemiş olması sebebiyle, arsa sahibinin sıkı şartlara bağlı olan bu hakkını kullanması daha da sınırlandırılmamalıdır. Bu halde, arsa sahibine kısa bir düşünme ve karar verme süresi tanınması gerekir³²⁷. Bir adım daha öteye giden görüş ise, açık ve aşikar ayıp ayırımı yapmaksızın, makul muayene süresinin sona ermesinden itibaren, ihbarın derhal yapılması gerektiğini belirtmiştir³²⁸. Kanaatimizce, aşikar ayıplar yönünden de, açık ayıplarda olduğu gibi, TBK m. 474/1 hükmüne kıyasen "*uygun bir süre içinde*" ayıbın bildirilmesi yeterli görülmeli, açık - aşikar ayıp ayırımına, hukuki sonuçlar yönünden gidilmemelidir.

Müteahhit tarafından kasten gizlenen ayıplar yönünden ise gizli ya da açık olması fark etmeksizin, ihbar külfeti bulunmamaktadır³²⁹. Teslim sırasında var olan ayıba bağlı olarak ortaya çıkan ikincil ayıplarda ise, asli ayıp yönünden ihbarda bulunulmamış olması halinde dahi, ikincil ayıbın öğrenilmesinden itibaren "*uygun*

³²² Yılmaz, s. 215

³²³ Yılmaz, s. 200

³²⁴ Yücer Aktürk, s. 173; Turanboy, s. 166; Kanber, s. 41; Şekerci, s. 68; Şenocak, s. 126; Kocaağa, İnşaat, s. 157

³²⁵ Turanboy, s. 166

³²⁶ Uçar, Ayıp, s. 151; Erman, Arsa Payı, s. 136; Ruhi, s. 1263, "*Gizli ayıplarda ise, BK'nın 362/III. maddesi uyarınca yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti yükleniciye haber vermek zorundadır.*" (Y. 15. HD., 22.02.2010 T., 2009/7485 E., 2010/1031 K.)

³²⁷ Tandoğan, s. 175; Yalçınduran, s. 126

³²⁸ Öz, İnşaat, s. 201; Gökyayla, Armağan, s. 577

³²⁹ Yalçınduran, s. 127; Yücer Aktürk, s. 231; Büyükkay, s. 119; Şahiniz, s. 116; Erman, Arsa Payı, s. 135; Günel, Mustafa Cahit, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp Nedeni İle Arsa Sahibinin Sahip Olduğu Haklar", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, (s. 411-434), s. 413; Aksi yönde görüş için bkz. Turanboy, s. 184

bir süre içinde" müteahhide ihbar edilmesi ile ayıptan doğan haklar kullanılabilir³³⁰.

Öğretide savunulan başka bir görüşe göre, TBK m. 474 hükmünün kıyasen uygulanması yerine, iki taraf da tacir ise ihbar süresi için TTK m. 23'teki sürelerle riayet edilmelidir³³¹. Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, ayıbı ihbar yönünden TBK m. 474 hükmü kıyasen uygulanmakta olup, bu halde, taraflar tacir olsa dahi, arsa sahibinin ayıbı ihbar süresi yönünden, kısıtlayıcı biçimde, TTK m. 23 hükmü uygulanmasını gerektirecek önemli ve haklı bir sebep bulunmamaktadır. ÖZ'e göre, farklı sözleşmelere farklı düzenlemeler getiren hükümlerin varlığı halinde, kanun koyucunun tercihinin, büyük bir ihtiyaç olmadığı halde, kıyas yoluyla ortadan kaldırılmaması gerekir³³².

Ayıbı ihbar süresinin, olağan gözden geçirmeyi imkansız kılacak derecede kısa belirlenmesi halinde, bu sürenin yerini, olağan gözden geçirme yapılabilmesi için mümkün olan süre alacaktır³³³. Ayrıca, müteahhidin tek taraflı olarak ihbar süresini belirlemesi arsa sahibi açısından bağlayıcı değildir³³⁴. Sözleşme içeriğinin genel işlem şartı olarak düzenlenmesi halinde müteahhidin ihbar süresini belirleme hakkını uhdesinde tutması şartının haksızlığı denetlenebilir.

Diğer taraftan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, garanti süresinin tayin edilmiş olması, kural olarak, ihbar süresinin uzatılması anlamına gelmemektedir³³⁵. Bir görüşe göre, binada ayıp olmadığına ilişkin garanti süresinin varlığı halinde, muayene ve ihbar külfetleri hiç yerine getirilmemiş olsa bile, müteahhit sorumlu tutulmalıdır³³⁶. Diğer bir görüş³³⁷ ve Yargıtay'a³³⁸ göre ise, müteahhidin arsa

³³⁰ Uçar, Ayıp, s. 152

³³¹ Erman, Arsa Payı, s. 140

³³² Öz, İnşaat, s. 202; Aynı yönde görüş için bkz. Sütçü, Cilt 1, s. 700

³³³ Uçar, Ayıp, s. 146; Yavuz, C., s. 1030

³³⁴ Uçar, Ayıp, s. 146

³³⁵ Uçar, Ayıp, s. 146; Yavuz, C., s. 1030; Yalçınduran, s. 123; Turanboy, s. 166

³³⁶ Şahiniz, s. 116

³³⁷ Erman, Arsa Payı, s. 137; Gümüş, s. 59; Avcı, s. 102

³³⁸ Duman, İnşaat, s. 923: "Sözleşmede iki yıllık garanti süresi öngörülmüş olup, 22.11.2007 teslim tarihinden sonra 05.09.2008 ve müteakip tarihlerde düzenlenen tutanaklarla ayıbın varlığı

sahibine garanti vermesi halinde, ancak garanti süresi içinde, müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilir. Kanaatimizce, müteahhit tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi veya sonrasında düzenlenen ayrı bir anlaşma ile ortak yer ve bağımsız bölümlerin ayıplı olmadığına ilişkin garanti verilmesi halinde muayene ve ihbar külfeti aranmaksızın müteahhidin sorumluluğuna gidilebilir. Garanti süresinin ayıptan doğan hakların kullanılması için geçerli olan zamanaşımı sürelerinden kısa olarak tayin edilmesi halinde, ayıbın garanti süresinden sonra fakat ayıptan doğan hakların kullanılması için geçerli olan süreler içerisinde ortaya çıkması halinde muayene ve ihbar külfetleri yeniden uygulama alanı bulur.

c. İhbar Usulü Ve İspat

Ayıp ihbarının süresinde yapılmaması halinde, arsa sahibi ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanamayacaktır. ARAL/ AYRANCI'ya göre ayıbı ihbar süreleri hak düşürücü süredir³³⁹. Yargıtay'a göre ayıp ihbarının süresinde yapılmadığı, müteahhit tarafından defî olarak öne sürülmedikçe, hakim tarafından re'sen göz önüne alınamaz³⁴⁰. Ancak, ihbarın süresinde yapılmadığının sabit olması halinde ise, hakim bunun sonuçlarını re'sen hükme bağlayacaktır³⁴¹. İhbar olunan ayıbın, gizli değil açık olduğu yönündeki iddianın müteahhit tarafından ispatı gerekir.

Arsa sahibinin bina ve bağımsız bölümdeki açık veya gizli ayıpları önemsememesi sebebiyle, müteahhide ihbar etmemesi ve bu ayıpların büyük boyutlara ulaşması halinde arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanıp kullanamayacağını ortaya konması gerekmektedir. Arsa sahibinin farkına varmasına

saptandığından ve davalıya 17.09.2008 tarihinde faks ile bildirimde bulunarak 2 yıllık garanti süresi dolmadan 20.11.2008 tarihinde iş bu dava açıldığından, ayıp ihbarının süresinde yapıldığının kabulü ile uyuşmazlığın çözümü ve davacının talepleri yönünden olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekir." (Y. 15. HD., 04.07.2012 T., 2012/3847 E., 2012/5137 K.)

³³⁹ Aral/ Ayrancı, s. 133

³⁴⁰ Uygur, TBK, s. 7973: "Yüklenicinin kusurların kendisine ihbar edilmediğini iddia etmediği takdirde, hakim bu hususu kendiliğinden göz önüne alamayacağından, vaktinde ayıp ihbarı yapılmış gibi, yüklenicinin ayıba karşı tekeffülünden doğan sorumluluğunu kabul etmesi gerekir." (Y. 15. HD., 29.03.1984 T., 1984/675 E., 1984/1081 K.)

³⁴¹ Tandoğan, s. 176

rağmen müteahhide ihbar etmediği ayıpların sonuçlarının önemli boyutlara ulaşabileceğini tahmin edemediği durumda ayıptan doğan haklarını müteahhide karşı kullanabilecek olup, aksi halde müteahhit ayıbın süresinde ihbar edilmediği yönündeki savunması ile sorumluluktan kurtulacaktır³⁴². Bu halde ihbarın, derhal yapılması gerekir³⁴³. Bu noktada, TBK m. 225/2 hükmünün uygulanabilirliğini hususuna değinmek gerekir. Anılan hükmün gerekçesinde ikinci fıkrada bulunan düzenlemenin satıcının her türlü ihmali kapsadığı ifade edilmiştir. Anılan düzenleme kanun sistematığına aykırı, daha çok kusur sorumluluğunun bulunmadığı hukuk sistemlerinde yer verilen ve borçlunun sorumluluğunu sınırlandıran “*bilmesi gerekme*” kavramının kullanılması³⁴⁴ ve dava sürecini gereksiz yere uzatması³⁴⁵ sebepleriyle eleştirilmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan müteahhit, genellikle inşaat işini meslek edinen bir kimsedir. TBK m. 225/2 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından uygulanabilmesine istisnai ve arsa sahibinin önemli derecede hak kaybına uğradığı hallerde olanak tanımak gerekir.

Ayıbı ihbar genel ifadelerle değil, müteahhidin ayıbın kapsam ve niteliğini anlamasını sağlayacak nitelikte olmalıdır³⁴⁶. Binanın hangi kısımlarının ayıplı olduğu ve ayıbın neler olduğu bildirilmelidir. Buna ayıbın içeriğinin doldurulması ilkesi denmektedir³⁴⁷. Ayrıca, ayıp bildiriminde genel ifadelerin kullanılmasına rağmen, somut olayda müteahhidin ihbarın içeriğini anlayabildiği halde, içeriğin yetersiz olduğundan söz edilemeyecektir³⁴⁸. Bu bağlamda, arsa sahibinin tacir sıfatına haiz olmadığı hallerde, ayıbın içeriğinin doldurulması ilkesi hafifletilerek uygulanmalıdır³⁴⁹. Arsa sahibinin, ihbarda, ayıbın sebebini göstermesi

³⁴² Erman, Arsa Payı, s. 136; Öz, İnşaat, s. 202; İşbora, s. 89; Seliçi, İnşaat, s. 154

³⁴³ Erman, Arsa Payı, s. 136

³⁴⁴ Çetiner, Bilgehan, “Yeni TBK’da Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. LXVII, Sayı 1-2, s. 108, (s. 97-114)

³⁴⁵ Atamer, Yeşim M., “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 204, (s. 187-221)

³⁴⁶ Erman, Arsa Payı, s. 138; Tandoğan, s. 172; Kocaağa, İnşaat, s. 159; Yavuz, Ayıp, s. 635; Öz, İnşaat, s. 201; Ergezen, s. 82; Şahiniz, s. 121; Kanber, s. 41; Hatipoğlu Ünsal, s. 65; Seliçi, İnşaat, s. 151

³⁴⁷ Yücer Aktürk, s. 175

³⁴⁸ Yücer Aktürk, s. 178

³⁴⁹ Yücer Aktürk, s. 180

gerekmemektedir. Nitekim, işin uzmanı olmayan arsa sahibinden, ayıbın kaynaklandığı sebepleri araştırarak anlayabilmesi ve bunu müteahhide bildirmesi beklenemeyecek olup, ayıp ihbarında bu bilgilerin yer almasının ihbarın koşulu olarak aranması adil olmaz. Müteahhit de, işin uzmanı olarak, ayıp ihbarından arsa sahibinin haklı olup olmadığı yönünde bir değerlendirmeyi yapabilmelidir. Ayrıca, arsa sahibi ayıbın sebebini hatalı bildirmiş olsa dahi, ayıp ihbarı hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır³⁵⁰.

Muayene külfeti anlatılırken değinildiği üzere, muayenenin bilirkişi aracılığıyla, sözleşmenin her iki tarafınca yaptırılması mümkündür. Ayrıca, uygulamada bu muayenenin mahkemeden delil tespiti talebi ile yapıldığını belirtmiş idik. Mahkemece yapılan delil tespiti neticesinde, bilirkişi tarafından tanzim edilen bilirkişi raporunun müteahhide tebliğ edildiği halde Yargıtay, ihbar külfetinin yerine getirilmiş olduğunu kabul etmektedir³⁵¹. Aksi yöndeki görüşe göre³⁵², bilirkişi raporunun müteahhide tebliği halinde, arsa sahibinin müteahhidi sorumlu tutmak istediğine dair irade beyanın eksik olması sebebiyle, ihbar külfeti yerine getirilmiş olmaz³⁵³.

Ayıbı ihbar beyanında arsa sahibinin, ayıptan doğan hangi hakkını kullanacağını bildirmesi zorunlu değildir³⁵⁴. Ancak, ayıbı ihbar anında, ayıptan doğan seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağını bildirilmesi mümkündür³⁵⁵.

Ayıbı ihbar şekle bağlı olmayıp³⁵⁶, her türlü delile ispatı mümkündür³⁵⁷. Kaldı ki, taraflar tacir olsa dahi, TTK m. 18/3 hükmünde yer alan şekil koşulları

³⁵⁰ Tandoğan, s. 172

³⁵¹ Y. 15. HD., 19.07.2011 T., 2010/3606 E., 2011/4751 K.: "*Davacılar, yapıda tespit edilen gizli ayıbı yaptırdıkları muayene ile tespit ettirdikten sonra davalı yana tespit bilirkişi raporunu tebliğ ettirmek suretiyle BK'nın 362. maddesinde öngörülen ihbar mükellefiyetini de yerine getirmişlerdir.*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016); Aynı yönde görüş için bkz. Hatipoğlu Ünsal, s. 64

³⁵² Şenocak, s. 125

³⁵³ Şenocak, s. 125

³⁵⁴ Uçar, Ayıp, s. 148; Öz, İnşaat, s. 201

³⁵⁵ Uçar, Ayıp, s. 149

³⁵⁶ Erman, Arsa Payı, s. 137; Yalçınduran, s. 126; Turanboy, s. 165; Şahin, Ayıp, s. 141; Hatipoğlu Ünsal, s. 64; Bilge, K., s. 76; Avcı, s. 100; Yılmaz, s. 215; Seliçi, İnşaat, s. 151

aranmaz³⁵⁸. Anılan hükümde, ayıp ihbarından söz edilmemiştir. Nitekim, Yargıtay'ın görüşü de aynı yöndedir³⁵⁹. Diğer taraftan, ayıp ihbarı, müteahhide ulaşma anında değil, gönderilme anında hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Benzer yöndeki görüşe göre, ayıp ihbarına bağlanan hukuki sonucun doğması için bu ihbarın müteahhide ulaşmasının gerekli olmayıp, ihbarın karşı tarafa ulaşacak şekilde açıklanmasının yeterlidir³⁶⁰. Ayrıca, ayıp ihbarının dava açılması veya açılan davanın ihbarı yoluyla yapılması mümkündür³⁶¹.



³⁵⁷ Erman, Arsa Payı, s. 137; Yalçınduran, s. 119; Dayınlarlı, s. 55; Yavuz, Ayıp, s. 635: "Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatlarında ayıp ihbarının tanık sözleri ile de kanıtlanabileceği kabul edilmektedir. Zira, ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması iş sahibine yalnızca ispat kolaylığı sağlar." (Y. 15. HD., 21.06.2004 T., 2004/6354 E., 2004/3459 K.); Uygur, TBK, s. 7921 : "Davacı iş sahibinin Borçlar Kanunu'nun 358. maddesine dayanarak inşaatın sağlamaştırılmasını istemeye hakkı bulunmaktadır. Bunun için davalıya durumu bildirip mehil verecektir. Bu şekildeki bir ayıp ihbarının yapıldığının şahitle ispatı mümkündür. Dosyadaki mevcut şahit ifadelerinden ve özellikle Harun Kartal'ın beyanından, inşaattaki ayıbın davalıya bildirildiği ve usulüne uygun yapılmasının istendiği... anlaşılmaktadır." (Y. 15. HD., 11.04.1990 T., 1990/3936 E., 1990/1735 K.); Günay, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2015, s. 1375: (Y. 15 HD., 05.05.2009 T., 2009/292 E., 2009/2608 K.); Kostakoğlu, s. 512, (Y. 15. HD., 24.11.1989 T., 1989/3847 E., 1989/4937 K.); Duman, İnşaat, s. 782, (Y. 15. HD., 21.11.2007 T., 2007/7141 E., 2007/7376 K.)

³⁵⁸ Erman, Arsa Payı, s. 138; Uygur, TBK, s. 7935; Yücer Aktürk, s. 184; İşbora, s. 90

³⁵⁹ Y. 23. HD., 24.11.2014 T., 2014/9516 E., 2014/7529 K.; Y. 03.04.2014 T., 2013/8234 E., 2014/2570 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

³⁶⁰ Şahiniz, s. 122; Kostakoğlu, s. 449

³⁶¹ Yücer Aktürk, s. 184; Yıldırım, s. 129

İKİNCİ BÖLÜM

EKSİK İFA VE AYIPLI İFA KAVRAMLARI, EKSİK İFA VE AYIPLI İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI

I. EKSİK İFA KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin asli borcu, sözleşmeye uygun şekilde binayı tamamlayıp, arsa sahibinin payına düşecek olan bağımsız bölümleri teslim etmektir. Müteahhit tarafından, sözleşme gereği üzerine düşen edimlerini yerine getirilmesi, binanın plan ve projesine uygun olarak tamamlanması akabinde teslim ile gerçekleştirilir³⁶². Bu bağlamda, teslim, binanın tamamlanmasını takip eden bir haldir.

Binanın tamamlanmaması, diğer deyişle müteahhidin üzerine düşen binayı tamamlama ve teslim borcunu eksik ifa etmesi, müteahhidin sözleşme ile üstlendiği veya başlangıçta ya da sonradan kapsamda kabul ettiği iş değişikliği ve ilave işleri yapmamış olmasıdır³⁶³. Örneğin AYAN'a göre, taraflar arasında akdedilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ya da yapılan ek protokolde yer alan, mutfak dolaplarının takılmaması, asansörün yapılmaması olması, pencerelerin takılmaması, parkelerin döşenmemesi, sözleşmede ayırık bir hüküm var ise yapı kullanma izninin

³⁶² Kırmızı, s. 954: "Karşılıklı edimleri içeren kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde aslolan, sözleşmenin tam olarak ifası olup, yüklenicinin borcu, inşaatı sözleşme ve eklerine, tasdikli ruhsatına, düzenlenen plan ve projesine uygun şekilde tamamlayıp sözleşmede kararlaştırılmış ise iskan iznini de alarak teslim etmektedir." (Y. 15. HD., 31.10.2003 T., 2003/1739 E., 2003/5138 K.)

³⁶³ Gauch (Werkvertrag), s. 29, no: 101 vd. (Naklen, Ayan, s. 61)

alınmamış olması, ortak alandaki merdiven korkuluğunun eksik bırakılması gibi haller eksik ifa halidir³⁶⁴.

Eksik ifa kavramı için öğretide çeşitli tanımlar yapılmıştır. ERMAN'a göre, eksik ifa, teknik şartnamede belirtilmiş olan işlerin ya da bu şartnamede belirtilmesi dahi, orta seviyedeki bir inşaatta olması gereken imalatların yapılmaması halidir³⁶⁵. Nitekim, tarafların teknik şartnameyi sözleşmenin eki olarak kabulü mümkündür³⁶⁶. Bu takdirde, sözleşme eki haline gelen şartname delil sözleşmesi niteliğinde olur³⁶⁷. ŞENOCAK'a göre, eser sözleşmesinin içeriğine göre borçlanılan tüm işlerin tamamlanmaması halinde eksik ifa söz konusu olup³⁶⁸, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki eksik ifa, teknik şartnamede yer alan işlerin yapılmamasıdır³⁶⁹. Nitekim, teknik şartname, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kapsamına dahil edilmemiş olsa dahi, inşaat işlerinin genel geçer kurallarını oluşturmaları sebebiyle, hakim tarafından sözleşmenin gereği gibi ifası yönünden re'sen dikkate alınmalıdır³⁷⁰. HATİPOĞLU'na göre eksik ifa, yapılması gerektiği halde yapılmayan, mevcut halini iş sahibinin eksik olarak nitelendirdiği eserdir³⁷¹. BÜYÜKAY, eser sözleşmesinin kapsamına göre borçlanılan tüm işlerin tamamlanmamış olması hali eksik iş olarak nitelendirilmiştir³⁷². AVCI, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi, normal bir inşaatta bulunması gereken imalatların yapılmamış olması halini de eksik iş olarak görmektedir³⁷³. ŞAHİNİZ'e göre, eksik ifa, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılmış ya da dürüstlük kuralı gereği yapması gereken işlerin bir kısmını yapmamasıdır³⁷⁴. KURT'a göre, eseri

³⁶⁴ Ayan, s. 61; Y. 15. H.D., 22.02.2010 T., 2009/1389 E., 2010/1028 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

³⁶⁵ Erman, Arsa Payı, s. 201

³⁶⁶ Kostakoğlu, s. 27

³⁶⁷ Kostakoğlu, s. 60: "*Sözleşmeye göre, sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan eski B.İ.G.Ş. sözleşmenin ekidir. Böylece B.İ.G.Ş. ve bu şartnamenin 33 ile 34. maddeleri HUMK'nun 287. maddesi uyarınca taraflar arasında delil sözleşmesi niteliğindedir.*" (Y. 15. HD., 06.02.1992 T., 1992/157 E., 1992/472 K.)

³⁶⁸ Kırmızı, s. 729; Yılmaz, s. 208; Şenocak, s. 106; Duman, İnşaat, s. 1060

³⁶⁹ Erman, Arsa Payı, s. 199

³⁷⁰ Turanboy, s. 160; Seliçi, İnşaat, s. 141

³⁷¹ Hatipoğlu Ünsal, , s. 16

³⁷² Büyükkay, s. 110; Aydemir, s. 228

³⁷³ Avcı, s. 94

³⁷⁴ Şahiniz, s. 39

tamamlamak için yeni bir çalışma ortaya koymak gerektiği halde eksik ifanın söz konusu olur³⁷⁵. Ayrıca, eksik iş, işin gereği gibi ifası ile ilgili bir kavramdır³⁷⁶. Yargıtay ise, eksik ifayı eksik iş olarak adlandırmakla, bu kavramı "sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iş" olarak tanımlamıştır³⁷⁷. Başka bir içtihadında ise eksik işi, "işin sözleşme ve ekleri ile projesinde gösterilen miktarda yapılmaması ya da kararlaştırılan veya işin niteliği itibariyle yapılması gereken bazı imalatların yapılmamış ve mevcut halini iş sahibinin kabul ettiği eser (iş)" olarak tanımlamıştır³⁷⁸. Diğer taraftan, eksik ifanın tespitinde mahallinde bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak durumun açıklığı kavuşturulması gerektiği içtihat olunmuştur³⁷⁹. Kanaatimizce eksik ifa, taraflar arasında akdedilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve ekleri uyarınca ya da bunlarda yer almasa bile dürüstlük kuralı gereği yapılması gereken işlerin yapılmamış olması halidir.

B. AYIPLI İFA KAVRAMINDAN AYIRT EDİLMESİ

1. Genel Olarak

Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin eksik ifası ile, önemli derecede de olsa ayıplı ifası birbirinden farklıdır³⁸⁰.

³⁷⁵ Kurt, s. 72

³⁷⁶ Gökyayla, Ek İş, s. 138

³⁷⁷ Y. 23. H.D., 25.09.2014 T., 2014/1106 E., 2014/5941 K.; Y. 23. H.D., 31.01.2014 T., 2013/6424 E., 2014/637 K.; Y. 23. H.D., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.; Y. 15. H.D., 03.03.2009 T., 2008/6908 E., 2009/1163 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

³⁷⁸ Kırmızı, s. 729, dn. 1488, (Y. 15. HD., 01.03.2012 T., 2011/485 E., 2012/1218 K.)

³⁷⁹ Uygur, İnşaat, s. 546: "Bu durumda mahallinde bilirkişi aracılığıyla gerekli inceleme yapılarak davalının yaptığı işler anılan sözleşmedeki işlerle karşılaştırılmalı, bunun dışında kalan işlerin davalı tarafından yapıldığı sübuta erdiği takdirde BK. 366. madde hükmü gereğince bedelleri saptanmalı, bunun için taraflar bizzat mahallinde isticvap edilmek suretiyle ihtilaflı olan ve olmayan işler tespit edilmeli..." (Y. 15. HD., 07.12.1988 T., 1988/4450 E., 1988/4231 K.)

³⁸⁰ Uçar, Ayıp, s. 132; Kırmızı, s. 728: "Ayıplı iş, sözleşme ve yasa hükümlerine göre eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken unsurların bulunmasıdır. Eksik iş ise, hiç yapılmayan iştir." (Y. 15. HD., 22.03.2010 T., 2009/1859 E., 2010/1605 K.); Günel, s. 412

Ayıp, müteahhit tarafından inşa edilen binadaki ortak yerler ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde, sözleşme ile kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı gereği bulunması gereken ya da kanun tarafından öngörülen niteliklerin bulunmaması halinde söz konusu olur.

Eksik ifa ise, genel olarak, müteahhidin sözleşmede kararlaştırılmış olan ya da dürüstlük kuralı gereği yapması gereken işlerin bir kısmını hiç yapmamış olmasıdır³⁸¹. Hem eksik ifa hem de ayıplı ifa hali, borçlanılana uygun olmayan edimin bulunduğu, sözleşmeye aykırılık halidir³⁸². Genel ifadelerle, ayıplı ifa halinde vasıf noksanlığı, eksik ifa halinde ise yapılmayan iş bulunmaktadır³⁸³. Bu bağlamda, eksik ifa, binanın tamamlanma oranı ile ilişkili olup, yüzde yüz tamamlanmamış binada eksik iş bulunmaktadır.

Farklı kavramlar olan eksik ifa ve ayıplı ifanın bazı hallerde birbirinden ayırt edilmesinde zorluk çekilmektedir³⁸⁴. Bu ayrımın yapılmasının gerekliliği ise, eksik ve ayıplı ifanın hukuki sonuçlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır³⁸⁵. Eksik ifa halinde izlenmesi gereken yol ile ayıplı ifanın bulunduğu hallerde izlenecek yol aynı değildir³⁸⁶.

Eksik ifa ve ayıplı ifanın varlığını tespit yönünden, yapı tekniği kurallarını içeren ve yetkili organlarca belirlenen teknik şartname ve mevzuat hükümleri de dikkat alınmalıdır³⁸⁷. Nitekim, müteahhidin üstlendiği iş teknik bir iş olup, müteahhit teknik bir adam olarak, ediminin ifasında yapı tekniği kurallarına uygun hareket

³⁸¹ Şahiniz, s. 40; Duman, İnşaat, s. 1060; Uygur, TBK, s. 8053: "*Taraflar arasındaki sözleşmenin 4. maddesinde, dairelerinin odalarının parke yapılacağı ve parkelerin cam cilalı teslim edileceği açıkça yazılı olup, parkelere cila yapılmadığı da anlaşıldığından, cam cilanın ayıplı iş olarak değil, eksik iş olarak mütalaa edilip tespit edilecek bedeline hükmedilmesi gerekirken...*" (Y. 15. HD., 09.04.1992 T., 1992/5090 E., 1992/1870 K.)

³⁸² Erman, Arsa Payı, s. 199; Yalçınduran, s. 108

³⁸³ Yalçınduran, s. 109; Büyükay, s. 108; Erzurumluoğlu, s. 176, dn. 70

³⁸⁴ Ayan, s. 61; Gökyayla, Ek İş, s. 138; Şahin, Temerrüt, s. 99

³⁸⁵ Aksoy Dursun, Sanem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2011, (s. 1845-1860), s. 1850

³⁸⁶ Aksoy Dursun, s. 1850

³⁸⁷ Yalçınduran, s. 113

etmelidir. Bu bağlamda, müteahhit yapı tekniği kurallarını bilmediğinden bahisle sorumluluktan kurtulamaz³⁸⁸.

Eksik ifa ve ayıplı ifanın ayırt edilmesi bakımından, Gauch tarafından önerilen ölçüt³⁸⁹ baskın görüş tarafından kabul edilmektedir. Bu ölçüt uyarınca, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeksizin mümkün ise eksiklikten; sözleşmeye aykırılığın giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi, zarar vermeyi gerektiriyor ise ayıbın varlığından söz edilir. Bu görüşe göre örneğin, duvarın boyanmamış olması hali, kural olarak, borcun ifa edilmemesine veya eksik ifaya ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirecek olup, duvarın öncesinde astar boya ile boyanması gerekirken, bunun yapılmayıp, normal boya ile boyanmış olması durumunda ise ayıbın varlığı söz konusu olur. Dolayısıyla, bu halde, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekir³⁹⁰. Bu konuda bir başka ayırt edici örnek olarak; asansörün motorunun takılmamış olması halinde ayıp değil eksik ifa, asansör motorunun içindeki bir parçanın takılmamış olması sebebiyle asansörün çalışmaması halinde ise ayıplı ifa söz konusu olur³⁹¹. Anılan kriterin uygulanması gerektiğine katılan bir görüşe göre, somut olayın koşullarının başka sonuca varmayı gerektirdiği halde bu kriter uygulanmaz³⁹². Bu görüşe göre, eseri tamamlamak için yeni bir çalışmanın gerektiği, sözleşme gereği yapılması gereken işin yapılmadığı durumda eksik ifa vardır. Dolayısıyla, binanın çatısının yapılmaması ve pencerelerin takılmaması gibi hallerde, müteahhidin binayı tamamlamak için yapması gereken işler bulunduğu için eksik ifanın olduğu kabul edilmelidir. Ancak, müteahhidin yaptığı fakat gereği gibi yapmamış olduğu bir edimi tekrar gereği gibi yapmak zorunda olması halinde, ayıplı ifanın varlığı söz konusu olmaktadır.

³⁸⁸ Seliçi, İnşaat, s. 21

³⁸⁹ Gauch, (Werkvertrag), s. 403, no: 1449 (Naklen, Ayan, s. 61)

³⁹⁰ Ayan, s. 61

³⁹¹ Ayan, s. 61

³⁹² Kurt, s. 72

ERMAN, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teknik şartnameyi ölçüt olarak almıştır³⁹³. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin sözleşmenin eki olan teknik şartnamede öngörülen işlerin bir kısmının yapılmaması hali eksik ifa, sözleşmede öngörülen işleri teknik şartnamede yer alan niteliklere aykırı olması halinde ise ayıplı ifanın olduğu ifade edilmiştir. Aynı zamanda, teknik şartnamede olmasa dahi, orta seviyedeki bir inşaatta bulunması gereken işin yapılmaması hali de eksik ifa olarak tanımlanmıştır³⁹⁴. Eksik inşaat bina tamamlanmamış iken³⁹⁵, ayıplı inşaat sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri içermemektedir³⁹⁶. Nitekim, tamamlanma oranı niceliğe ilişkin bir kavram olup, ayıplı ifa hali ile ilgili değildir³⁹⁷.

Eksik ifa, yapılması gerektiği halde yapılmayan işin varlığı halinde söz konusu iken, ayıplı ifa ise, bulunması gereken vasıf ile ortak yerlerin ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin fiili durumu arasındaki farkları, nitelik eksikliğini ifade etmektedir³⁹⁸. Ayrıca, binadaki eksiklikler halinde ayıplı ifa değil, ifanın gerçekleşmemesi söz konusudur³⁹⁹. Ayrıca, müteahhidin binanın inşasını tamamlayıp da, arsa sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölümleri ve yapıyı kullanması engellemeyen malzeme artıklarının kalması halinde, eksik ifa değil, ayıplı ifa hali olacağı kabul edilmektedir⁴⁰⁰. Başka bir görüşe göre, eksik ifa, edimin bina inşası gibi bölünemediği, alacaklının o edimden amacına uygun şekilde hiç yararlanmadığı hallerde olup, ayıplı ifa ise, arsa sahibinin edimden yararlanması mümkün olmakla beraber, yararlanmanın kalitesini düşüren ve edimin olması gereken değerini azalttığı hallerde mevcuttur⁴⁰¹. Bazı durumlarda, işin değeri çok fazla olsa bile, nitelikleri yönünden bu hal ayıp sayılacak, lüks bir villaya en yüksek kalitedeki fayans, banyo ve mutfak malzemelerinin kullanılması yerine en düşük

³⁹³ Erman, Arsa Payı, s. 199

³⁹⁴ Erman, Arsa Payı, s. 201

³⁹⁵ Kurt, s. 72

³⁹⁶ Atamulu, s. 70; Aydemir, s. 228

³⁹⁷ Acar, F., s. 5

³⁹⁸ Yener, Arsa Payı, s. 27; Kocağa, İnşaat, s. 140; Eren, s. 79; Gökyayla, Ek İş, s. 138

³⁹⁹ Yalçınduran, s. 108

⁴⁰⁰ Öz, İnşaat, s. 146

⁴⁰¹ Öz, İnşaat, s. 193

kaliteden yapılması ve bu kalite farkının toplam inşaatın değerinin yüzde ellisine tekabül etmesi halinde dahi ayıplı ifa söz konusu olur⁴⁰². Ayırt edici bir örneğe göre, zemindeki potluğu gidermesi için strafor serilmeksizin laminant parkenin döşendiği halde, bağımsız bölümün zemin işi tamamlanmış olsa da bu halde, ayıplı ifa söz konusu olmaktadır⁴⁰³.

Yargıtay, eksik ifa ile ayıplı ifa arasındaki farkı, "*Eksik iş, sözleşme konusu işin bir kısmının hiç yapılmamasıdır; yani yapılmayan iştir. Ayıplı iş ise, eksik işten farklı olup, esasen yapılan iştir. Ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Kısaca; ayıp, eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır.*"⁴⁰⁴ şeklinde açıklamıştır. 27.09.2000 tarihli kararında⁴⁰⁵ "*Ayıplı iş vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar*" ifadeleri ile eksik ifa ve ayıplı ifa ayrımı yapılmıştır. Bu ayrımı örnek üzerinde somutlaştıran bir kararda⁴⁰⁶ ise, "*öncelikle sözleşmede açıkça yazılı olan daire başına birer otoparklık yerin tahsisi taahhüdünün yerine getirilmemesi ayıp değil, mahiyetince eksik iş niteliğindedir.*" Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın eksik iş ve ayıp yönünden yaptığı ayırım yapılıp yapılmama kriterine göre belirlenmektedir. Diğer taraftan Yargıtay'a göre, "*kural olarak eksik iş henüz yapılmamış olduğundan, bunun ayıplı olup olmadığı*" tespit edilemez⁴⁰⁷. Ayrıca, Yargıtay, somut olayda hangi halin eksik iş hangisinin ayıp olduğunun tespitinde bilirkişi refakatinde keşif yapılarak bu ayırımın tespiti gerektiğini içtihat etmiştir⁴⁰⁸.

⁴⁰² Öz, İnşaat, s. 194

⁴⁰³ Şahin, Temerrüt, s. 98

⁴⁰⁴ Y. 23. HD., 25.09.2014 T., 2014/1106 E., 2014/5941 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

⁴⁰⁵ YHGK., 27.09.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K.; Aynı yönde karar için bkz. Günay, s. 1373, (Y. 15. HD., 06.01.2014 T., 2013/5143 E., 2014/18 K.); Uygur, İnşaat, s. 544: "*Taraflar arasındaki sözleşmeye göre yüklenicinin inşa edeceği apartmanda kalorifer kapıcı dairesi, hidrofor ve sıcak su tesisatı yapmayı kabul ve taahhüt etmiştir. Oysa ki mahkemece yerinde yaptırılan bilirkişi incelemesinde anılan bu işlerin yapılmadığı saptanmıştır. Yapılmayan noksan iş, ayıplı olarak nitelendirilemez.*" (Y. 15. HD., 01.11.1989 T., 1989/1556 E., 1989/4568 K.)

⁴⁰⁶ Y. 23. HD., 24.06.2013 T., 2013/2589 E., 2013/4359 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

⁴⁰⁷ Uygur, İnşaat, s. 543, (Y. 15. HD., 12.06.1989 T., 1989/3680 E., 1989/2798 K.); aynı yönde karar için bkz. Uygur, İnşaat, s. 543, (Y. 15 HD., 27.09.1988 T., 1988/92 E., 1988/3020 K.)

⁴⁰⁸ Y. 23. HD., 25.09.2014 T., 2014/1106 E., 2014/5941 K. : "*mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, uzman bilirkişi refakatinde mahallinde keşif ve inceleme yapılarak, öncelikle, tazminat*

Eksik ifa hali, genel olarak, borçlanılmış olan bütün işlerin tamamlanmaması hali olarak tanımlanmıştır⁴⁰⁹. Bu bağlamda, esas alınan ana kriter tamamlanıp tamamlanmama halidir. Ayıbın varlığında ise, sözleşmede kararlaştırılan ya da güven ilkesi gereği olması gereken niteliğin bulunmaması hali mevcuttur⁴¹⁰. Ayrıca, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin ve binanın ayıplı olması, bina inşasının tamamlanmadığı ya da eksik ifanın bulunduğu anlamına gelmemektedir⁴¹¹. Bu bağlamda, kanaatimizce, somut olayda, sözleşme ya da güven ilkesi uyarınca ortak yerler ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde tamamlanmamış bir işin varlığı halinde eksik ifanın, tamamlanmasına rağmen yapılan işin sözleşmede kararlaştırılan ya da güven ilkesi uyarınca ortak yerler ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde bulunması gereken niteliklerin olmaması hali ise ayıp olarak kabul edilir. Bu çerçevede Gauch tarafından önerilen ölçüt gereği, sözleşmeye aykırılık, bağımsız bölüme zarar vermeksizin giderilebiliyorsa ayıplı ifa, bağımsız bölüme zarar verilmeden giderilemiyorsa eksik ifanın bulunduğunu söylemek gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ayıptan doğan sorumluluk hakkında kural olarak eser sözleşmesine dair hükümler kıyasen uygulanmakta ise de satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanması mümkündür. TBK m. 219 "ayıptan sorumluluk" başlıklı hükümde, "nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan" ibaresi yer almaktadır. TBK m. 219 hükmünde yapılan ayırımın sebebi nicelik hallerinin, kural olarak, niteliğe etki etmediği halde ayıp sayılmamasından kaynaklanmaktadır⁴¹². Bu bağlamda, nicelik eksikliğinin niteliğe etki etmediği hallerde eksik ifanın mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Nicelik eksikliğinin niteliğe etki ettiği haller ayıp, niteliğe etki etmediği hallerde ise eksiklik söz konusu

konusu yapılan kalemler tek tek değerlendirilip, bunların ayıplı iş mi, yoksa eksik iş mi... olduğu belirlendikten sonra" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016); Uygur, İnşaat, s. 549, (Y. 15. HD., 21.12.1995 T., 1995/6826 E., 1995/7616 K.)

⁴⁰⁹ Büyükay, s. 110; Uygur, İnşaat, s. 544: "*davalının yapımını üstlendiği asansörün yalnız ray ve halatlarının takıldığı, diğer aksamının eksik olduğu bu nedenle çalışmadığı tespit edilmiştir. Gerçekten yapılmayan işin teknik koşullara uygun olup olmadığı ve niteliği üzerinde durulamaz.*" (Y. 15. HD., 06.12.1988 T., 1988/1488 E., 1988/4179 K.), (Y. 15. HD., 18.04.1989 T., 1989/3573 E., 1989/2004 K.) (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

⁴¹⁰ Kaplan, s. 113

⁴¹¹ Yavuz, C., s. 1021

⁴¹² Acar, F., s 5

olacaktır. Mütahhit tarafından inşa edilecek binada demirin eksik kullanılması halinde esasen nicelik eksikliği bulunmakta ise de bu eksiklik niteliğe etki eder.

Yargıtay kararlarına konu olayda, sosyal tesis içeren birden fazla bloklu inşaat işinin üstlenildiği farklı bir sözleşme tipinde sosyal tesislerin binaların inşa edildiği arsanın değil belediyeye ait parsel üzerine yapılması hali ayıplı ifa olarak nitelendirilmiştir⁴¹³. Somut olaydaki durumun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde gerçekleşmesi halinde ayıplı ifa mı eksik ifa mı olduğunun irdelenmesi gerekir. Somut olayda sosyal tesislerin belediye alanına yapılması sebebiyle, arsa sahibi bundan faydalanabilmekte ise de münhasıran bağımsız bölüm malik ya da kullanma hakkına sahip kimselerine özgülenmiş bir kullanma durumu söz konusu değildir. Kanaatimizce, sözleşme kapsamında inşa edilen bağımsız bölümlerin arsa sahibinin maliki olduğu arsa üzerine yapılması gerekmektedir. Belediyeye ait parsel üzerinde inşa edilmiş sosyal tesislerin kullanım hakkı sözleşme kapsamında değil, belediye parseline ait olması ve kamu hizmetine sunulmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, burada sözleşme kapsamında inşa edilmiş bir sosyal tesisten de söz edilemez. Bu bağlamda, sosyal tesislerin arsa sahibinin arsasına değil de başka parselde yapılması halinde, yapılmamış bir iş, diğer deyişle eksik ifa söz konusu olur.

Binanın projesinde müteahhide proje tasdik ve değişiklik işlemi için verilen yetki ile müteahhidin sonradan proje değişikliğine giderek bağımsız bölümlerde balkon inşası yerine, binaya asansör yapılması örneğindeki hukuki durumun irdelenmesi gerekir. Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümün yüz ölçümü eksikliğini ayıplı ifa olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş idik. Binaya proje değişikliği ile yapılan asansör ise ek iş kapsamında değerlendirilmelidir. GÖKYAYLA'ya göre, sözleşmede kararlaştırılmadığı halde yapılan işler ek iş olarak nitelendirilebilir⁴¹⁴. Ancak bu işlerin sözleşme ile bağlantılı olması gerekir. KMK

⁴¹³ YHGK., 27.04.2011 T., 2011/13-4 E., 2011/230 K.; YHGK., 02.11.2011 T., 202011/13-468 E., 2011/666 K.; Y. 13. HD., 02.05.2013 T., 2012/23931 E., 2013/11014 K.; Y. 13. HD., 30.10.2014 T., 2014/5616 E., 2014/33127 K.; Y. 13. HD., 12.01.2015 T., 2014/28976 E., 2015/98 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.04.2016)

⁴¹⁴ Gökyayla, Ek İş, s. 69 vd.

uyarınca ortak yer kapsamında olan asansör her iki taraf lehine yapılmış bir ek iştir. Diğer deyişle, asansör hem müteahhit hem de arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde değer artışı sağladığı, ortak kullanım alanı olduğu için bu halde müteahhidin bir talep hakkı söz konusu olmaz⁴¹⁵. Arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi ile bağımsız bölümlerdeki yüz ölçümü eksikliğinden kaynaklanan haklarını öne sürebilmesi mümkündür. Ek işlerin sadece müteahhide düşen bağımsız bölümlere yapılması halinde Yargıtay, ek iş bedelinden ayıplı ve eksik iş bedelinin indirilmesi gerektiğini içtihat etmiştir⁴¹⁶.

Aluid ifa, eksik ve ayıplı ifadan ayrı bir kavram olup, müteahhidin kararlaştırılan edimden tamamen başka bir şey teslim etmesi durumunda söz konusu olmaktadır⁴¹⁷. Bu durumda, arsa sahibinin teslim almaktan kaçınması mümkündür⁴¹⁸. Zira, müteahhit tarafından teslim edilmek istenen bina sözleşmede kararlaştırılandan oldukça farklıdır. Ayrıca, aluid ifa, ifa olarak görülmediğinden, bu halde, evleviyetle, ayıplı ifa söz konusu olmaz⁴¹⁹. Aluid ifa halinde, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁴²⁰. Bu halde ise, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetinin olduğu söylenemeyecek olup, genel zamanaşımı süresinde, müteahhide karşı başvuru haklarını kullanabileceklerdir⁴²¹. Bir görüşe göre, aluid ifaya rağmen, arsa sahibinin itiraz etmemesi hali, ifa yerine edim olarak

⁴¹⁵ Kocağa, İlave İş, s. 89; Y. 23. HD., 21.11.2014 T., 2014/1497 E., 2014/7490 K.: “Ancak inşaatın ortak yerlerinde ya da davacı yükleniciye düşecek bağımsız bölümlerde yapılan bu neviden fazla imalatlar arsa sahiplerinin yararına olduğu gibi, yüklenicinin de yararınadır. Kural olarak her iki tarafın da yararına olan böyle bir kazanım, fazla iş olarak nitelendirilemez ve yükleniciye bunların karşılığını isteme hakkı vermez.” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁴¹⁶ Y. 15. HD., 27.05.2002 T., 2002/530 E., 2002/2814 K.: “Davacı yüklenici fazla iş bedelinin tahsili amacıyla maddi tazminat isteğinde bulunmuştur. Bilirkişi raporunda fazla işler yanında, davacının eksik ve hatalı iş bedelleri de belirlenmiş, mahkemece aradaki farkın tamamı fazla iş bedeli olarak karar altına alınmıştır. Fazla işlerin ortak yerlere ilişkin olduğu anlaşıldığından, bu işler bedelinden davalının sorumlu olduğu miktar bulunurken davacının payının düşülmesi zorunludur. Bu husus dikkate alınmadan farkın tamamının karar altına alınması doğru olmamıştır.” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁴¹⁷ Büyükcay, s. 111; Yavuz, Ayıp, s. 638; Gümüş, s. 55; Gökyayla, Ek İş, s. 137; Şenocak, s. 105; Canbolat, s. 39

⁴¹⁸ Kurt, s. 69

⁴¹⁹ Yavuz, Ayıp, s. 638

⁴²⁰ Büyükcay, s. 111; Yavuz, Ayıp, s. 638; Ergezen, s. 74; Duman, İnşaat, s. 777; Canbolat, s. 73

⁴²¹ Büyükcay, s. 111

değerlendirilebilir⁴²². Kanaatimizce, aluid ifanın varlığı halinde, sözleşme konusundan tamamen farklı bir edimin ifa edilmiş olması nedeniyle bu takdirde sözleşme uyarınca edim sayılmayan şeyin ayıplı ifasından söz edilemez. Dolayısıyla, genel hükümler uygulama alanı bulur. Yargıtay da, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümün üç odalı yapılması gerekirken iki odalı yapılması halini aluid ifa olarak nitelendirmiş ve bu halde genel hükümlerin uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁴²³.

2. Ayırt Edilmesinin Önemi

Eksik ifa ve ayıplı ifa halleri arasındaki ayırımın yapılmasının en önemli sonucu bundan doğan hakların kullanılmasında, diğer deyişle hukuki sonuçlarında kendini göstermektedir. Zira, ayıplı ifa ile eksik ifa hallerinde uygulanacak kanun hükümleri farklılık arz etmektedir⁴²⁴.

İnceleme konusu sözleşmede, müteahhit üzerine düşen edimini ayıplı ifa etmiş ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine eser sözleşmesinin unsurlarını barındırması sebebiyle, kıyasen, TBK m. 474-478 hükümleri uygulanır⁴²⁵. TBK m. 475 hükmünde arsa sahibinin müteahhide karşı sahip olduğu başvuru hakları sayılmıştır. Bu çerçevede müteahhit, bağımsız bölümler, arsa sahibinin *"kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ise sözleşmeden dönme"* hakkı, ayıbın bu derecede önemli olmaması halinde, diğer şartları da sağlaması halinde *"ayıp oranında bedelden indirim isteme"*, *"aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme"* hakkı bulunmaktadır. Bu seçimlik hakların yanı sıra, arsa sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da saklıdır. Arsa

⁴²² Büyükay, s. 111

⁴²³ YHGK., 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

⁴²⁴ Uygur, İnşaat, s. 542: *"BK.nun 'işin kusuruna mütedair teminat' karar başlığı altında 359 ve 362. maddelerde düzenlenen hükümler işin ayıplı olması ile ilgili olup, eksik bırakılan işler bu hükümlerin kapsamı dışındadır."* (Y. 15. HD., 06.06.1988 T., 1988/3758 E., 1988/2152 K.)

⁴²⁵ Aksoy Dursun, s. 1854

sahibinin sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında kıyasen TBK m. 475/ son hükmü⁴²⁶ göz ardı edilmemeli, bu hak, arsa sahibine istisnai hallerde tanınmalıdır. Bir görüşe göre, anılan hükümde örtülü bir kanun boşluğu olup, bu boşluğun "*somut olayın özellikleri ve aksini gerektirmiyorsa*" ibaresi ile doldurulması gerekir⁴²⁷.

TBK m. 477/1 hükmüne kıyasen kabul, açık ayıplar yönünden müteahhidi sorumluluktan kurtarmaktadır. Bir görüşe göre⁴²⁸, TBK m. 477/1 hükmünün eksik ifadan doğan talepler yönünden de uygulanması gerekip, kabul halinde bağımsız bölüm ve ortak yerlerdeki eksiklikler nedeniyle müteahhit sorumlu tutulamaz. Ancak TBK m. 477/2 hükmünde yer alan muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemenin kabul anlamına geleceği yönündeki hüküm, eksik ifa bakımından muayene ve ihbar külfetinin bulunmaması sebebiyle uygulanamaz.

Eksik ifa halinde ise, TBK m. 474 vd. hükümleri değil, genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁴²⁹. Dolayısıyla arsa sahibi, müteahhidin eksik ifasından doğan haklarını, muayene ve ihbar külfetlerine tabi olmaksızın⁴³⁰, yasal zamanaşımı süresinde öne sürebilecektir. Keza, eksik ifa halinde, iş yapılmadığından eserin ayıplı olup olmadığı üzerinde durulamaz⁴³¹. Ayıplı ifa halinde, arsa sahibi muayene ve ihbar külfetini yerine getirmez ise, ayıptan doğan sorumluluk yönünden, genel hükümlere başvurulmasının adil olmayıp, ayıptan doğan sorumluluk halinin özel

⁴²⁶ TBK m. 475/son "*Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*"

⁴²⁷ Arpacı, Abdülkadir, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından, Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu", Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, (s. 567-570), s. 570

⁴²⁸ Şahiniz, s. 4

⁴²⁹ Yalçınduran, s. 109; Gümüş, s. 29; Y. 23. HD., 24.06.2013 T., 2013/2589 E., 2013/4359 K.: "*Mahkemece, süresinde ayıp ihbarı yapılmadığı için davanın reddine karar verilmiş ise de öncelikle sözleşmede açıkça yazılı olan daire başına birer otoparklık yerin tahsisi taahhüdünün yerine getirilmemesi ayıp değil, mahiyetince eksik iş niteliğindedir.*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016); Büyükay, s. 110; Öz, İnşaat, s. 194; Yıldırım, s. 120; Avcı, s. 94; Duman, İnşaat, s. 1065

⁴³⁰ Dayınlarlı, s. 56; Kırmızı, s. 732, dn. 1494: "*Eksik iş ise, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından, eksik işin varlığı halinde ayıp ihbarı gerekmez.*" (Y. 14. HD., 25.10.2011 T., 2011/10346 E., 2011/12661 K.), "*İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olamayacağından iş sahibinin eksik işler yönünden yükleniciye ihbarda bulunma yükümlülüğü yoktur...İşsahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü yalnızca ayıplı işlere ilişkindir.*" (Y. 15. HD., 14.02.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.) (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

⁴³¹ Kostakoğlu, s. 448; Yavuz, Ayıp, s. 636: "*Eksik bırakılan işler için iş sahibinin ayrıca yükleniciye ihbarda bulunmak yükümlülüğü yoktur. Çünkü noksan işte, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı üzerinde durulamaz.*" (Y. 15. HD., 27.09.1988 T., 1988/92 E., 1988/3020 K.)

hüküm olması sebebiyle ayıplı ifa halinde uygulanması gerekir⁴³². Nitekim, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları uyarınca da, "*Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır. Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresinde (B.K.m. 126 /son) talep edilebilir.*"⁴³³. Ayrık bir durum olarak, bağımsız bölümdeki eksikliğin müteahhidin payına düşen kısımda olması ve bu durumun arsa sahibinin bağımsız bölümüne ilişkin kullanımını etkilemesi halinde ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴³⁴. Ayıplı işler bakımından muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemesi kabul anlamına gelir iken, eksik işler yönünden ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulmadığından, zamanaşımı süresinde müteahhidin eksik ifadan doğan sorumluluğu devam eder⁴³⁵. Bu bağlamda, eksik ifa halinde genel hükümler uygulama alanı bulurken, ayıplı ifa halinde kıyasen TBK m. 474 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Keza, binanın tamamlanmaması halinde, TBK m. 474 vd. yer alan, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanamayacaktır⁴³⁶. Zira, ayıptan doğan hakların kullanılması, tamamlanmış bir binanın tesliminden sonra mümkündür. Ayrıca, eksik işler bedelinin talep edilebilmesi için arsa sahibinin teslim esnasında ihtirazi kayıt öne sürmesi de aranmamaktadır⁴³⁷. Bu bağlamda, arsa sahibi tarafından müteahhit açıkça ibra edilmedikçe zamanaşımı süresince müteahhit sorumluluktan kurtulamaz⁴³⁸. Ayıplı ifa halinde ise Yargıtay, açık ayıplar yönünden, bağımsız bölümün teslimi esnasında ihtirazi kayıt konulmaması durumunda müteahhidin açık

⁴³² Seliçi, İnşaat, s. 130

⁴³³ Y. 23. HD., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.; Y. 23. HD., 31.01.2014 T., 2013/6424 E., 2014/637 K.; Y. 23. HD., 25.09.2014 T., 2014/1106 E., 2014/5941 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016), Uygur, TBK, s. 7949, (Y. 15. HD., 01.11.1989 T., 1989/1556 E., 1989/4568 K.)

⁴³⁴ Gümüş, s. 117

⁴³⁵ Erman, Arsa Payı, s. 199

⁴³⁶ Büyükay, s. 110

⁴³⁷ Avcı, s. 58; Yılmaz, s. 270; Aydemir, s. 229; Kostakoğlu, s. 456; Kırmızı, s. 1024, "*Dairemizin yerleşik içtihat uygulamalarına göre gecikme tazminatı ile eksik işler bedelinin zamanaşımı süresi içinde talep ve dava edilebilmesi mümkün olup... arsa sahiplerinin tesellüm anında ihtirazi kayıt ileri sürmelerine gerek bulunmamaktadır.*" (Y. 15. HD., 26.05.2010 T., 2010/1887 E., 2010/2982 K.); Uygur, TBK, s. 7939 (Y. 15. HD., 17.06.1991 T., 1991/436 E., 1991/3235 K.); Y. 23. HD., 10.07.2012 T., 2012/2485 E., 2012/4785 K.; Uygur, TBK, s. 7987, (Y. 15. HD., 18.10.1995 T., 1995/3119 E., 1995/5630 K.)

⁴³⁸ Duman, İnşaat, s. 1065

ayıptan sorumluluğu yoluna gidilemeyeceğini içtihat etmiştir⁴³⁹. Diğer taraftan, ayıplı ifanın varlığı binanın tamamlanmış sayılmasına ve teslimine engel olmazken⁴⁴⁰, eksik ifa hali, kural olarak, teslim engeldir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/1⁴⁴¹ hükmünde "*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan*" her türlü hukuki işlemi tüketici işlemi olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla, artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi sayılıp sayılmadığı yönündeki tartışmalar, arsa sahibinin tüketici sıfatına sahip olup olmadığı noktasında seyir edecektir⁴⁴². Bu noktada ise, arsa sahibinin müteahhit ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaktaki amacı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır⁴⁴³. Arsa sahibinin sözleşme yapmaktaki amacının ticari kazanç elde etmek olması halinde bu sözleşmeyi tüketici işlemi saymamak gerekir⁴⁴⁴. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 2015 tarihli bir kararında ise, genelleme yapılarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin amacının arsasını değerlendirilmek olduğu, bu sebeple sözleşmenin tüketici işlemi sayılmaması gerektiği ifade edilmişse de⁴⁴⁵, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

⁴³⁹ Uygur, İnşaat, s. 564, (Y. 15. HD., 29.05.1989 T., 1989/3465 E., 1989/2557 K.); Aynı yönde görüş için bkz Aydemir, s. 238

⁴⁴⁰ Yavuz, C., s. 1025

⁴⁴¹ TKHK m. 3/1: "*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ... ifade eder.*"

⁴⁴² Acar, H., s. 37; 6502 s. TKHK m. 3/k: "*Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, ... ifade eder.*"

⁴⁴³ Acar, H., s. 37

⁴⁴⁴ Acar, H., s. 38

⁴⁴⁵ Y. 20 HD., 03.09.2015 T., 2015/286 E., 2015/760 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 Kanun'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.*" (Yayınlanmamış Yargıtay kararı)

Ayıplı mal kavramı TKHK m. 8⁴⁴⁶ hükmünde tanımlanmıştır. Anılan kanun maddesi irdelendiğinde kanun koyucunun yalnızca "satıcı" ifadesini kullandığı görülmektedir. Bu noktada, ayıplı mal kavramının yalnızca satış sözleşmeleri açısından düzenlendiği ve diğer sözleşme türleri yönünden genel hükümlerin uygulanması gerekeceği akla gelebilir. Bu durum ile ilgili olarak bir görüşe göre⁴⁴⁷, kanun koyucunun tercih ettiği "satıcı" yerine "mal sağlayıcısı" gibi bir kavram kullanması gerekip, mal tedarikini konu edinen tek sözleşme satış sözleşmesi değildir. Dolayısıyla, anılan madde hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hakkında uygulanabilir olduğunu belirtmek gerekir.

Bir görüşe göre, ayıplı mal kavramını tanımlayan TKHK m. 8/3 hükmü temerrüt halini başlı başına sözleşmeye aykırı ifa olarak düzenlenmiş olup, tüketici konumundaki arsa sahibinin müteahhidi ayrıca temerrüde düşürmesi gerekmez⁴⁴⁸. Dolayısıyla, eksik ifa halinin de bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. 6502 sayılı TKHK, 1999/44 tarihli AB yönergesine uyum sağlama gayesindedir⁴⁴⁹. Bu noktada, kanunda yer alan ayıp tanımı da gözetildiğinde, eksik ifade olduğu gibi ayıplı ifa kavramının da sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilmesi ve ortak çatıda ayıplı ifa olarak kabulü gerekir⁴⁵⁰. Nitekim, madde 9/1⁴⁵¹ hükmünden de kanun koyucunun ayıplı

⁴⁴⁶ TKHK m. 8: "(1) *Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.*

(2) *Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.*

(3) *Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur."*

⁴⁴⁷ Acar, H., s. 40

⁴⁴⁸ Acar, H., s. 41

⁴⁴⁹ Aydoğdu, Murat, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz", DEÜHFD, C. 15, Sayı 2, İzmir 2014, s. 1-62, s. 4

⁴⁵⁰ Aydoğdu, s. 35

⁴⁵¹ 6502 s. TKHK m. 9/1: "*Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.*"

sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır. 4077 sayılı TKHK'nın 4822 sayılı kanun ile değişik m. 4/1 hükmünde⁴⁵² yer alan otuz günlük ayıbı ihbar süresine, 6502 sayılı TKHK'da yer verilmemiştir. Nitekim, madde gerekçesinden⁴⁵³ de ayıbı ihbar süresine bilinçli olarak yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, arsa sahibinin tüketici konumunda olduğu hallerde, ayıplı ifa ve eksik ifa ayrımının pratik yönden büyük farklılıklar içermediğini ifade etmek gerekir. Nitekim, ayıptan doğan hakların kullanılabilmesi yönünden öngörülen ayıbı ihbar sürelerine 6502 sayılı TKHK'da bilinçli olarak yer verilmemiş olup, konut amaçlı taşınmaz mallarda beş yıllık zamanaşımı süresinde, arsa sahibinin ihbar külfeti olmaksızın, ayıptan doğan haklarını kullanabileceğini ifade etmek gerekir. Bu bağlamda, yukarıda değinilen, eksik ifa ve ayıplı arasındaki ayrımın önemi noktasında değinilen hususlar, arsa sahibinin tüketici konumunda olması halinde belirli ölçüde önemini yitirmektedir.

C. EKSİK İFA KAVRAMI BAKIMINDAN TARTIŞMALI OLAN HALLER

1. Yüz Ölçümü Eksikliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümler ya da ortak yerlerdeki yüz ölçümü eksikliğinin hukuki niteliği tartışmalıdır.

Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerdeki yüz ölçümü eksikliğini ayıp olarak nitelendirilmesi sebebiyle, arsa sahibinin süresinde ayıp ihbarında

⁴⁵² 4077 s. TKHK m. 4/1: "*Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür.*"

⁴⁵³ "*Ayıplı malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıbı belirli bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğü kaldırılmıştır.. Tüketici iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği sürece seçimlik haklarını da kullanabilecektir. Ayıbın çok erken safhada tespit edilmiş olmasına rağmen tüketicinin uzun bir süre seçimlik haklarını kullanmamış olması, duruma göre Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bir hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşabilecektir.*"

bulunmaması durumunda da ayıptan doğan haklarını yitirmesini durumu ortaya çıkmaktaydı. Hukuk Genel Kurulu bu noktada, 1992 tarihli kararıyla⁴⁵⁴ bağımsız bölümde yüz ölçümü eksikliğini eksik iş olarak nitelendirmiştir. Anılan kararda, uyuşmazlık bağımsız bölümün eksik ifa mı ayıplı ifa mı olduğunda toplanmaktaydı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin BK m. 215 (TBK m. 244) hükmünde taşınmaz yüz ölçümü eksikliğini ayıp sayıldığı, eser sözleşmelerinde buna ilişkin bir düzenleme olmadığını ve bu hükmün satış sözleşmesine hasredildiğini içtihat etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun

⁴⁵⁴ YHGK., 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K. "*Olayda, davalı yüklenici, akdi yükümlülüğünü bilmesine rağmen eseri isteyerek ve kendi yararına noksan şekilde yerine getirmekle iyniyetli sayılamayacak bir tutum izlemiştir. Davacıya ait bağımsız bölümün yüzölçümünü cm. karesine değin hesapla, işe başlamış, sonuçta ise 75.62 m2. yerine 58 m2.'lik dükkan teslim etmiştir. Bu haliyle de akdin ihlal edildiği ve gereği gibi yerine getirilmediği açıktır.*

Borçlar Kanunu, satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıplı ifayı özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle ayıplı ifa hallerinde BK.nun 96. maddesine göre "gereği gibi ifa etmemeye" dayanılarak istemde bulunup bulunulamayacağı tartışmalıdır. Federal Mahkeme, eser sözleşmesi dışında 96. maddeye dayanılabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay'ın da satış akdinde buna uygun kararları mevcuttur (13. HD. T. 4.4.1974, E. 492, K. 755; T. 16.3.1984, E. 8918, K. 2052). Eser sözleşmesinde de, -yüklenicinin kusurlu olması kaydıyla iş sahibinin ayıptan ötürü BK.nun 96. maddesine dayanarak yüklenici aleyhinde dava açabileceğini kabul eden görüşü rastlanılmakla beraber (M.R. Karahasan T. Borçlar Hukuku, 1992 B., s. 989 vd. İmar İnşaat İhale Hukuku, 1979 B., s. 150 vd.) ağırlıklı düşünce, BK.nun 359 ve 362. maddelerinde öngörülen muayene ve ihbar külfetine katlanmayan iş sahibinin, ayıptan ötürü hakkının düşeceği şeklindedir (Prof. Dr. H. Tandoğan Borçlar Hukuku, c. 2, 3. B., s. 160 vd., Prof. Dr. F. Eren Borçlar Hukuku, c. 3, 3. B., s: 214 vd; Yr. Dç. Dr. A. Turanbay, A.Ü.H.F. Der., 1988-1990, s.1-4). Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, kararlaştırıldan küçük yapılmasının ayıp sayılması halinde durum böyle olmasına rağmen, bu halin eksik iş olarak kabulünde BK.nun 96. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır. Eksik işte, noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığı hususunda öğretide hemen görüş birliği bulunması bir yana kararlılık kazanmış yargısal kararlar da bu yöndedir.

Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan BK.nun 215. maddesi hükmüne, benzer bir hükme eser sözleşmesinde yer verilmemiştir. Yüzölçümündeki noksanlığı satıma hasren vafıfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde de uygulanması gerekmez. Hukuk Genel Kurulu'nun 13.11.1957 gün, 4/80 Esas, 77 Karar sayılı ilamında da, "... Satılan bir gayrimenkulün yüzölçümünün eksik çıkması durumunun, vasıfla ilişkisi bulunmaması dolayısıyla aslında malın vafıfındaki ayıp halindeki tekeffüle ait hükümlerle bir ilgisinin bulunmaması gerekirdi" denilmekle, genelde yüzölçüsündeki noksanlığın ayıp sayılamayacağı görüşü benimsenmiştir. Aksine düşünce, muayene ve ihbar külfetine ilişkin hükümlerin tacir olmayan alıcılar -iş sahipleri için ağır olduğu, muayene biçim ve süreleri, için daha geniş davranılmasının uygun olacağı, aktin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı genel hükümlere göre istemde bulunabilme olanağı tanınmasını savunan yeni görüşlere de ters düşmektedir (Prof. Dr. H. Tandoğan-Borçlar H., C. I/I, s. 170 vd.).

Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir. İnşaat davacı arsasında yapıldığından eseri red olanağı olmayan arsa sahibi, çoğu kez taşıyıcı duvarın varlığı, statik hesaplar, komşu bağımsız bölümün el değiştirmesi vs. zorunlu nedenlerle aynen ifayı, eksikliğin giderilmesini isteme olanağından da mahrumdur." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

yerleşmiş içtihatlarına da esas teşkil eden bu kararı, esasında hakkaniyet temeline dayanmaktadır. Nitekim, ayıbı ihbar ve muayene külfetleri kanunda sıkı şartlara bağlanmış olup, bunların yerine getirilmemesi halinde, müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu noktada ise, Hukuk Genel Kurulu, bu uygulamanın adil olamayacağını vurgulamıştır. Yargıtay'ın güncel içtihatları da bağımsız bölümde yüz ölçümü eksikliğini eksik ifa olarak nitelendirmektedir⁴⁵⁵.

Bazı yazarlar⁴⁵⁶, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun benimsediği gibi, yüz ölçümü eksikliğini eksik ifa olarak nitelendirme eğilimindedir. Buna göre, TBK m. 227 hükmünde yer alan ayıpsız benzeri ile değiştirme hükmünde yer alan imkanın bulunmaması sebebiyle de arsa sahibinin ifaya olan menfaatinin korunması konusunda ayıptan doğan sorumluluk hükümleri yetersiz olup, bu hali eksik ifa olarak nitelendirmeli ve müteahhit temerrüt hükümleri uyarınca sorumlu tutulmalıdır. Ayıplı ifa halinde muayene ve ihbar külfetinin varlığının eksik ifaya oranla arsa sahibi açısından ağır bir külfet olması, bu türden eksikliklerin ayıplı ifa sayılması ile arsa paylarını devir borcunun muaccel olması sebebiyle arsa sahibi aleyhine olumsuzluk yaratır.

Doktrindeki baskın görüş⁴⁵⁷ aksi yöndedir. Buna göre, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde yüz ölçümü eksikliği hali ayıplı ifa kabul edilmektedir. AYAN'a göre⁴⁵⁸, BK 215 (TBK m. 244) hükmü taşınmaz yüz ölçümü eksikliğinin ayıp sayılması gerekip, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanması uygun düşer. AKSOY DURSUN'a göre⁴⁵⁹, Hukuk Genel Kurulu'nca verilen karar pratik ihtiyaçları ön plana almış olsa da, bağımsız bölümde yüz ölçümü eksikliğinin ayıplı ifa hali olarak kabulü daha isabetli olur. Bir diğer görüşe göre ise⁴⁶⁰, bağımsız bölüm yüz ölçümü sözleşmede taahhüt edilen bir vasıf olup, buna uyulmaması halinde, ifa

⁴⁵⁵ Y. 15. HD., 17.06.2008 T., 2008/1942 E., 2008/4021 K.; Y. 15. HD., 22.02.2010 T., 2009/1389 E., 2010/1028 K.; YHGK., 27.09.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

⁴⁵⁶ Acar, F., s. 6; Kostakoğlu, s. 448; Aydemir, s. 231; Duman, İnşaat, s. 802

⁴⁵⁷ Ayan, s. 62; Kurt, s. 73; Aksoy Dursun, s. 1849; Şahiniz, s. 54; Gümüş, s. 51; Gökyayla, Ek İş, s. 139; Şahin, s. 102; Yünlü, s. 106

⁴⁵⁸ Ayan, s. 62

⁴⁵⁹ Aksoy Dursun, s. 1849

⁴⁶⁰ Kurt, s. 73

edime uygun olmaz ve bu hal ayıp teşkil eder. Başka bir görüşe göre⁴⁶¹, Gauch tarafından öne sürülen ölçüt çerçevesinde, bağımsız bölümdeki yüz ölçümü eksikliği bağımsız bölüme zarar vermeksizin giderilememesi sebebiyle ayıplı ifa halidir.

Kanaatimizce, Gauch tarafından öngörülen ölçüt çerçevesinde, bağımsız bölümdeki yüz ölçümü eksikliğinin bağımsız bölüme zarar vermeksizin giderilmesi mümkün bulunmadığından bağımsız bölümdeki yüz ölçümü eksikliğinin ayıplı ifa olarak kabul edilmesi gerekmektedir. TBK m. 244 hükmünün ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yönünden kıyasen esas alınması mümkündür. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bünyesine taşınmaz satış vaadi sözleşmesini de barındırmakta olup, anılan hükmün kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır. Gauch tarafından öngörülen ölçüt ve TBK m. 244 hükmü çerçevesinde bağımsız bölümlerdeki yüz ölçümü eksikliğinin ayıp teşkil ettiği söylenebilir.

2. Yapı Kullanma İzin Belgesinin Alınmamış Olması

İmar Kanunu m. 30 hükmü uyarınca yapı kullanma izni alma yükümlülüğü arsa sahibine aittir⁴⁶². Uygulamada, genellikle, yapı kullanma izninin alınması için arsa sahibince müteahhide vekaletname verildiği ve sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunduğu görülmektedir⁴⁶³. Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, anahtar teslim şartının bulunması halinde, yapı kullanma izni alınması yükümlülüğü müteahhide aittir⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Şahin, Temerrüt, s. 101; Şahiniz, s. 54

⁴⁶² İmar Kanunu m. 30 : "*Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik (...) (1) bürolarından; 27 nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.*"

⁴⁶³ Öz, İnşaat, s. 148

⁴⁶⁴ Sütçü, Cilt 1, s. 651, (Y. 15. HD., 28.02.2005 T., 2004/4417 E., 2005/1075 K.), s. 652, (Y. 15. HD., 13.03.2008 T., 2008/7148 E., 2008/1599 K.)

Yargıtay eski tarihli kararlarında yapı kullanma izin belgesinin⁴⁶⁵ alınmamasını hukuki ayıp olarak nitelendirmekte idi⁴⁶⁶. Ayrıca Yargıtay bu halde, ayıbın "*açık bir hukuki ayıp olduğunu*" içtihat etmiştir⁴⁶⁷. Dolayısıyla, bu halde müteahhidin sorumluluğuna gidilmesi, arsa sahibince muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi ile mümkün olacaktır. Yeni tarihli kararlarında ise Yargıtay, müteahhit tarafından yapı kullanma izin belgesinin alınmamasını eksik ifa olarak nitelendirmiştir⁴⁶⁸.

TANDOĞAN'a göre, yapı kullanma izin belgesinin alınmasının müteahhide ait olduğu şeklindeki hükmün bir çeşit garanti sözleşmesi niteliğinde görülmesi gerekir⁴⁶⁹. Müteahhidin yapı kullanma izin belgesini almaması halinde, kusura dayanmayan tazminat sorumluluğu söz konusu olup, bu halde eserin yapısında bir vasıf eksikliği bulunmaz. Diğer taraftan, yapı kullanılma izninin alınmadığı halde teslim de gerçekleşmez⁴⁷⁰. Doktrinde bazı yazarlara göre⁴⁷¹, müteahhidin yapı kullanma izni alma taahhüdünde bulunduğu sözleşmede, iznin alınmamış olmasının eksik ifa olup, bu izin alınmadığı sürece yapı hukuken tamamlanmış olmaz. Aynı yönde bir görüşe göre, yapı kullanma iznin ayıplı ifa olarak nitelendirilmesi halinde, bunun açık ayıp olması gerekir. Bu durumda ise, müteahhidin sorumluluğunun muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesine tabi tutulması hakkaniyete uygun olmaz⁴⁷². Ayrıca, bunun ayıp sayılması halinde müteahhidin, arsa sahibinden, kendi payına düşen tüm arsa paylarını talep edebilecek olması da adil olmaz⁴⁷³. Benzer

⁴⁶⁵ Tanım için bkz. s. 34, dn 235

⁴⁶⁶ Y. 15. HD., 16.10.1989 T., 1989/555 E., 1989/4242 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016); Uygur, TBK, s. 7937, (Y. 15. HD., 25.05.1989 T., 1989/4421 E., 1989/2513 K.), s. 7978, (Y. 15. HD. 23.06.1988 T., 1988/4012/E., 1988/2411 K.), s. 7980 (Y. 15. HD., 16.10.1989 T., 1989/555 E., 1989/4242 K.); Kostakoğlu, s. 564, (Y. 15. HD., 21.09.1993 T., 1992/5022 E., 1993/5335 K.)

⁴⁶⁷ Y. 15. HD., 04.10.1989 T., 1989/2731 E., 1989/4015 K.; Yargıtay çok da eski olmayan bir kararında yapı kullanma izin belgesinin alınmamış olmasını hukuki ayıp olarak nitelemiştir. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.03.2016)

⁴⁶⁸ Sütçü, Cilt 1, s. 658, (Y. 15. HD., 19.02.2001 T., 2001/4506 E., 2001/930 K.)

⁴⁶⁹ Tandoğan, s. 163

⁴⁷⁰ Büyükay, s. 104

⁴⁷¹ Ayan, s. 69; Yılmaz, s. 212; Aydemir, s. 236

⁴⁷² Şahiniz, s. 49

⁴⁷³ Şahiniz, s. 49

yöndeki görüşe göre⁴⁷⁴, eser sözleşmesinde nitelik kavramından, fiziki özellikler anlaşılıp, hukuki durum nitelik sayılamaz. Dolayısıyla, yapı kullanma izin belgesinin alınmamasını ayıp kapsamında değildir. Başka bir görüşe göre ise⁴⁷⁵, yapı kullanma izin belgesini almayan müteahhit, sözleşmeyle üstlenmiş olduğu edimi yerine getirmemiş olur. Bu belgenin alınmamasının vasıf eksikliği anlamına gelmez. Dolayısıyla, yapı kullanma izin belgesinin alınmamış olması halinin eksik ifa olarak değerlendirilmesi gerekir.

Aksi yöndeki görüşlere göre, yapı kullanma izninin alınmamış olmasının ayıp olarak nitelendirilmesi gerekip, bu durum hukuki ayıp kapsamında olur⁴⁷⁶. Aynı yöndeki bir görüşe göre, sözleşmede kararlaştırılmasa dahi, İmar Kanunu'na tabi yapılarda, müteahhidin yapı kullanma izin belgesi almaya elverişli bir bina inşa edip teslim etmesi gerekir⁴⁷⁷. Aksi halde, ayıplı ifa söz konusu olur.

ÖZ⁴⁷⁸ bu konuda üçlü bir ayırım yapılmasından yanadır. ÖZ'e göre, bina tamamlanmadığı için yapı kullanma izninin alınmaması halinde eksik ifa, bina tamamlanmakla beraber ayıplı olması sebebiyle izin alınamıyorsa veya bina tamamlanmasına karşın müteahhit yapı kullanma iznini almıyorsa bu halde ayıplı ifa söz konusu olur.

Yapı kullanma izin belgesi alınabilmesi için binanın, ruhsat ve eklerine, tekniğin genel kabul görmüş kurallarına, uygun olması, fen ve sağlık bakımından bir sakıncası olmaması gerekir. Bu durumda, ÖZ'ün görüşüne benzer olarak, yapı kullanma izin belgesi alınmamasının sebebine bakılmalıdır. Sebebin kaynağı, binanın tamamlanmaması ise eksik ifa, niteliğe ilişkin bir durum ise ayıplı ifa söz konusu olmalıdır. Ayıplı ifa olarak kabulünde ise, doğrudan açık ayıp olarak kabul

⁴⁷⁴ Turanboy, s. 158

⁴⁷⁵ Kurt, s. 74

⁴⁷⁶ Gümüş, s. 53; Uçar, Ayıp, s. 133; Şahin, Temerrüt, s. 114; Köksal, Kocaağa, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" Ve " İlave Bağımsız" Bölüm Sorunu", TBB Dergisi, (s. 86-104), s. 102; Yıldırım, s. 121; Kostakoğlu, s. 450; Duman, İnşaat, s. 465; Canbolat, s. 71

⁴⁷⁷ Kanber, s. 39

⁴⁷⁸ Öz, İnşaat, s. 148 vd.

edilmemesi, yapı kullanma izin belgesi alınamamasının sebebine göre ayıbın niteliğinin belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. Bağımsız Bölümlerdeki Eksiklikler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, eksik ifa halleri, müteahhit tarafından inşası taahhüt edilen binadaki bağımsız bölümlerde, ortak yerlerde ve, hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber, bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırıldan küçük yapılması halinde mevcut olacaktır⁴⁷⁹. Bu halde, arsa sahibinin sahip olduğu haklar somut olayın şartlarına göre belirlenecek olup, eksikliğin bulunduğu yer hakların kullanılması yönünden ayırt edici bir kıstas değildir.

Bağımsız bölüm, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 2 hükmünde "*anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri*" olarak tanımlanmıştır. Taraflar arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca müteahhit tarafından yapılması veya orta seviyede bir bağımsız bölümde bulunması gereken bazı imalatların yapılmaması halinde bağımsız bölümlerde eksik ifa hali söz konusu olur⁴⁸⁰.

Sözleşme veya eklerinde bulunduğu ya da bağlayıcı olan ek iş veya iş değişikliğine göre yapılması gerektiği halde, bağımsız bölümde, duş teknesinin⁴⁸¹, çelik kapının⁴⁸², banyodaki tuvalet taşlarının⁴⁸³, doğalgaz kombilerinin⁴⁸⁴, kalorifer

⁴⁷⁹ Aksoy Dursun, s. 1847 vd.

⁴⁸⁰ Aksoy Dursun, s. 1847

⁴⁸¹ Y. 23. HD., 01.10.2015 T., 2014/8664 E., 2015/6196 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁸² Y. 23. HD., 12.11.2012 T., 2012/4645 E., 2012/6625 K.; Y. 23. HD., 22.05.2014 T., 2014/471 E., 2014/3990 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁸³ Y. 23. HD., 25.09.2013 T., 2013/3935 E., 2013/5771 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁸⁴ Y. 23. HD., 25.09.2013 T., 2013/3935 E., 2013/5771 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

peteklerinin⁴⁸⁵, mutfak tezgah ve dolaplarının⁴⁸⁶, daire sigorta kutusu, kaçak akım rölesi ve sigortaları ile zayıf akım tesisatının⁴⁸⁷, izolasyonun⁴⁸⁸, güneş enerjisinin⁴⁸⁹, müteahhidin diğer bağımsız bölümlere yapmış olmasına rağmen, arsa sahibinin dairesinde bulunmayan imalatların⁴⁹⁰ yapılmamış olması, kalorifer ve fuel-oilli olması gereken bağımsız bölümün sobalı yapılması⁴⁹¹ halleri bağımsız bölümlerdeki eksiklikler hakkında yargı kararlarına yansımış örneklerdir.

4. Ortak Yerlerdeki Eksiklikler

Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlere ilişkin imalatlarda olduğu gibi, ortak yerlerdeki imalatların yapılmamış olması halinde de eksik ifa söz konusu olur⁴⁹². KMK m. 2 hükmünde ortak yerler, "*Ana gayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerler*" olarak tanımlanmıştır. Bunun yanı sıra, KMK m. 4 hükmünde ortak yerler sayılmış⁴⁹³, ayrıca, maddenin son fıkrasında "*ortaklaşa kullanma, korunma veya*

⁴⁸⁵ Y. 23. HD., 22.05.2014 T., 2014/471 E., 2014/3990 K.; Y. 23. HD., 25.09.2013 T., 2013/3935 E., 2013/5771 K.; Y. 23. HD., 12.11.2012 T., 2012/4645 E., 2012/6625 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁸⁶ Y. 15. HD., 02.06.2011 T., 2011/192 E., 2011/3284 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016); Uygur, İnşaat, s. 544, (Y. 15. HD., 24.05.1989 T., 1989/4542 E., 1989/2484 K.)

⁴⁸⁷ Y. 15. HD., 02.06.2011 T., 2011/192 E., 2011/3284 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁸⁸ Y. 15. HD., 22.02.2010 T., 2009/1389 E., 2010/1028 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁸⁹ Y. 23. HD., 25.05.2012 T., 2012/1521 E., 2012/3685 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁹⁰ Y. 23. HD., 01.10.2015 T., 2014/8664 E., 2015/6196 K. "*sayılan tüm eksik kalemlerin yüklenicinin inşaattaki diğer dairelere de yapmış olması halinde, davacıya ait olan dairelere de yapması gereken imalatlar niteliğinde olduğundan... mahkemece bu imalat kalemlerine ilişkin olarak da davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁹¹ Y. 23. HD., 08.06.2012 T., 2012/1922 E., 2012/4062 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁹² Büyükay, s. 108; İşbora, s. 129

⁴⁹³ KMK m. 4'te sayılan ortak yerler, "a) Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar,bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazi saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar, b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazi ve elektrik

faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler"in de ortak yer olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra yine KMK m. 4 hükmü⁴⁹⁴ uyarınca, ortak yerler sözleşme ile belirlenebilecektir. Ayrıca, bazı hallerde, ortak yerlerin yapılması borcu imar mevzuatından doğabilecektir⁴⁹⁵. Sözleşme veya projede belirtilmeyen ya da imar mevzuatına göre yapılması zorunlu olmayan bir işin yapılmamış olmasından müteahhit sorumlu olmayacaktır⁴⁹⁶. Yargıtay, ortak yerlerden olan, kömürlük ile umumi deponun, kalorifer kazan yerinin⁴⁹⁷, sığınağın⁴⁹⁸, merdiven korkuluğunun⁴⁹⁹ ve boşluğunun⁵⁰⁰, asansörün⁵⁰¹ (veya yalnız ray ve halatlarının⁵⁰²), parke taşının⁵⁰³ yapılmaması gibi haller ortak yerlerdeki eksiklik olarak kabul etmiştir.

Ortak yerlerde eksik ifa halinde, arsa sahibi bu eksikliğin giderilmesi için gereken tüm tutarı değil, ancak kendi arsa payı oranına tekabül eden tutarı talep edebilecektir⁵⁰⁴. KOSTAKOĞLU'na göre, arsa sahibinin ortak yerlerdeki eksiklikler yönünden ancak arsa payı oranında talepte bulunacağını belirten görüşe göre, bu durum arsa sahibi aleyhine bir sonuç yaratıyor gibi görünse de, arsa sahibinin eksik

*tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri, c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri."*dir.

⁴⁹⁴ KMK m. 4/1 " Ortak yerlerin konusu sözleşme ile belirtilebilir."

⁴⁹⁵ Aksoy Dursun, s. 1849

⁴⁹⁶ Aksoy Dursun, s. 1849

⁴⁹⁷ Y. 23. HD., 05.11.2015 T., 2014/6170 E., 2015/7068 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁹⁸ Y. 23. HD., 28.10.2015 T., 2014/5834 E., 2015/6978 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁴⁹⁹ Y. 15. HD., 22.02.2010 T., 2009/1389 E., 2010/1028 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁵⁰⁰ Y. 23. HD., 09.10.2015 T., 2015/3457 E., 2015/6430 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁵⁰¹ Y. 15. HD., 08.11.2010 T., 2009/5518 E., 2010/6078 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁵⁰² Uygur, TBK, s. 7949, (15. HD., 06.12.1988 T., 1988/1488 E., 1988/4179 K.)

⁵⁰³ Y. 23. HD., 12.11.2013 T., 2013/3829 E., 2013/7006 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.03.2016)

⁵⁰⁴ Erman, Arsa Payı, s. 201; Kostakoğlu, s. 456; Kırmızı, s. 974 : "*Eksik ve kusurlu işler bedeli içerisinde bulunan çatı imalatı ortak alan kapsamında olup, bu kaleme ilişkin bedelin hesaplanmasında davacının arsa payına göre hesaplanma yapılması zorunludur.*" (Y. 15. HD., 10.09.2012 T., 2011/4796 E., 2012/5521 K.); Y. 15. HD., 20.10.2004 T., 2004/3408 E., 2004/5245 K. ; Uygur, TBK, s. 7943, (Y. 15. HD., 27.05.1996 T., 1996/2328 E., 1995/2907 K.), s. 7953 (Y. 15. HD., 27.01.1992 T., 1992/3263 E., 1992/215 K.), S. 7970 (Y. 15. HD., 27.12.1995 T., 1995/6607 E., 1995/7743 K.)

işler yönünden nama ifa talebi ile bu eksiklikleri giderilebileceği göz önüne alındığında adaletsiz bir durum olmaz⁵⁰⁵.

SÜTÇÜ'ye göre⁵⁰⁶, ortak yerlerdeki eksikliğin arsa sahibinin kendi bağımsız bölümlerini kullanmasını etkilediği halde, eksik işlerin tamamlanması için gerekli olan masrafların tamamını talep edilebilir. AYAN da benzer düşüncededir⁵⁰⁷. AYAN gerekçe olarak, arsa sahibinin ortak yerlerdeki eksikliğin giderilme masraflarını sadece kendi arsa payı oranında talep edilebileceğinin kabulünün ortak yerlerdeki eksikliklerinin giderilememesine neden olacağını ve bu takdirde arsa sahibinin ifa menfaatinin tam anlamıyla gerçekleşmeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca, müteahhidin asli edim yükümlüğünün, ortak yerleri sadece arsa sahibinin arsa payı oranında tamamlamak olmadığını ifade etmiştir. Müteahhidin asli edim yükümlülüğü ortak yerlerin hepsini eksiksiz olarak tamamlamak olduğu için, bu edimin eksik ifasında arsa sahibine edimin tamamının yerine getirilmesini talep imkanı tanınması bize de doğru gelmektedir. Bu durumda, arsa sahibi kendisine eksikliklerin giderilmesi için ödenen bedelin tamamını ortak yerlerdeki eksikliklerin giderilmesi için kullanmalıdır.

5. Bağımsız Bölümlerdeki Yüz Ölçümü Eksiklikleri

Bağımsız bölümlerin sözleşmede belirtilen metrekaresinden küçük yapılması hali bu başlık kapsamındadır. Bağımsız bölümlerdeki yüz ölçümü eksikliğinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüş, bağımsız bölümlerdeki yüz ölçümü eksikliğinin, eksik değil ayıplı ifa olduğunu belirtmektedir⁵⁰⁸. Buna gerekçe olarak, TBK m. 244 hükmündeki taşınmazın satış sözleşmesinde yazılı yüz ölçümü tutarında az olması halinin, satış sözleşmesinde ayıp olarak sayılmasını ve ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine bağlandığını belirtmiştir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Kostakoğlu, s. 457

⁵⁰⁶ Sütçü, Cilt 1, s. 957

⁵⁰⁷ Ayan, s. 87, dn. 312

⁵⁰⁸ Ayan, s. 62; Aksoy Dursun, s. 1848

⁵⁰⁹ Ayan, s. 62; Aksoy Dursun, s. 1848

Yargıtay yerleşmiş içtihatlarında, yukarıda değinilen kararlarda görüldüğü üzere⁵¹⁰, bağımsız bölümlerdeki yüz ölçümü eksikliği, diğer deyişle mesaha noksanlığı, eksik ifa olarak kabul edilmiştir. Yargıtay'a göre, TBK m. 244 hükmünün kıyasen uygulanamayacak olup, arsa sahibi, genel hükümler uyarınca, zamanaşımı süresinde eksik ifadan doğan taleplerini öne sürülebilir.

D. EKSİK İFA HALİNDE HUKUKİ ANLAMDA TESLİMİN GERÇEKLEŞİP GERÇEKLEŞMEYECEĞİ SORUNU

1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin binanın plan ve projeye uygun olarak bütün işleri bitirmiş olmasının teslimin bir şartı olup olmadığı hususuna netlik kazandırılmalıdır.

Hakim olan görüşe göre kural olarak, binanın teslim edilebilmesi için, müteahhidin sözleşmede yer alan tüm yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi gerekmektedir⁵¹¹. Fakat istisnai hallerin varlığı da kabul edilmektedir. Bu istisnalardan ilki, eserin tamamlanmış sayılması açısından tamamen önemsiz ve tali işlerin eksikliği ve bunların arsa sahibi tarafından ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılmasıdır⁵¹². Bu bağlamda, bağımsız bölümlerden yalnızca birindeki tek bir prizın takılmamış olması sebebiyle teslimin gerçekleşmeyeceği kabul edilemeyecektir⁵¹³. Diğer bir istisna ise müteahhidin, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri teslim etme yönündeki iradesini ortaya koyması ve bunun üzerine arsa sahibi, müteahhit üzerinde inşaatı ifa olarak kabul ettiği yönünde haklı bir güven oluşturmasıdır⁵¹⁴. Arsa sahibinin bağımsız bölümleri teslim alarak uzun

⁵¹⁰ Bkz. s. 69, dn. 452

⁵¹¹ Şahin, Temerrüt, s. 98; Şenocak, s. 88; Erman, Arsa Payı, s. 34

⁵¹² Uçar, Teslim, s. 530; Yavuz, C., s. 1022; Duman, İnşaat, s. 1062

⁵¹³ Ayan, s. 62

⁵¹⁴ Gauch (Werkvertrag), s. 30, no: 104 (Naklen Ayan, s. 63)

süre sessiz kalması, taşınmazı kullanmaya başlaması gibi hallerde, müteahhit üzerinde haklı güven yaratıldığı söylenebilir.

Diğer taraftan, müteahhidin teslimin gerçekleşmediğini öne sürmesi de dürüstlük kuralına aykırı düşebilir⁵¹⁵. Müteahhit tarafından ifa iradesiyle arsa sahibinin payına bağımsız bölümler düşen teslim edildikten sonra, arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanması üzerine, müteahhidin eksikliklerin varlığını öne sürerek teslimin gerçekleşmediğini belirtmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz⁵¹⁶.

Müteahhit tarafından yapılması üstlenilen işlerin bir kısmının yapılmamış olması halinde, binanın tesliminin hiçbir şekilde mümkün olmadığı kabulü hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olabilir⁵¹⁷. Arsa sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölümleri kullanmaya başlaması, diğer bağımsız bölümleri kiraya vermesi halinde, bir takım eksikliklerin varlığı sebep gösterilerek teslimin gerçekleşmediği kabul edilir ise, müteahhidin kendi payına düşecek arsa paylarının devrini isteme hakkı muaccel olmayacaktır⁵¹⁸. Bu nedenle, somut olayın şartlarına göre, bazı hallerde, teslimin gerçekleştiğinin kabulüne ihtiyaç vardır⁵¹⁹. Arsa sahibi, tamamen farklı bir edimi ifa olarak kabul edebilecekken, eksik bir inşaatın ifa olarak kabul edilemeyeceğinin ileri sürülmesi doğru olmaz⁵²⁰. Ayrıca, müteahhit tarafından bina inşasının tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesi akabinde, arsa sahibi makul bir süre içinde itiraz etmez ise, kendi payına düşen bağımsız bölümleri ifa olarak kabul etmiş sayılır. Diğer taraftan, bina inşasının tamamlanmadığının açık olduğu hallerde, müteahhit tarafından inşanın bittiğine ilişkin arsa sahibine yapılacak bildirim icap olarak kabul edilse bile arsa sahibinin sükutu değişiklik önerisinin kabulü anlamına gelmez.

⁵¹⁵ Duman, s. 55

⁵¹⁶ Ayan, s. 63

⁵¹⁷ Koller (Nachbesserungsrecht), s. 13, dn. 44 (Naklen Ayan, s. 63)

⁵¹⁸ Bögli, s. 214, no: 360 (Naklen Ayan, s. 64)

⁵¹⁹ Ayan, s. 64

⁵²⁰ Koller (BernKomm Art. 363–366), s. 96, no: 298 (Naklen Ayan, s. 64)

Benzerlik arz eden iki görüş arasındaki temel farklılık ise; eksiklik halinde teslim borcunun ifasının gerçekleşmesi, Gauch tarafından TMK m. 2 hükmü çerçevesinde kabul edilirken, Koller ise teslim borcunun ifasında arsa sahibinin iradesine üstünlük tanımaktadır.

Kanaatimizce tamamlanmamış bir binanın hiçbir surette teslim edilemeyeceğinin kabulünde dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ölçüsü çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak, taraf menfaatleri dengelenmelidir. Bu konuda ise ölçüt olarak, eksikliğin önem derecesinin esas alınması gerekir⁵²¹. Anılan görüş uyarınca, eksik bir binanın hukuki anlamda teslimi konusunda, eksik bırakılan işlerin, işin tamamına oranına göre bir değerlendirme yapılarak sonuca gidilmelidir⁵²². Bu çerçevede, eksikliklerin önemi belirleyici bir kıstas olmaktadır⁵²³. Eksikliklerin teslim etmesine göre, üçlü bir önem ayırımına tabi tutulması mümkündür. Eksikliklerin teslim etmesinde, dürüstlük kuralı her halükarda göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, işin hacmi, eksik kalan işlerin miktarı göz önünde bulundurulduğunda, tamamlanmış binanın ve payına düşen bağımsız bölümlerin arsa sahibi tarafından ifa olarak kabulü, dürüstlük kuralı çerçevesinde, beklenebiliyorsa bu eksiklik teslim engel olmayacaktır. Arsa sahibinin beklentilerini açıkça karşılamayıp, sözleşmeye önemli derecede aykırı olan eksikliklerin varlığı halinde, hukuki anlamda teslim olmayacağı kabul edilecektir. Bahsi geçen iki önem derecesi kapsamında olmayan eksikliklerde -orta derecede önemli eksiklikler- ise, hukuki anlamda teslimin, arsa sahibinin açık veya örtülü iradesiyle gerçekleşir. Biz de bu ayırımın uyuşmazlıkların çözüm açısından işlevsel bir yöntem olduğunu düşünmekle, eksikliklere göre teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini aşağıda açıklayacağız.

⁵²¹ Ayan, s. 65

⁵²² Ayan, s. 65

⁵²³ Ayan, s. 66

2. Önemsiz Eksikliklerde Teslim

Dürüstlük kuralı uyarınca, binadaki önemsiz eksikliklerin varlığı, binanın teslimini engellememektedir⁵²⁴. Bu türden eksikliklerde, müteahhidin teslim iradesi ve bu kapsamda iş sahibine yapacağı bildirim ve fiili hakimiyetin sağlanması ile teslim gerçekleşir⁵²⁵. Bu bağlamda, arsa sahibinin teslimi reddetme iradesi bir sonuç doğurmamalıdır⁵²⁶.

Yukarıda anıldığı üzere, eksik kalan işler, binanın tamamına oranla küçük bir kısmı teşkil ediyorsa, bu halde önemsiz eksikliğin varlığı söz konusu olacak ve hukuki anlamda teslim gerçekleşecektir⁵²⁷. Dolayısıyla, müteahhidin teslim iradesini örtülü veya açık olarak bildirmesi halinde, somut olayın özellikleri, işin hacmi, eksik kalan işlerin miktarı göz önüne alındığında, arsa sahibinden, dürüstlük kuralı çerçevesinde, binayı ifa olarak kabulü beklenebiliyorsa, bu halde teslimin bildirimle gerçekleşeceği kabul edilecektir⁵²⁸. Arsa sahibinin, teslimi ifa olarak kabul etmediği iradesi dürüstlük kuralına aykırı düşecek olup, bu yöndeki iradesine itibar edilmeyecektir⁵²⁹. Örneğin, arsa sahibine teslim edilen bağımsız bölümde bir adet kapı kolunun, banyodaki havlulukların⁵³⁰ ya da salonda yer alan prizlerden birinin takılmamış olması teslimi engel olmamalıdır. Ayrıca, bu halde, teslimin gerçekleşmesi için, arsa sahibinin müteahhit nezdinde teslimin gerçekleştiği yönünde haklı güven uyandırmasına da gerek bulunmamaktadır⁵³¹.

⁵²⁴ Ayan, s. 66; Atamulu, s. 71; Kurt, s. 70; Avcı, s. 57; Duman, İnşaat, s. 534; Seliçi, İnşaat, s. 134; Kostakoğlu, s. 537, (Y. 15. HD., 22.02.1989 T., 1988/2115 E., 1989/726 K.)

⁵²⁵ Ayan, s. 66

⁵²⁶ Ayan, s. 66

⁵²⁷ Ayan, s. 66; Gümüş, s. 50

⁵²⁸ Ayan, s. 66

⁵²⁹ Ayan, s. 67

⁵³⁰ Kurt, s. 71

⁵³¹ Ayan, s. 67

3. Önemli Eksikliklerde Teslim

Önemli eksikliklerin varlığı halinde, arsa sahibinin payına düşecek bağımsız bölümlerin teslimi hukuki anlamda gerçekleşmez⁵³². Burada dürüstlük kuralı ışığında yapılacak menfaat tartımı arsa sahibinin çıkarlarının üstün tutulmasını gerektirir. Bu halde tamamlanmamış işler binanın tamamına oranla oldukça eksik ise, kendi payına düşecek bağımsız bölümlerin kabulü, dürüstlük kuralı uyarınca, arsa sahibinden beklenmiyor ise, teslimin gerçekleşmediği kabul edilir⁵³³. Arsa sahibinin bağımsız bölümleri kullanmaya başlaması ile teslim gerçekleşmeyecek olup, bu halde müteahhidin teslim iradesinin bulunmadığı kabul edilir⁵³⁴. Bu takdirde, arsa sahibinin bağımsız bölümü kullanmaya başlaması, müteahhidi, yalnızca kira ve gecikme tazminatı yönünden sorumluluktan kurtarır⁵³⁵. Bir görüşe göre, eksikliğin önemli olması, yalnızca arsa sahibinin bağımsız bölümü teslim almak zorunda olup olmadığı yönünden önem taşır ve arsa sahibinin, içinde bulunduğu zorunluluktan değil de hür iradesiyle bağımsız bölümü teslim aldığı halde, teslimin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekip, bu halde teslimin gerçekleşmediğinin öne sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı olur⁵³⁶. Önemli eksiklerin varlığında ise, TBK m. 113 ya da kıyasen m. 473 hükmü uygulanmak suretiyle, eksikliklerin tamamlandığı an teslim gerçekleşmiş kabul edilir⁵³⁷. Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yönünden, kıyasen TBK m. 473 hükmü uygulanarak, arsa sahibine, nama ifa yoluyla eksiklikleri tamamlatabilme/tamamlayabilme olanağı tanınmalıdır.

⁵³² Ayan, s. 67

⁵³³ Ayan, s. 67

⁵³⁴ Ayan, s. 67; Avcı, s. 57

⁵³⁵ Avcı, s. 57

⁵³⁶ Kurt, s. 71, dn. 223

⁵³⁷ Ayan, s. 67

4. Orta Derece Önemli Eksikliklerde Teslim

Önemli ve önemsiz eksiklikler dışındaki eksiklik hallerinde orta derecede önemli eksikliklerin varlığı söz konusu olacaktır. Bu halde teslim, müteahhidin teslim iradesi karşısında, arsa sahibinin bağımsız bölümleri teslim almayı reddetmemesi ile gerçekleşir⁵³⁸. Daha da somutlaştırmak gerekirse, müteahhit tarafından teslim bildiriminin yapılması ve binayı arsa sahibinin fiili hakimiyetine bırakması halinde, arsa sahibi makul bir sürede, teslim itiraz etmezse teslim gerçekleşir. Arsa sahibinin sessiz kalması halinde, müteahhidin haklı güveni korunur ve teslimin gerçekleştiği kabul edilir⁵³⁹. Arsa sahibinin ayıp ihbarında bulunması, kendi payına düşen bağımsız bölümü kiraya vermesi⁵⁴⁰, müteahhidin payına düşen bağımsız bölümlerden birini müteahhide devretmesi hallerinde teslimin gerçekleştiği söylenebilir⁵⁴¹. Her ne kadar eksik ifadan doğan hakların kullanılmasında teslim esnasında ihtirazi kayıt konulması gerekmezse de, orta derecede önemli eksiklerin varlığı halinde, arsa sahibince teslim esnasında konulan ihtirazi kayıt, hukuki anlamda teslimin gerçekleşmesine engel olur⁵⁴². Bu bağlamda, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerden birindeki mutfak dolaplarının takılmamış olması, odalardan birinin boyanmamış olması halinde, arsa sahibi, bu türden eksiklik barındıran bağımsız bölümleri kullanmaya başlamışsa teslim gerçekleşmiş sayılır⁵⁴³. Keza, bu halde, müteahhit nezdinde teslimin gerçekleştiğine yönelik haklı bir güvenin varlığından söz edilebilir.

AYAN'a göre, müteahhit tarafından yapı kullanma izni alınmasının üstlenildiği bir sözleşmede, bina tamamlanmış olsa dahi, orta derecede önemli

⁵³⁸ Ayan, s. 68

⁵³⁹ Ayan, s. 68

⁵⁴⁰ Uygur, TBK, s. 7981: "*Davacı vekilinin müvekkilinin müteahhitten almış olduğu dairelerden bir tanesini 1984 ve 1985 yılında kiraya vermiş olduğunu kabul etmiş ve böylece bu dairenin fiilen teslim alınmış bulunmasına,... göre*" (Y. 15. HD., 02.05.1988 T., 1988/2940 E., 1988/1736 K.); Avcı, s. 57

⁵⁴¹ Ayan, s. 68

⁵⁴² Ayan, s. 68

⁵⁴³ Ayan, s. 69

eksiklik söz konusu olur⁵⁴⁴. Arsa sahibinin, yukarda anıldığı üzere, kendi payına düşen bağımsız bölüme yerleşerek, kullanmaya başlaması halinde hukuki anlamda teslim gerçekleşmiş olur⁵⁴⁵. Yine bu halde arsa sahibi, yapı kullanma izin belgesi alınmadığından bahisle teslim almaktan kaçındığı yönünde ihtirazi kayıt ile kendi payına düşen bağımsız bölümü kullanmaya başlasa dahi hukuki anlamda teslimin gerçekleşmediği kabul edilmelidir⁵⁴⁶. Ancak, arsa sahibinin tamamlanmış binadaki bağımsız bölümleri kullanmaya başlamasına rağmen, müteahhidin bildirimde bulunmadığından bahisle teslimin gerçekleşmediğini öne sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olur⁵⁴⁷.

Orta derecede önemli eksikliklerin varlığı halinde, arsa sahibinin teslimi reddetmeksizin bağımsız bölümü kullanmasının, zorunluluk sebebinden kaynaklanması durumunda, teslimin kabul edilmediğine ilişkin bir ihtirazi kayıt olmasa bile, teslimin gerçekleşmeyeceği kanaatindeyiz. Nitekim, arsa sahibinin kirada oturduğu evden tahliye edilmesi gibi bir durumda, kendi payına düşen bağımsız bölüme taşınması bir zorunluluk halidir. Bu gibi hallerde, arsa sahibinin haklı menfaatinin bulunmakta, müteahhidin ise üzerine düşen bina tamamlama ve teslim yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi söz konusudur. Dolayısıyla, menfaatler dengesi gereği, teslimin gerçekleşmeyeceğinin kabulü gerekir.

5. Kısmi Teslim

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde teslim, kural olarak, binanın tamamlanması halinde gerçekleşir. Ancak tarafların sözleşmede bu durumun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Örneğin arsa sahibinin maliki olduğu arsa üzerinde üç blok yapılacağı ve ilk blok ve orta bloktaki 2 bağımsız bölümün arsa sahibine

⁵⁴⁴ Ayan, s. 69

⁵⁴⁵ Ayan, s. 70

⁵⁴⁶ Ayan, s. 71

⁵⁴⁷ Kocaağa, İnşaat, s. 119

verileceğinin kararlaştırıldığı halde bu duruma rastlanabilir⁵⁴⁸. Taraflar sözleşmeye konulacak hükümlerle, ilk bloğun tamamlanmasının akabinde arsa sahibine yapılacak bildirim ile bu bloktaki bağımsız bölümler yönünden teslimin gerçekleşeceğini kabul edebilirler. Bu takdirde, tamamlanan blokta arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümler yönünden teslim gerçekleşmekle, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacak olup, geri kalan kısım hakkında ise o bağımsız bölümlerin tesliminden itibaren muayene ve ihbar külfetleri başlar⁵⁴⁹.

Arsa sahibinin, tamamlanmamış binada, kendi payına düşen bağımsız bölümlerden birine yerleşmesi halinde ise, bu durumun somut olayın koşullarına göre kısmi teslim olduğu sonucuna varılabilir⁵⁵⁰. Yukarıdaki örnekteki gibi, ilk bloğun bitmesi ve arsa sahibinin payına düşmesi sebebiyle, bu kısımda oturduğu aynı bloktaki diğer daireleri ise kiraya verdiği düşünüldüğünde, anılan bloktaki bağımsız bölümler açısından teslimin gerçekleştiği kabul edilir. Bu halde teslim, arsa sahibinin kısmi ifayı kabul iradesiyle gerçekleşmektedir. Arsa üzerinde sadece tek bir bina inşa edilecek olması halinde ise, kısmi teslim kanaatimizce mümkün değildir. Nitekim, yukarıda anıldığı üzere, müteahhidin borcu aynı zamanda binanın tamamlanmasıdır. Bu halde, sözleşmenin tarafları arasında paylaşılacak bölümler aynı binada bulunduğu için, kısmi teslim olanağı bulunmamaktadır.

⁵⁴⁸ Yener, Arsa Payı, s. 45: Her bir bloğun edimin bir bölümünü oluşturduğunu ve kısmi ifanın bu halde gerçekleşeceğini belirtmiştir.

⁵⁴⁹ Ayan, s. 72

⁵⁵⁰ Ayan, s. 72

II. EKSİK İFA VE AYIPLI İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI

A. EKSİK İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI

1. Uygulanacak Hükümler

Eksikliklerin bulunmasına rağmen teslimin gerçekleşmesi halinde, eksik işler yönünden hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

a. Doğrudan Ayıp Hükümlerinin Uygulanacağı Görüşü

Bazı yazarlar, eksik ifanın ayıp hükümlerine tabi olacağını savunmaktadır⁵⁵¹. Bu görüşe göre, teslim anı ölçüt alınarak, arsa sahibinin müteahhide karşı olan taleplerinin iki aşama halinde değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, arsa sahibinin müteahhide karşı talep hakkı, teslimden önceki dönemde Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri gereği ifaya yönelik iken, teslimden sonra ise ayıp hükümleri çerçevesinde olacaktır. Dolayısıyla, teslimin gerçekleştiğinin kabul edilebileceği, önemsiz ve orta derecede önemli eksikliklerin varlığı halinde, arsa sahibi ayıp hükümleri gereği, müteahhitten eksiklikleri gidermesini talep edebilir. Arsa sahibinin talep hakkının ayıp hükümlerine tabi tutulması sebebiyle, arsa sahibi eksikliklerin giderilmesi talebini ancak, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi halinde kullanabilir⁵⁵². Açık eksiklikler yönünden ihbarın teslim sırasında yapılması, muayeneyle anlaşılması mümkün olan ayıplarda ise, TBK m. 474 hükmüne kıyasen, binanın ve bu çerçevede arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin "*tesliminden sonra... uygun bir süre içinde*" müteahhide ihbarda bulunulması aranmaktadır. Arsa

⁵⁵¹ Koller (BernKomm Art. 363-366), s. 113, no: 373, Bögli, s. 205, no: 350 (Naklen Ayan, s. 74)

⁵⁵² Bögli, s. 214, no: 360 (Naklen Ayan, s. 74)

sahibince, muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemesi halinde, müteahhidin eksiklikten doğan sorumluluğu da ortadan kalkar.

KOLLER'e göre, müteahhidin bilerek gizlediği eksiklikler yönünden, arsa sahibi, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmek zorunda olmaksızın ve genel zamanaşımı süresinde, eksik ifadan doğan haklarını kullanabilir⁵⁵³. Dolayısıyla, müteahhit binayı kasten gizleyerek eksik bırakmışsa, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmediğini ileri süremez ve sorumluluktan kurtulamaz. Ayrıca, teslimi amaçlanan binanın sözleşmeye açıkça aykırı bir şekilde eksik olması halinde müteahhidin ifa amacıyla hareket ettiğinden bahsedilemez ve teslim gerçekleşmemiş sayılır.

Aynı yönde başka bir görüşe göre, arsa sahibi kendisine teslim edilen bağımsız bölümleri ifa olarak kabul ettiği takdirde ayıplı ve eksik ifa arasında bir ayırım yapılmaksızın, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekir⁵⁵⁴. Ancak, sözleşmeye açık aykırılık hallerinde müteahhidin ifa amacıyla hareket ettiği kabul edilemez. Teslim, müteahhidin ifa amacıyla binayı arsa sahibine sunması ve ifa iradesinin arsa sahibi tarafından anlaşılabilir olması şartına bağlı olmadığı için hukuki anlamda teslim gerçekleşmez ve ayıp hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla, sorumluluğun kaynağının genel hükümlerdir. Aynı yönde diğer bir görüşe göre, önemli eksikliklerin varlığı halinde, binanın kabul edilemeyecek derecede ayıplı değil, eksik olduğunun kabul ile, bu halde borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır⁵⁵⁵. Arsa sahibi bağımsız bölümleri, eksikliği bilerek, ihtirazi kayıt ile teslim almış ise, bu eksiklik önemli ayıp sayılacak ve ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurulabilecektir.

⁵⁵³ Koller (BernKomm Art. 363-366), s. 133, no: 374 (Naklen Ayan, s. 74); Uygur, TBK, s. 8052, (Y. 15. HD., 18.02.1991 T., 1991/3151 E., 1991/716 K.),

⁵⁵⁴ Şenocak, s. 90

⁵⁵⁵ Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.110

b. Genel Hükümlerin Uygulanacağı Görüşü

Doktrinde hakim görüş⁵⁵⁶, eksikliklerin borca aykırılığa dayanan genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi yönündedir. Eksiklik, ayıptan farklı ve ayırt edilmesi gereken bir kavram olup, farklı hukuki rejime tabidir. Bu bağlamda, eksikliklere borca aykırılığa ilişkin genel hükümler, ayıplara ise ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin kıyasen TBK m. 474 vd. hükümleri uygulanmalıdır⁵⁵⁷. Dolayısıyla, eksiklikler bakımından müteahhidin sorumluluğuna gidilmesi, eksikliklerin müteahhide TBK m. 474 vd. hükümleri uyarınca ihbarı şartına bağlı değildir⁵⁵⁸. Arsa sahibi genel zamanaşımı süresinde, eksikliğin tamamlanmasını, gecikme sebebiyle doğan zararını veya eksikliğin giderilmemesinden dolayı uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir⁵⁵⁹. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları uyarınca da eksik işlerden doğan uyuşmazlıklarda genel hükümler, ayıptan doğan sorumlulukta ise TBK m. 474 vd. hükümleri uygulanmalıdır⁵⁶⁰. Ayrıca, eksikliğin tamamlanmasının talebi için, binanın ve bu çerçevede bağımsız bölümler teslim edilirken, arsa sahibince ihtirazi kaydın öne sürülmesi gerekmemektedir⁵⁶¹. Genel hükümlerin uygulanıyor olması sebebiyle, eksik ifa halinde, TBK m. 474. hükmünde yer alan ayıba muayene ve ihbar külfeti aranmaksızın, müteahhidin sorumluluğuna gidilebilir.

⁵⁵⁶ Erman, Arsa Payı, s. 199; Kurt, s. 75; Ayan, s. 76; Kırmızı, s. 729

⁵⁵⁷ Şahiniz, s. 69

⁵⁵⁸ Ayan, s. 75

⁵⁵⁹ Ayan, s. 75; Y. 15. HD., 07.12.2011 T., 2011/752 E., 2011/7242 K.: "Eksik işler bedeli kural olarak eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir."; Y. 15. HD., 25.09.2014 T., 2014/1106 E., 2014/5941 K. "Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresinde (818 Sayılı B.K.nın 126/ son) talep edilebilir." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁵⁶⁰ Büyükay, s. 287, (YHGK., 23.11.2011 T., 2011/13-350 E., 2011/700 K.); Y. 15. HD., 06.02.2002 T., 2002/4689 E., 2002/546 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁵⁶¹ Şahiniz, s. 69; Y. 15. HD., 17.07.2005 T., 2007/5809 E., 2007/4306 K.: "Davada talep edilen alacak kalemi nitelik ve niceliği itibariyle "açık ayıp" olmayıp "noksan iş"tir. Eserdeki noksanlıkların bedeli, teslimde ihtirazi kayda gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içinde her zaman istenebilir. Mahkemenin bu yöne ilişkin ret gerekçesi de isabetli bulunmamıştır." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.04.2016)

Binanın tamamlanmamış olmasına rağmen teslimin gerçekleştiği hallerde, müteahhidin eksiklikleri giderme hakkı sona erer. Bu durumda, müteahhidin eksikliği giderme yönündeki teklifinin arsa sahibi tarafından reddi, arsa sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmez⁵⁶². Binanın tamamlanması hali, arsa sahibinin talebi ve müteahhidin bunu yerine getirmesi ile gerçekleşir.

Müteahhidin üstlenmiş olduğu binayı tamamlama ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri teslim etme borcu gereği yüklediği bir kısım işleri yapmaması hali ayıp teşkil etmemektedir⁵⁶³. Kaldı ki, ayıptan doğan sorumluluğun sıkı şartlara bağlandığı gözetildiğinde, eksikliklerin genel hükümlere tabi tutulması hakkaniyete uygun olacaktır⁵⁶⁴. Eksiklik halinde, ayrıca, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, ayıptan doğan haklar içerisinde yer alan, bedelsiz onarım ve bedelde indirim haklarının kıyasen uygulama alanı bulur. Ayrıca, eksikliklerin çok küçük ve önemsiz boyutta olması halinde, iş sahibinin çok uzun süre sessiz kalması halinde, bu eksikliklerin bedelinin tahsili için dava açması dürüstlük kuralına aykırı olabilir⁵⁶⁵.

c. Değerlendirme Ve Görüşümüz

Eksik ifa, ayıplı ifadan farklı bir kavramdır. Dolayısıyla, tabi olduğu hükümler de ayıp hükümlerinden farklı olmalıdır. Eksik ifadan doğan talepler yönünden TBK m. 112 vd. yer alan genel hükümlerin uygulanması gerekir. Arsa sahibi genel hükümler çerçevesinde, muayene ve ihbar külfeti olmaksızın, genel zamanaşımı süresinde müteahhidin eksik ifasından kaynaklanan taleplerini öne sürebilir. Ayrıca, eksik ifadan kaynaklanan taleplerin kullanılmasında, bağımsız bölümlerin teslimi anında, arsa sahibi tarafından ihtirazi kayıt öne sürülmesi aranmaz. Açıklanan durumlar eksik ifaya genel hükümlerin uygulanmasının bir sonucudur. Doktrinde de belirtildiği üzere, eksik ifa durumunda, ayıplı ifaya dair hükümler kıyasen uygulanabilir. Ayrıca, eksikliklerin çok önemsiz boyutta olması

⁵⁶² Ayan, s. 76

⁵⁶³ Koller (Nachbesserungsrecht), s. 12, no: 33 vd. (Naklen Ayan, s. 76)

⁵⁶⁴ Ayan, s. 76

⁵⁶⁵ Ayan, s. 75

halinde, arsa sahibinin bu eksikliklerin bedelini uzun süre geçse bile, zamanaşımı süresinde talep etmesi değil, teslimin gerçekleşmediğini ya da ödemezlik defini öne sürmesi dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilir.

2. Eksik İfaya Rağmen Teslimin Gerçekleştiği Hallerde Arsa Sahibinin Sahip Olduğu Haklar

a. Genel Olarak

Eksik ifa halinde, genel hükümler uygulanacak olup, ayıplı ifadan doğan sorumluluk hükümleri ancak ayıbın varlığı halinde uygulanabilir⁵⁶⁶. Dolayısıyla, binanın teslimine kadar arsa sahibinin ifaya yönelik talebi, eksik ifa halinde, teslimden sonraki eksiklikten doğan taleplere dönüşür⁵⁶⁷. Eksikliklere rağmen teslimin gerçekleştiği bu halde, müteahhidin temerrüdünden söz edilemeyecek olup, ayrıca bağımsız bölüm ve ortak yerlerin ayıplı olmaması halinde ayıptan doğan sorumluluk hükümleri de uygulama alanı bulmamaktadır⁵⁶⁸. Ayrıca, yukarıda anıldığı üzere, bu halde, ayıptan doğan sorumluluktan kaynaklanan hakların kıyasen uygulama alanı bulacaktır⁵⁶⁹. Bu bağlamda, binanın ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin eksik teslim edilmesi halinde, muayene ve ihbar külfeti ve teslim esnasında ihtirazi kayıt öne sürmek şartı aranmaksızın arsa sahibi müteahhidin sorumluluğu yoluna gidilebilir. Arsa sahibi, müteahhidin binayı tamamlama borcunu eksik ifasına rağmen teslimin gerçekleşmesi halinde, genel hükümlerin uygulanıyor olması sebebiyle, genel zamanaşımı süresinde müteahhide karşı olan başvuru haklarını kullanabilir⁵⁷⁰. Diğer taraftan, binanın inşa edileceği arsadaki imar

⁵⁶⁶ Şahiniz, s. 69

⁵⁶⁷ Şahiniz, s. 82

⁵⁶⁸ Kurt, s. 75

⁵⁶⁹ Ayan, s. 76

⁵⁷⁰ Şahiniz, s. 82

durumunun değişmesi ile yapılacak kat sayısının düşmesi ve bu sebeple bağımsız bölüm sayısının azalması halinde, müteahhidin sorumluluğuna gidilemez⁵⁷¹.

b. Aynen İfa Ve Eksik Teslimden Doğan Zararın Tazminini Talep Hakkı

Sözleşmeye konu binayı, zamanında tamamlamayan, eksik halde bırakan müteahhit, arsa sahibinin açacağı dava ile aynen ifaya mahkum edilir⁵⁷². Eksik ifa halinde, esas olan aynen ifa olup, bunun mümkün olmaması halinde bedele hükümlenir⁵⁷³. Nitekim, bina inşası tamamlanmadığı sürece, arsa sahibinin ifa talebi devam eder⁵⁷⁴. Binadaki eksikliklerin, TBK m. 147/b. 6 hükmündeki genel zamanaşımı süresinde, giderilmesi talep edilebilir⁵⁷⁵. Arsa sahibinin bu hakkını kullanması için müteahhidin kusurlu olması aranmaz⁵⁷⁶. Zira, aynen ifa talebi müteahhidinin borcunun muaccel olmasının bir sonucudur⁵⁷⁷. Arsa sahibi eksikliğin giderilmesi talebinin yanında, eksik kalan işlerin zamanında yapılmamasından doğan müspet zararını, müteahhidin kusurunun varlığı halinde, talep edebilir⁵⁷⁸. Anılan zarar kalemi genellikle, bağımsız bölümün kullanılmamasından doğan kazanç kaybı olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷⁹. Bağımsız bölümün eksik teslimi sebebiyle, arsa sahibince kiraya verilememesi hali buna örnek olarak gösterilebilir⁵⁸⁰. Ancak

⁵⁷¹ Köksal, İlave İş, s. 101

⁵⁷² Ayan, s. 172

⁵⁷³ Kostakoğlu, s. 502, (Y. 15. HD., 20.09.1994 T., 1994/385 E., 1994/5024 K.)

⁵⁷⁴ Seliçi, İnşaat, s. 40; Havutçu, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s. 37

⁵⁷⁵ Şahiniz, s. 83; Kurt, s. 75; Gökyayla, Ek İş, s. 139; Y. 15. HD., 22.02.2010 T., 2009/1389 E., 2010/1028 K.: "*Davalı yüklenici, davacılara ait bağımsız bölümleri, sözleşme hükümlerine aykırı olarak ve bu kapsamda noksan yüzölçümlü yapmış olduğundan, sözleşmeyle yükümlendiği edimlerini kısmen ifa etmiş sayılır. Bu sebeple, arsa sahibi noksan ifanın yerine getirilmesini ya da bundan doğan zararının tazminini isteyebilir.*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁵⁷⁶ Şahiniz, s. 83; Kurt, s. 75; Ayan, s. 77; Yakuppur, s. 98

⁵⁷⁷ Kurt, s. 75

⁵⁷⁸ Ayan, s. 77; Kurt, s. 75

⁵⁷⁹ Ayan, s. 77

⁵⁸⁰ Ayan, s. 77; Kurt, s. 75; Y. 15. HD., 28.03.2007 T., 2006/1528 E., 2007/1924 K. : "*Dosya içeriğine göre, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin dava tarihi itibarıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, arsa sahibi, kendisine düşen bağımsız bölümleri kiraya verilecek durumda teslim almış ise, o bölümlerle ilgili kira alacağına bu tarihe kadar hükümlenir. Eğer teslim alınırken kiraya verilmesine engel eksiklikler varsa, öncelikle, arsa sahibinin bu eksiklikleri ne kadar sürede*

Yargıtay, ayıp ve noksanlıkların inşaatın teslim alınarak kiraya verilmesini engelleyecek boyutta olmadığı halde, arsa sahibinin teslim almamakla zarara kendisinin yol açması sebebiyle, kira kaybını talep edemeyeceğini içtihat etmiştir⁵⁸¹. Ayrıca, arsa sahibinin fiili zararları da bu kapsamda değerlendirilmelidir⁵⁸². Arsa sahibi bu yöndeki talebini, teslimden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürmelidir⁵⁸³.

c. Bedelden İndirim Ve Eksik İfa Sebebiyle Doğan Zararın Tazminini Talep Hakkı

TBK m. 475 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, eksik ifanın varlığı halinde, muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi ve müteahhidin kusuru aranmaksızın, bedelden indirim talep edilebilir⁵⁸⁴. Bu bağlamda, eksik ifa durumunda, eksikliklerin giderilmesi için gereken masraflar oranında, bedelden indirim isteme hakkı kullanılabilir⁵⁸⁵.

Bedelden yapılacak indirimde kullanılacak metodun tespiti gerekmektedir. Bu halde, tamamlanmış bağımsız bölüm veya ortak yerler ile tamamlanmamış değeri arasındaki farktan ziyade, eksikliklerin giderilmesi için gereken masraflar oranında bedelden indirim yapılması gerekir⁵⁸⁶. Ayrıca, bedelden indirimde, azalan satım değeri de dikkate alınmalıdır⁵⁸⁷. Nitekim, Yargıtay içtihatlarına göre de, bedelden indirim noktasında, eksikliğin giderilme masraflarının hesaplanarak indirimin buna tutara göre yapılması gerekir⁵⁸⁸. Eksikliğin giderilmesi için gereken masrafların dava

tamamlayabileceği bilirkişiye hesaplattırılarak, bulunacak bu tarihe kadar kira alacağı karar altına alınmalıdır." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁵⁸¹ Uygur, İnşaat, s. 556, (Y. 15. HD., 22.02.1989 T., 1989/2115 E., 1989/726 K.)

⁵⁸² Ayan, s. 77

⁵⁸³ Duman, İnşaat, s. 571

⁵⁸⁴ Ayan, s. 78

⁵⁸⁵ Ayan, s. 78; Gökyayla, Ek İş, s. 139

⁵⁸⁶ Ayan, s. 78, dn. 272

⁵⁸⁷ Seliçi, İnşaat, s. 169

⁵⁸⁸ Y. 15. HD., 06.02.2002 T., 2002/4689 E., 2002/546 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.04.2016)

tarihindeki rayiç bedeli dikkate alınarak bedelden indirim uygulanmaktadır⁵⁸⁹. Bir görüşe göre⁵⁹⁰, bedelden indirim hakkının kullanılmasında teslim tarihindeki rayiçlerin dikkate alınması gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa payından indirim yapılamayacak olup, indirim ancak parasal oranda uygulanabilir⁵⁹¹. Buna göre, arsa sahibi, müteahhidin payına düşen arsa paylarını devredecek, müteahhit ise eksikliğin giderilmesi için gereken parasal karşılığı arsa sahibine ödeyecektir. Bu görüşün kabulü, bazı hallerde, hakkaniyete aykırı sonuç doğurabilir⁵⁹².

Sözleşmede arsa sahibinin payına düşecek bağımsız bölümdeki eksiklik gözetildiğinde indirilecek bedel tutarının müteahhidin payına düşen bir adet bağımsız bölümün değerini aşması halinde, arsa sahibinin menfaati korunarak, bu oranda müteahhide düşecek arsa payından indirim yapılmalıdır⁵⁹³. Bu halde, binayı tamamlama ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri teslim etme şeklindeki asli borcunu gereği gibi ifa etmeyen müteahhidin menfaatinin zedelenmesinden bahsedilemez. Ancak bu halde müteahhit ile arsa sahibinin bağımsız bölümde ortak yapılmaması gerekir. Nitekim, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların bağımsız bölüme ortak edilmesi hali daha fena sonuçlara yol açabilir. Bu bağlamda, arsa payı oranında indirim, eksiklik bir ya da daha çok bağımsız bölümün değerine tam olarak denk düşüyorsa uygulanmalı, aksi halde parasal olarak indirim uygulanmalıdır⁵⁹⁴. Dolayısıyla, bedelden indirilecek tutarın bir bağımsız bölümü aşması ancak iki bağımsız bölüme de denk gelmemesi halinde, bir bağımsız bölüm oranında müteahhit adına kayıtlı arsa payının iptali ile arsa sahibi adına tesciline, artan tutarın ise parasal olarak arsa sahibine ödenmesine karar

⁵⁸⁹ Ayan, s. 78, dn. 273

⁵⁹⁰ Şenocak, s. 61

⁵⁹¹ Seliçi, İnşaat, s. 170

⁵⁹² Ayan, s. 79

⁵⁹³ Ayan, s. 79; Günel, s. 420; Kostakoğlu, s. 515, (Y. 15. HD., 06.04.1995 T., 1995/6519 E., 1995/2081 K.)

⁵⁹⁴ Ayan, s. 79

verilmelidir. Eksikliklerin bağımsız bölüm değerinden az olması halinde, indirim tutarı parasal olarak belirlenmelidir⁵⁹⁵.

Başka bir görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhide para yerine, inşa edeceği binadan arsa payı ve buna ilişkin bağımsız bölüm verileceğinden, arsa sahibince bedelden indirim hakkının kullanılması ile, edim karşılığı olan, müteahhide düşecek arsa payından indirim yoluna gidilir⁵⁹⁶. Ayrıca, indirilecek bedelin tam bir bağımsız bölüm değerine eşdeğer olması zorunlu değildir⁵⁹⁷.

Binadaki eksikliğin üçüncü kişiye tamamlanması halinde de bedelden indirim talep edilebilir⁵⁹⁸. Mahkemeden izin almaksızın, eksikliğin üçüncü kişiye tamamlanması halinde dahi bedelden indirimi talep hakkına olanak tanınmalıdır⁵⁹⁹. Eksikliğin üçüncü bir kişiye tamamlanması için kanaatimizce mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır. Nitekim, TBK m. 473/2 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle, müteahhide verilecek uygun süre ile, hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere, eksikliğin üçüncü kişi tarafından giderileceği yönünde ihtarda bulunarak, müteahhidin süresinde eksikliği gidermemesi halinde anılan hüküm gereği eksikliğin giderilmesi üçüncü kişiye bırakılabilir. Diğer taraftan, arsa sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölümlerden birini üçüncü kişiye devretmesi halinde, eksikliğin giderilmesi için gereken masrafları müteahhitten isteyebilir⁶⁰⁰. Zira, bu halde, arsa sahibi kendi payına düşen bağımsız bölümü tamamlanmış haline göre düşük değere satacaktır.

⁵⁹⁵ Ayan, s. 79; Uygur, TBK, s. 7967 : "*Eksikliklerin niteliğinin tapu verilmesini gerektirecek büyüklükte olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak edimlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesi gerektiğinden, eksikliklerin, varsa kusurlu işlerin dava tarihindeki mahalli piyasa rayiçlerine göre değerleri tespit edilerek, bu bulunacak miktarın davacı yüklenici tarafından davalı arsa sahibine ödenmesi...*" (Y. 15. HD., 03.11.1995 T., 1995/4208 E., 1995/6846 K.)

⁵⁹⁶ Öz, İnşaat, s. 205

⁵⁹⁷ Öz, İnşaat, s. 205

⁵⁹⁸ Ayan, s. 80

⁵⁹⁹ Ayan, s. 80

⁶⁰⁰ Ayan, s. 80

Arsa sahibi, bedelden indirim talebinin yanı sıra, gecikme sebebiyle uğradığı zararı da talep edebilir⁶⁰¹. Özellik arz eden bir durum olarak, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerden birinde eksiklikler bulunması halinde, bunun giderilmesi için gereken tutar bir bağımsız bölüme eş düşüyor, gecikme tazminatı ve cezai şart toplamı başka bir bağımsız bölümün değerine denk geliyor ise, eksiklik oranında bağımsız bölümün müteahhit adına tescilinin iptaline karar verilebilecekken, gecikme tazminatı ve cezai şart toplamına denk düşen bağımsız bölüm yönünden arsa payından indirim ile tapu iptali istenemez⁶⁰².

d. Eksik İşler Bedelini Talep Hakkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin, binayı sözleşmede öngörüldüğü ve öngörülme dahi bulunması gereken nitelik ve nicelikleri kapsar şekilde inşası gerekir. Aksi halde, müteahhit tarafından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi hali söz konusu olur. Müteahhidin, binanın inşasında yapılması gereken bir takım işleri yapmaması, genel olarak, eksik ifa hali teşkil etmektedir. Eksik ifa halinde ise, müteahhit tarafından eksik bırakılan işlerin bedelinin arsa sahibi tarafından talep edilmesi mümkündür. Bu noktada, arsa sahibi, borca aykırılıktan doğan zararını, diğer deyişle eksik işlerin tamamlanması için gereken eksik işler bedelini ve işin geç tamamlanmasından doğan zararını TBK m. 112 hükmü kapsamında talep edebilir⁶⁰³. Arsa sahibi sözleşmenin feshini talep halinde, ancak menfi zararını isteyebilecek olup, eksik iş bedelini talep edemez⁶⁰⁴. Diğer taraftan, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan şahsi hakkını temlik almak suretiyle halefi olan üçüncü kişiler de devralmış olduğu bağımsız bölüm ve ortak yerlerdeki eksik işler bedelini talep edebilir. Nitekim, bu takdirde üçüncü kişi arsa sahibinin halefi sıfatıyla, müteahhidin edimini tam olarak yerine getirmesini isteme hakkına sahiptir.

⁶⁰¹ Ayan, s. 80

⁶⁰² Ayan, s. 81

⁶⁰³ Ayan, s. 75; Başoğlu, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s. 143

⁶⁰⁴ Uygur, TBK, s. 7965, (YHGK., 22.11.1995 T., 1995/15-515 E., 1995/1012 K.): "*Davada akdin feshi talep edildiğine göre, davacı ancak menfi zararını isteyebilir, eksik iş bedeli talep edilemez.*"

Bir görüşe göre⁶⁰⁵, eksik işler bedeli dava tarihindeki piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi gerekir. Ancak, Yargıtay'ın eksik işler bedeli yönünden teslim tarihindeki piyasa rayiçlerinin esas alınması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁶⁰⁶. Bağımsız bölümlerin fiilen teslim alınması halinde ise, eksik işler bedelinin, sözleşmedeki değil fiilen teslim alınan tarihteki rayice göre belirlenmesi gerektiği içtihat olunmuştur⁶⁰⁷. Farklı kararlarında ise, işin bitiş tarihine makul bekleme süresi eklenmek suretiyle bulunacak tarihi esas aldığı görülmektedir⁶⁰⁸. Bu noktada bir görüşe göre⁶⁰⁹, eksik işlerin arsa sahibinin bağımsız bölümleri kullanmasına engel teşkil etmediği halde eksik işler bedelinin teslim tarihindeki, kullanıma engel teşkil ettiği halde, bu eksikliklerin giderilmesi için gereken makul süredeki rayiçlere göre belirlenmesi gerekir. Yargıtay'a göre, müteahhidin işten el çektiği durumlarda, bu tarihin saptanarak, eksikliklerin giderilmesi için gereken süre eklenerek bulunacak tarihteki piyasa rayici esas alınmalıdır⁶¹⁰. Başka bir kararında ise, eksik işler bedelinin, bu işlerin yapıldığı tarihteki piyasa rayicine göre

⁶⁰⁵ Kurt, s. 77; Y. 23. HD., 28.11.2014 T., 2014/2289 E., 2014/7662 K.: "Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, ortak alan niteliğinde bulunan sığınaktaki eksik ve ayıplı işlerin denetime elverişli bir şekilde dava tarihi itibarıyla piyasa rayiçlerine göre değeri belirlendikten sonra yukarıda açıklanan ilke doğrultusunda, sözleşmedeki paylaşım oranına göre, arsa sahiplerinin payına düşen kısmın belirlenmesi gerekirken..."; Y. 23. HD., 12.05.2014 T., 2013/8809 E., 2014/3654 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.04.2016); Uygur, TBK, s. 7958, (Y. 15. HD., 20.11.1995 T., 1995/4610 E., 1995/6698 K.); Kostakoğlu, s. 538, (Y. 15. HD., 07.06.1988 T., 1987/3701 E., 1988/2190 K.)

⁶⁰⁶ Y. 15. HD., 07.12.2011 T., 2011/752 E., 2011/7242 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.04.2016); Günay, s. 1383, (Y. 15. HD., 19.09.2005 T., 2004/6065 E., 2005/4764 K.); Y. 23. HD., 24.10.2014 T., 2014/8471 E., 2014/6679 K.: "Eksik işler bedeli, kural olarak teslim edilmiş ise bu tarih, geç teslim varsa gecikmiş teslim tarihine eksik işlerin ikmali için gerekli makul süre eklenerek belirlenecek tarih itibarıyla yerel serbest piyasa rayicine göre hesaplanmalıdır."; Aynı yönde bkz. Ruhi, s. 1263, (Y. 15. HD., 22.02.2010 T., 2009/1389 E., 2010/1028 K.); Aynı yönde görüş için bkz. Avcı, s. 60; Kostakoğlu, s. 456

⁶⁰⁷ Uygur, TBK, s. 7972, (Y. 15. HD., 06.02.1996 T., 1996/270 E., 1996/625 K.)

⁶⁰⁸ Y. 15. HD., 25.10.2004 T., 2004/755 E., 2004/5352 K.: "İşin bitiş tarihine makul bekleme süresi eklenmek suretiyle bulunacak tarih itibarıyla bilirkişiden ek rapor alınıp, eksik iş bedellerinin bu tarih itibarıyla belirlenmesi ve buna göre karar oluşturulması gerekir." Anılan içtihadı konu olayda işin bitiş tarihi 31.10.1996 olup, arsa sahibi 10.05.2000 tarihinde eksik işler bedelini mahkeme aracılığıyla tespit ettirmiştir. Bu noktada Yargıtay, arsa sahibinin geç tespit yaptırarak zararın artmasına sebep olduğun ve eksik işler bedelinin tespitinde işin bitiş tarihine eklenecek makul bekleme süresindeki piyasa rayiçlerinin esas alınması gerektiğini içtihat etmiştir. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.04.2016); Aynı yönde bkz. Y. 15. HD., 11.04.2007 T., 2005/7791 E., 2007/2365 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.04.2016); Aynı yönde görüş için bkz. Avcı, s. 210; Duman, İnşaat, s. 1063

⁶⁰⁹ Sütçü, Cilt 1, s. 958

⁶¹⁰ Uygur, İnşaat, s. 633, (Y. 15. HD., 18.05.1990 T., 1990/2007 E., 1990/2293 K.)

hesaplanması gerektiğini içtihat etmiştir⁶¹¹. Birlikte ifa kararında ise Yargıtay, eksik işler bedelinin karar tarihine en yakın piyasa rayiçlerine göre davacı müteahhit tarafından mahkeme veznesine depo edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir⁶¹². Başka bir kararına göre ise, birlikte ifa halinde, eksik işler bedelinin dava tarihinde rayiçler esas alınarak belirlenmesi gerekir⁶¹³. Yargıtay, eksik işler bedelini talep konulu davayı tazminat davası olarak nitelendirmektedir⁶¹⁴. Eksik işler bedelinin tahsilini talep için, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin ona teslimi gerekir⁶¹⁵. Ayrıca, arsa sahibinin eksiklikler bulunan bağımsız bölümü üçüncü kişiye satması halinde, eksik işler bedelini müteahhitten talep edebilmesi mümkündür⁶¹⁶. Ancak, arsa sahibi kendi payına düşen bağımsız bölümlere denk gelen arsa paylarını inşaatın devamı esnasında devretmesi halinde, eksik işler bedelini talep etmesi mümkün değildir⁶¹⁷. Keza, bu halde, halef sıfatıyla üçüncü kişiler, eksik işler bedelini talep edebilir.

Eksik işler bedelini talep edebilmek için binanın imar planına ve projesine uygun yapılmış olması, kaçak yapı niteliğinde olmaması gerekir. Nitekim, imara

⁶¹¹ Uygur, TBK, s. 7954, (Y. 15. HD., 10.10.1988 T., 1988/939 E., 1988/3188 K.)

⁶¹² Y. 23. HD., 24.11.2014 T., 2014/9516 E., 2014/7529 K.: "*eksik işler ve süresinde ihbar edilen ayıplı işlerin giderim bedelinin hükme en yakın tarihteki piyasa rayiçlerine göre hesaplattırılıp, tutarın faizsiz olarak davacı yükleniciye mahkeme veznesine 818 Sayılı BK'nın 81. (6098 Sayılı TBK'nın 97.) maddesi uyarınca depo ettirilmesi...*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 06.04.2016)

⁶¹³ Uygur, TBK, s. 7955, (Y. 15. HD., 20.06.1996 T., 1996/2993 E., 1996/3518 K.); s. 7967, (Y. 15. HD., 03.11.1995 T., 1995/4208 E., 1995/6846 K.)

⁶¹⁴ Y. 23. HD., 10.07.2012 T., 2012/2485 E., 2012/4785 K.: "*Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca eksik ve ayıplı teslim sebebiyle tazminat istemine ilişkindir... Bu durumda mahkemeye öncelikle, tazminat konusu yapılan kalemler tek tek değerlendirilerek, bunların ayıplı iş mi yoksa eksik iş mi, ayıplı işlerin ise gizli ayıp mı yoksa açık ayıp mı olduğu belirlenmelidir.*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 06.04.2016); Kostakoğlu, s. 534, (Y. 15. HD., 01.12.1994 T., 1993/3279 E., 1994/487 K.)

⁶¹⁵ Gümüş, s. 30; Y. 23. HD., 24.06.2014 T., 2014/1760 E., 2014/4826 K.: "*ayıplı ve eksik işler alacağı, ancak teslim tarihinde muaccel (dava edilebilir) hale gelir. Çünkü, ayıp ve eksik işlerin parasal karşılıklarını istemek için, BK'nın 106/2. maddesinde belirtilen ilk seçimlik hak doğrultusunda, eserin teslimini beklemek gerekir ki, eser teslim edilir edilmez mutad sürede o eseri muayene edip, eksik-ayıplı işler var mı, yok mu, varsa parasal karşılıklarının ne olduğu tesbit edilebilir.*"; Aynı yönde bkz. Y. 23 HD., 26.03.2014 T., 2013/7952 E., 2014/2300 K.; Y. 23. HD., 13.03.2014 T., 2013/8510 E., 2014/1907 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 06.04.2016)

⁶¹⁶ Uygur, İnşaat, s. 548, (Y. 15. HD., 14.11.1989 T., 1989/1024 E., 1989/4780 K.): "*bir kısım bağımsız bölümlerin davacı tarafından davaya konu eksik işlerin varlığına rağmen satılmış olması satış bedelinin düşük olacağı gözetilerek malvarlığında ortaya çıkan bedel eksikliği için dava açabileceğine göre...*"; Kostakoğlu, s. 458, (Y. 15. HD., 13.10.1986 T., 1986/1225 E., 1986/3243 K.); Sütçü, Cilt 1, s. 962, (Y. 15. HD., 02.12.2004 T., 2004/1579 E., 2004/6213 K.)

⁶¹⁷ Kostakoğlu, s. 458; Duman, İnşaat, s. 1064

aykırı olup yıkılması gereken bir binada noksan eksik işten söz edilmesi mümkün değildir⁶¹⁸. Ancak, binanın imar plan ve projesine uygun hale getirilebilmesine imkan bulunması halinde, müteahhide bu hususta süre verilmesi aksi halde binanın yıkımına karar verilmesi gerekir.

Diğer taraftan, aşağıda detaylı olarak değinildiği üzere, eksik işlerin varlığı halinde, eksik işler bedeli oranında, arsa sahibinin ödemezlik definde bulunarak arsa payını devirden kaçınma imkanı vardır. Ayrıca, müteahhidin arsa paylarının devrini talep için açtığı davada, arsa sahibi mahsup itirazı ile eksik işler bedelinin arsa payı bedelinden indirilmesini talep edebilir⁶¹⁹. Arsa sahibinin müteahhitten eksik işler bedelini talep ve tahsil etmesi halinde ise, müteahhit bu halde, kendi payına düşen arsa paylarının devrini talep ve dava edebilir. Bu takdirde, uygulamada, müteahhit tarafından arsa paylarının kendisine devri için açtığı tapu iptali ve tescil davasında, aynı zamanda birlikte ifa talebi ile eksiklikler giderilmekte ve arsa paylarının müteahhit adına tescilini sağlanmaktadır⁶²⁰.

Yargıtay'a göre eksik işler bedeli ancak objektif olarak yapılmış ve red olunmayacak nitelikteki eserin kabul edilebilir hale getirilmesi için istenebilir⁶²¹.

⁶¹⁸ Kostakoğlu, s. 458, Y. 15. HD., 22.02.2007 T., 2005/6204 E., 2007/1093 K.: "*Davacılar eksik ve ayıplı işlerin giderilme bedellerini isterken A2 ve A3 bloklardaki 3 bağımsız bölümler içinde istekte bulunmuşlardır. A2 ve A3 bloklarda yapılan inşaatın imara ve projesine aykırı olduğu belirlenmiştir. Bu aşamada imara ve projeye aykırı olan üç bağımsız bölüm için eksik ve ayıplı iş bedellerinin tahsiline karar verilmesi mümkün değildir. Ancak A2 ve A3 bloklar imara ve projeye uygun hale getirildiğinde, bu bloklardaki bağımsız bölümlerin eksik ve ayıplı işlerinin giderilme bedellerinin istenmesi mümkün olabilecektir.... Yapılacak iş bilirkişilerden ek rapor alınarak, davacı arsa sahiplerine ait A2 ve A3 bloklardaki üç bağımsız bölüme isabet eden eksik ve ayıpların giderilme bedeli hesaplattırılmak suretiyle bulunacak bu miktar yönünden eksik ve ayıpların giderilmesi için açılan davanın reddine, kalan A1 bloktaki 38 bağımsız bölüm için bulunacak giderilme bedeli ile gecikme tazminatı yönünden davanın kabulüne karar vermekten ibarettir.*"; Kostakoğlu, s. 639, (Y. 15. HD., 08.04.2004 T., 2003/5234 E., 2004/2029 K.)

⁶¹⁹ Y. 15. HD., 30.06.1994 T., 1994/5728 E., 1994/4463 K.: "*Davacı yüklenici, sözleşmeden doğan edimlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde, kendisine düşen bağımsız bölümlerini ve bunlara isabet eden pay tapusunun verilmesini isteyebilir. Ancak, davalı arsa malikleri tarafından, eksik ve kusurlu işler yönünden, dava açmalarına gerek olmadan itiraz niteliğinde olan mahsup istekleri yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir ve hakim bu konuyu re'sen gözönünde bulundurması gerekir (HGK.'nun 7.6.1974 tarih, 1970/2737-658 sayılı kararı).*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 07.04.2016); Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2004, s. 270, (Y. 15. HD., 05.11.1992 T., 1992/3388 E., 1992/5093 K.); Ruhi, s. 1178, (Y. 15. HD., 20.02.2013 T., 2012/2242 E., 2013/1167 K.)

⁶²⁰ Bkz. s. 95, dn. 609; Ayrıca bkz. s. 104, dn. 650

⁶²¹ Y. 15. HD., 16.10.2003 T., 2003/1771 E., 2003/4842 K.: "*Eksik ve ayıplı işler bedeli ancak objektif olarak yapılmış ve reddolunmayacak nitelikteki eserin kabul edilebilir hale getirilmesi için istenebilir.*

Diğer deyişle, eksik işler bedelinin talep edilebilmesi için yüksek oranda tamamlanmış bir bina bulunmalıdır.

e. Nama İfa

TBK m. 473 hükmü müteahhit tarafından binanın inşasında yapının ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yerine getireceğinin anlaşılması halinde, arsa sahibi tarafından müteahhide bu durumu önlemek için vereceği uygun süre ile, bu süre içinde ayıbın veya aykırılığın yerine getirilmemesi halinde, masrafları müteahhide ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği ihtarında bulunabileceğini düzenlemiştir. Bu madde hükmü kapsamında, süresinde aykırılığın giderilmemesi halinde masrafları müteahhide ait olmak üzere, ayıp ve/veya sözleşmeye aykırılığın gidermesi ve/veya işe devam için üçüncü kişi ile sözleşme akdedilmesi mümkündür. Ancak, madde hükmü başlığında da görüleceği üzere, anılan hüküm işe başlama ve yürütme halleri için öngörülmüştür. Yargıtay, nama ifa amacıyla, TBK m. 113 hükmü uyarınca açılan izin ve avans ödeme talebini içerir davadaki bedel talebini "*nama ifa için bedel talebi*" olarak adlandırmaktadır⁶²². Nama ifa için bedel talebi, müteahhidin işi bıraktığı tarihteki serbest piyasa rayiçlerine göre belirlenir.⁶²³

Bir görüşe göre⁶²⁴, nama ifa için TBK m. 113 hükmü uygulanarak hakimden izin alınması gerekir. Ayrıca, nama ifa, aynen ifayı ve sözleşme ilişkisinin devamını amaçlamakta olup, tazminat değildir⁶²⁵. Nama ifa ile arsa sahibinin, binayı

Nama ifa için bedel ise, eser (inşaat) bir bütün olarak imal edilecekse söz konusu olabilir. Daha açığı %10.28 seviyesindeki bir inşaatla ne eksik ve ayıplı işlerin tamamlanmasından ve ne de eserin bir bütün olarak yapılacağı ileri sürülmediğinden, nama ifa bedelinden bahs olunma olanağı yoktur. Somut olaya özgü olmak üzere davacı arsa sahibi dürüstlük kurallarının gereği mevcut ilişkisinin sona erdirilmesini (eser sözleşmesinin feshini) talep edebilir. Davacının eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsiline yönelik davası (bu dava nama ifa bedelinin tahsili olarak değerlendirilse bile) redd olunmak üzere karar davalı yararına bozulmalıdır." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 07.04.2016)

⁶²² Bkz. dn. 650'te anılan içtihat

⁶²³ Avcı, s. 89

⁶²⁴ Büyükcay, s. 138; Aynı yönde görüş için bkz. Şahin, Temerrüt, s. 98

⁶²⁵ Erman, İnşaat (Arsa Payı Karşılığı İnşaat) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, İstanbul 2012, s. 27; Aydınçık, Şirin, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi Ve Hukuki

tamamlayıp ifa menfaatine ulaşması sağlanır. Dolayısıyla, nama ifa ile arsa sahibinin kira kaybı bedeli ve cezai şart alacağını talep hakkı da devam etmektedir⁶²⁶. Ayrıca, sözleşmenin feshi halinde nama ifa talebi hukuken mümkün değildir⁶²⁷. Diğer taraftan, nama ifaya başvurabilmek için müteahhidin kusuru aranmaz⁶²⁸. Nitekim bu halde, müteahhidin sorumluluğu zarardan değil, masraflardan kaynaklanmaktadır⁶²⁹. Nama ifanın yerine getirilmesi ile müteahhidin aynen ifa borcu sona erer ve yerini nama ifa masraflarının ödenmesi borcuna bırakır.

Bina inşasının müteahhidin kusuru sebebiyle imkansızlaşması halinde, ifa imkansız olduğu için nama ifa hükümleri uygulama alanı bulamaz⁶³⁰. Keza, binanın imara aykırı olması halinde de nama ifa mümkün değildir.

TBK m. 473 hükmünün, bina tamamlanıp bağımsız bölümler teslim edildikten sonra uygulanabilirliğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TBK m. 113/1 hükmü, eksik ifa yönünden uygulanabilir gözükmemektedir. Nitekim, anılan hükme göre arsa sahibi, ifanın kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılması için hakimden izin isteyebilir. Ancak, TBK m. 473, TBK m. 113'ten farklı olarak, hakim izni aranmaksızın nama ifanın uygulanabilir olduğu bir hükümdür. Bir görüşe göre⁶³¹, TBK m. 473 hükmünde hakim izni aranmaksızın ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilebilmesi yönündeki hüküm, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesinin önüne geçilebilmesi için olabildiğince hızlı davranılabilmesi amacıyla getirilmiş bir düzenleme olup, eser tamamlandığında ise, bu acil ihtiyaç ortadan kalkar. Ancak, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin acil olduğu hallerde kıyasen TBK m. 473 hükmünün uygulanmasına olanak tanınması gerekir. Ayrıca, nama ifaya karar verilmesi halinde, müteahhidin

Sonuçları Özellikle TBK m. 113/1 Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013, s. 241; Duman, İnşaat, s. 576, s. 578, (Y. 15. HD., 03.03.2009 T., 2009/6908 E., 2009/1163 K.); Erman, Mütalaalar, s. 65

⁶²⁶ Erman, Mütalaalar, s. 27

⁶²⁷ Aydemir, s. 257

⁶²⁸ Ayan, s. 177; Aydıncık, s. 243; Başoğlu, s. 142 Avcı, s. 88

⁶²⁹ Ayan, s. 178

⁶³⁰ Kürşat, Arsa Payı, s. 767

⁶³¹ Gauch, Nr. 1821 vd. (Naklen Kocaağa, Özen, s. 183)

inşaattan el çekmesi gerekir⁶³². Mahkemece tedbiren müteahhidin inşaattan el çekmesine karar verilmedikçe, nama ifaya karar verilinceye ve bu kararın kesinleşmesine kadar, müteahhidin inşaattan el çekmesi istenemez.

Arsa sahibi, inşaatta önemsiz eksiklerin varlığı halinde ya da inşaata müteahhit tarafından hiç başlanmamış olsa bile nama ifaya başvurabilir⁶³³. Aksi yöndeki görüş⁶³⁴ ve Yargıtay'a göre⁶³⁵, müteahhidin sözleşmenin feshini gerektirmeyecek ölçüde eksik iş bırakması halinde, nama ifaya başvurulabilir.

Başka bir görüşe göre⁶³⁶, TBK m. 473 hükmü, eserin tesliminden sonra, müteahhidin ayıp ve/veya sözleşmeye aykırılığı gidermede temerrüde düşmesi halinde kıyasen uygulanır. Ayrıca, madde hükmünün amacının olayların çoğunda ayıbın giderilmesinin acil bir ihtiyaç olduğu da dikkate alınarak, kanun koyucunun, hukuki işlemlerde güvenliği sağlamak ve ispat zorluklarından kaçınmak amacıyla, ayıbın giderilmesinin acil bulunmasını TBK m. 473'ün bir unsuru değil, varsayım olarak öngörülmüştür.

Kanaatimizce, sözleşmedeki eksikliğin acilen giderilmesine ihtiyaç olup olmaması, TBK m. 473 hükmünün kıyasen uygulanabilmesi bakımından kriter olarak alınmamalıdır. Nitekim, esas olan bağımsız bölüm ve ortak yerlerin sözleşmeye uygun olarak gereği gibi tamamlanmasıdır ki arsa sahibinin ifa menfaati de ancak bu şekilde gerçekleşir. İfa menfaatinin gereği gibi gerçekleşmesi ise en kısa zamanda arsa sahibinin hakkına kavuşması ile sağlanabilir. Dolayısıyla, müteahhit tarafından sözleşme gereği gibi ifa edilmediği, eksik ifanın varlığı halinde, arsa sahibinin sözleşmenin gereği gibi ifasını sağlamak için gerekli hukuki imkanlarla donatılması gerekmektedir. Bu bağlamda, TBK m. 113 hükmüne göre daha hızlı sonuca gidilebilecek olan TBK m. 473 hükmü, kıyasen uygulanmalı ve arsa sahibinin hakim izni aranmaksızın arsa sahibinin nama ifa hakkını kullanabilmesine olanak

⁶³² Erman, Mütalaalar, s. 27

⁶³³ Ayan, s. 177

⁶³⁴ Aydemir, s. 230; Kostakoğlu, s. 458; Duman, İnşaat, s. 575; Sütçü, Cilt 1, s. 947

⁶³⁵ Bkz. dn. 624

⁶³⁶ Koller, (Art. 366 OR), N. 504 vd. (Naklen Kocaağa, Özen, s. 183)

tanınmalıdır. Nitekim, Yargıtay, eylemli olarak nama ifanın yapılabilmesine olanak tanımıştır⁶³⁷. TBK m. 473 hükmü lafzında sözleşmeye aykırılığın üçüncü kişi tarafından giderilmesinden bahsedilmişse de aynı imkanı eksikliğin bizzat arsa sahibi tarafından giderilmesi için gereken masraflar yönünden de tanımak gerekir. Yargıtay, arsa sahibi veya üçüncü kişiler tarafından nama ifa hakkında TBK m. 113 hükmünün uygulanması ve bu hakkın kullanılabilmesi için müteahhidin temerrüde düşmesi gerektiğini içtihat etmiştir⁶³⁸. Ayrıca Yargıtay'a göre, nama ifadan doğan talepler beş yıllık zamanaşımına tabi olup, zamanaşımının, nama ifa için yapılan harcamaların sarf tarihinde alacağın muaccel olması sebebiyle, bu tarihte başlaması gerekir⁶³⁹. Aynı zamanda, nama ifaya izin verilebilmesi yapının imar mevzuatına uygun olmasını gerektirir⁶⁴⁰. Ancak, yapının imar mevzuatına uygun hale getirebilmesi imkanı var ise gereken uygun süre arsa sahibine tanınmalıdır⁶⁴¹.

⁶³⁷ Aydemir, s. 260, dn. 138: "*Uyuşmazlığa konu 15 nolu bağımsız bölüm dükkanın davacı yükleniciye ait olduğu ihtilafsızdır. Davalı arsa sahibi, yüklenicinin inşaatta birçok eksik iş bırakıp, gecikmeye de neden olduğundan, güvence olarak bırakılan 15 nolu dükkanı, kendisinin sattığını kabul etmiştir. Yüklenici tarafında, binaya iskan ruhsatının alınmadığı sabit olup, eksik işlerin varlığı ve teslimde gecikme de ihtilafsız olduğundan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle davalı arsa sahibi güvence olarak tutulan 15 nolu bağımsız bölümü 3. kişiye devrederek, eksik işler bedeli iskan alım masrafları ve zararlarını karşılamakta, diğer bir deyişle nama ifa yoluna başvurmakta haklıdır.*" (Y. 15. HD., 24.01.2005 T., 2004/2905 E., 2005/172 K.)

⁶³⁸ Uygur, İnşaat, s. 635: "*Uyuşmazlık davalı yüklenicinin yapımını taahhüt ettiği dairede noksan bıraktığı işlerin bizzat davacı tarafından yaptırılmasına ve inşaatın bitirilmesine izin verilmesi isteğine ilişkindir.*

Gerçekten Borçlar Kanununun 97 nci maddesi gereğince, bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafi borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından bizzat veya üçüncü kişiler aracılığıyla ifasına izin verilmesini istemek hakkına sahiptir. Ancak davacının böyle bir isteğinin kabul edilebilmesi için mahkemenin, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini gözönünde tutarak davalı tarafın borcuna aykırı davranıp davranmadığını, mütemerrit sayılıp sayılmadığını tespit etmesi gerekir..." (Y. 15. HD., 09.05.1980 T., 1980/1284 E., 1980/1218 K.)

⁶³⁹ Uygur, TBK, s. 8105: "*Davacı eksik bırakılan inşaat tamamlamak için BK 97. madde hükmüne dayanarak, mahkemeden izin talebinde bulunmuş olup, Muğla Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 9.12.1985 tarih ve 309/637 sayılı kararıyla davacıya yasal izin verilmiştir. Davacı, bu dava ile işi bizzat tamamladığından, ödemek zorunda kaldığı inşaat bedelinin tahsilini istemiştir. BK 128. madde gereğince zaman aşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar. Yukarıda yapılan açıklamadan, davacının eseri tamamlamak için masrafları sarf tarihi, anılan madde hükmüne göre, alacağın muaccel olduğu tarihtir. İstisna akitlerinden doğan alacak davalarının 5 yıllık zaman aşımına tabi olduğu göz önünde tutularak, bu sürenin olayda gerçekleşmediği gözetilmeden, yazılı olduğu şekilde davanın zaman aşımı yönünden reddine karar verilmesi yanlıştır.*" (Y. 15. HD., 21.10.1986 T., 1986/3280 E., 1986/3386 K.)

⁶⁴⁰ Kırmızı, s. 1050: "*Eksik işlerin 'nama ifa' yoluyla tamamlanması ya da eksik ve kusurlu işlerin giderilmesi bedelinin istenebilmesi için inşaatın imar mevzuatına uygun olması zorunludur.*" (Y. 15. HD., 07.07.2010 T., 2009/3532 E., 2010/3905 K.); Duman, İnşaat, s. 581, (Y. 15. HD., 07.07.2010 T., 2010/3532 E., 2010/3905 K.)

⁶⁴¹ Y. 15. HD., 03.03.2009 T., 2008/6908 E., 2009/1163 K.: "*Tamamen veya kısmen "kaçak" yapılan yapı, yasal ve teknik olanaklar varsa edimi kapsamında olduğundan öncelikle yüklenici tarafından;*

Müteahhide ihtar ile verilecek süre, eksik ifayı giderebilmesine olanak tanıyacak uzunlukta olmalıdır. Müteahhide süre vermeden veya verdiği süre dolmadan eksikliği üçüncü kişiye yaptıran arsa sahibi, yapılan masrafları ancak TBK m. 125 kapsamında talep edebilir⁶⁴². Eksikliklerin üçüncü kişi tarafından giderilmesi halinde meydana gelecek hasar ise, TBK m. 473/2 hükmüne kıyasen, –arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan- ilk müteahhide ait olacaktır. Bu noktada, arsa sahibi eksikliğin giderilmesini en ucuz şekilde ve en ucuz malzeme ile yaptırmak zorunda olmadığı gibi, en lüks malzeme ile eksikliğin giderilmesi halinde tüm masrafların müteahhitten talep edilmesine imkan tanınmamalıdır. Daha lüks malzeme ile nama ifa halinde ise, arsa sahibi ancak, bağımsız bölüm ve ortak yerlerin sözleşmede kararlaştırılan özellikte yapılabilmesi için gerekli olan kadar masrafı müteahhitten talep edebilir.

Nama ifadan doğacak masrafları karşılamak amacıyla, arsa sahibi müteahhitten avans isteyebilir⁶⁴³. Avans miktarı, davanın açılması ile, binanın sözleşmeye uygun şekilde tamamlanması için gerekli olan piyasa rayicine göre hesaplanır⁶⁴⁴. Avansın istenebilmesi, üçüncü kişi ile sözleşme yapılmış olma şartına bağlı olmayıp, sözleşme görüşmelerine başlanması yeterlidir⁶⁴⁵. Avans miktarında, eksikliğin üçüncü kişi tarafından giderilmesinde gerekecek muhtemel masraflar esas alınır. Alınan avansın yetersiz kalması halinde ise, arsa sahibinin yeniden avans istemesi mümkündür. Avansın artması halinde, arsa sahibi bunu müteahhide iade ile yükümlüdür. Diğer taraftan, arsa sahibi, yerleşmiş Yargıtay içtihatları uyarınca⁶⁴⁶,

yüklenicinin bu yöndeki edimini ifa etmemesi durumunda ve istekli olması halinde arsa sahibi tarafından "yasal hale" getirilebilir. Bunun için onlara mahkemece uygun süre ve yetki verilmelidir." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 09.04.2016)

⁶⁴² Kocaağa, Özen, s. 188

⁶⁴³ Koller, Art. 366 OR, N. 571 (Naklen Kocaağa, Özen, s. 194); Y. 23. HD., 13.10.2015 T., 2014/9910 E., 2015/6401 K.: "*borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebileceği, namâ ifaya izin verilen işlerin tamamlanma bedelinin avans olarak, namâ ifa kapsamı dışında kalan imalatlara ait nefaset farklarının ise normal bir alacak olarak hüküm altına alınması gerektiği...*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 09.04.2016); Aynı yönde olarak bkz. Y. 23. HD., 11.12.2014 T., 2014/3366 E., 2014/8086 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 09.04.2016); Sütçü, Cilt 1, s. 931, (Y. 15. HD., 30.05.2007 T., 2007/761 E., 2007/3621 K.)

⁶⁴⁴ Ayan, s. 180

⁶⁴⁵ Şenocak, s. 207

mahkemeden alınacak izin ile, müteahhidin payına düşen bağımsız bölümleri satmak suretiyle temin edilecek tutar ile inşaatın tamamlanmasını sağlayabilir⁶⁴⁷.

3. Arsa Sahibinin Ödeme Hakkını Kullanma Hakkı

Müteahhidin binayı tamamlama ve arsa sahibine devri gereken bağımsız bölümleri teslim etme borcunun karşılığını, arsa sahibinin, sözleşme gereğince müteahhidin payına düşen arsa paylarını devir borcu oluşturmaktadır. Arsa sahibinin, taraflar arasında akdedilmiş sözleşme uyarınca devrini vaat ettiği arsa paylarının müteahhide devir borcu, kural olarak, TBK m. 479/1 hükmüne kıyasen, bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi anında muaccel olur⁶⁴⁸. Dolayısıyla, müteahhit, yukarıda değinildiği üzere, kendi payına düşen arsa payının devrini ancak teslimin gerçekleştiği halde talep edebilir⁶⁴⁹. Bu bağlamda, arsa sahibine bağımsız bölümlerin teslim edilmemesi ya da müteahhidin teslim bildirim ve arsadan çekilmesine rağmen arsa sahibinin teslim almaktan kaçınma hakkını kullanması halinde, müteahhit arsa sahibinden kendi payına düşen arsa paylarının devrini talep ederse arsa sahibince ödeme hakkı öne sürülebilir⁶⁵⁰. Nitekim, eksik ifa halinde, arsa sahibinin müteahhidin edim borcuna ilişkin talep hakkı devam eder. Diğer taraftan, ayıbın varlığı halinde de arsa sahibi, ayıp oranında, ödeme hakkını kullanabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslimin arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlere ait anahtarların ona verilmesiyle gerçekleşeceğinin kabul edildiği halde, arsa sahibinin haklı sebep olmaksızın anahtarları teslim almaktan

⁶⁴⁶ Y. 15. HD., 09.12.2004 T., 2004/922 E., 2004/6861 K.: " O halde yapılması gereken iş, bilirkişi raporunda saptanan noksan ve kusurların, bir başka anlatımla, davalı nam ve hesabına ifa edilecek işlerin miktarı ve parasal tutarı ile bunu karşılayacak oranda yükleniciye ait bağımsız bölüm değeri bilirkişiye hesaplattırılmalı, saptanan bağımsız bölümlerin satışıyla elde edilen inşaatın tamamlanmasında kullanılmasına, artan olduğu takdirde yükleniciye iadesine, böylece yüklenici nam ve hesabına inşaatın tamamlanması hususunda davacılar yetki ve izin verilmesine karar vermekten ibarettir." (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 09.04.2016); Sütçü, Cilt 1, s. 939, (Y. 15. HD., 24.01.2005 T., 2004/2905 E., 2005/172 K.)

⁶⁴⁷ Ayan, s. 181; Aydemir, s. 262; Sütçü, Cilt 1, s. 938

⁶⁴⁸ TBK m. 479 "İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur."

⁶⁴⁹ Atamulu, s. 82; Kırmızı, s. 986: "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karşılıklı edimleri içerdiğinden, yüklenici kendi edimini yerine getirmeden inşaat bedeli karşılığı verilmesi gereken tapu payının devrini isteyemez." (Y. 15. HD., 17.02.2011 T., 2009/5709 E., 2011/920 K.); Karahasan, s. 276, (Y. 15. HD., 22.06.1992 T., 1992/97 E., 1992/3183 K.)

⁶⁵⁰ Tandoğan, s. 161; Kurt, s. 78

kaçınması durumunda, müteahhit TBK m. 107 hükmü uyarınca anahtarları tevdi etmedikçe, arsa sahibinin de ödemezlik defini öne sürmek suretiyle arsa paylarını devirden kaçınması mümkündür⁶⁵¹.

Müteahhidin binayı tamamlamaması ve teslim etmemesine rağmen, kendi payına düşecek arsa paylarının devrini talep etmesi halinde, arsa sahibi, müteahhidin payına düşen tüm arsa paylarını, ödemezlik defini öne sürmek suretiyle, devirden kaçınabilecektir⁶⁵². Eksik işlerin varlığı halinde, müteahhidin, arsa sahibi adına kayıtlı olan ve kendisine devri gereken arsa paylarına bağlı bağımsız bölümlerin kendi adına tescili için açmış olduğu davada Yargıtay "*birlikte ifa*"⁶⁵³ yoluyla tapuların müteahhit adına tesciline karar vermektedir. Yargıtay, eksiklikler cüzi olsa bile, müteahhit tarafından açılan davanın reddedilmeyip, sadece arsa sahibinin tek taraflı ifası ile değil, birlikte ifa yoluyla uyumsuzluğun çözümlenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁶⁵⁴. Zira, bu halde, müteahhit üzerine düşen tamamlanmış bina teslim etme borcundaki eksiklikleri gidermiş olmakla, arsa paylarının devrini istemeye hak kazanmaktadır.

Eksik ifaya rağmen teslimin gerçekleştiği hallerde arsa sahibi, müteahhidin kendi payına düşen bağımsız bölümlerin devrini talep etmesi halinde, müteahhide

⁶⁵¹ Ayan, s. 54

⁶⁵² Y. 14. HD. 17.05.2011 T., 2011/1573 E., 2011/6455 K., "*Davalı arsa sahipleri ise, edimlerin yerine getirilmediğini belirterek Borçlar Kanununun 81. maddesine dayanıp ödemezlik definde bulunmuştur. Gerçekten, davacının tescile hak kazanması kendisine temlik işleminde bulunan arsa sahibinin edimlerini yerine getirmesine bağlıdır. Sözleşmenin şarta bağlı olarak yapılmış olması ve bu şartın fesih tarihinden önce yerine getirilmesi, davacıya temlik işleminde bulunan yüklenici kendi borçlarını ifa etmediğinden, temlik hüküm ve sonuç meydana getirmez. Çünkü, eserin getirildiği fiziki seviye olan %70 oranı Dairemizin uygulamasına göre temlik sebebiyle davacıya mülkiyeti talep yetkisi vermez.*" (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 10.04.2016)

⁶⁵³ Y. 23. HD., 06.11.2015 T., 2015/4602 E., 2015/7122 K.; Uygur, TBK, s. 7955 : "*Sözleşme ile son dairenin tapusunun verilmesi, inşaatın noksansız ve kusursuz biçimde teslimi şartına bağlanmıştır. Davacı, inşaatı arsa sahiplerine teslim etmiş ve bu konuda tutanak düzenlenmiş ise de, inşaatın dava hakları saklı tutularak teslim alındığı tutanağa derç edilmiştir. Bu durumda davacının son dairenin tapusuna hak kazanabilmesi, inşaatın bütünüyle kusursuz biçimde tamamlanmasına bağlıdır. Ne var ki, belirlenen noksanlıklar teslimde engel bulunmadığından, tutarların dava tarihi itibarıyla tespit edilip arsa sahiplerine ödenmesi, yani birlikte ifa suretiyle tescil kararı verilmesi gerekir.*" (Y. 15. HD., 20.06.11996 T., 1996/2993 E., 1996/3518 K.), s. 8039, (Y. 15. HD., 06.07.1988 T., 1988/4387 E., 1988/2548 K.) (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 10.04.2016); Karahasan, s. 193, (YHGK., 01.04.1992 T., 1992/E-129 E., 1992/237 K.), s. 294, (Y. 15. HD., 21.02.1991 T., 1991/113 E., 1991/821 K.); Uygur, İnşaat, s. 631, (Y. 15. HD., 02.10.1987 T., 1987/2926 E., 1987/3384 K.)

⁶⁵⁴ Uygur, İnşaat, s. 623, (Y. 15. HD., 01.10.1990 T., 1990/1369 E., 1990/3677 K.)

devri gereken tüm arsa paylarını değil, ancak eksiklik oranına denk gelecek tutardaki arsa paylarını, ödemezlik defini ileri sürerek devirden kaçınabilir⁶⁵⁵. Arsa sahibince eksik ifadan doğan taleplerin öne sürülmüş olması hali, eksiklik giderilene kadar ödemezlik definin öne sürülmesine engel değildir. TBK m. 475/1, b. 2 hükmünün kıyasen uygulanması ile bedelden indirim yoluna gidildiği halde ise, ödemezlik def'i uygulanmaz⁶⁵⁶. Ayrıca, eksik ifadan doğan zararın giderilmemesi halinde de, arsa sahibi ödemezlik def'i savunmasında bulunabilir. Bir görüşe göre⁶⁵⁷, alman uygulamasında ayıplı ifa halinde ayıbın iki ya da üç katı oranında ödemezlik definin öne sürülerek arsa paylarını devirden kaçınılması eksiklik halinde de uygulanabilecek olup, eksikliğin tamamlanması için gereken masrafların iki katı oranında ödemezlik def'i öne sürülebilir. Diğer taraftan, arsa sahibinin, müteahhidin arsa payını devir talebi karşısında, eksik işler alacağını takas def'i olarak öne sürmesi de mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhide devri gereken arsa payları bütünlük arz ettiği için, ödemezlik definin uygulanmasında bir takım sorunlarla karşılaşmaktadır⁶⁵⁸. Bu durum özellikle, eksikliğin giderilmesi için gereken masrafların, müteahhide devredilecek arsa payına bağlı bağımsız bölümün değerinden oldukça düşük olması gibi hallerde görülmektedir⁶⁵⁹. Müteahhidin payına düşen arsa payına bağlı bağımsız bölümün değerinin oldukça yüksek olması ve eksikliğin giderilmesi için gereken masrafın ise bunun onda birinden dahi düşük olması halinde, arsa sahibinin arsa payını devirden kaçınması hakkaniyete aykırı görünürken, arsa sahibinin eksikliklerin giderilmesini talep hakkının, müteahhidi eksikliği gidermeye ikna edilmesi yolundaki tek teminatı da, ödemezlik def'i savunması ile arsa payını devirden kaçınabilmesidir. Bir görüşe göre, eksikliğin varlığına rağmen hukuki anlamda teslimin gerçekleştiği halde, arsa sahibinin eksikliğin giderilmesi için gereken masraflar müteahhide devri gereken arsa

⁶⁵⁵ Ayan, s. 77; Şahiniz, s. 95

⁶⁵⁶ Ayan, s. 87

⁶⁵⁷ Ayan, s. 77, dn. 266

⁶⁵⁸ Şahiniz, s. 95

⁶⁵⁹ Ayan, s. 87

paylarının değerini aşsa dahi, müteahhidin payına düşen arsa payına bağlı bağımsız bölümü devirden kaçınabilmelidir⁶⁶⁰.

B. AYIPLI İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI

1. Ayıp Kavramı

En genel ifadeyle ayıp, arsa sahibine teslim edilen bağımsız bölümler ve ortak yerlerdeki nitelik eksikliği olup⁶⁶¹, bağımsız bölümler ve ortak yerlerde sözleşme uyarınca sahip olması gereken niteliklerin⁶⁶² veya lüzumlu vasıfların⁶⁶³ bulunmamasıdır. Bir görüşe göre, nicelik eksiklikleri de ayıp sayılmalıdır⁶⁶⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit, binayı tamamlama ve teslim borcunun gereği gibi ifası için, sözleşmede kararlaştırılan veya sözleşmede öngörülen tahsis amacı uyarınca gerekli nitelikleri haiz bir binayı tamamlayıp, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri teslim ile yükümlüdür⁶⁶⁵. Ayıbın varlığının tespiti için, müteahhit tarafından yapılan bina ve bağımsız bölümlerin niteliklerinin, edim konusunun niteliklerine uygun olup olmadığı değerlendirilir⁶⁶⁶. Arsa sahibinin sözleşme ile ulaşmak istediği amacı sağlamayan ifa ayıplı ifa olarak nitelendirilir⁶⁶⁷. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde güven ilkesi hakim olup, müteahhidin, arsa sahibinin sözleşme uyarınca bulunmasını beklemekte haklı olduğu niteliğe sahip bağımsız bölümleri inşası beklenir.

⁶⁶⁰ Şahiniz, s. 95

⁶⁶¹ Kocaağa, s. 140; Eren, s. 79; Canbolat, s. 37

⁶⁶² Gümüş, s. 51; Kanber, s. 39; Günay, s. 1383, (Y. 15. HD., 04.03.2008 T., 2007/2157 E., 2008/1382 K.)

⁶⁶³ Gökyayla, Ek İş, s. 131; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.598; Şahiniz, s. 101

⁶⁶⁴ Yünlü, s. 106

⁶⁶⁵ Acar, F., s. 5; Kocaağa, İlave İş, s. 94; Kanber, s. 37; Karaman, s. 44; Erman, Arsa Payı, s. 121; Kocaağa, s. 138; Kocaağa, s. 139; Aydemir, s. 217

⁶⁶⁶ Aral, Fahrettin, Kötü İfa, Ankara 2011, s. 112

⁶⁶⁷ Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 308

Binanın ayıplı olması, sözleşmeye aykırılığı, müteahhidin edimini gereği gibi ifa etmediğini gösterir⁶⁶⁸. Ancak bu halde, müteahhidin edimi yerine getirmemesi ve bu çerçevede borçlunun temerrüdünün doğması değil, edimin gereği gibi ifa edilmemesi söz konusu olur⁶⁶⁹. Dolayısıyla, arsa sahibinin talep hakkı sadece binanın meydana getirilmesi ve kendi payına düşen bağımsız bölümlerin tesliminden ibaret değildir⁶⁷⁰. Bu bağlamda, ortak yerler ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin kanun veya sözleşmede öngörülen vasıfları taşımaması dar anlamda gereği gibi ifa etmeme haline örnek teşkil eder⁶⁷¹. Ayrıca, kural olarak, tamamlanmamış binanın ayıplı olmasından da bahsedilemez⁶⁷². Binanın ayıplı olup olmadığı teknik bir konu olup, uyuşmazlıklarda, dosyanın bilirkişiye tevdi ile ayıbın varlığı tespit edilmektedir⁶⁷³. Bunun yanı sıra, müteahhit tarafından yapılan ek işlerin de ayıplı olması mümkün olup, bu halde de ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁶⁷⁴.

Ayıp, müteahhit tarafından teslim edilen bina ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde, sözleşme ile kararlaştırılan⁶⁷⁵ ya da dürüstlük kuralı⁶⁷⁶ ve ticari doğruluğun bir gereği olarak bulunması gereken⁶⁷⁷ veya kanun tarafından öngörülen niteliklerin bulunmaması halinde söz konusu olur⁶⁷⁸. Bu bağlamda, ayıp binanın ve bağımsız bölümlerin sözleşmeye aykırılığını ifade etmektedir. Dolayısıyla, ayıplı ifa halinde, müteahhit üzerine düşen binayı tamamlama ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri teslim borcunu gereği gibi ifa etmemiş olacaktır⁶⁷⁹. Diğer taraftan ayıp, bağımsız bölümlerin kullanılabilirliğini ve değerini olumsuz yönde

⁶⁶⁸ Büyükay, s. 101; Erman, Arsa Payı, s. 121; Gökyayla, Ek İş, s. 132; Karaman, s. 44

⁶⁶⁹ Erman, Arsa Payı, s. 121

⁶⁷⁰ Büyükay, s. 97

⁶⁷¹ Aral, s. 74

⁶⁷² Yavuz, Ayıp, s. 636

⁶⁷³ Erman, Arsa Payı, s. 121

⁶⁷⁴ Gökyayla, Ek İş, s. 132

⁶⁷⁵ Erman, Arsa Payı, s. 121; Kaplan, s. 113; Öz, İnşaat, s. 190; Avcı, s. 98;

⁶⁷⁶ Ergezen, s. 69; Şekerci, s. 61; Kostakoğlu, s. 447; Duman, İnşaat, s. 773; Seliçi, İnşaat, s. 136

⁶⁷⁷ Öz, İnşaat, s. 190

⁶⁷⁸ Büyükay, s. 101; Canbolat, s. 38

⁶⁷⁹ Büyükay, s. 102; Şahin, Ayıp, s. 136

etkileyebilir. Binanın tekniğin kabul görmüş kurallarına göre imal edilmemesi hali de ayıp teşkil etmektedir⁶⁸⁰.

Başka bir görüşe göre⁶⁸¹, sözleşmesel belirleme⁶⁸² ve dürüstlük kurallarına göre teslim edilmesi gereken eserin özellikleriyle imal edilen bağımsız bölümler karşılaştırıldığında ortaya çıkan her tür sapma ayıp olarak nitelendirilir. Bu görüşe göre, eserin ortalama vasıflarından sapma ayıbın belirlenmesinde bir kıstas olamaz. Zira, satış sözleşmesinin akdedildiği anda sözleşme konusu şey mevcut iken, eser sözleşmesinin akdedildiği anda sözleşme konusunun mevcut olmayıp, "*aynı türden eserin normal vasıflarının*" tespiti güçtür⁶⁸³. Bu bağlamda, eserde bulunması gereken niteliklerin güven ilkesi çerçevesinde tespit edilmesi gerekir⁶⁸⁴. Diğer bir görüşe göre ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan ya da lüzumlu niteliklerin bulunmaması halidir⁶⁸⁵. Ancak, her sözleşmeye aykırılık hali ise ayıp değildir.

Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin ayıplı olması, sözleşmenin muhtevasına bağlı olması sebebiyle nispi bir kavramdır⁶⁸⁶. Nitekim, ayıbın tespitinde, sözleşme içeriği ve dürüstlük kuralı gereği arsa sahibinin nasıl bir bağımsız bölüm beklemekte haklı olduğu ve imal edilen eserin nasıl bir nitelikte olduğu karşılaştırılmaktadır. Ayıp, bağımsız bölümlerin sözleşmeyle öngörülen kullanılabilirliğine, binanın ve bağımsız bölümün değerine olumsuz yönde etki eder⁶⁸⁷. Ancak, bu kıstas her halde geçerli bulunmamaktadır. Aksi yöndeki bir görüşe göre, sözleşmede kararlaştırılan ile aynı derecede kullanılabilir olma hali salt ayıpsız

⁶⁸⁰ Büyükay, s. 103; Siegburg, Nr. 118 (Naklen Şenocak, s. 99), Tekniğin genel kabul görmüş kuralları: "bir eserin tasarlanması ve meydana getirilmesinde kullanılan teknik kurallar olup, bilimsel çevrelerde teorik açıdan doğruluğu sabit ve kabul edilmiş olan ve bu kuralları uygulamaya yetkili, en yeni bilgilerle donatılmış teknik elemanlar tarafından bilinen ve de (süreklilik taşıyan uygulamadan doğan) tecrübeye göre teknik açıdan elverişli, uygun ve gerekli görülen kurallardır.

⁶⁸¹ Yavuz, Ayıp, s. 637; Aydoğdu/ Kahveci, s. 760; Duman, İnşaat, s. 773

⁶⁸² Gümüş, s. 51

⁶⁸³ Şenocak, s. 92

⁶⁸⁴ Gümüş, s. 51

⁶⁸⁵ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1025

⁶⁸⁶ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1026; Uçar, Ayıp, s. 125; Yalçınduran, s. 110; Kocaağa, Özen, s. 182; Ergezen, s. 69

⁶⁸⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1025

ifa anlamına gelmez⁶⁸⁸. Nitekim, sözleşmede bağımsız bölümlerin duvarlarının beyaz renge boyanması kararlaştırılmışken, müteahhit tarafından krem renge boyanmış olması hali tek başına ayıplı ifa sayılması için yeterli iken, bu halde değere olumsuz bir etkinin varlığından söz edilemez.

Bir görüşe göre, ayıbın varlığını tespit açısından satış sözleşmesi hükümlerine yollama yapmakla yetinilmemeli, eser sözleşmesindeki ayıp kavramı kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır⁶⁸⁹. Zira, eser sözleşmesinde önemsiz ayıplar da yüklenicinin sorumluluğunu gerektirir. Aksine, satış sözleşmesinde, ayıptan doğan sorumluluk, satış sözleşmesine konu şeyde vaat edilen niteliklerin eksik olması ya da eksikliğin değerde azalmaya ya da kullanıma uygunluğu önemli ölçüde ortadan kaldırmasına yol açması halinde söz konusu olacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin iş görme edimine, kural olarak, eser sözleşmesine dair hükümlerin kıyasen uygulandığı gözetildiğinde bu yorum arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da geçerlidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ayıp, sözleşmede kararlaştırılan veya lüzumlu niteliklerin bulunmaması halinde var olabilir⁶⁹⁰. Bu bağlamda, ayıplı ifanın varlığının tespitinde, öncelikle bağımsız bölümler ve ortak yerlerin nitelikleri konusunda taraflar arasında bir anlaşma olup olmadığına bakılarak, müteahhit tarafından sunulan edimin bu vasıflara uygun olup olmadığı irdelenmelidir. Bu konuda bir anlaşma yok ise, zımni bir anlaşmanın olması halinde niteliklerin buna uygunluğu denetlenmeli, hiçbir anlaşma bulunmaması halinde, dürüstlük kuralına göre bağımsız bölümlerde bulunması gereken niteliklerin mevcut olup olmadığı denetlenmelidir⁶⁹¹. Diğer taraftan, bağımsız bölümlerin teslimden önce ayıplı olduğunu ispat külfeti arsa sahibine aittir⁶⁹². Bağımsız bölümlerin ayıplı olup olmadığının tespitinde ise, teslim anı esas alınacaktır⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Durak, s. 225; Kostakoğlu, s. 447

⁶⁸⁹ Uçar, Ayıp, s. 125

⁶⁹⁰ Uçar, Ayıp, s. 126; Kaplan, s. 114; Tandoğan, s. 161

⁶⁹¹ Şenocak, s. 94

⁶⁹² Uçar, Ayıp, s. 125; Büyükay, s. 112

⁶⁹³ Gümüş, s. 28

a. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Bulunmaması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, plan, proje ve teknik şartnamelerde, binanın ve bağımsız bölümlerin haiz olması gereken nitelikler gösterilebilir. Keza, arsa sahibinin kullanma amacı da anılan sözleşme, plan ve projelerden tespit edilmektedir. Müteahhit tarafından, sözleşme, plan, proje ve teknik şartnamelerde gösterilen niteliklerden herhangi biri olmaksızın inşa edilen bina ve bu çerçevede arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümler ayıplı olur⁶⁹⁴. Nitekim, arsa sahibi ve müteahhidin, bina ve bu çerçevede bağımsız bölümlerin sahip olması gereken nitelikler yönündeki anlaşması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir parçası olup, akdi nitelik taşımaktadır.

Sözleşmede, binanın inşasında kullanılacak malzemenin markası belirlenmişse, buna aykırılık halinde ayıbın varlığından söz edilebilir⁶⁹⁵. Taraflarca, binanın yapımında kullanılacak malzeme ve işçilik hakkında bir belirleme yapılmaması halinde ise, TBK m. 86 hükmünün kıyasen uygulanması ile orta nitelikte bir malzemenin kullanılması yeterli olur. Bu durumda, sözleşmenin tarafların ortak amacı ve arsa sahibinin haklı beklentisi doğrultusunda yorumlanması ile sonuca ulaşılmalıdır⁶⁹⁶. Nitekim, müteahhit tarafından inşası yüklenilen binanın lüks yapılması kararlaştırıldığı halde, tarafların örtülü iradesinden, kullanılacak malzemenin birinci sınıf olması, yüksek oranda ses geçirmez bir bina inşa etmesi gibi hallerin varlığı aranacaktır. Ayrıca, tarafların malzeme ve işçilik hakkında, bulunması gereken asgari nitelikleri kararlaştırması da mümkündür. Bu durumda, asgari niteliklerden kötü vasıftaki malzemeyle inşa edilen bina ayıplı sayılacaktır⁶⁹⁷. Binanın ve bağımsız bölümün imal edilme tarzının, özensiz yöntemlerle yapılmış olması salt olarak ayıbın varlığını göstermez⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ Şahiniz, s. 101; İşbora, s. 80; Uçar, Ayıp, s. 126; Öz, İnşaat, s. 190; Hatipoğlu, Ünsal, s. 25; Seliçi, İnşaat, s. 136

⁶⁹⁵ Kaplan, s. 117

⁶⁹⁶ Seliçi, İnşaat, s. 137

⁶⁹⁷ Yalçınduran, s. 111; Seliçi, İnşaat, s. 139

⁶⁹⁸ Uçar, Ayıp, s. 127

Müteahhidin sözleşmeden kararlaştırılandan daha geniş bina yapması ya da daha fazla bağımsız bölüm inşa etmesi hali ayıplı ifa olarak nitelendirilemez. Nitekim, bu halde, sözleşmede öngörülen vasıfların eksikliği söz konusu değildir. Bu noktada, yapılan fazla inşaatın yapı kullanma izin belgesi alınmasına engel olduğu halde ayıplı ifa söz konusu olur⁶⁹⁹.

Bina ve bağımsız bölümlerde olmaması gereken niteliklerin sözleşmede kararlaştırılması mümkündür. Bu halde, olmaması gereken niteliklerin varlığı halinde, müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğunun varlığından bahsedilebilir. Bu bağlamda, sözleşmede kararlaştırılan vasıflardan birinin eksikliği halinde bağımsız bölümler ayıplı olur. Bina ve bağımsız bölümlerde bulunması gereken asgari şartların belirlendiği hallerde ise, asgari şartları sağlayan bina ve bağımsız bölümler ayıplı sayılmaz⁷⁰⁰.

Sözleşmede bina ve bağımsız bölümlerde bulunması kararlaştırılan vasıfların bulunmaması halinde, inşası kararlaştırılan bina ve bağımsız bölüm ile inşa edilen hali aynı derecede kullanıma elverişli olsa dahi ayıplı sayılır⁷⁰¹. Benzer görüşe göre, kararlaştırılandan daha kullanışlı ve objektif olarak daha değerli bir bağımsız bölümün yine de ayıplı sayılması gerekir⁷⁰². Bu hallerde, bazen ayıptan doğan hakların kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Aksi yöndeki bir görüşe göre, sözleşmede kararlaştırılandan daha nitelikli bir bina yapılması halinde, aynı derecede kullanıma elverişli ise, ayıp olarak nitelendirilemez⁷⁰³. Ayrıca, müteahhidin kendi payına düşen bağımsız bölümleri daha büyük yapması halinde, sözleşmedeki paylaşım hükmü ihlal edileceğinden bu halde, ayıplı ifa söz konusu olur⁷⁰⁴.

⁶⁹⁹ Akkanat, Halil, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, (s. 63-76), s. 74

⁷⁰⁰ Uçar, Ayıp, s. 127; Turanboy, s. 159

⁷⁰¹ Şahiniz, s. 102; Tandoğan, s. 163; Yavuz, C., s. 1028; Şenocak, s. 95

⁷⁰² Tandoğan, s. 163; Şenocak, s.95

⁷⁰³ Turanboy, s. 159

⁷⁰⁴ Öz, İnşaat, s. 193

Tarafların sözleşmede anlaştıkları, bulunması gereken vasıfların tespitinde, somut olay gözetilerek, taraf iradeleri dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır. Ancak, öncelikli olarak sözleşme hükümleri dikkate alınmaktadır. Müteahhit tarafından inşa edilecek binanın ve bağımsız bölümlerin, lüks ve konforlu olmasının kararlaştırılması halinde, müteahhidin yüksek kalitede malzeme ile binayı inşa etmesi gerekliliği, zımnen kararlaştırılan bir vasfı teşkil eder. Dolayısıyla, sözleşmenin yorumunda, salt sözleşme metni değil, iş çevresindeki örf ve adetler de dikkate alınmalıdır⁷⁰⁵.

Taraflarca bina ve bağımsız bölümlerde bulunması gereken nitelikler hakkındaki belirleme tekniğın genel kabul görmüş kurallarının öngördüğü standartların altında kalabilir. Bu hallerde, müteahhit tarafından inşa edilen bina ve bağımsız bölümler tarafların iradesine uygun olmakla beraber, sözleşmede kararlaştırılan vasıf bina ve bağımsız bölümlerin sözleşmede öngörülen amaç doğrultusunda kullanılmasına engel teşkil etmiyorsa, ayıbın varlığı söz konusu olmaz⁷⁰⁶. Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin, tekniğın genel kabul görmüş standartlarının altında kaldığı ve kullanıma elverişliliği etkilediği takdirde, müteahhidin TBK m. 472/3 hükmüne kıyasen arsa sahibini bu konuda uyarma yükümlülüğü bulunmakta olup, bunu yerine getirmesi halinde, ayıptan doğan sorumluluğundan bahsedilemez⁷⁰⁷. Müteahhidin özen yükümlülüğü gereğince de bu uyarıyı yapması gerekir. Aksi halde, müteahhit, bina ve bağımsız bölümlerin tahsis amacına aykırı olmasından, sözleşmeye uygun olarak edimini ifa etmiş olsa bile, TBK m . 474 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır⁷⁰⁸. Müteahhit tarafından yapılan uyarıya rağmen, örneğın malzemenin arsa sahibince karşılanması ve maliyeti düşürmek düşüncesiyle hareket ederek bu uyarıyı dikkate almaması halinde, müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğundan bahsedilemez. Ayrıca, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin eksikliği halinde, bağımsız bölüm ve ortak yerler tekniğın genel kabul görmüş kurallarına uygun olsa dahi ayıplı sayılır⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Şahiniz, s 102

⁷⁰⁶ Şahiniz, s 103

⁷⁰⁷ Şenocak, s. 96

⁷⁰⁸ Şahiniz, s 103

⁷⁰⁹ Şahiniz, s. 102; Şenocak, s. 95

Binanın teslim anındaki tekniğin genel kabul görmüş kurallarına uygun olarak inşa edilmesi ve sonradan tekniğin genel kabul görmüş kurallarının gelişmesi ile bina ve bu çerçevede arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümler yetersiz hale gelebilir. Bu durumda, tekniğin genel kabul görmüş kurallarının yetersiz olmasının rizikosu arsa sahibine değil, müteahhide ait olmalıdır⁷¹⁰.

Diğer taraftan, karşılaştırılan niteliklerin bulunmaması halinde, müteahhidin ayıptan sorumlu olacağına sözleşmede belirtilmemiş olması, müteahhidin sorumluluğunun doğmasına engel olmaz. Nitekim, müteahhidin sorumluluğu TBK m. 474 vd. hükümleri gereği, kanundan doğmaktadır.

b. Lüzumlu Vasıfların Bulunmaması

Lüzumlu vasıfların bulunmaması sebebiyle ayıp, sözleşmede hüküm bulunmaması rağmen, dürüstlük kuralı ve ticari doğruluğun gereği olarak, sözleşmeden beklenen menfaatin ve tahsis amacının gerçekleşmesi için gerekli niteliklerinin bulunmaması halinde söz konusu olur⁷¹¹. Nitekim, müteahhit iyi malzeme kullanarak, arsa sahibinin can ve mal güvenliğini için tehlike yaratmayacak, sağlam bir bina inşa etmekle yükümlüdür. Keza, sözleşmede öngörülen vasıfların yanı sıra, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde arsa sahibinin menfaatlerini koruyacak ölçüde lüzumlu vasıfların bulunması gerekmektedir⁷¹². Ayrıca, özel kanunlarda da binada bulunması gereken nitelikler belirlenmiş olabilir. Nitekim, yapı kullanma izin belgesinin alınması için İmar Kanunu'nda bir takım şartlar aranmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bina ve bağımsız bölümlerin haiz olması gereken niteliklerin belirtilmemesi halinde, taraf iradelerinin somut sözleşmedeki amaca uygun yorumu ile ayrıca bulunması taahhüt edilmese dahi,

⁷¹⁰ Şenocak, s. 101

⁷¹¹ Şahiniz, s. 104; Karaman, s. 46; İşbora, s. 81; Hatipoğlu Ünsal, s. 27; Uçar, Ayıp, s. 128; Yalçınduran, s. 112; Bilge, K., s. 67

⁷¹² Turanboy, s. 159; Ergezen, s. 71; Şahin, Ayıp, s. 138

müteahhidin, arsa sahibinin haklı beklentisi ve menfaatine uygun nitelikte, kullanmaya elverişli ve normal yapıda bir bina ve bağımsız bölüm inşası beklenir⁷¹³. Bu durumda bir görüşe göre, *eşyanın normal niteliklerinden ayrılması* hali mevcut olup, kıyasen TBK m. 219 hükmü uygulanarak çözüme ulaşılmalıdır⁷¹⁴. Dolayısıyla, inşa edilen bina ve bu çerçevede arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümler, arsa sahibinin kullanım amacına uygun olmalı ve beklenen faydaları ortadan kaldırmamalıdır. Diğer deyişle, esas olan arsa sahibinin ihtiyaçlarıdır. Taraflarca, sözleşmede bir belirleme yapılmaması halinde, müteahhit TBK m. 86 hükmü uyarınca orta kalitede bir bina inşa etmekle yükümlüdür⁷¹⁵. Kullanım amacı ve beklenen faydanın tespitinde ise, TMK m. 2 hükmünden hareketle sonuca varılmalıdır⁷¹⁶. Nitekim, anılan hüküm, kanundan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin yorumu ve tamamlanmasında işlev göstermektedir. Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, karşılıklı güven esası hakim olduğu için, bu yöndeki yorumla sağlıklı bir sonuca varılması uygun olur. Nitekim, sıcak iklimli bölgede yapılacak binanın izolasyonu ile soğuk iklimin hakim olduğu bölgede yapılacak izolasyonun niteliği farklı olmalıdır. Bu bağlamda, müteahhit, binanın inşasında, sanatın gereklerine ve tekniğin bilinen kurallarına uygun hareket etmelidir.

2. Ayıp Türleri

Müteahhit tarafından, inşa edilen binada bulunan ve bu çerçevede arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerdeki ayıplar çeşitli türlerde olabilir. TBK m. 475 hükmünde önemli - önemsiz, TBK m. 477 hükmünde ise açık - gizli ayıp ayrımı yapılmıştır. Bunun yanı sıra, maddi - hukuki ve asli - tali ayıp ayrımı da bulunmaktadır⁷¹⁷.

⁷¹³ Tandoğan, s. 164; Büyükay, s. 102; Yavuz, Ayıp, s. 637; Şahiniz, s. 104; Uçar, Ayıp, s. 128; Kaplan, s. 119

⁷¹⁴ Uçar, Ayıp, s. 128

⁷¹⁵ Şenocak, s. 97; Seliçi, İnşaat, s. 142

⁷¹⁶ Uçar, Ayıp, s. 128

⁷¹⁷ Uçar, Ayıp, s. 129

a. Açık - Gizli Ayıp

Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin teslimi esnasında, ilk bakışta göze çarpan ya da özenli bir muayene sonucu bütün önem ve kapsamı ile anlaşılabilen ayıplar, açık ayıp olarak nitelendirilmektedir⁷¹⁸. İnşaatın sıvasındaki gözle görülür nitelik eksiklikleri veya kullanılan malzemenin açık bir şekilde kararlaştırılan vasıflara aykırılık hallerinde açık ayıp bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, TBK m. 222/2 hükmünden yola çıkarak, ayıbın olağan inceleme ile kolaylıkla fark edildiği halde, aşikar ayıp bulunur⁷¹⁹. Bu ayırımın yapılması kabul edilebilir olmakla beraber, hukuki sonuçları yönünden ihbarın derhal yapılacağı yönündeki görüşe⁷²⁰ katılmak mümkün değildir. Ancak, yukarıda da değinildiği üzere, eser sözleşmesinde ve bu bağlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin akdedilmesi anında, satış sözleşmesinde olduğu gibi sözleşme konusu şey mevcut bulunmamaktadır. Nitekim, TBK m. 474 vd. hükümlerinde, aşikar-açık ayıp ayrımı yapılmamıştır.

Bağımsız bölümlerde, TBK m. 477/1 hükmüne kıyasen, "*usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek*" ayıplar, gizli ayıp niteliğindedir⁷²¹. Gizli ayıptan doğan hakların kullanılabilmesi için aynı zamanda müteahhidin gizleme kastının varlığı aranmamalıdır. Nitekim, ayıptan doğan sorumluluk, kusur esasına bağlı değildir. Her ne kadar kanun koyucu tarafından "ve" bağlacı kullanılmış olsa da hükmün amacı ve ayıptan doğan sorumluluk esasları çerçevesinde, bunun aynı zamanda veya olarak anlaşılması gerekir. Zira, "ve" bağlacının hükümde yer

⁷¹⁸ Uçar, Ayıp, s. 130; Şahiniz, s. 106; Hatipoğlu Ünsal, s. 62; Bilge, K., s. 68; Aydemir, s. 237; Duman, İnşaat, s. 779; Seliçi, İnşaat, s. 143; Uygur, TBK, s. 7938 : "*Plastik badana yerine kireç badana yapılması ve tesisatının ECA markası olması gerekirken, değişik marka takılması açık ayıp niteliğinde bulunduğundan...*" (Y. 15 HD., 08.04.1992 T., 1992/4925 E., 1990/1820 K.); Uygur, İnşaat, s. 542: "*1. sınıf parke ile 3. sınıf parke arasındaki fark ile 1. sınıf parke ile marley arasındaki fark açık ayıpla ilgili bulunduğundan...*" (Y. 15. HD., 26.03.1991 T., 1991/4137 E., 1991/1503 K.); Y. 23. HD., 04.02.2014 T., 2013/9280 E., 2014/724 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.04.2016)

⁷¹⁹ Şahiniz, s. 106; Erman, Arsa Payı, s. 138

⁷²⁰ Gümüş, s. 54; Aksi yöndeki görüş için bkz. Şahiniz, s. 106

⁷²¹ Yavuz, Ayıp, s. 653 : "*Davacılara ait bağımsız bölümlerin zemininde (parke altında) bulunan kalorifer tesisatının kusurlu imal edilmesi nedeniyle, teslimden sonra ve kullanım sırasında sızıntı yapmasının gizli ayıp niteliğinde olmasına...*" (YHGK., 28.01.2009 T., 2009/832 E., 2009/34 K.)

alması İsviçre Borçlar Kanunu'nu m. 370 hükmünden yapılan tercüme hatasından kaynaklanmaktadır⁷²². Ayrıca, bina ve bağımsız bölümlerin olağan kullanımı veya belirli bir sürenin geçmesi ile ortaya çıkan ayıplar da, gizli ayıp vasfındadır.

Bir görüşe göre, bağımsız bölümlerin muayenesinin TBK m. 474/2 hükmüne kıyasen, resmi bilirkişi aracılığıyla yapılması halinde, resmi bilirkişinin saptayamadığı açık ayıplar arsa sahibi açısından gizli ayıp olarak nitelendirilmelidir⁷²³.

Yargıtay'a göre açık ve gizli ayıp ayrımının yapılabilmesi için, "*mahkemeye uzman bilirkişi aracılığıyla yeniden inceleme yapılarak, ayıbın açık mı yoksa gizli mi olduğunun saptanması*" gerekir⁷²⁴. Buna göre, açık ve gizli ayıp ayrımı, ayıbın gözden geçirmekle fark edilip edilememesi ve sonradan ortaya çıkıp çıkmamasına göre yapılmaktadır.

Diğer taraftan, müteahhidin gizlemesi sebebiyle, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin teslimi esnasında arsa sahibince fark edilemeyen ayıplar, kasten gizlenmiş ayıptır. Müteahhit tarafından bilinmeyen, ancak, çalışan mimar veya mühendisleri tarafından ayıbın gizlendiği hallerde de, kasten gizlenmiş ayıbın varlığından söz edilecek ve müteahhidin sorumluluğuna gidilebilecektir. Kastem gizlenen ayıbın varlığı halinde, müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmesi için arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması aranmaz. Arsa sahibinin açık ayıplara ilişkin alacağı bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi tarihinde, gizli ayıplara ilişkin alacağı ise ayıbın ortaya çıktığı tarihte muaccel hale gelir⁷²⁵. Gizli ayıpların giderilmesi bedeli, 16.02.1988 tarihli bir içtihadı göre, dava tarihindeki değil, arsa sahibi tarafından işin ne kadar süre içinde yaptırılacağı tespit

⁷²² Öz, İnşaat, s. 201

⁷²³ Erman, Arsa Payı, s. 134; Öz, İnşaat, s. 200

⁷²⁴ Uygur, TBK, s. 7939, (Y. 15. HD., 30.01.1991 T., 1991/2260 E., 1991/275 K.)

⁷²⁵ Kırmızı, s. 915, Y. 15. HD., 20.12.2012 T., 2012/2563 E., 2012/8002 K.: "*Davacının eksik işler bedeli ile açık ayıplara ilişkin alacağı sözleşme konusu bağımsız bölümlerin fiilen kendisine teslim edildiği tarihte, gizli ayıplara ilişkin alacağı ise ayıbın ortaya çıktığı tarihte muaccel hale gelir.*"; Sütçü, Cilt 1, s. 961, (Y. 15. HD., 23.03.2010 T., 2009/1814 E., 2010/1643 K.)

edilip, o tarihe ihtarla tanınan süre de eklenerek bulunacak tarihteki fiyatlara göre belirlenmesi gerekir⁷²⁶.

b. Önemli - Önemsiz Ayıp

Önemli ayıp, bina ve bağımsız bölümlerdeki arsa sahibi tarafından tamamen ve kesin olarak kullanılamaz veya kabule zorlanamaz nitelikteki ayıptır⁷²⁷. TBK m. 475/1 hükmüne kıyasen arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri "kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde"ki ayıplar, önemli ayıptır. Keza bu hüküm, ayıbın derecelendirilmesi noktasında bir öneme sahiptir. Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin kullanılamazlığı, arsa sahibi ve müteahhidin karşılıklı menfaatleri gözetilerek, nısfet kaidesi çerçevesinde hakim tarafından takdir edilir. Hakim tarafından yapılacak değerlendirmede somut olayın hal ve şartları dikkate alındığında ayıbın sözleşmeden dönmeyi haklı kıлып kılmadığının tespiti yapılır. Yargıtay'a göre bu tespit, mahallinde uzman bilirkişi refakatinde yapılan keşif neticesinde varılacak sonuca göre yapılmalıdır⁷²⁸. Anılan maddede belirtildiği üzere, bu ölçüdeki ayıpların varlığı halinde arsa sahibi sözleşmeden dönebilir. Burada dönme ile ilgili olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yönünden kıyasen uygulama alanı bulacak TBK m. 475/son hükmü göz ardı edilmemeli, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının istisnai hallerin varlığı halinde mümkün bulunduğu dikkate alınmalıdır. Keza, anılan hüküm sözleşmeden dönmenin müteahhit açısından ağır sonuçları olması sebebiyle öngörülmüştür⁷²⁹. Ayrıca, anılan hüküm uyarınca, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracak ayıplar da önemli ayıp kapsamındadır.

⁷²⁶ Uygur, İnşaat, s. 632; (Y. 15. HD., 16.02.1988 T., 1988/1962 E., 1988/620 K.)

⁷²⁷ Uçar, Ayıp, s. 131; Turanboy, s. 162; Gümüş, s. 53; Durak, s. 227; Şahiniz, s. 108; Şenocak, s. 104; Duman, İnşaat, s. 781; Seliçi, İnşaat, s. 143; Uygur, İnşaat, s. 648: "*Belediyece inşaat projeye aykırı olduğu için mühürlenmiş ve bir kısım eklentileri yıkılmıştır. Bu durumda sözleşmeye ve projeye aykırı olarak yapıldığı, iskana müsait olmadığı sabit olan ve kamu düzenine göre saptanmış binanın davacı arsa maliki tarafından kabulü istenemeyeceğinden...*" (Y. 14. HD., 30.09.1993 T., 1993/2142 E., 1993/3702 K.)

⁷²⁸ Uygur, İnşaat, s. 588, (Y. 15. HD., 18.06.1990 T., 1990/5195 E., 1990/2919 K.)

⁷²⁹ Serozan, s. 307

TBK m. 475 hükmüne kıyasen, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri "*kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde*" olmayan ayıplar, önemsiz ayıptır. Bu türden ayıpların varlığı halinde ise, TBK m. 475'te yer alan dönme dışındaki haklar, koşulların sağlanması halinde, kullanılabilir. Görüldüğü üzere, bu başlıkta incelenen ayıp ayırımı, arsa sahibinin ayıptan doğan haklarından hangisini kullanabileceği yönünden önem arz etmektedir. Önemli ve önemsiz ayıpların birbirinden ayırt edilmesi için mahkemeler bilirkişi aracılığıyla inceleme yapmaktadır. Önemsiz ayıbın varlığı halinde, TBK m. 475 hükmüne kıyasen arsa sahibinin sahip olduğu hakların varlığının tespitinde dürüstlük kuralının da esas alınması gerekir⁷³⁰. Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerdeki bozukluğun sadece göz zevkini bozduğu, değer düşüklüğüne yol açmadığı hal bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eki olan teknik şartnamelerde binanın inşasında kabul edilen toleranslar bozukluk teşkil etmez.

Ayıbın kısa sürede giderilebiliyor olması halinde, kural olarak, kullanılamazlıktan ve bu bağlamda önemli ayıbın varlığından söz edilemez. Bu durum ise çoğunlukla, binada yer alan tek bir bağımsız bölümdeki küçük bir kısım ile ilgili ayıbın bulunması halinde söz konusu olur.

c. Maddi - Hukuki Ayıp

Maddi ayıp, arsa sahibinin, sözleşmede kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı gereği ifa menfaatinin karşılanması için gerekli olan fiziksel niteliklerin ortak yerler ve bağımsız bölümlerde bulunmaması halinde söz konusu olur⁷³¹. Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin taşınması gereken fiziksel niteliklerin sözleşmede belirlenmesi halinde, taraf iradelerinin güven ilkesi çerçevesinde yorumlanması ile çözüme gidilmelidir. Diğer bir görüşe göre, maddi ayıp inşaattaki fiili bozukluktur⁷³².

⁷³⁰ Uçar, Ayıp, s. 131

⁷³¹ Uçar, Ayıp, s. 133; Gümüş, s. 52; Şahiniz, s. 105; Şahin, Ayıp, s. 139; İşbora, s. 81; Hatipoğlu Ünsal, s. 22; Bilge, K., s. 69; Aydemir, s. 234; Canbolat, s. 41

⁷³² Erman, Arsa Payı, s. 125; Karaman, s. 47

Dolayısıyla, aynı cinsten eşyalarla karşılaştırıldığında, kendi değerini veya kullanıma elverişliliğini ortadan kaldıran veya azaltan her türlü nitelik eksikliği maddi ayıptır.

Hukuki ayıp ise, müteahhit tarafından inşa edilerek tamamlanan binada, kamu ve imar hukukunun yapı güvenliği ile ilgili veya diğer emredici hükümleri uyarınca görülen hukuki aykırılıklardır⁷³³. Diğer bir tanıma göre, objektif hukuk tarafından bağımsız bölümlerin kullanımına getirilen sınırlama ve yasaklamalardan doğan eksikliklerin varlığı halinde hukuki ayıp vardır⁷³⁴. Bir diğer görüşe göre ise hukuki ayıp, ayrıca, bina üzerindeki tasarruf imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran kamu hukuku kaynaklı sınırlamalardır⁷³⁵.

Hukuki ayıbın varlığı halinde, maddi ayıplarda olduğu gibi TBK m. 475'te yer alan, ayıptan doğan hakların, kıyasen, müteahhide karşı ileri sürülmesi mümkündür⁷³⁶. Aksi yönde bir görüşe göre, eser sözleşmesindeki ayıptan doğan sorumluluk hükümleri, satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerinin aksine sadece maddi ayıplar göz önüne alınmak suretiyle düzenlenmiş olup, bu halde, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekir⁷³⁷. İskan izninin alınmamış olmasının yapıdaki maddi ayıptan kaynaklanması halinde, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması bu durumun istisnasıdır.

d. Asli - Tali Ayıp

Asli ayıp, eserin teslimi sırasında bulunan, ikincil ayıp ise, teslim sırasında mevcut olan asli ayıplardan doğan ayıplardır⁷³⁸. Ortak yerler ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerde sonradan ortaya çıkan ayıbın kaynağı, teslim esnasındaki bir ayıp ise bu halde tali ayıbın varlığı söz konusu olur. Asli ayıplarda olduğu gibi

⁷³³ Büyükay, s. 103; Yünlü, s. 107; İşbora, s. 81; Kaplan, s. 114; Ergezen, s. 76; Şahiniz, s. 105

⁷³⁴ Uçar, Ayıp, s. 133

⁷³⁵ Gümüş, s. 53

⁷³⁶ Uçar, Ayıp, s. 133

⁷³⁷ Öz, Dönme, s. 93

⁷³⁸ Uçar, Ayıp, s. 134; Gümüş, s. 55; Duman, İnşaat, s. 781

tali ayıbın varlığı halinde, arsa sahibi, müteahhide karşı, kıyasen, TBK m. 475 hükmünde yer alan haklarını öne sürebilir. Ancak, teslimden sonraki ayıbın kaynağı, teslim esnasında var olan asli ayıp değil ise, bu halde TBK m. 475 hükümleri uygulanmaz.

Diğer taraftan tali ayıp, gizli ayıptan ayırt edilmesi gereken bir kavramdır. Gizli ayıbın teslim esnasında da varlığı mümkün iken, tali ayıp teslim esnasında mevcut değildir. Bu sebeple, gizli ayıp, tali ayıba göre daha kapsamlıdır.

e. Ekonomik Ayıp

Müteahhit tarafından teslim edilen bağımsız bölümlerdeki iktisadi vasıf eksiklikleri, beklenen verimin alınamaması hali ekonomik ayıp teşkil eder⁷³⁹. Aksi yöndeki görüşe göre, eserde nitelik kavramından, eserin fiziki özelliklerinin anlaşılması gerekmekte olup, hukuki durum nitelik sayılmaz⁷⁴⁰.

Satış sözleşmesinde bildirilen niteliklerin bulunmaması ayıp olarak nitelendirilmişken, eser sözleşmesinde bu hal ayrıca ayıp olarak düzenlenmemiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin binayı tamamlama ve arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümleri teslim borcuna eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulandığı göz önüne alındığında bu durumun açıklanması gerekmektedir. Bir görüşe göre, bu halde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin bildirdiği iktisadi vasıfların bulunmamasından ötürü sorumluluğu doğar⁷⁴¹. Bu durumda, müteahhidin, eserin yapısı dışında kalan ve iş görme ediminin -arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde binayı tamamlama borcunun- konusu olmayan ekonomik nitelikleri vaat etmesi ve bunların gerçekleşmemesi halinde ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanmaz. Bu halde, bir tür garanti sözleşmesi olması sebebiyle, vaat edilen sonucun gerçekleşmemesi halinde arsa

⁷³⁹ Uçar, Ayıp, s. 134; Yıldırım, s. 121; Dayınlarlı, s. 52; Ergezen, s. 77; Hatipoğlu Ünsal, s. 23; Bilge, K., s. 69

⁷⁴⁰ Turanboy, s. 158

⁷⁴¹ Uçar, Ayıp, s. 135

sahibi tazminat talep edebilir⁷⁴². Nitekim, bu durumda eserin yapısında bir vasıf eksikliğinin varlığından söz edilemez. Ayrıca, sözleşmede kararlaştırılan ve eserde bulunması gereken iktisadi niteliklerin gerçekleşmemesi hali ayıp hükümlerinin uygulanmasına yabancı bir durumdur. Zira, TBK m. 474'te öngörülen muayene ve ihbar külfetleri bu gibi hallerde de uygulanamaz⁷⁴³.

Yukarıda anılan görüş, gerekçeleri yönünden, kanaatimizce haklı görülse de, arsa sahibinin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında tüketici olması halinde, ekonomik eksiklik içeren mallar ayıplı olarak kabul edildiği için bu halde arsa sahibinin, müteahhidin sorumluluğuna gidebilmesi için ayıptan doğan haklarını kullanması gerekmektedir⁷⁴⁴. 6502 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun'da öngörülen ayıplı ihbar sürelerinin kaldırılması ile tüketici konumunda bulunan arsa sahibinin daha sıkı şekil şartı olan ihbar süresine tabi olması şeklindeki düzenlemenin kaldırılması ile tüketici olmayan arsa sahibinin daha iyi konumda olması gibi çelişkiler önlenmiştir.

C. ARSA SAHİBİNİN AYIP HALİNDE SAHİP OLDUĞU HAKLAR

1. Genel Olarak

TBK m. 475 hükmüne kıyasen, ayıplı ifa halinde arsa sahibinin üç adet seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bunlar; sözleşmeden dönme, bedelden indirim, ayıbın giderilmesini isteme hakkıdır. Arsa sahibi koşulların varlığı halinde, sayılan taleplerden birini öne sürerek kendi payına düşen bağımsız bölümlerin ayıplı olarak inşa edilmesi halinde müteahhitten talepte bulunabilir. Bu seçimlik hakların haricinde diğer bir seçimlik hak olan, TBK m. 227 hükmünde yer alan ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkının istisnai hallerde kullanılmasına imkan tanımak gerekir. Arsa sahibi bu seçimlik hakların yanı sıra, TBK m. 475/2 hükmüne kıyasen,

⁷⁴² Uçar, Ayıp, s. 135; Yıldırım, s. 122

⁷⁴³ Seliçi, s. 139

⁷⁴⁴ Uçar, Ayıp, s. 136

genel hükümlere göre tazminat talep edebilir. Genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı seçimlik olmayıp, yukarıda belirtilen seçimlik haklara ilaveten kullanılabilen bir haktır.

Arsa sahibinin seçimlik hakları yenilik doğuran hak niteliğindedir. Dolayısıyla, arsa sahibinin seçtiğini bildirdiği ya da dava yoluyla öne sürdüğü hakkı, tek taraflı, geçerlilik şekline tabi olmayan bir hak olup, arsa sahibi seçtiği hakkını değiştirerek diğer bir seçimlik hakkı kullanamaz. Doktrinde, ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeri ile değiştirme –bu hakkın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından uygulanabileceği kanaatindeyiz.- haklarının yenilik doğuran hak değil, sözleşmenin gereği gibi ifasına hizmet eden talepler olduğu ifade edilmiştir⁷⁴⁵. Ayrıca, bu seçimlik hakların kullanılabilmesi için müteahhidin kusuru aranmaz. Ancak, TBK m. 475/2 hükmündeki genel hükümlere göre tazminat talep hakkının kullanılması müteahhidin kusuruna bağlıdır.

2. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Sözleşmeden dönme hakkı yukarıda anıldığı üzere, yenilik doğuran bir haktır ve arsa sahibinin bu yöndeki beyanı ile hukuki sonuç doğurur. Ancak Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taşınmaz mülkiyetini devir borcu içermesi sebebiyle ancak müteahhidin kabulü ya da mahkeme kararıyla bu hakkın kullanılabileceğini içtihat etmektedir⁷⁴⁶. Yargıtay'ın bu yöndeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Nitekim, yenilik doğuran haklar karşı tarafa ulaşmakla sonuç

⁷⁴⁵ Atamer, Yeşim M./ İnceoğlu, Murat, Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları Ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyum Sorunu, İstanbul 2012, s. 55

⁷⁴⁶ Y. 15. HD., 14.04.2008 T., 2007/1276 E., 2008/2431 K.: “Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyorsa ve karşı çıkıyorsa hakimin kararına ihtiyacı vardır. O halde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir.” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 17.04.2016)

doğurmaktadır. Dolayısıyla, hukuki sonuç doğurması için müteahhidin kabul beyanı aranmaz. Doktrindeki görüş de Yargıtay'ın aksi yönündedir⁷⁴⁷.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için TBK m. 475/1,b.1 hükmüne kıyasen, “*eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde*” aykırı olmalıdır. Yukarıda değinildiği üzere, sözleşmeden dönülebilmesi için ayıbın önemli olması aranır. Ayrıca, tarafların tacir olduğu hallerde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında TTK m. 18/3 hükmünde yer alan şekil şartlarına uyulması aranır.

Madde hükmünde belirtilen veya bağlacı gözetildiğinde eserin kullanılamazlığı ve kabulün beklenemezliği alternatif şartlardır. TANDOĞAN'a göre ise, kabulün beklenemezliği eserin kullanılamazlığını da kapsamaktadır⁷⁴⁸. Arsa sahibinin kabule zorlanamayacağı derecede bir ayıbın olup olmadığı, somut olayın koşulları göz önüne alınarak, tarafların karşılıklı çıkarlarının hakkaniyete göre tartılmasıyla belirlenir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yönünden TBK m. 475/son hükmü kıyasen uygulama alanı bulacak olup, dönme hakkı ancak istisnai durumlarda kullanılacaktır. Dönme hakkının kullanılmasında, ayıbın giderilmesi için arsa sahibine süre tanınması gerekmez⁷⁴⁹. Dönme hakkının kullanılması için başka bir sınırlama ise, TBK m. 228/2 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle, eserin arsa sahibine yüklenebilecek bir sebep yüzünden yok olması halidir. Bu hallerde, arsa sahibi sözleşmeden dönme yerine, diğer seçimlik haklarını kullanabilmelidir⁷⁵⁰. Diğer taraftan, TBK m. 227/3 hükmünün kıyasen uygulanması ile, arsa sahibinin

⁷⁴⁷ Atamulu, s. 138; Şahiniz, s. 139

⁷⁴⁸ Tandoğan, s. 1037; Uygur, İnşaat, s. 588: “*Davalıların inşa ettikleri binanın çürük olup, yıkılıp yıkılmaması gerektiği konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık vardır... Bunun tesbiti için mahkemeye mahallinde yetenekli ve uzman bilirkişiler aracılığıyla keşif yapılmalı, gerektiğinde gelişmiş teknik metotlardan da yararlanarak binanın taşıyıcı sisteminin sağlam olup olmadığı, tamirle kullanılabilir hale gelip gelemeyeceği, yıkımın mı yoksa tamiratın mı ekonomik olacağı hususlarında rapor alınarak ve eski dosyalarda değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre karar verilmelidir.*” (YHGK, 15.05.1991 T., 1991/15-151 E., 1991/270 K.)

⁷⁴⁹ Gümüş, s. 65

⁷⁵⁰ Şahiniz, s. 152

sözleşmeden dönme talepli davasında, hakim bunu haklı görmez ise, ayıbın giderilmesi veya bedelden indirim yönünde karar verebilir⁷⁵¹.

Dönme hakkının kullanılması ile sözleşme geriye etkili olarak sona ereceğinden tarafların sözleşme ilişkisi çerçevesinde yerine getirdiği edimlerin iadesi gerekir. Ayrıca, yıkım masraflarına da bu duruma sebep olan müteahhidin katlanması gerekir⁷⁵².

3. Bedelden İndirim İsteme Hakkı

Bağımsız bölümlerdeki ayıp arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde olmaz ise arsa sahibi, bedelden indirim ya da ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanabilir⁷⁵³. Ancak, onarımın aşırı masraf gerektirmesi halinde ayıbın giderilmesi değil, bedelden indirim hakkı kullanılabilir.

Bedelden indirilecek tutar, bağımsız bölümlerin ayıpsız halindeki değeri ile ayıplı hali arasındaki değer farkı arasındaki orana göre hesaplanır⁷⁵⁴. *Ödenecek ücret = Kararlaştırılan ücret x Ayıplı Değer / Ayıpsız Değer* formülü uygulanır. Değer farkının tespitinde bağımsız bölümlerin arsa sahibine göre edeceği değer değil⁷⁵⁵, teslim tarihindeki rayiçler göz önüne alınır⁷⁵⁶. Gizli ayıbın varlığı halinde

⁷⁵¹ Şahiniz, s. 155

⁷⁵² Şahiniz, s. 169

⁷⁵³ Uygur, İnşaat, s. 596: “her ne kadar taraflar arasındaki 25.04.1985 tarihli sözleşmede Burdur mermeri kullanılacağı öngörülmüş ise de davacı iş sahibinin yaptırdığı tesbite ilişkin 1984/439 değişik iş sayılı dosyadaki bilirkişi raporunda Afyon mermerinin daha kaliteli olduğu belirtilmiş olmasına; öte yandan BK. 360 madde hükmü gereğince ayıplı iş karşılığı yüklenicinin istihkakından düşülmek suretiyle hüküm kurulmuş olup, yapılan işin kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olmadığı anlaşılmış olmasına göre...” (Y. 15. HD., 14.07.1988 T. 1988/2041 E., 1981/2694 K.)

⁷⁵⁴ Turut, s. 118; Türk uygulamasında; tazminat, mutlak indirim, nispi, maliyete göre hesaplama yöntemleri bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Öz, İnşaat, s. 206

⁷⁵⁵ Yavuz, TBK, s. 707

⁷⁵⁶ Öz, İnşaat, s. 205; Seliçi, İnşaat, s. 170

ise, ayıbın ortaya çıktığı zamandaki rayiçlere göre değerlendirme yapılmalıdır. Yargıtay bazı kararlarında bağımsız bölümlerin inşasında kullanılması gereken malzeme ile kullanılan malzeme arasındaki “nefaset farkı”na göre bedelden indirim yapmaktadır⁷⁵⁷.

Yukarıda belirtildiği üzere, bedelden indirim halinde arsa payından indirim yoluna gidilebileceği kabul edilmelidir⁷⁵⁸. Bu konuda ayrıntılı açıklamalara yukarıda değinilmiştir.

Bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için, bağımsız bölümde değer azalması meydana gelmesi ve bağımsız bölümün değerini tamamen kaybetmemiş olması aranır⁷⁵⁹. Bağımsız bölüm değerini tamamen kaybetmiş ise, TBK m. 227/4 kıyasen uygulanarak sadece dönme hakkı kullanılabilir⁷⁶⁰. Diğer taraftan, bedelden indirim hakkının kullanılması, tarafların tacir olması halinde, TTK m. 18/3’te sayılan haller kapsamında olmadığı için şekle bağlı değildir.

4. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

Bağımsız bölümlerdeki ayıp arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde olmaz ve ayıbın giderilmesi aşırı ölçüde masraf gerektirmez ise, arsa sahibi bu hakkını kullanabilir. Aşırı masraf gerektirme halinin tespitinde, ayıbın giderilmesi neticesinde arsa sahibine sağlanacak fayda ile

⁷⁵⁷ Uygur, TBK, s. 8037: “Ayrıca sözleşmenin 8. maddesinde inşaat için gerekli bütün malzeme ve sıhhi tesisatın birinci sınıf ve kaliteli olacağı öngörülmüş olmasına karşın, ikinci sınıf malzeme ile yapıldığı anlaşıldığından, bu konudaki nefaset farkının belirlenmesi icap eder.” (Y. 15. HD., 21.05.1992 T., 1992/5171 E., 1992/2704 K.)

⁷⁵⁸ Erman, Arsa Payı, s. 149: “Davacılar sözleşmenin bozulmasını (feshini) isteyemezler. İşin kıymetinin noksanı oranında fiatın tenzili söz konusu olabileceğinden mütemerrit olan davalı yüklenicinin binanın tümüne nazaran kusurlu noksan inşaat oranında verilmesi gerekli olan arsa payı indirilmelidir. (Y. 15. HD., 02.04.1980 T., 1980/679 E., 1980/843 K.)

⁷⁵⁹ Tandoğan, s. 188

⁷⁶⁰ Şenocak, s. 58

müteahhidin yapmak zorunda olduğu masraflar arasında oranlama yapılır. Bağımsız bölümlerdeki ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün değil ise arsa sahibi ayıbın giderilmesini isteyemez⁷⁶¹.

Ayıbın giderilmesi masraflarına müteahhit katlanacak olup, ayıbın giderilmesi gereken masrafların yanında eşlik eden masraflar da kapsama dahildir⁷⁶². Ayıbın giderilmesi ile, arsa sahibi başlangıçta kendisine ayıpsız bir bağımsız bölüm teslim edilseydi içinde bulanacağı durumdan ne daha iyi ne daha kötü duruma getirilmelidir⁷⁶³.

BÜYÜKAY'a göre, arsa sahibi TBK m. 113 hükmüne göre ayıbın kendisi ya da üçüncü kişi tarafından giderilmesine karar verilmesini mahkemeden talep edebilir⁷⁶⁴. Kanaatimizce, TBK m. 473/2 hükmünün kıyasen uygulanması ile arsa sahibi, müteahhide vereceği uygun süre ile ayıbın kendisi veya üçüncü kişi tarafından giderileceği yönünde ihtarda bulunarak mahkemeye başvurmaksızın ayıbın kendisi veya üçüncü kişi tarafından giderilmesini sağlayabilir.

Ayıbın giderilmesi için gereken süre objektif kriterlere göre tespit edilecek makul süredir⁷⁶⁵. Makul sürenin tespitinde, aynı hacimdeki inşaatı üstlenen basiretli müteahhidin ayıbı giderebileceği süre dikkate alınır. Müteahhit ayıbı giderme çalışmalarını tamamladıktan sonra, bağımsız bölümde ayıplar halen mevcut ise arsa sahibi ayıptan doğan seçimlik haklarını yeniden kullanabilir.

⁷⁶¹ Şenocak, s. 148; Yavuz, Nihat, Açıklamalı – Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler Ve Yenilikler, Ankara 2012, s. 708

⁷⁶² Gümüş, s. 68: Gümüş bu duruma örnek olarak ayıplı bir su borusunun değiştirilmesinde fayansların kırılması ve yeniden döşenmesinin zorunlu olduğu hali örnek olarak göstermiştir.; Şenocak, s. 151; Şahiniz, s. 194; Tandoğan, s. 193; Turut, s. 119; Öz, İnşaat, s. 207; Atamer/ İnceoğlu, s. 61

⁷⁶³ Şenocak, s. 156

⁷⁶⁴ Büyükay, s. 138

⁷⁶⁵ Gümüş, s. 68

5. Ayıpsız Benzeri İle Değiştirilmesini İsteme Hakkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine TBK m. 227/1, b. 4 hükmünde yer alan ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkının uygulanmasına imkan tanımak gerekir. Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerden birinin ayıplı olması halinde, aynı yüz ölçümüne sahip, aynı cepheye bakan vs. özellikleri ile aynı cinsten olan başka bir bağımsız bölümün varlığı halinde bu hakkın ileri sürülmesi mümkündür. Bu durumda arsa sahibi, kendisine teslim edilen bağımsız bölüm ile benzer olan diğer bağımsız bölümün değiştirilmesini talep edebilir.

Ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkı kapsamında TBK m. 227/3 hükmünün uygulanabilirliğinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından değerlendirilmesi gerekir. Anılan hüküm, müteahhide teslim edilen bağımsız bölüm yerine aynı cinsten bağımsız bölümü teslim etmek suretiyle arsa sahibinin açacağı davadan kurtulmak yetkisi verir. Arsa sahibinin menfaatinin bu hüküm sayesinde gereği gibi korunduğu söylenebilir. Nitekim, ayıplı bağımsız bölüm yerine teslim edilen ayıpsız olan bağımsız bölümün ayıplı olan ile aynı cinsten olması hükmün uygulanabilmesinin koşuludur⁷⁶⁶. Hükümün uyumsuzluk yaratmak yerine aynı zamanda işlevsel bir çözüm öngörmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bünyesinde taşınmaz satışı sözleşmesinin hükümlerini barındıran atipik bir sözleşme olduğu gözetildiğinde, TBK m. 227/1, b. 3 hükmünün hem arsa sahibi hem de derhal ayıpsız benzerini teslim etmesi halinde müteahhit açısından inceleme konusu sözleşme bakımından uygulanabilmesine olanak tanımak gerekir. Ayrıca, müteahhit ayıpsız benzerini teklif etmesi ile arsa sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ Aral/ Ayrancı, s. 153

⁷⁶⁷ Atamer/ İnceoğlu, s. 39

6. Ayıp Nedeniyle Tazminat Hakkı

TBK m. 475 hükmüne kıyasen, arsa sahibinin genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı vardır. Ayıp nedeniyle tazminat hakkı, yasal süresinde muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesi halini telafi edici nitelikte, ayıptan doğan taleplerin yerini almak üzere kullanılamaz⁷⁶⁸.

Tazminat hakkının kapsamı arsa sahibinin kullandığı seçimlik hakkın türüne göre farklılık arz eder⁷⁶⁹. Sözleşmeden dönme halinde talep edilebilecek tazminatlara örnek olarak, muayene ve ihbar masrafları, TBK m. 474/2 hükmüne kıyasen yapılan bilirkişi masrafları, ayıplı ifa nedeniyle üçüncü kişilere karşı görülen davalardaki yargılama giderleri, arsa sahibinin ayıplı ifa nedeniyle üçüncü kişilere ödediği tazminat veya cezai şart gibi ödemeler sayılabilir. Bedelden indirim isteme hakkının kullanılması halinde ise, olağan muayene ve ihbar masrafı kapsamına girmeyen, örneğin müteahhidin ayıbı inkar ettiği halde mahkeme aracılığıyla yapılan tespit masrafları, arsa sahibinin bağımsız bölümünde ayıp nedeniyle meydana gelen değer eksilmesi, taraflar arasındaki sözleşme sebebiyle uğranılan kazanç kayıpları talep edilebilecek tazminat kapsamındadır. Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması halinde de talep edilecek tazminat kalemleri bedelden indirim isteme hakkındaki gibi müspet zararlardır.

Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme veya ayıbın giderilmesini talep hakkına rağmen giderilemeyen ve uygun sebebini ayıbın oluşturduğu zarardır⁷⁷⁰. İnşa edilen ayıplı bağımsız bölümün kira getirisinin düşmesi bu zarara somut örnek olarak sayılabilir.

⁷⁶⁸ Tandoğan, s. 204

⁷⁶⁹ Gümüş, s. 70

⁷⁷⁰ Tandoğan, s. 204; Uygur, TBK, s. 8060: “*Bu nedenle, mahallinde uzman bilirkişi marifetiyle keşif yapıp, davacıların tamamladıkları kısım belirlenip, buna göre noksan iş bedeli ile, gecikme nedeniyle davacıların uğradıkları zarar tutarı tespit edilip davacılar lehine bu miktara hükmedilmesi gerekirken...*” (Y. 15. HD., 29.04.1992 T., 1992/2833 E., 1992/2255 K.)

Arsa sahibinin ayıp nedeniyle tazminat hakkının genel hükümlere tabi olduğu gözetildiğinde, tazminat talep için müteahhidin kusuru aranır. Ayrıca, bu hakkın kullanılabilmesinin için arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi aranmaz. Sözleşmeden kaynaklanan bir talep hakkı olması sebebiyle de, kusursuz olduğunu ispat yükü müteahhide düşer.

III. ZAMANAŞIMI

Arsa sahibi kendisine teslim edilen bağımsız bölümlerin ayıplı olması halinde, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirmesi ile kıyasen TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklarını kullanabilir. Ancak bu haklar, kıyasen TBK m. 478 hükmünde yer alan zamanaşımı sürelerine tabiidir. Ayıbı ihbar süresi, seçimlik hakların kullanılması için öngörülen süreden ayrı olup, hukuki niteliği itibariyle hak düşürücü süredir⁷⁷¹. TBK m. 478 hükmü uyarınca, müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğu, bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminden itibaren başlar⁷⁷². Arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesinde, teslimin anahtar teslimi ya da yapı kullanma izin belgesinin alınması gibi hallerde gerçekleşeceğinin kararlaştırılması halinde, arsa sahibi kendi payına düşen bağımsız bölümleri fiilen kullansa dahi, hukuki anlamda teslim gerçekleşmemiş kabul edilecek ve dolayısıyla zamanaşımı süreleri işlemeye başlamayacaktır⁷⁷³. Anılan madde hükmü uyarınca taşınmaz yapılarda zamanaşımı beş yıllık süreye tabidir.

Arsa sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme ve bedelden indirim hakları yenilik doğuran haklar olup, yenilik doğuran haklar kural olarak zamanaşımı değil hak düşürücü süreye tabi olur. Bir görüşe göre,

⁷⁷¹ Aral/ Ayrancı, s. 133

⁷⁷² Yavuz, TBK, s. 711: "Zamanaşımı süresinin başlangıcı yapı kullanma izni (iskan ruhsatı) tarihi olarak kabul edilemez." (Y. 15. HD., 09.01.1981 T., 1981/236 E., 1981/252 K.)

⁷⁷³ Avcı, s. 58: "Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskan izni alınması koşuluna da kapsamakta olup HUMK 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir... Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlamadığı gibi zaten iskan ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz. Bu bakımdan davada zamanaşımından söz edilemez." (Y. 15. HD., 28.02.2005 T., 2004/4417 E., 2005/1075 K.); Sütçü, Cilt 2, s. 1686

seçimlik haklardan olan onarım talebinin, alacak hakkı olduğu için, zamanaşımı süresine tabi tutulması mahiyetine uygundur⁷⁷⁴. ATAMER/ İNCEOĞLU'nun görüşüne göre, yukarıda anıldığı üzere, ayıbın giderilmesini isteme ve ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkı sözleşmenin gereği gibi ifasına hizmet eden taleplerdir. Bu görüş uyarınca, arsa sahibinin bu iki seçimlik talebinin de mahiyeti gereği zamanaşımı süresine tabi olması gerekir. Ancak, sözleşmeden dönme ve bedelden indirim haklarının, yasanın özel hüküm getirmesi sebebiyle, niteliğine bakılmaksızın zamanaşımı süresine tabidir. Bu hakların zamanaşımı süresine bağlanmasının yaratacağı fayda ise, TBK m. 153 hükmü gereği zamanaşımın kesilmesi ve TBK m. 154 gereği zamanaşımının durması hallerinin ayıptan doğan haklar açısından uygulanabilir olmasıdır. Nitekim, hak düşürücü sürelerin durması ve kesilmesi hukuken mümkün değildir. Diğer, taraftan, hak düşürücü süre hakim tarafından re'sen göz önüne alınırken, zamanaşımını müteahhit def'i olarak öne sürmedikçe hakim bunu re'sen dikkate alamaz.

Bir kısım yazarlara göre, arsa sahibinin ayıp ihbarını süresinde yapması halinde, TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklarını, her ne kadar TBK m. 478 hükmünde m. 231 hükmüne atıf yapılmamış olsa da, satış sözleşmesinde alıcıya tanınan hakkın eser sözleşmesinde iş sahibine tanınmaması yerinde olmayıp, TBK m. 231⁷⁷⁵ hükmü uyarınca kıyasen def'i olarak öne sürebilir⁷⁷⁶. Bu bağlamda, müteahhit tarafından arsa paylarının devri için açılmış bir davada, arsa sahibi, ayıp ihbarını süresinde yapmış olması kaydıyla, bedel indirimi hakkı uyarınca, arsa paylarının bir kısmını devirden kaçınabilir. Ancak, sözleşmeden dönme ve onarım talepleri, mahiyeti gereği, def'i olarak öne sürülemez⁷⁷⁷.

Müteahhidin ağır kusurunun bulunması halinde zamanaşımı süresi, TBK m. 478 hükmüne kıyasen, yirmi yıl olmaktadır. Madde gerekçesinde "*Böylece 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, haksız fiillerde zamanaşımına ilişkin Tasarının*

⁷⁷⁴ Öz, İnşaat, s. 222; Şahiniz, s. 217

⁷⁷⁵ TBK m. 231/1, son cümle: "*Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.*

⁷⁷⁶ Öz, İnşaat, s. 222; Şahiniz, s. 217; Erman, Arsa Payı, s. 173

⁷⁷⁷ Öz, İnşaat, s. 222

71 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesiyle uyumlu bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, haksız fiiller için öngörülen iki yıllık kısa zamanaşımına, taraflar arasındaki ilişkinin bir eser sözleşmesi olduğu göz önünde tutularak Tasarıda yer verilmemiştir." ifadeleri yer almaktadır. Bir görüşe göre⁷⁷⁸, tasarının 71. maddesinin, 72. madde olarak yasalaşırken, yirmi yıllık sürenin on yıla indirilmesine rağmen; bu indirimin TBK m. 478'e yansıtılmayıp, burada kanun koyucunun bir ihmali olması sebebiyle, ihmali kanun boşluğu olması sebebiyle taşınmaz yapılar yönünden müteahhidin ağır kusuru halinde zamanaşımı süresinin on yıl olarak kabul edilmesi gerekir.

Yirmi yıllık sürenin 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun çerçevesinde irdelenmesi gerekir. Anılan kanunun m. 5 hükmü uyarınca "*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, eski kanun hükümlerine tabi olmaya devam eder.*" Bu bağlamda, yirmi yıllık sürenin dolmadığı hallerde, on yıllık sürenin uygulanması gerektiği söylenebilir. Katıldığımız görüşe göre⁷⁷⁹, yirmi yıllık uzun sürenin deprem zararlarından ağır kusurlu müteahhitlerin daha uzun süre sorumlu tutulmaları için getirilmesinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle, 6101 sayılı Kanun m. 2 hükmü⁷⁸⁰ gözetilerek, yirmi yıllık sürenin, eski kanun dönemindeki zamanaşımı süresi dolması halinde dahi uygulanması gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit, sözleşmenin uzmanı olan, işin tekniğini bilen veya bilmesi gereken taraftır. Müteahhidin ağır kusuru kavramı açıklığa kavuşturulurken bu husus göz önünde tutulmalıdır. Bilme ve isteme unsurlarını barındıran kast, ağır kusur halidir. Diğer bir ağır kusur hali ise, müteahhidin içinde bulunduğu somut olayda, aynı veya benzer işi yapan müteahhidin göstermesi gereken özeni göstermemesi şeklindeki ağır ihmaldir⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ Gümüüş, s 76

⁷⁷⁹ Öz, İnşaat, s 223

⁷⁸⁰ 6101 sayılı Kanun m. 2: "*Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.*"

⁷⁸¹ Yünlü, s. 110

TBK m. 478 hükmünde yer alan zamanaşımı süreleri, TBK m. 148 hükmü aksine tarafların anlaşması ile değiştirilebilir. Ancak bu halde, TBK m. 115/1 hükmü dikkate alınmalı ve ağır kusur halinde, zamanaşımının kısaltılması sorumsuzluk anlaşması niteliğinde kabul edilerek geçersiz sayılmalıdır. Bir görüşe göre, ayıptan doğan sorumluluk yönünden garanti süresinin kararlaştırılır ise, şüphe halinde, bu yöndeki anlaşma zamanaşımı süresinin uzatılması anlamına gelir⁷⁸².

TBK m. 475/2 hükmü ayıptan kaynaklanan ancak, genel hükümlere tabi olan tazminatı düzenlemektedir. Ayıptan kaynaklanan zarar, sözleşmeden dönme, bedelden indirim veya onarıma rağmen giderilemeyen ve uygun sebebinin ayıbın oluşturduğu zarardır⁷⁸³. Madde lafzından, bu tazminata, genel hükümlerin uygulanması gerektiği anlaşıldığı için, TBK m. 147/1, b. 6 hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımı uygulama alanı bulur. Anılan maddede "*Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi*" hali, beş yıllık süreden hariç tutulmuştur. Bir kısım yazarlara göre⁷⁸⁴, müteahhidin ağır kusurlu olması halinde, ayıptan kaynaklanan zararlarda, uzun sürenin öngörülme sebepleri de gözetilerek, yirmi yıllık sürenin uygulanması gerekir.

Müteahhidin eksik ifası, yukarıda değinildiği üzere, ayıplı ifadan farklı bir kavramdır. Dolayısıyla, TBK m. 478 hükmünde yer alan zamanaşımına dair hükümlerin, kıyasen, eksik ifa halinde uygulama olanağı bulunmamaktadır. Yerleşmiş Yargıtay içtihatları uyarınca, eksik ifa halinde, arsa sahibinin eksik ifadan doğan hakları genel zamanaşımı süresine tabiidir⁷⁸⁵. Doktrindeki baskın görüşe göre, eksik ifadan doğan talepler TBK m. 147/1, b. 6 hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁷⁸⁶. Ayrıca, eksik ifadan doğan taleplerde zamanaşımı,

⁷⁸² Gümüş, s. 76

⁷⁸³ Yavuz, C., s. 1041

⁷⁸⁴ Öz, İnşaat, s. 223; Şahiniz, s. 221; Yünlü, s. 113; Gökyayla, Armağan, 578: Yazar, kanunda yer alan yirmi yıllık zamanaşımı hükmünün 1999 depreminden sonra uygulamada karşılaşılan problemler neticesinde yasaya dahil edildiğini belirtmiştir.

⁷⁸⁵ Y. 23. HD., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.: *Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresinde (B.K.m. 126 /son) talep edilebilir.*"; Y. 23. HD., 10.07.2012 T., 2012/2485 E., 2012/4785 K.; Y. 15. HD., 07.12.2011 T., 2011/752 E., 2011/7242 K. (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 15.04.2016)

⁷⁸⁶ Büyükkay, s. 110; Ayan, s. 75; Şahiniz, s. 82; Kurt, s. 75; Duman, İnşaat, s. 925

ayıptan doğan taleplerde olduğu gibi, bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi ile başlar.

Müteahhidin ağır kusuruyla eksik ifasının tabi olacağı zamanaşımı süresi yönünden kanun hükmünde, ayıptan doğan sorumluluktaki zamanaşımında olduğu gibi düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda anılan, genel hükümlere tabi olan ayıptan kaynaklanan zarar yönünden öngörülen çözümün bu halde uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. TBK m. 147/1, b. 6, hükmü yukarıda anıldığı üzere, yüklenicinin ağır kusuruyla ifa etmemesi halini ayrıktan tutmuştur. Bu bağlamda, kıyasen TBK m. 478 hükmünde müteahhidin ağır kusuruyla sebep olduğu ayıplı ifa açısından öngörülen yirmi yıllık sürenin, eksik ifaya ağır kusur ile sebep olunması halinde uygulanmaması gerekir. Dolayısıyla, TBK m. 147/1, b. 6 hükmü çerçevesinde ve TBK m. 146 hükmü uygulanmak suretiyle sonuca gidilmelidir. Netice olarak, kanun koyucunun hükmü getiriş amacı da gözetilerek, müteahhidin ağır kusuru ile eksik ifası haline on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmasına gerekir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş, çifte tipli karma sözleşmelerden olup, bünyesinde eser ve taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri barındırmaktadır. Dolayısıyla, bu sözleşmeye eser ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanmaktadır. Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karakteristik edim borçlusu olan müteahhidin edimi de gözetildiğinde, ani edimli bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit, teslim borcunu, inşasını üstlendiği binayı tamamlanması ve arsa sahibine buna ilişkin bildiriminde bulunması ile yerine getirir. Ancak, teslimin gerçekleşmesi için aynı zamanda müteahhidin arsadan çekilmesi ve arsa sahibinin fiili hakimiyetini sağlaması gerekir. Teslim borcunu ifa zamanının taraflarca belirlenmesi mümkün olup, açıklık yok ise müteahhidin işi tamamlayabilmesi için gereken makul süre esas alınır. Teslimin gerçekleştiğini ispat yükü ise müteahhide aittir.

Müteahhidin inşasını üstlendiği binayı, taraflar arasında akdedilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, bu sözleşmenin eki olan teknik şartnameye ve bunlarda yer almasa bile orta seviyede inşaatta bulunması gereken imalatları içerecek şekilde tamamlamalıdır. Aksi halde, müteahhidin asli borcunu eksik ifası söz konusu olur.

Eksik ifa kavramının ayıplı ifa kavramından ayırt edilmesi noktasında Gauch tarafından öngörülen ölçüt uygulanmalıdır. Buna göre, eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeksizin mümkün ise eksiklikten; eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi, zarar vermeyi gerektiriyor ise ayıbın varlığından söz edilir. Ancak Yargıtay kararlarında hakkaniyet esası çerçevesinde bağımsız bölümlerdeki yüz ölçümü eksiklikleri ayıp değil eksik ifa kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıca, yapı kullanma izin belgesinin alınmamış olması da

doğrudan eksik ifa veya ayıplı ifa olarak değerlendirilmemeli, yapı kullanma izin belgesi alınamamasının sebebinin tamamlanmayan bir iş olması halinde eksik ifa, sebebin nitelik eksikliği olması halinde ise ayıplı ifanın bulunduğu kabul edilmelidir.

Eksik ifa ayıplı ifadan farklı bir kavram olup, müteahhidin eksik ifasına uygulanması gereken, doktrindeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay uygulamasında olduğu gibi, genel hükümlerdir. Eksik ifa halinde arsa sahibinin bir takım hakları bulunmaktadır. Öncelikle, eksikliğin önem derecesine göre kendi payına düşen bağımsız bölümleri teslim almaktan kaçınabilir. Ayrıca arsa sahibi, müteahhidin eksik ifası sebebiyle, seçimlik olarak, aynen ifa ile eksik teslimden doğan zararın tazminini, bedelden indirim ile eksik ifa sebebiyle doğan zararının tazminini, eksik işler bedelinin ödenmesini, nama ifa talebini öne sürebilir. Nama ifaya, TBK m. 473 hükmünün kıyasen uygulanması ile hakim izni olmaksızın, olanak tanınmalıdır. Ayrıca, müteahhidin eksik ifası halinde arsa sahibinin eksik kalan kısım oranında ödemezlik defii ile arsa paylarını devirden kaçınması mümkündür.

Müteahhit tarafından işin eksik ifası halinde, üçlü bir ayrıma gidilmelidir. Eksikliğin önemli olması halinde teslim borcu gerçekleşmez. Önemsiz eksikliğin varlığı halinde ise, arsa sahibi teslim almaktan kaçınmak istese dahi teslimin gerçekleştiğinin kabulü hakkaniyete uygun bir çözüm olur. Orta derecede önemli eksikliklerde, arsa sahibi teslim almaktan kaçınmaz ve sessiz kalır ise teslim gerçekleşir.

Ayıp kavramı, eksik ifadan ayırt edilmesi gereken, eserin niteliğine ilişkin bir kavramdır. Müteahhit tarafından yapılan inşaatta, bağımsız bölüm ve ortak yerlerde bulunması gereken niteliklerin eksikliği halinde ayıbın varlığı söz konusu olur. Arsa sahibi muayene ve ihbar külfetlerini de yerine getirerek, ayıbın ağırlığına göre, kıyasen TBK m. 475'te bulunan seçimlik haklarını kullanabilir. Bu seçimlik hakların yanı sıra, arsa sahibinin ayrıca zararın tazminini talep hakkı vardır.

Eksik ifanın genel hükümlere tabi olması sebebiyle TBK m. 147/1, b. 6 hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımı uygulanır. Ayrıca, eksik ifanın müteahhidin ağır kusurundan kaynaklanması halinde, TBK m. 478 hükmüne kıyasen yirmi yıllık zamanaşımı değil TBK m. 146'da yer alan on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Ayıplı ifadan doğan hakların kullanılmasında ise, TBK m. 478 hükmünde bulunan zamanaşımı süreleri uygulanır.



BİBLİYOGRAFYA

1. Acar, Faruk, Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, www.e-akademi.org , (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı 134, Aralık 2013 (Kısaltılmışı: Acar, F.).
2. Acar, Hakan, 6502 Sayılı Kanun ile Eser Sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamına Alınmasının Hukuki Sonuçları, FÜHFD, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: Acar, H.).
3. Akdaş, Hüseyin, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Ve Sözleşme Taraflarının Vergi Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
4. Akkanat, Halil, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 63-76.
5. Aksoy Dursun, Sanem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları”, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2011, s. 1845-1860.
6. Altaş, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002.
7. Aral, Fahrettin, Kötü İfa, Ankara 2011.
8. Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015.
9. Arpacı, Abdülkadir, “Yeni Tük Borçlar Kanunu’nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından, Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu”, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 567-570.
10. Atamer, Yeşim M., “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, (s. 187-221).
11. Atamer, Yeşim M./ İnceoğlu, Murat, Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları Ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyum Sorunu, İstanbul 2012.
12. Atamulu, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014.
13. Ateş, Zehra Gizem, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
14. Avcı, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara 2015.
15. Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
16. Aydemir, Efrail, Eser Sözleşmesi Ve İnşaat Hukuku, Ankara 2012.

17. Aydınçık, Şirin, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi Ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/1 Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013.
18. Aydoğdu, Murat, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, DEÜHFD, C. 15, Sayı 2, İzmir 2014, s. 1-62.
19. Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.
20. Başoğlu, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.
21. Bilge, Koray, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sebepleri Ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
22. Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958
23. Büyükkay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara 2014.
24. Canbolat, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.
25. Coşkun, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010.
26. Çetiner, Bilgehan, “Yeni TBK’da Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. LXVII, Sayı 1-2, (s. 97-114)
27. Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin Ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 2008.
28. Duman, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Ankara 2015. (Kısaltılmışı: Duman, İnşaat).
29. Duman, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: Duman, Dürüstlük).
30. Durak, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İNÜHFD Özel Sayı, Cilt 1, s. 207-252.
31. Erdaş, Bayram, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksel Lisans Tezi, Ankara 2011.

32. Eren, Fikret, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996.
33. Ergezen, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.
34. Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010 (Kısaltılmışı: Erman, Arsa Payı).
35. Erman, İnşaat (Arsa Payı Karşılığı İnşaat) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı: Erman, Mütalaalar).
36. Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2015.
37. Gökyayla, Emre, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 571-588 (Kısaltılmışı: Gökyayla, Armağan).
38. Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009 (Kısaltılmışı: Gökyayla, Ek İş).
39. Gümüş, Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2014.
40. Günay, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2015.
41. Günel, Mustafa Cahit, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp Nedeni İle Arsa Sahibinin Sahip Olduğu Haklar”, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 411-434.
42. Günergök, Özcan, “Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Hak İktisabı”, EÜHFD 2009, C. XIII, Sayı. 1-2, s. 249-283.
43. Hatipoğlu Ünsal, Ayşe, Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İş Sahibi Ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
44. Havutçu, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
45. İnal, Emrehan, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, İÜHFM, C. LXX, Sayı 1, (s. 245-276)
46. İşbora, Tuba, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2009.

47. İşleten, Mehtap İpek, “Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K. 2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, GSÜHFD, C. II, Sayı 2014/2, s. 927-953.
48. Kanber, Kemal, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu”, ABD, Sayı 3, Ankara 1997, s. 36-47.
49. Kaplan, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.
50. Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2004
51. Karaman, Şeyma, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
52. Kırmızı, Mustafa, Açıklamalı - İctihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014.
53. Kocaağa, Kocaağa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" Ve " İlave Bağımsız" Bölüm Sorunu”, TBB Dergisi, (s. 86-104), (Kocaağa, İlave İş).
54. Kocaağa, Köksal, “Müteahhidin İşe Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, DEÜHFD, C. 6, Sayı 1, s. 177-201, (Kısaltılmışı: Kocaağa, Özen).
55. Kocaağa, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, (Kısaltılmışı: Kocaağa, İnşaat)
56. Kostakoğlu, Cengiz, İctihatlı İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2015.
57. Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 2013.
58. Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
59. Kürşat, Zekeriya, Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü, İÜHFM, C. LXVII, s. 1-2, s. 143-166, (Kısaltılmışı: Kürşat, Eser).
60. Kürşat, Zekeriya: İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 751-778, (Kısaltılmışı: Kürşat, Arsa Payı).
61. Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2015

62. Olgaç, Samet Can, “Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu,” Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 86, 2013.
63. Ozanoğlu, Hasan Seçkin, İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları), GÜHFD, Sayı 1-2, C. 3, s. 63-121.
64. Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2012, (Kısaltılmışı: İnşaat).
65. Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, (Kısaltılmışı: Dönme).
66. Özmen, Etem Saba/ Akçura Karaman, Tuba, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, İBD, C. 87, Sayı 1, s. 47-74.
67. Ruhi, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2011.
68. Sarı, Suat, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHFM, C. LXIV, Sayı 2, s. 273-300.
69. Seliçi, Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977 (Kısaltılmışı: Seliçi, Sona Erme).
70. Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, (Kısaltılmışı: Seliçi, İnşaat).
71. Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.
72. Sütçü, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 1, Cilt 2, Ankara 2016.
73. Şahin, Turan, “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜHFD, C. 1, Sayı 2, 2011, s. 135-157, (Kısaltılmışı: Şahin, Ayıp).
74. Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012, (Şahin, Temerrüt).
75. Şahiniz, Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) Ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014.
76. Şekerci, Sena, Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
77. Şenocak, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
78. Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010.

79. Topuz, Murat, “Eserin Teslimden Önce Telef Olması Ve Roman Hukuku’nun Türk Borçlar Hukuku’na Etkileri”, MÜHFD, C. 14, Sayı 1-2, s. 201-236.
80. Turanboy, Asuman, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan Ve Bozukluklardan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 41, Sayı 1-4, s. 151-189.
81. Turut, Şenol, Vergisel Ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, Ankara 2009.
82. Uçar, Ayhan, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü Ve Hukuki Sonuçları”, AÜHFD, C. 5, Sayı 1-4, s. 513-555 (Kısaltılmışı: Uçar, Teslim).
83. Uçar, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, (Kısaltılmışı: Uçar, Ayıp).
84. Uygur, Turgut, Açıklamalı - İctihatlı İnşaat Hukuku, I. Cilt, Ankara 1998, (Kısaltılmışı: Uygur, İnşaat).
85. Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2013, (Kısaltılmışı: Uygur, TBK).
86. Yakuppur, Sendi, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009.
87. Yalçınduran, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.
88. Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, (Kısaltılmışı: Yavuz, C.).
89. Yavuz, Cevdet/ Acar Faruk/ Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
90. Yavuz, Nihat, Ayıplı İfa, Ankara 2014, (Kısaltılmışı: Yavuz, Ayıp).
91. Yavuz, Nihat, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler Ve Yenilikler, Ankara 2012, (Kısaltılmışı: Yavuz, TBK).
92. Yener, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011, (Yener, Arsa Payı).
93. Yener, Mehmet Deniz, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, İÜHFM, C. LXV, Sayı 2, s. 371-382, (Yener, Üçüncü Şahıs).
94. Yıldırım, Sümeyye Hilal, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

95. Yılmaz, Halil, Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi Ve Uygulaması, Ankara 2015.
96. YKD., C. 2, Sayı 8, 1981.
97. Yücer Aktürk, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.
98. Yünlü, Semih, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi, YYÜHFD, C. 1, Sayı 3, 2014, s. 103-115.
99. Zevkliler, Aydın/ Ertaş, Şeref/ Havutçu, Ayşe/ Aydoğdu, Murat/ Cumalıoğlu, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
100. www.kazanci.com.

